

# **UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POST-GRADO**

## **Conflictos de competencia entre el poder judicial y la jurisdicción militar en el contexto constitucional**

**TESIS**

**Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en  
Ciencias Penales**

**AUTOR**

**José Felix Palomino Manchego**

**ASESOR**

**Jaime Víctor Zelada Bartra**

**Lima – Perú**

**2011**

A Florencio Mixán Mass (1935-2009).  
*In memoriam.*

## Agradecimiento

Le estoy muy agradecido a mi asesor de tesis, Jaime Víctor Zelada Bartra, cuya paciencia y orientación en su elaboración fueron decisivas para culminar el cometido trazado. El agradecimiento también se hace extensivo a Mario Chávez Rabanal, quien soportó la pesada tarea de transcribir mis manuscritos. Tengo una deuda especial con Javier Villavicencio Alfaro, fiel testigo de los avatares que ofrece todo trabajo de investigación, sobre todo en el ámbito burocrático universitario. Mi ayudante de cátedra, Dante Paiva Goyburu, se ha tomado la fatigosa labor de leer y revisar todo el manuscrito original, por lo que quedo particularmente en deuda con él.

Finalmente, deseo expresar mi profundo afecto a Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, asesores de lujo del Tribunal Constitucional, por sus observaciones puntuales, lo cual me permitió cerrar con éxito el círculo de la redacción de la tesis, sin ningún contratiempo. A Oscar Salazar Barriga le debo sus sugerencias atinadas, especialmente desde el punto de vista metodológico.

Todos mis colegas y amigos mencionados, definitivamente facilitaron el proceso de recolección, elaboración y redacción de la investigación que a continuación sigue, con sus respectivas conclusiones y recomendaciones arribadas, que son –advírtase– de mi entera responsabilidad. Por su asistencia desinteresada les agradezco de corazón sus buenos consejos y su invalorable ayuda material.

# ÍNDICE

	Pág.
– Dedicatoria .....	2
– Presentación .....	13

## CAPÍTULO I EL PROBLEMA

1. El tema .....	17
2. Planteamiento del problema. ....	17
2.1. Diagnóstico situacional.. ....	17
2.2. Preguntas de investigación. ....	25
2.3. Objetivos de la investigación. ....	25
2.3.1. Objetivo general .. ....	25
2.3.2. Objetivos específicos... ..	26
2.4. Justificación .. ....	26
2.5. Delimitación .. ....	27

## CAPÍTULO II METODOLOGÍA

1. Formulación de Hipótesis, Variables e Indicadores .....	28
1.1. Hipótesis. ....	28
A) Hipótesis principal .. ....	28
B) Hipótesis secundaria. ....	28
1.2. Variables e Indicadores .. ....	28
A) Variable independiente (o variable experimental)... ..	28
B) Variable dependiente. ....	29

2.	Definición del tipo de investigación ... ..	29
3.	Selección del diseño de investigación .. ..	29
4.	Determinación del universo y selección de la muestra... ..	30
4.1.	Universo.. ..	30
4.2.	Muestra ... ..	31
5.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos ... ..	32
5.1.	Análisis documental ... ..	32
5.2.	Análisis micro-comparativo de sistemas jurídicos extranjeros ..	32

### CAPÍTULO III

#### EL FUERO MILITAR: ALCANCES, NATURALEZA Y CONTENIDO EN EL DEVENIR HISTÓRICO

1.	Consideraciones previas ... ..	33
2.	Antecedentes históricos y fundamentos para su existencia y especialidad ... ..	38
3.	La Jurisdicción Militar en la España romana... ..	51
4.	Los fueros municipales en la Edad Media y la Jurisdicción Militar ... ..	55
5.	El Fuero Juzgo ( <i>Lex Visigothorum, Liber Gothorum, Forum Judicum</i> <i>o Liber Iudiciorum</i> )... ..	58
6.	Las Siete Partidas de Alfonso X <i>el Sabio</i> . ... ..	60
6.1.	El autor y su tiempo ... ..	60
6.2.	La obra. ... ..	61
6.3.	Epílogo ... ..	64
7.	La Jurisdicción Eclesiástica o Castrense.. ..	65
8.	La legislación militar durante el reinado de Carlos I (Emperador Carlos V) .. ..	68

8.1.	El autor y su tiempo ... ..	68
8.2.	La obra. ....	72
8.3.	Epílogo ... ..	77
9.	Las Ordenanzas Militares de Alejandro Farnesio ... ..	78
9.1.	El autor y su tiempo ... ..	78
9.2.	La obra. ....	81
9.3.	Epílogo ... ..	84
10.	Los Consejos de Guerra, jurisdicción de guerra o tribunales militares ..	85
11.	Las Ordenanzas Militares [Segundas de Flandes] de Felipe V .. ... ..	87
12.	Las Ordenanzas Militares de Carlos III .. ... ..	91
12.1.	El autor y su tiempo ... ..	91
12.2.	La obra. ....	92
12.3.	Epílogo ... ..	107
13.	A modo de resumen.. ... ..	108

#### CAPÍTULO IV

### ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVOS EN EL PERÚ: SU CONFIGURACIÓN

1.	Cuestiones preliminares ... ..	113
2.	Etapas de nuestra historia constitucional ... ..	116
3.	¿Qué decía la Constitución de Cádiz de 1812? .. ... ..	117
4.	Etapa Republicana: Preliminares .. ... ..	120
4.1.	El «Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú» de 1827 como primer antecedente. ....	121
4.1.1.	Análisis del «Proyecto Constitución Militar del Ejército del Perú» de 1827. ....	123

4.2.	Análisis del «Ensayo de una Constitución Militar deducida de la Constitución Política de la Monarquía española» de 1812, de Vicente Sancho... ..	131
4.3.	Análisis del Proyecto de «Constitución Política de la nación española por lo tocante a la parte militar» de 1813, de Álvaro Flórez Estrada. ....	133
4.4.	Análisis del Proyecto de «Constitución Política de la nación española por lo tocante a la parte militar» de 1820, de Dionisio Carreño ... ..	135
5.	Los primeros pasos en el despertar republicano: siglo XIX... ..	137
6.	El <i>Prontuario de Ordenanza para el Ejército</i> de Juan Espinoza de 1856... ..	146
7.	El desarrollo normativo militar durante el siglo XX .. ..	148
8.	La Justicia Militar en la práctica: análisis de cuatro casos durante la década de los años noventa del siglo XX. ....	166
8.1.	Observación preliminar.. ....	166
8.2.	Caso de los desaparecidos de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta) ... ..	167
8.2.1.	Los hechos denunciados.. ....	167
8.2.2.	La investigación del Ministerio Público, los procesos de Habeas Corpus, la investigación parlamentaria, los procesos penales y la contienda de competencia... ..	168
8.2.3.	La sentencia del Fuero Militar. Análisis . ....	172
8.3.	Caso de los delitos de opinión de generales en retiro del Ejército ... ..	175
8.3.1.	Antecedentes ... ..	175
8.3.2.	Análisis . ....	178
8.4.	Caso del derecho de insurgencia de los militares del 13 de noviembre ... ..	181

8.4.1. Antecedentes ... ..	181
8.4.2. Análisis . ... ..	182
8.5. Caso del delito de terrorismo del ingeniero Ruiz-Conejo .. ..	184
8.5.1. Antecedentes ... ..	184
8.5.2. Análisis . ... ..	186
8.6. A modo de reflexión última... ..	188
9. Situación de la normatividad militar en los albores del siglo XXI. La actuación de la Defensoría del Pueblo, Ministerio Público y del Ilustre Colegio de Abogados de Lima ... ..	190
10. A modo de recapitulación. ... ..	203

**CAPÍTULO V**

**OBSERVANCIA DE LA AMPLIACIÓN DE  
COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR:  
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA  
CONSTITUCIÓN DE 1993**

1. Planteamiento previo ... ..	205
2. Alcance significativo de las declaraciones ... ..	208
3. La propuesta de Alan García Pérez: interpretación a partir de la Constitución.. ... ..	212
4. Los Proyectos de Reforma en el Congreso de la República... ..	214
5. Las reformas planteadas durante el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional . ... ..	216
6. El nacimiento de la legislación antisubversiva. ... ..	217
7. El diseño orgánico de la Jurisdicción Militar en la Constitución Política de 1993.. ... ..	229
a) Juzgamiento de los civiles.. ... ..	229
b) Pena de muerte ... ..	232



c)	La casación ante la Corte Suprema de la República . . . . .	236
8.	Las conclusiones del Informe emitido por la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 ... ..	241
9.	El Informe Final de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú de 2001... ..	246
10.	El Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución del 5 de abril de 2002... ..	248
11.	El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de julio de 2002 .. ..	248
12.	Hacia una nueva etapa normativa: los Proyectos de Ley N°s. 0163/2001-CR, 1107/2001-CR, 1203/2001-CR, 4799/2002-CR, 11035/2004-CR, 13482/2005-CR y 13623/2005-CR, referidos a la nueva Ley de Organización, Funciones y Competencias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.. ..	249
13.	La propuesta de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) ... ..	253
14.	Informe de la Comisión encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial y proponer las recomendaciones y proyectos normativos que resulten pertinentes para dicha finalidad.. ..	255
15.	La Ley N° 29548 y el nuevo rediseño e implicancias de la Justicia Militar ..	257
16.	Balance global ... ..	260

## CAPÍTULO VI

### EL ENCUADRE CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL (A PROPÓSITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR)

1.	Fundamento I: El valor normativo de la Constitución .. ..	263
2.	Fundamento II: El principio de separación de (poderes) funciones ... ..	271

3. La Constitución en la concepción jurisprudencial del Tribunal Constitucional... ..	274
4. Principios y derechos de la función jurisdiccional: Hacia una nueva etapa constitucional de la Jurisdicción Militar ... ..	276
4.1. Principio de unidad de la función jurisdiccional .. ..	278
4.2. Principio de exclusividad de la función jurisdiccional . ... ..	284
4.3. Principio de prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción. ... ..	286
4.4. Principio del derecho al juez natural. ... ..	292
5. A modo de reflexión . ... ..	294

**CAPÍTULO VII**

**LA JURISDICCIÓN MILITAR: SIGNIFICADO Y CONTENIDO CONSTITUCIONAL**

1. Concepto y tratamiento constitucional... ..	297
2. Sistemas o modelos de organización de la Justicia Militar . ... ..	304
3. Relativización de los fundamentos de la competencia ... ..	306
3.1. Por razón del delito ... ..	306
3.2. Por razón del lugar . ... ..	314
3.3. Por razón del estado de guerra .. ..	314
4. La profesionalización de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. ... ..	318
5. ¿Qué futuro le depara a la Jurisdicción Militar en el Perú? ... ..	323

**CAPÍTULO VIII**

**CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

I. Contrastación de las hipótesis formuladas.. ... ..	325
---	-----

1.	Presentación de resultados ... ..	325
1.1.	Año 2005. ... ..	325
	A) Procesos de Amparo ... ..	325
	B) Procesos de Hábeas Corpus ... ..	330
1.2.	Año 2006. ... ..	368
	A) Procesos de Amparo ... ..	368
	B) Procesos de Hábeas Corpus ... ..	394
	C) Procesos de Inconstitucionalidad... ..	407
1.3.	Año 2007. ... ..	408
	A) Procesos de Amparo ... ..	408
	B) Procesos de Hábeas Corpus ... ..	428
1.4.	Año 2008. ... ..	437
	A) Procesos de Amparo ... ..	437
	B) Procesos de Hábeas Corpus ... ..	440
	C) Procesos de Inconstitucionalidad... ..	445
1.5.	Año 2009. ... ..	445
	A) Procesos de Hábeas Corpus ... ..	445
1.6.	Año 2010. ... ..	457
	A) Procesos de Hábeas Corpus ... ..	457
2.	Conflictos (contiendas) de competencia resueltos por el Poder Judicial. ... ..	461
3.	Contrastación de las hipótesis formuladas.. ... ..	463
	A) Hipótesis principal . ... ..	463
	B) Hipótesis secundaria .. ... ..	465
II.	Conclusiones . ... ..	469
III.	Recomendaciones.. ... ..	472

– Bibliografía. ....	474
<i>A)</i> Fuentes históricas impresas ....	474
<i>B)</i> Fuentes parlamentarias y legislativas. ....	476
<i>C)</i> Libros y folletos.. ....	477
<i>D)</i> Artículos en revistas ... ..	511
<i>E)</i> Tesis . ....	521
<i>F)</i> Sitios web ... ..	522
<i>G)</i> Periódicos ... ..	523
<i>H)</i> Documentos ... ..	523

## AGRADECIMIENTO

Le estoy muy agradecido a mi asesor de tesis, Jaime Víctor Zelada Bartra, cuya paciencia y orientación en su elaboración fueron decisivas para culminar el cometido trazado. El agradecimiento también se hace extensivo a Mario Chávez Rabanal, quien soportó la pesada tarea de transcribir mis manuscritos. Tengo una deuda especial con Javier Villavicencio Alfaro, fiel testigo de los avatares que ofrece todo trabajo de investigación, sobre todo en el ámbito burocrático universitario. Mi ayudante de cátedra, Dante Paiva Goyburu, se ha tomado la fatigosa labor de leer y revisar todo el manuscrito original, por lo que quedo particularmente en deuda con él.

Finalmente, deseo expresar mi profundo afecto a Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, asesores de lujo del Tribunal Constitucional, por sus observaciones puntuales, lo cual me permitió cerrar con éxito el círculo de la redacción de la tesis, sin ningún contratiempo. A Oscar Salazar Barriga le debo sus sugerencias atinadas, especialmente desde el punto de vista metodológico.

Todos mis colegas y amigos mencionados, definitivamente facilitaron el proceso de recolección, elaboración y redacción de la investigación que a continuación sigue, con sus respectivas conclusiones y recomendaciones arribadas, que son –adviértase– de mi entera responsabilidad. Por su asistencia desinteresada les agradezco de corazón sus buenos consejos y su invaluable ayuda material.

## PRESENTACIÓN

Tema sumamente delicado y preocupante es el relativo a la Jurisdicción Militar, y que ahora está relacionado con el título de la presente tesis *Conflictos de competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar en el contexto constitucional*. Y se presenta más arduo todavía si se toma en cuenta que su tratamiento académico ha sido descuidado en los ámbitos constitucional y legal. Y qué decir cuando se ve que el poder político, a través de la línea evolutiva histórica –en especial, el Poder Ejecutivo– ha sido el que ha impuesto las reglas de juego para el desarrollo y aplicación de la Jurisdicción Militar, resultando muchas veces excesivas las decisiones que, en un momento determinado, expidieron los Tribunales Militares, precisamente integrados por jueces reclutados por el propio Poder Ejecutivo, desconociéndose a los demás aparatos estatales. La historia nos enseña que la función política de las Fuerzas Armadas ha sido un fenómeno persistente en América Latina, y en el caso peruano se deja notar esta dura realidad, lo cual ha permitido que se lleven a cabo permanentes oscilaciones de la autoridad civil que trajo como producto la ruptura de los diques de la democracia, por parte de las camarillas políticas, de casta y elitista, con el propósito de controlar el poder social y político. Frente a esto surge la siguiente interrogante: ¿Estado Constitucional o Estado Militar? La respuesta se podrá apreciar a lo largo del presente estudio.

En esa metodología de trabajo y desarrollo, a través de los VIII capítulos que se imbrica la presente investigación, nos proponemos abordar y explicar con entera convicción científica y metodológica diversas aristas, sin ningún tipo de pasión, tal como en la actualidad se ha estado presentando, y que permitan un enfoque o análisis adecuado para una mejor comprensión de la Jurisdicción Militar. La tarea la iniciamos modestamente hace 14 años, a partir del marco y encuadre constitucional, para lo cual se acudió al Derecho Comparado, especialmente, analizando la forma como se desarrolla el contenido de la Jurisdicción Militar en Iberoamérica; en esencia, desde la perspectiva que ofrece la sociología histórica y, obvio es decirlo, la situación actual, en donde se han suministrado nuevas luces rectoras.

Por ello, la premisa metodológica que guía la presente tesis se ajusta a la perspectiva comparativa a partir del enfoque de las variables jurídico-

constitucionales y políticas que se presentan en algunos Estados contemporáneos. En tal sentido, ahora que la Jurisdicción Militar está en la cresta de la ola, nos conduce una vez más a la reflexión, para seguir aportando algunas ideas, y contribuir de esa forma al debate académico alturado, con el fin de darle soluciones pacíficas y operativas. Y evitando, principalmente, que se afecten los derechos fundamentales, los principios y derechos de la función jurisdiccional, y básicamente, continuar consolidando el Estado Social y Democrático de Derecho y la gobernabilidad, en aras de darle el lugar que le corresponde tanto a la sociedad civil como también al aparato militar.

Para tal efecto, el presente trabajo de investigación, siguiendo la correspondiente metodología, en el Capítulo I antes de acometer tan delicada empresa, nuestro estudio centra primero el planteamiento del problema, para luego abordar el diagnóstico situacional de la Justicia Militar en el Perú, con una breve descripción histórica a manera de introducción para, luego, plantear las preguntas de investigación, los objetivos tanto generales como específicos, realizar la justificación crítica del trabajo y, finalmente, delimitarlo contextualmente.

La conformación estructural del Capítulo II, netamente metodológico, está referido a la formulación de las hipótesis principal y secundaria, la identificación de las variables de investigación con sus respectivos indicadores, la definición del tipo de investigación, la selección del diseño de investigación, la determinación del universo y la selección de la muestra, y las técnicas e instrumentos de recolección de datos y sus respectivos análisis documental y microcomparativo. Para tal fin, se ha tomado en cuenta el marco constitucional, legal, fáctico y jurisprudencial, sin descuidar los embates emergentes de las fuerzas sociales y militares que se presentaron con particular insistencia a caballo entre los siglos XIX y XX.

En el Capítulo III, partiendo de la génesis evolutiva del Fuero Militar, intentamos reflexionar en torno a una aproximación sobre sus alcances, naturaleza y contenido en el crisol de la historia, siguiendo así a la doctrina tradicional que se ha ocupado con atención de los fundamentos para su existencia y especialidad. Adviértase que los referentes del pasado son imprescindibles para una mejor comprensión del presente. En ese sentido, examinamos en curva ascendente la dinámica institucional de los antecedentes históricos y fundamentos de la existencia

y especialidad del Fuero Militar, lo que nos lleva a exponer su existencia en la España romana, en los fueros municipales medievales, en el Fuero Juzgo, en las Siete Partidas, en la jurisdicción eclesiástica o castrense, así como en la legislación militar en la época de los Austrias y los Borbones a partir del nacimiento de las Ordenanzas Militares y de los Consejos de Guerra, entre otros.

El Capítulo IV aborda los antecedentes constitucionales y legislativos de la Justicia Militar en el Perú, desde los primeros fuegos que se presentaron con la Constitución de Cádiz de 1812, pasando luego a explicar los primeros pasos de la etapa republicana, hasta nuestros días. En esa perspectiva, se analizan los proyectos de Constitución peruana como española en lo tocante a la parte militar, y se trata el desarrollo normativo durante los siglos XIX y XX. Tema obligado es el tratamiento de la Justicia Militar durante la época de violencia política, etapa en la que se dieron los casos de violación sistemática de derechos humanos y ejecuciones forzadas. Culminamos así el Capítulo IV exponiendo la situación de la normatividad militar en el siglo XXI, con las actuaciones de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Con lo cual, podemos ver con claridad la magnitud de las reformas y de las posturas que se han venido dando en los últimos tiempos, con el propósito de corregir las disfuncionalidades que ofrece la Jurisdicción Militar y compatibilizarlas con el entramado constitucional.

Seguidamente, en el Capítulo V, sin necesidad de perder la serenidad objetiva de los hechos, se expone la ampliación de competencias del Fuero Militar de la Constitución de 1979 a la Constitución de 1993, así como el diagnóstico de las diversas propuestas y proyectos e informes a propósito de la reforma y de la legislación surgida con motivo de la lucha contra la subversión, con el propósito de consolidar en nuestro medio la normalidad constitucional, al hilo del nuevo rediseño normativo y jurisprudencial de la Justicia Militar.

A renglón seguido, el Capítulo VI está dedicado al encuadre constitucional de la función jurisdiccional, en el que ponemos de relieve como fundamentos, tal como la doctrina ha constatado, el valor normativo de la Constitución y el principio de separación de poderes. También hacemos un análisis de los alcances de la concepción jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a la



Constitución y a los principios y derechos de la función jurisdiccional que se aplican en la impartición de justicia.

En el Capítulo VII describimos los alcances y contenido constitucional de la Jurisdicción Militar, los sistemas o modelos de organización y los fundamentos de la Justicia Militar, como también reafirmar la urgencia puesta en práctica de la profesionalización de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, para, finalmente, tratar de responder la interrogante acerca del futuro que le depara a la Jurisdicción Militar en el Perú, adecuándola a las exigencias constitucionales.

Llegados a este punto, en el Capítulo VIII exponemos los resultados de acuerdo con la muestra seleccionada y hacemos la contrastación de hipótesis principal y secundaria, presentando los resultados polarizados entre los años 2005 y 2010 para, seguidamente, fundamentar nuestras valoraciones conclusivas, complementando así algunas conclusiones parciales que se encuentran diseminadas a lo largo de este estudio, pensando acaso que son tentativas o provisionales dada la contextura del tema investigado, y proponer desde luego algunas recomendaciones, producto de nuestra experiencia en la enseñanza docente y en el ejercicio de la profesión al tan delicado problema planteado.

Finalmente, importa advertir que la transcripción de los diversos textos histórico-militares citados a lo largo del presente estudio, todos de primera mano, se realizó conforme a las normas usuales de la época, habiéndose respetado fielmente la ortografía de ese entonces, a fin de no trastocar el espíritu del mensaje ofrecido por los autores en el contexto histórico. Tras ello, hemos adrede, dejado tal cual apareció publicado, el vocabulario inherente a la época en que fue redactado, conforme podrá percibir claramente el lector.

Lima, agosto de 2011.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA

### 1. EL TEMA

“CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL”

### 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 2.1. DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

La Jurisdicción Militar (o Justicia Militar, como suelen llamarla algunos autores) en el Perú, ha existido desde antes de la etapa republicana y, como tal, ha venido evolucionando hasta nuestros días, adquiriendo nuevos perfiles tanto en el ámbito legal como en el constitucional, expresada, obviamente, mediante sus luces y sombras y con la problemática que acarrió en sus días sombríos, producto del poco interés en plantear una tan deseada reforma legislativa, y por ende, constitucional, por parte de los operadores políticos, especialmente cuando se pretende juzgar a los paisanos o civiles en el Fuero Militar; fenómeno que también salta a la vista, inevitablemente, en algunos Estados constitucionales de América Latina<sup>(\*)</sup>.

En ese interregno, ha sido el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, quien se ha encargado de encuadrar la problemática que hasta ese entonces se venía suscitando mediante luces y sombras.

A manera de ejemplificación, estrictamente teórico, el artículo 173 de la Constitución de 1993, referido a la competencia del Fuero Privativo Militar, establece que:

---

<sup>(\*)</sup> *Vid.*, por todos, Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997, págs. 354-371.

“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. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

Ahora bien, como es notorio, desde fines del siglo XIX hasta la actualidad, el Perú ha tenido siete Códigos de Justicia Militar: 1) el 20 de diciembre de 1898 Nicolás de Piérola promulga el primero; 2) mediante Ley N° 8991 de fecha 16 de octubre de 1939 se aprueba el segundo Código de Justicia Militar; 3) por Decreto Ley N° 11380 publicado el 7 de junio de 1950 se dicta el tercer Código; 4) el cuarto en la lista fue aprobado por Decreto Ley N° 14613 del 25 de julio de 1963; 5) el 24 de julio de 1980 mediante Decreto Ley N° 23214 se promulga el quinto Código de Justicia Militar; 6) por Decreto Legislativo N° 961 de fecha 11 de enero de 2006 se publica el sexto, ahora denominado Código de Justicia Militar Policial; y finalmente 7) el Código Penal Militar Policial sancionado mediante Decreto Legislativo N° 1094, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 1° de setiembre de 2010.

Como prueba confirmatoria de su contenido, en todos estos cuerpos normativos, la competencia de la Jurisdicción Militar se determinaba a partir de tres criterios objetivos: *a)* por razón del delito, *b)* por razón del lugar, y *c)* por razón del Estado de guerra, con excepción del Código de 1898 que no tomó en consideración este último criterio. Sin embargo, esta manera de fijar la competencia ahora resulta obsoleta porque a la altura de nuestro tiempo colisiona con los postulados de la Constitución Política y las tendencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>(\*)</sup>. Sin embargo, a modo de repaso, resulta ilustrativo reflexionar acerca de ella.

Ahora bien, de conformidad con esa nueva y fecunda dirección, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC, de 15 de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró *Fundada*, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en

---

(\*) *Vid.* Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC, de 15 de diciembre de 2006, promovido por el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial.

consecuencia, inconstitucionales los artículos 68, 70 (incisos 1 y 4), 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 115, 116, 117, 125, 130 (inciso 1), 134, 139 (incisos 1 y 2), 140, 141 (incisos 1 y 2), 142, 143, 144, 147, 148 y 149 del Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial, así como las siguientes disposiciones:

- a) El extremo del artículo 75 que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del Estado”.
- b) El extremo del artículo 82 que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.
- c) El extremo del primer párrafo del artículo 121 que establece: “causándole lesiones leves”.
- d) El extremo del inciso 1 del artículo 121 que establece: “o si se causa lesiones graves al superior”.
- e) El extremo del inciso 2 del artículo 121 que establece: “o si se causa la muerte del superior”.
- f) El extremo del artículo 123 que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior”.
- g) El extremo del inciso 2) del artículo 130 que establece: “o causa la muerte”.

En substancia, la Ley N° 29182, Texto Único Ordenado de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, promulgado el 10 de enero de 2008, en su artículo I, apunta al Fuero Militar Policial como: “...un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función”.

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial), señala que “El Fuero Militar Policial, conforme a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 139 de la Constitución Política, constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial. Su competencia comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial”.

Respecto a ello, dice Víctor Álvarez Pérez<sup>(\*)</sup>: “...a partir de una muy mala lectura del artículo 139 de la Constitución se piensa que existe una jurisdicción

---

(\*) Cfr. Álvarez Pérez, Víctor: *¿Un Poder Judicial con inclusión de la Justicia Militar o un Poder Judicial para los militares?*, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2008.

militar separada del Poder Judicial y que los miembros de las Fuerzas Armadas tienen la prerrogativa del Tribunal a su medida, ya que sólo podrán ser juzgados por los delitos que cometan, en su propio fuero. Una casta privilegiada con sus propios jueces pues ha llegado a afirmar la actual Ministra de Justicia (si son correctas las versiones de *El Comercio* del 29 de diciembre de 2008, pág. 07) que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) sólo tiene atribuciones respecto de los jueces del Poder Judicial y, lo que es más grave aún, que la Constitución reconoce dos jurisdicciones absolutamente independientes y sin vinculación alguna con aquél, además de la judicial: la arbitral y la militar”.

Continúa diciendo Víctor Álvarez que: “... el segundo párrafo del inciso primero del artículo 139 contiene una fórmula no muy feliz que digamos pues crea confusión: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral». No obstante ello, no debe entenderse que la Constitución ha creado un Poder Judicial distinto, separado e independiente, para los militares. Los principios de unidad y exclusividad no lo permiten. No existen «tres jurisdicciones» (del Poder Judicial, la militar y la arbitral) ni tampoco es correcto afirmar que el CNM no tiene atribuciones respecto de la Jurisdicción Militar”<sup>(\*)</sup>.

Por otro lado, dígase lo que se quiera, el juzgamiento de civiles corresponde a los tribunales ordinarios y no a los militares, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que: “... el sometimiento de civiles a tribunales militares es incompatible y violatorio del artículo 27 de la Convención, ya que supone una suspensión de una de las «garantías judiciales indispensables para la protección de [los] derechos», garantías no suspendibles por mandato de la Convención”<sup>(\*\*)</sup>.

---

(\*) *Vid.* Sentencia del 13 de junio de 2006, recaída en el Expediente N° 0006-2006-PI/TC; Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra determinados artículos de la Ley N° 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; Fundamento 42, el Tribunal Constitucional, señaló que: “...el Consejo Nacional de la Magistratura se constituye en un órgano constitucional que goza de independencia en el ejercicio de atribuciones constitucionales, tales como la selección y nombramiento de los jueces y fiscales, por lo que en la realización de tales funciones no puede depender de ningún otro poder público o personas públicas o privadas”.

(\*\*) *Vid.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 1999*, Capítulo IV, Ecuador, párrafo 70.

Con relación a ello, el artículo IV de la Ley N° 29182, actualmente vigente, contiene la prohibición expresa de que el Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar no alcanzan a ciudadanos civiles en forma directa, ni indirecta, ni análoga, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad. Los militares, en cambio, de acuerdo con el artículo VIII, son sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar Policial, “...siempre y cuando incurran en infracción durante el ejercicio de la función militar o policial. Dicha función está constituida por 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”.

Verdaderamente, a juicio de la Comisión Interamericana: “...una norma..., que da plena jurisdicción a tribunales militares para procesar a civiles..., es incompatible y violatoria del artículo 27.2 de la Convención Americana, la cual señala que hay ciertos derechos y libertades cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia, dentro de las cuales están «las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos»”<sup>(\*)</sup>.

Y, a propósito, al referirse a los delitos de función, el artículo 6 del Reglamento de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, establece que:

“Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial están tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables únicamente a militares y policías en situación de actividad y cuya comisión haya sido en acto, ocasión o como consecuencia del servicio.

Están también sometidos al Código de Justicia Militar Policial, conforme al último párrafo del artículo 173 de la Constitución Política, el personal de tropa de los Institutos Armados mientras cumplan servicio militar en sus distintas modalidades y los reservistas llamados con fines de instrucción y entrenamiento, así como en caso de movilización o de grave amenaza o peligro inminente para la Seguridad Nacional, conforme a las leyes del Servicio Militar y de Movilización Nacional y sus respectivos reglamentos”.

---

<sup>(\*)</sup> *Vid.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 1998*, Capítulo V, Ecuador, párrafo 46.

Refiriéndose al mismo tema, Enrique Müller Solón sostiene que: “... la Ley [N° 29182] establece que los Magistrados y Fiscales son nombrados por el Presidente de la República, es decir, por el Poder Ejecutivo, contrariando a la norma constitucional que determina que deben ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura [artículo 154]. Pero eso no es todo, la citada Ley permite además que Magistrados y Fiscales, sean simultáneamente Militares o Policías y Magistrados o Fiscales, atentando contra el principio de independencia y autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional. Como si fuera poco, la referida Ley permite además la existencia de un Ministerio Público Militar Policial, paralelo y distinto del que se refiere el artículo 158 de la Carta Magna”<sup>(\*)</sup>.

Según reza el artículo 4 de la Ley N° 29182, las contiendas de competencia entre el Fuero Militar Policial y el Poder Judicial, las resuelve la Corte Suprema de Justicia de la República, de acuerdo a ley. Y, respecto al *delito de función*, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0017-2003-AI/TC, caso Defensoría del Pueblo, declaró inconstitucionales diversos criterios que tradicionalmente se venían usando para definir el contenido del delito de función y delimitar el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar. Entre otros aspectos, precisó:

*a) La competencia formal o de mera tipificación.* Según este criterio sólo es necesario que una acción antijurídica esté tipificada como delito de función en el Código de Justicia Militar u otra ley especial para que se le considere como tal. En el texto normativo del Código de Justicia Militar existe una serie de figuras que no están vinculadas con el desempeño de la función militar, más aún que pueden ser cometidas por cualquier persona, por lo que si se aplica este criterio se estaría atentando contra el artículo 173 de la Constitución.

*b) La competencia del fuero personal [ratione personae].* El delito de función se configura porque el sujeto activo, pasivo o víctima del delito ostenta la condición de militar o policía. Pero la simple condición de militar o policía no significa la pertenencia a un estamento privilegiado.

---

<sup>(\*)</sup> Cfr. Müller Solón, Enrique Hugo: *Derecho Penal Militar: El Fuero Inconstitucional*, en <http://penalmilitar.blogspot.com/2009/05/derecho-penal-militar-el-fuero.html>



A este respecto, es menester reconocer que la Defensoría del Pueblo ha señalado bajo los siguientes términos que: "... la Constitución radica la regla de la competencia material de la justicia castrense en el denominado *delito de función* y no en la condición personal del agente o el sujeto pasivo del delito. En ese sentido, la cualificación del agente sólo adquiere relevancia penal para la justicia castrense, en tanto la conducta del mismo esté vinculada con la comisión de un delito de función, careciendo de importancia en todos los demás supuestos. Este último es el caso de los militares retirados y el personal civil que labora en las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, dado que no ejercen función militar. En ese sentido, para determinar la competencia de la justicia castrense no basta con comprobar la calidad de militar en actividad del sujeto activo del delito"<sup>(\*)</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional refirió que: "... la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía". En ese orden de consideraciones, la justicia castrense no constituye un "fuero personal" conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un "fuero privativo" centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por éstos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, por lo que no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la Justicia Militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

Asimismo, en cuanto se ciñe a las disposiciones constitucionales, tampoco es lícito que se determine tal competencia a partir de la sola referencia al sujeto pasivo que resulta afectado por la conducta ilícita del sujeto activo, es decir, que el agraviado sea un militar, policía o la propia institución. (Exp. N° 0017-2003-AI/TC, caso Defensoría del Pueblo, F.J. 129).

c) *La competencia [por razón] del lugar de [la] comisión del delito.* Se define el delito de función en razón al lugar [*ratione loci*] donde se produjo el hecho

---

<sup>(\*)</sup> Cfr. Defensoría del Pueblo: *¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Serie Informes Defensoriales, Informe N° 66, Lima, 2003, pág. 44.



delictivo, por ejemplo, una zona bajo el control de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, criterio que no es determinante para establecer el contenido del delito de función, puesto que ello alejaría de la norma regulada en el artículo 173 de la Constitución.

*d) La competencia de ocasionalidad y causalidad.* Según estos dos criterios, resulta suficiente que el delito sea perpetrado con ocasión o a causa del ejercicio de funciones militares o policiales para encontrarse frente a un delito de función. A ello debe oponerse el argumento de que no todo lo que tiene manifestación en el mundo de los hechos y que es consecuencia material del servicio o con ocasión de su cumplimiento, tiene necesariamente que caer en el ámbito de la justicia castrense, sino que la conducta que es objeto de reproche tiene que estar estrechamente vinculada con la función militar o policial, ya que el concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. Como consecuencia de ello, y cerrando este punto, se han planteado objeciones de orden doctrinario a la existencia de un fuero independiente del Poder Judicial<sup>(\*)</sup>.

Y, *last but not least*, el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Exp. N° 0001-2009-PI/TC, de 4 de diciembre de 2009, sin necesidad de entrar al fondo del asunto sobre el delito de función, ha sostenido lo siguiente:

“... ”

9. La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *civil law*, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del *common law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique [STC N.° 3361-2004-AA/TC, fundamentos 4 al 8; STC N.° 01412-2007-PA/TC, fundamentos 15 al 22].

10. En este sentido, la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su “núcleo normativo” aplicando el nuevo criterio llegue el juzgador en la materia. En consecuencia, este Colegiado anuncia que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse por todos los operadores jurídicos, en atención a la propia

---

(\*) El Tribunal Constitucional ha reafirmado su posición, una vez más, en el Expediente N° 01674-2010-PHC/TC, del 6 enero de 2011.

fuerza jurídica de las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad (artículo 204 de la Constitución)”.

Visto en sumaria reseña el diagnóstico situacional, y antes que pasemos a ocuparnos de los tópicos correspondientes, habrá que inquirir sobre algo que con particular existencia se oye repetir en estos momentos: ¿Qué significado tiene este argumento? Sobre todo, tiene una fundamental importancia en cuanto concierne a la Jurisdicción Militar, reconociendo que las aguas aún están divididas. Precisemos al respecto que el Alto Tribunal ha establecido de esa forma otras líneas argumentales que a partir de la publicación de su sentencia N° 0001-2009-PI/TC tendrá que ser cumplida por todos los poderes públicos del Estado.

## 2.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

Teniendo presente que las preguntas son formulaciones teóricas de los datos cuya respuesta se espera obtener por medio de un instrumento de investigación, ofrecemos al tema investigado dos preguntas:

*a)* ¿En qué medida los conflictos (entiéndase contiendas) de competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar afectan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1993?

*b)* ¿En qué medida los llamados “delitos de función” son susceptibles de delimitarse conceptual y fácticamente con el fin de justificar su presencia en la Jurisdicción Militar?

## 2.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

### 2.3.1. OBJETIVO GENERAL

Demostrar, sobre la base de una investigación, con un enunciado claro y preciso de las metas a lograr, cómo, en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado contemporáneo, existen conflictos (mejor dicho, contiendas) de competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar, que afectan los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de 1993.

### 2.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Teniendo siempre en cuenta que son los que concretan respuestas a propósitos precisos inherentes al problema formulado o a las dificultades identificadas para ser solucionadas, ofrecemos los siguientes:

a) Identificar las propuestas teórico-dogmáticas predominantes en la doctrina penal contemporánea con relación a la Jurisdicción Militar, a partir del contexto histórico legal y constitucional.

b) Establecer cuáles son los aspectos sustanciales de la legislación militar que determinan los conflictos de competencia con las atribuciones del Poder Judicial.

c) Identificar los delitos y sus características, susceptibles de ser sometidos a la Jurisdicción Militar.

d) Establecer las consecuencias jurídicas provenientes del juzgamiento y luego de la sentencia, en función de los delitos militares en una jurisdicción sin garantías de las atribuciones legales y constitucionales.

### 2.4. JUSTIFICACIÓN

¿Cuál es el porqué de la investigación y el aporte que ésta representa a partir del problema planteado? Veamos:

Desde el inicio de la República, la legislación militar ha sufrido una serie de transformaciones producto de su perfeccionamiento para encuadrarla en el Estado Democrático de Derecho. Dado que ninguna norma es perfecta, y existiendo aún rezagos de la herencia del Virreinato y de inicios de la República en dicha legislación, pero también por defectos en la redacción de la Constitución Política respecto al tema, no se logra aún contar con normas que delimiten y uniformicen con meridiana claridad las atribuciones del Poder Judicial y las que corresponderían a la Jurisdicción Militar.

De allí que resulta relativamente fácil que, una vez dada la norma sobre la materia de la Jurisdicción Militar, casi inmediatamente se la cuestiona y declara en parte inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Tal situación venía creando una sensación de inestabilidad jurídica en materia de conductas que se dan en el

ejercicio de la función militar y policial, sobre todo teniendo en cuenta que tal función difiere sustancialmente de la de cualquier otro agente público. Sin lugar a dudas, uno de los cuestionamientos más serios que se hace a la Jurisdicción Militar es su carácter independiente del Poder Judicial, así como también la forma de designación de los jueces militares.

Asimismo, teniendo en cuenta los antecedentes de la actuación militar y policial, sobre todo durante la época de violencia terrorista y durante el gobierno de Alberto Fujimori, se ha generado desconfianza sobre el enjuiciamiento de militares y policías en una jurisdicción distinta a la del Poder Judicial. Es por ello que consideramos necesario realizar, sobre la base de un contexto global, un análisis teórico-dogmático respecto a las atribuciones del Poder Judicial y de la Jurisdicción Militar, con la finalidad de realizar propuestas conducentes, en situaciones de funcionalidad, a contribuir al mejoramiento de la legislación militar, y de esa forma afianzar el sentimiento constitucional entre gobernantes y gobernados.

## **2.5. DELIMITACIÓN**

Para la determinación y análisis dogmático, la presente investigación se encuentra delimitada por diversos recursos (factores de orden objetivo y subjetivo) tales como el ámbito de la doctrina conceptual y operacional de la legislación nacional positiva, recurriendo de manera inexorable, al Derecho Comparado, enfoque que también constituye una opción válida y recomendable que, lastimosamente, los autores y estudiosos sobre la materia no han tenido en cuenta en su debida oportunidad. Por eso creemos que su viabilidad para el desarrollo explicativo en la presente investigación es correcta y adecuada.

## **CAPÍTULO II METODOLOGÍA**

### **1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES**

#### **1.1. HIPÓTESIS**

##### **A) HIPÓTESIS PRINCIPAL**

Como producto de los fenómenos jurídicos y de los fenómenos políticos, los conflictos (contiendas) de competencia suscitados entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar afectan derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1993, referidos principalmente al derecho a la defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, a ser juzgado por el juez natural, de legalidad y presunción de inocencia.

##### **B) HIPÓTESIS SECUNDARIA**

Sin afectar directamente los objetivos de la investigación, hemos de significar que la delimitación conceptual y fáctica de los llamados “delitos de función” ofrece dificultades especialísimas, a tal punto que en la sociedad civil crean serias sombras de dudas acerca de su justificación para juzgar a los profesionales de las armas en la Jurisdicción Militar y Policial.

#### **1.2. VARIABLES E INDICADORES**

##### **A) VARIABLE INDEPENDIENTE (O VARIABLE EXPERIMENTAL)**

Se presenta como causa y condición de la variable dependiente y es: Conflictos (contiendas) de competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar.

Indicadores:

- Tipo de delito.
- Condición del autor o sujeto activo.
- Bien jurídico protegido.
- Circunstancias y características del hecho delictivo.
- Competencia tanto del fuero común como del fuero militar.

## B) VARIABLE DEPENDIENTE

Se presenta como consecuencia de una variable independiente, y es la siguiente:

Derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1993.

Indicadores:

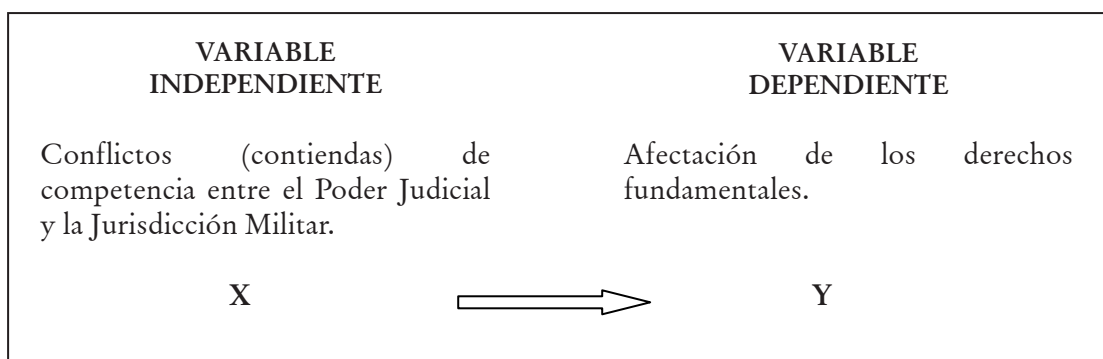
- Derecho a la defensa.
- Debido proceso.
- Tutela jurisdiccional efectiva.
- Ser juzgado por un juez natural y predeterminado por la ley.
- Principio de legalidad.
- Presunción de inocencia.

## 2. DEFINICIÓN DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación propuesta es de tipo jurídico formal, porque utilizará el método hipotético-deductivo al basarse en la utilización del pensamiento para la deducción, análisis y síntesis<sup>(\*)</sup>.

El estudio abarcará el análisis interpretativo, doctrinario y jurisprudencial que ofrece la literatura jurídica relacionada con el tema de la investigación, complementada con otros saberes culturales, que poseen ciertas características comunes, tanto en materia histórica como sociológica, para poder darle forma y acabado a la investigación.

## 3. SELECCIÓN DEL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN



<sup>(\*)</sup> Cfr: Torres Bardales, Colonibol: *Orientaciones básicas de metodología de la investigación científica*, 3ª. edición, Editorial San Marcos, Lima, 1994, pág. 78.

#### 4. DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO Y SELECCIÓN DE LA MUESTRA

##### 4.1. UNIVERSO

El universo, entendido como la totalidad de elementos o fenómenos que conforman el ámbito de la investigación, está constituido por las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de Hábeas Corpus, Amparo e Inconstitucionalidad, referidos al tema materia de la presente investigación, incluyéndose algunas ejecutorias supremas que ha pronunciado el Poder Judicial.

<b>POBLACIÓN</b>		
<b>ESTRATO</b>	<b>TIPO</b>	<b>CANTIDAD</b>
2005	AMPARO	14
	HÁBEAS CORPUS	10
	INCONSTITUCIONALIDAD	0
2006	AMPARO	3
	HÁBEAS CORPUS	7
	INCONSTITUCIONALIDAD	2
2007	AMPARO	4
	HÁBEAS CORPUS	5
	INCONSTITUCIONALIDAD	0
2008	AMPARO	1
	HÁBEAS CORPUS	2
	INCONSTITUCIONALIDAD	1
2009	AMPARO	0
	HÁBEAS CORPUS	5
	INCONSTITUCIONALIDAD	0
2010	AMPARO	0
	HÁBEAS CORPUS	2
	INCONSTITUCIONALIDAD	0
<b>TOTAL</b>		<b>56</b>

AMPARO	22
HÁBEAS CORPUS	31
INCONSTITUCIONALIDAD	3
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>

## 4.2. MUESTRA

La muestra, entendida como una reducida parte de un todo, fue seleccionada tomando en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional correspondientes al período 2005 a 2010.

Para efectos de la selección de la muestra, se utilizó el Método Estratificado por Afijación Proporcional de Hyman, por el que cada año fue considerado como un estrato.

$$\frac{n}{N} = \frac{x}{n_1}$$

Donde:

N = Población.

n = Tamaño de la muestra.

$n_1$  = Muestra del estrato.

Se estableció como tamaño de la muestra la cantidad de treinta (30) sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional.

ESTRATOS		FÓRMULA			S-TOTAL			
		n	=	x				
		N		$n_1$				
2005	AMPARO	30		x		420		
		56	=	14	=	56	=	8
	HÁBEAS CORPUS	30		x		300		
		56	=	10	=	56	=	5
	INCONSTITUCIONALIDAD	30		x		0		
		56	=	0	=	56	=	0
2006	AMPARO	30		x		90		
		56	=	3	=	56	=	2
	HÁBEAS CORPUS	30		x		210		
		56	=	7	=	56	=	4
	INCONSTITUCIONALIDAD	30		x		60		
		56	=	2	=	56	=	1
2007	AMPARO	30		x		120		
		56	=	4	=	56	=	2
	HÁBEAS CORPUS	30		x		150		
		56	=	5	=	56	=	3
	INCONSTITUCIONALIDAD	30		x		0		
		56	=	0	=	56	=	0



ESTRATOS		FÓRMULA				S-TOTAL		
		n	=	x	=			
		N		n <sub>1</sub>				
2008	AMPARO	30	=	x	=	30	=	1
		56		1		56		
	HÁBEAS CORPUS	30	=	x	=	60	=	1
		56		2		56		
	INCONSTITUCIONALIDAD	30	=	x	=	30	=	1
		56		1		56		
2009	AMPARO	30	=	x	=	0	=	0
		56		0		56		
	HÁBEAS CORPUS	30	=	x	=	150	=	3
		56		5		56		
	INCONSTITUCIONALIDAD	30	=	x	=	0	=	0
		56		0		56		
2010	AMPARO	30	=	x	=	0	=	0
		56		0		56		
	HÁBEAS CORPUS	30	=	x	=	60	=	1
		56		2		56		
	INCONSTITUCIONALIDAD	30	=	x	=	0	=	0
		56		0		56		
<b>TOTAL</b>								<b>30</b>

## 5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

### 5.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL

Técnica aplicada para el análisis doctrinario de las diversas obras con relación a la materia investigada, así como las sentencias del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Poder Judicial existente.

### 5.2. ANÁLISIS MICRO-COMPARATIVO DE SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS

Innegablemente, se ha elegido del Derecho Comparado un grupo de sistemas jurídicos afines al nuestro, para determinar las semejanzas y diferencias que pudiesen concurrir, a fin de poder aportar soluciones felices que contribuyan al fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho.

### CAPÍTULO III

## EL FUERO MILITAR: ALCANCES, NATURALEZA Y CONTENIDO EN EL DEVENIR HISTÓRICO

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Ya señalaba, con miras prácticas y fervoroso celo, Carlos Banús y Cómas (1852-1936), capitán de ingenieros y profesor de la Academia del cuerpo, refiriéndose a la palabra *fuero*, ya sea *especial* o *privilegiado*, que la necesidad de su existencia es incuestionable. “En sus primitivos tiempos –recordaba Banús y Cómas– la palabra fuero fue sinónima de Código, quizá mejor de Constitución como hoy se dice: ¿Qué otra cosa son el *Forum Judicum* (Fuero Juzgo)? y los innumerables fueros concedidos a los pueblos que levantándose en las fronteras de los Estados cristianos, servían de antemural a las algaradas de los árabes? Pero conceder fueros a aquellos pueblos, equivalía a darles privilegios, exenciones, y de ahí que hoy la voz <fuero> más que Código significa privilegio, y como el siglo XIX en su *espíritu igualitario* truena contra todo lo que es preeminencia, no es de extrañar que el elemento civil haya asestado sus tiros contra el fuero militar”<sup>(1)</sup>.

Cobijado en el ambiente de la época, José Vicente y Caravantes (1820-1880), en pleno siglo XIX, expresó con una luminosa claridad que: “en la milicia el fuero es de necesidad local, porque los militares no tienen más domicilio fijo que sus

---

<sup>(1)</sup> Cfr., el equilibrado libro de Banús y Cómas, Carlos: *Estudios de Arte é Historia Militar. Política Militar, creación y organización de los ejércitos* (Segunda Parte), Redacción y administración de la Revista Científico-Militar, Barcelona, 1881, págs. 255-256. Sobre el influjo de Banús y Cómas en siglo XIX, *vid.* Busquets Bragulat, Julio: “La Sociología Militar en España”, en Revista de Estudios Políticos, N° 158, Marzo-Abril, Madrid, 1968, págs. 180-181. Con anterioridad, *vid.* su libro *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1967, págs. 196-215, en donde desarrolla el pensamiento de Carlos Banús Cómas, Francisco Barado y Font, José Almirante Torroella y Francisco Villamartin. En particular, también importa escuchar otra opinión de la época a cargo de Estévanez, Nicolás: *Diccionario Militar. Con un vocabulario Español-Francés-Alemán*, voz: “Fuero Militar”, Garnier Hermanos, Libreros-Editores, París, 1897, pág. 103: “Privilegio de que gozan los militares y asimilados, en virtud del cual los fusilan por cosas que en la sociedad civil no son ni siquiera faltas; pero pueden tanto la tradición y la rutina, que algunos se enfadan cuando se trata de quitarles ese privilegio”.

banderas, es de necesidad orgánica, porque la disciplina se robustece resumiendo los jefes las atribuciones judiciales; es de necesidad moral, porque los jefes deben saber las vicisitudes de la vida privada de sus súbditos, y es de necesidad política en circunstancias singulares y en los estados de guerra o de sitio, porque la fuerza física se aumenta cuando se le agrega los resortes legales que sirven para precaver y reprimir”(2).

Queremos hacer notar también que el abogado fiscal del Consejo de Guerra y Marina teniente auditor de guerra de segunda clase, Pedro Buesa y Pison, sostenía con inequívoca elocuencia, en el último tercio del siglo XIX, que: “Siendo el Ejército una sociedad especial dentro del organismo social, forzosamente ha de regirse por leyes especiales. Ciertos hechos que para los no militares son inocentes, trae hondas perturbaciones dentro de la Milicia y exigen severo castigo... Y no sólo los Códigos penales deben ser distintos, sino que han de serlo también los Tribunales que los apliquen y las reglas para su aplicación... mientras exista, el Ejército, y existirá en cuanto subsista la sociedad, tendrá sus leyes propias, sus tribunales peculiares y su enjuiciamiento especial, constituyendo todo ello la *jurisdicción de guerra*”(3).

---

(2) Cfr., la célebre obra de Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1853, pág. 8. De igual parecer era en aquella época el Teniente Coronel y Capitán de Carabineros, Santiago Benito é Infante cuando sostenía, con un talante especial, que: “El fuero especial de guerra como conjunto de leyes y forma excepcional de enjuiciar, existe y existirá siempre por imperio fatal de los hechos, interin exista o haya necesidad de que exista el Ejército en nuestras actuales sociedades”. Cfr. *Tribunales Militares. Jurisdicciones Gubernativa, Disciplinaria y Administrativa en el Ejército*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1886, pág. 24.

(3) Cfr. Buesa y Pison, Pedro: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Militar publicada el 30 de setiembre de 1886*, Imprenta de Lucas Polo, Madrid, 1886, págs. 27-28. En el último tercio de la centuria antepasada Joaquín Escriche (1784-1847) sostenía que la Jurisdicción Militar es: “... la potestad que tienen los jueces militares para conocer de los negocios de las personas que sirven en los ejércitos ó dependen de ellos, como asimismo de los que interesan al servicio de los mismos ejércitos”. Cfr., el cuidadoso *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho Americano, voz: “Jurisdicción Militar”, Librería de la V<sup>da.</sup> de C. Bouret, París-México, 1906, pág. 1127.

Bien es verdad que, como precisara Federico de Madariaga a inicios del siglo XX: “El fuero militar es consecuencia necesaria de la existencia, hoy por hoy imprescindible, de la fuerza armada, del modo de ser de ésta, de su especial funcionamiento. Mantener ese fuero dentro de un justo límite es, pues, velar por la existencia de la institución militar. Nada que convierta á los Estados Mayores de la milicia en Audiencias de lo criminal; mas nada tampoco que haga imposible la vida independiente de la fuerza pública para el cumplimiento de sus fines propios”<sup>(4)</sup>.

Por su parte, bien ha destacado Rafael Bielsa (1889-1966), subrayando –con un juicio crítico estimable– la razón de ser de la Jurisdicción Militar, que: “El Estado militar impone especiales deberes y obligaciones (a la vez que crea prerrogativas y derechos), de carácter esencialmente militar, por lo que afecta directamente a la institución y a la disciplina; de ahí que la facultad de juzgar y reprimir la transgresión de esos deberes y obligaciones debe ser, como lo es, atribución exclusiva del mismo Ejército y es precisamente esto lo que constituye y justifica la Jurisdicción Militar”<sup>(5)</sup>. Aun cuando en todo ordenamiento jurídico no se deja de verificar la existencia de tribunales o fueros militares “como algo absolutamente normal”<sup>(6)</sup>, pocos son los países

---

(4) *Vid.* Prólogo de Federico de Madariaga al libro de Del Nido y Torres, Manuel: *Código de Justicia Militar, comentado y concordado con las resoluciones del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Autos del Tribunal Supremo sobre cuestiones de competencia entre las Jurisdicciones de Guerra y la ordinaria, Leyes, reglamentos, Reales decretos, Reales órdenes y cuantas disposiciones se han dictado modificando ó aclarando alguno de los artículos de dicho Código, y formularios para todas las diligencias*, Imprenta de La Correspondencia Militar, Madrid, 1910, pág. VI.

(5) *Cfr.* Bielsa, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª. edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, pág. 618. Sobre este punto, más particularmente, también *vid.* Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997, págs. 366-371.

(6) *Cfr.*, la exposición sistemática de Fernández Segado, Francisco: “La Justicia Militar en el Derecho Comparado”, en *Revista General de Derecho*, N<sup>o</sup>s. 568-569, Enero-Febrero, Valencia, España, 1992, págs. 335-361. En el mismo sentido, también *vid.* Rojas Caro, José: *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1991, págs. 79-93. Antecede Prólogo de Mariano Monzón y de Aragón.

que escapan a esta regla que a través del tiempo<sup>(7)</sup> se ha convertido en general<sup>(8)</sup>.

De modo parejo, Guillermo Cabanellas de Torres (1911-1983) ha precisado que el fuero militar es: “El derecho de todo militar de ser juzgado por la jurisdicción castrense en las infracciones características de su estado; y el deber de la justicia militar de someter a su juicio a cuantos militares y civiles incurran en delitos o faltas típicamente militares. Aun cuando existan algunos aspectos no penales, resulta indudable que el carácter del *fuero militar* es predominantemente criminal, sin excluir algunas intervenciones de otra especie, incluso de jurisdicción voluntaria, cual la prevención de los abistestatos”<sup>(9)</sup>.

Pero, de vuelta a nuestro tema, siguiendo la ancha senda abierta por los especialistas, otros autores le asignan al *fuero militar* el sinónimo de *fuero de guerra*<sup>(10)</sup> o *castrense*, y constituye el conjunto de inmunidades y ventajas

---

<sup>(7)</sup> *Vid.*, por ejemplo, lo expuesto en el libro muy completo para la época: *Organización administrativa de varios ejércitos de Europa comparada con la de España. Memoria escrita en virtud de orden del Director General de Administración Militar por una Comisión de dicho cuerpo y publicada con autorización del Gobierno*, Imprenta de la Administración Militar, Madrid, 1870.

<sup>(8)</sup> Por ejemplo, cítese el *Código Penal Militar de Colombia*, Ley N° 1407 de 2010, en su artículo 1° reza literalmente lo siguiente: “*Fuero Militar*. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

<sup>(9)</sup> *Cfr.*; la obra de Cabanellas de Torres, Guillermo, excelente en su género: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Fuero Militar”, t. III, (E-G), Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, 1961, pág. 364. Redactado con el asesoramiento y consulta de técnicos por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. También, *vid.* Muñiz y Terrones, José: *Diccionario de Legislación Militar*, voz: “Fuero de Guerra o Fuero Militar”, 2ª. edición modificada y aumentada, Tipografía y Litografía de Olea, Cádiz, 1885, págs. 221-224; Kaplan C., Oscar: *Diccionario Militar*, voz: “Fuero Militar”, Talleres Gráficos Buschi, SRL, Buenos Aires, 1944, pág. 333 y Téllez Zamudio, Ingrid: *Diccionario Jurídico Militar*, voz: “Fuero Militar”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 2003, págs. 99-101. *Idem*, Bedoya, Manuel: voz: “Fuero”, en *Diccionario Militar Ilustrado*, t. I, Imprenta Gloria, Lima, 1918, pág. 491.

<sup>(10)</sup> Por ejemplo, la Constitución de México de 1917 en su artículo 13 estableció el reconocimiento del “fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar”. *Cfr.*

concedidas y de obligaciones impuestas a la clase de militar por razón de las funciones que ejerce, misión que desempeña y jerarquía social que ocupa<sup>(11)</sup>. Por ejemplo, en 1860 se sostenía que: “La ordenanza general del Ejército y aclaraciones posteriores conceden á todas las clases militares determinados privilegios ó exenciones conocidos con el nombre de *fuero de guerra*. Este fuero se divide en fuero de guerra militar, fuero de guerra político y fuero de guerra temporal, según la clase de personas que lo disfrutaban, aunque en su esencia todas ellas gozan de unas mismas prerrogativas”<sup>(12)</sup>. Y años después se comentaba que: “... el Fuero de Guerra, que no debe ser considerado como un privilegio envidiable, sino como

---

Carlos E., Alejandro: *Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 2000, págs. 18-26. Antecede Prólogo a la 1ª. edición de Máximo Carvajal Contreras y Prólogo a la 2ª. edición de Mario Guillermo Fromow García. También, en el mismo sentido, *vid.* Bermúdez Flores, Renato de J.: *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición revisada y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 1998, págs. 155-164. Antecede Prólogo de Antonio Millán Garrido. Más de pronto, Cossío Díaz, José Ramón, “Fuero militar: sus alcances y limitaciones”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 22, Enero-Junio, México, D.F., 2010, págs. 321-361. Desde el punto de vista histórico también resulta provechosa la lectura de McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2ª. edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1982, págs. 22-23.

(11) Interesante, en sumo grado, es la opinión que da Joaquín Escriche acerca del Fuero de Guerra: “La potestad que tienen los juzgados militares para conocer de los negocios de las personas que sirven en los ejércitos, ó dependen de ellos”. *Cfr. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, ob. cit.*, voz: “Fuero de Guerra”, pág. 726. Más aún, como señalara Ramón Díaz Vela, Fiscal que fue de S. M. y Vocal de la Junta Consultiva de Guerra de España, a mediados del siglo XIX: “El Fuero Militar tiene su origen o es hijo de la necesidad social de un Ejército disciplinado y ambulante”. Y, agregaba a continuación: “El Fuero Militar, como hijo de una necesidad social, no es una mera gracia que constituya un privilegio odioso, sino una escepción tan justa como otra cualquiera de las que comúnmente urge introducir en la ley general, por causas ó motivos especiales, que no pueden ser desatendidos, sin faltar al sentimiento de la justicia”. *Cfr.* Díaz Vela, Ramón: *Informe sobre el Fuero Militar, en lo civil*, Imprenta de Don José González, Madrid, 1859, págs. 9 y 12, respectivamente.

(12) *Cfr.* Pérez y Pérez, Francisco: *Tratado Teórico-Práctico de Juzgados Militares fundado en la Ordenanza General del Ejército y Órdenes posteriores, y extractado de la obra de Don Félix Colon*, Parte Primera. Del fuero de guerra. Capítulo Primero. Del fuero de guerra, personas que lo disfrutaban y exenciones que dá este fuero, artículo 1, Imprenta y Librería de Severiano López Fando, Toledo, 1860, pág. 5. Se trata de un libro de Texto para la enseñanza en el Colegio de Infantería, escrito por el profesor del mismo... y aprobado por el Excmo. Sr. Director general del arma.



una amarga necesidad orgánica de la Milicia, es la atmósfera en que únicamente puede vivir el Ejército, si ha de llenar su noble y honroso cometido”<sup>(13)</sup>.

Del mismo modo, Magdiel Gonzáles Ojeda expresa elocuentemente que: “Los tribunales militares constituyen la jurisdicción militar o fuero real, cuya función está encaminada a juzgar a determinadas personas en razón de la cuestión o materia que versa el juicio y no en razón de la persona comprendida en el proceso, por infracciones a las leyes y reglamentos que rigen a las Fuerzas Armadas. La función la realiza teniendo en cuenta las formas prescritas por la ley, por ciertos órganos castrenses especializados y previstos para tales fines”<sup>(14)</sup>.

En consecuencia, recuérdese en primer término que no parece ocioso apuntar que el *fuero militar* –cuya justificación constitucional no está en tela de juicio– constituye en los ordenamientos jurídicos, un alto organismo de los institutos armados encargados de procesar y juzgar los delitos y faltas sometidas a la jurisdicción privativa. Es decir, en su verdadero concepto, está circunscrito al ámbito estrictamente castrense<sup>(15)</sup>. Y, en segundo lugar, obsérvese que comprende en su conjunto, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FUNDAMENTOS PARA SU EXISTENCIA Y ESPECIALIDAD

Es oportuno revelar en este momento que las leyes militares son tan antiguas como los ejércitos. Para centrar mejor el tema, con miras al pasado, Emiliano

---

<sup>(13)</sup> López y Novella, Julián, *Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-militares*, 5ª. edición, Establecimiento Tipográfico de R. Labajos, Madrid, 1888, pág. 3.

<sup>(14)</sup> Cfr. Gonzáles Ojeda, Magdiel: *La excepcionalidad en la Constitución. Los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana*, L.F. Lann Editorial, Lima, 1991, pág. 55. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde. También, *vid.*, en particular, sobre este punto, Donayre Montesinos, Christian: *La reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada*, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima, 2004, págs. 48-53. Antecede Presentación de Francisco Eguiguren Praeli y Prólogo de Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.

<sup>(15)</sup> Cfr., sobre este punto, Saucedo López, Antonio: *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2002, págs. 58-63. También, *vid.* Gálvez Montero, José: “Antecedentes históricos de la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004, págs. 33-34.

González Díez ha subrayado con precisión que: “La evolución histórica de la jurisdicción militar en su vertiente de especialidad judicial exige una prevención terminológica y conceptual ya que la adjetivación que aquí se hace soporta una evidente carga convencional y por supuesto alejada de la moderna concepción jurídico-procesal muy atenta en aquilatar y condensar su contenido semántico después de una progresiva depuración nocional que la doctrina ha sostenido en los prolijos debates en torno a la constitucionalización del Estado y en especial por la literatura jurídico-procesal. Esta ha sido la primera interesada en eliminar anfibologías y todas aquellas adherencias polisémicas para ajustar el núcleo conceptual del significante y significado en la relación bimembre de poder dictar o declarar el derecho y de juzgar y ejecutar lo juzgado. Que no se trata de una cuestión pacífica de idea la disparidad de ofertas terminológicas y de la necesidad de incrementar el análisis histórico para reivindicar el desarrollo autónomo del concepto como algo tardío según establece la literatura científica”<sup>(16)</sup>.

Y, sin temor a exageración, añadía en seguida con orientación certera lo siguiente: “Es verdad que, históricamente, se advierte una palmaria confusión e indiferenciación entre los términos *justicia* y *jurisdicción*; las más de las veces con esta última locución se quiere expresar la potestad decisoria, otras veces el nudo enjuiciamiento, no faltan aquellas otras que aluden a un difuso ejercicio plurifuncional sin que advierta emancipación de la actividad gubernativa como ocurre en el mundo medieval que arrastra como sobrecarga una impresión que hace acoger en su seno manifestaciones que hoy indubitavelmente inscribiríamos en el marco competencial administrativo”<sup>(17)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Cfr. González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, en AA.VV.: *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español. El Libro conmemorativo del X Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos*, Burgos, 1996, pág. 778.

<sup>(17)</sup> Cfr. González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, *ob. cit.*, pág. 778. También, *vid.* Rodríguez Devesa, José M<sup>º</sup>: “Algunas reflexiones sobre la jurisdicción militar”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIII, fasc. I, Enero-Abril, Madrid, MCMLXXX, págs. 5-16. Se trata de algunas sugestivas reflexiones que el recordado penalista español abordó con ocasión del VIII Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, celebrado en Ankara (Turquía) durante los días 11 al 15 de octubre de 1979, y cuyo tema central fue la “Evolución de la justicia militar”.



Mas, por lo mismo, Ángel Salcedo y Ruiz, Académico de Número de la Real de Ciencias Morales y Políticas de España, recordaba que la Justicia Militar es una locución inventada por los franceses. En su concepto: “Por Justicia Militar se entiende todo un *Derecho Judicial* y todo un *Derecho Penal*, propios del Ejército, distintos de los generales del Estado, no en pormenores, sino en sus principios fundamentales”<sup>(18)</sup>.

A nuestro entender, nadie mejor que Francisco Villamartin (1833-1872) para dar una opinión, en toda su magnitud, acerca de la justicia militar, y que se encuentra plasmado en su famosa obra “Nociones del Arte Militar” –que ha sido catalogado como una verdadera enciclopedia militar–: “La justicia militar debe ser pronta y severa. La subordinacion es una virtud que debe mantenerse vírgen, y no solamente relaja los lazos de la disciplina y quebranta la subordinacion el inferior que falta, al superior, sino también el superior que se humilla y humilla la institución al humillar á sus subordinados; por consiguiente, esas reglas marcadas en nuestra leyes y reglamentos, que forman, por decirlo así, la etiqueta militar, deben conservarse siempre puras, porque las cuestiones de forma son en todo de tanto interés como la cuestión de esencia. Nada más expuesto que verse precisado á recurrir á alardes de carácter y autoridad aquel jefe que se ha familiarizado anteriormente, y nada más desorganizador que este vaivén violento entre la debilidad y el abuso de mando. No se debe dispensar nada de lo pequeño, para no verse precisado á castigar lo grave: hé aquí en qué estriba la buena educación de las clases”<sup>(19)</sup>.

Teniendo esto presente, en principio, y antes de aludir comprensiblemente al fuero militar, hemos de significar que, reforzando los presupuestos históricos, la expresión *fuero* –la fuente más representativa del Derecho medieval español, es decir, de vieja factura– deriva de la palabra latina *forum*, equivalente a foro o tribunal;

---

<sup>(18)</sup> Vid. Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, Tipografía del Sagrado Corazón, Madrid, 1913, pág. 27. También se ha publicado en Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, t. X, Mayo 1912-Mayo 1914, Madrid, 1916, págs. 392-472. Hay separatas en circulación.

<sup>(19)</sup> Cfr. Villamartin, Francisco: “Nociones del Arte Militar”, en su libro *Obras selectas*, Establecimiento Tip. de los Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1883, pág. 99. Seguido con la biografía del autor por Luis Vidart, y un Apéndice a las *Nociones del Arte Militar* por Arturo Cotalero. Para mayores datos históricos, también vid. Ramos Espinoza, Juan Pablo (*et al.*): *Derecho Penal y Procesal Militar*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005, págs. 11-23.

*foro*, en portugués, gallego y leonés; *for*, en bearnés, provenzal, antiguo francés y catalán; *fur*, en catalán y valenciano; *fuero*, en castellano navarro y aragonés<sup>(20)</sup>. Se trata, a no dudarlo, de una voz de origen nobilísimo y de recuerdo venerado, tal como lo ha puntualizado en el siglo XIX, con expresión más práctica, el erudito José Almirante Torroella (1823-1894)<sup>(21)</sup>.

Es indudable que, desde el punto de vista jurídico-militar, la acepción más generalizada del vocablo *fuero* es la que se refiere a la compilación o campo de leyes medievales, así como las que existieron en su momento –época Hispano-Goda– tales como el *Fuero Juzgo* o *Liber iudiciorum* (1241) y el *Fuero de las Leyes* o *Fuero Real* (1255). La expresión es de viejo cuño histórico y se le asigna un origen nobilísimo, pues conserva implícita la idea de preeminencia y privilegio, de franquicia o exención. En este contexto, y romanceado el término, fue anexado o vinculado a lo militar, acuñándose así el término *fuero militar*. En la actualidad se ha superado la noción que implicaba la idea de exención o privilegio, y es visto como deber y derecho<sup>(22)</sup>. Mas, por otra parte, al decir de Cabanellas de Torres: “el fuero es el radio en que ejerce su acción la denominada justicia militar”<sup>(23)</sup>.

<sup>(20)</sup> Cfr. García Gallo, Alfonso: “Aportación al estudio de los fueros”, en Anuario de Derecho Español, N° 26, Madrid, 1956, págs. 396-397. También resulta útil la lectura de la voz “Fuero”, y sus diversos significados históricos a cargo de Joaquín Escriche que desarrolla en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, ob. cit., págs. 714-726.

<sup>(21)</sup> Cfr. Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar* [versión original, publicada en un tomo por la Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869], voz: “Fuero”, vol. I, (A-G), reimpresión, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2002, pág. 486. Antecede Presentación de Miguel Cuartero Larrea. Sobre el influjo de Almirante Torroella, con miras en el siglo XIX, *vid.* Busquets Bragulat, Julio: “La Sociología Militar en España”, ob. cit., págs. 176-180. En realidad, las obras de Almirante, en especial el *Diccionario Militar*, también tuvieron repercusión fuera de España. Al respecto, *vid.*, además, la obra de Martins De Carvalho, Francisco Augusto: *Diccionario Bibliographico Militar Portuguez*, Impressão Nacional, Lisboa, 1891, de útil consulta para la época.

<sup>(22)</sup> *Vid.* Erman, Sahir: “Evolución actual de las jurisdicciones militares”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 35, Enero-Junio, Madrid, 1978, págs. 81-93.

<sup>(23)</sup> Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Fuero”, t. III, (E-G), ob. cit., pág. 364. Una aproximación equilibrada al tema se puede consultar en la obra de Sardina Páramo, Juan Antonio: *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1979.

En general, conviene subrayar a este respecto, que el tema ya se dejaba notar delicado en el último tercio del siglo XIX conforme ha esbozado con claridad Nicolás Estévanez: “Á cualquiera se le ocurre que la Justicia no es militar, ni civil, ni eclesiástica, sino una é indivisible como la República francesa; porque si no es para todos, é igual para todo el mundo, más que justicia habrá de ser injusticia. Bien está que los tribunales militares entiendan en los delitos militares, en los que sólo por militares pueden ser cometidos y juzgados; un centinela que abandona el puesto, un soldado que vende los cartuchos, un capitán que maltrata de obra al coronel, es claro que deben ser juzgados militarmente, porque los paisanos están libres de cometer esos delitos, ya que no tienen coroneles, ni cartuchos, ni entran jamás de centinela, por lo que el Código civil no ha previsto ninguno de esos casos. Pero sucede que los tribunales militares, además de entender en esas cosas, pretenden entrometerse en otras. Y gracias que ya no existe más que el fuero militar, cuya necesidad reconocemos; pero no se hallan lejanos los tiempos en que había fueros y jurisdicciones de Artillería, de Ingenieros, de la Guardia Real, de los Alabarderos, de los Capellanes, de la Hacienda militar y otros, lo que daba motivo á reclamaciones, competencias y conflictos de jurisdicción, que convertían en golillas á un gran número de militares, muy duchos en el conocimiento de textos legales y de reales órdenes, pero sin tiempo ni ocasión para aprender la Táctica. El antiguo régimen, en lo referente á la Justicia (y en otras muchas cosas), era lo más antimilitar que puede imaginarse”<sup>(24)</sup>.

Observemos, por otra parte, que con acentuados caracteres generales, existen razones de *orden histórico* y razones de *necesidad* que abonan la existencia y la especialidad del fuero o tribunal militar, como materia u objeto de estudio del Derecho militar<sup>(25)</sup>. El fuero militar, si bien se remonta a la antigüedad, como se indicó antes, los primeros pueblos cuyos jefes imponían sanciones, se institucionaliza recién en la Edad Media, aun cuando no en sentido estricto. En efecto, ni en la Edad Antigua ni en la Edad Media se estructuró un órgano jurisdiccional castrense

---

<sup>(24)</sup> Cfr. Estévanez, Nicolás: *Diccionario Militar. Con un vocabulario Español-Francés-Alemán*, voz: “Justicia Militar”, *ob. cit.*, págs. 125-126. También, *vid.*, en el mismo sentido, entre otros, Téllez Zamudio, Ingrid: *Diccionario Jurídico Militar*, voz: “Justicia Penal Militar”, *ob. cit.*, págs. 131-132.

<sup>(25)</sup> Cfr., al respecto, Gomes Carneiro, Mário Tiburcio: “Los elementos fundamentales del Derecho Militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961, págs. 181-209.

tal como se concibe hoy, pues los atropellos que en las batallas se cometían se penaban en el acto por los jefes o se olvidaban por el comportamiento heroico en la lucha; y disuelta la hueste, toda la estructura militar desaparecía<sup>(26)</sup>.

Lo reseñado bastará para atestiguar que: “Donde quiera que han existido fuerzas armadas regulares y organizadas han funcionado, más o menos embrionariamente, las leyes y justicia de carácter militar específico, porque siempre ha sido facultad y deber del mando mantener en las huestes sobre que se ejerce la disciplina, a cuyo fin es indispensable el uso rápido y eficaz del poder punitivo”<sup>(27)</sup>. Es más: “Sin la disciplina no hay Ejército posible, y sin Ejército no hay defensa eficaz”.<sup>(28)</sup>

Al margen de esta breve evolución histórica, si fuera menester agregar algo más, diremos que la presencia de los tribunales militares obedece también a una *razón de necesidad*. Así, es un hecho evidente que los miembros de las Fuerzas Armadas descansan, igual que la policía, en una disciplina funcional y jerarquizada de todos sus miembros. En este sentido, el personal castrense y policial que, en gradación de infrajerarquía se encuentra frente al superior, son dóciles y deben obediencia al jefe que los manda<sup>(29)</sup>, y si éste es un juez que puede castigarlos,

---

(26) Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voces: “Fuero” y “Fuero Militar”, t. III, (E-G), *ob. cit.*, págs. 363 y 365, respectivamente. Sobre este punto, también, *vid.* Mercado G., Roberto y Soria Galvarro C., Carlos: *Diccionario Militar*, voz: “Fuero Militar”, Editorial Renacimiento, La Paz, 1948, pág. 449.

(27) Cfr., sobre esta cuestión, De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, Editorial Naval, Madrid, 1948, pág. 31. Antecede Informe del Excmo. Sr. Ministro Togado, Asesor General del Ministerio de Marina, sobre la declaración de utilidad de esta obra, Eugenio Blanco.

(28) Cfr. Cousiño Quiroga, José: *El Ejército como elemento indispensable de la vida nacional*, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1917, pág. 24.

(29) Todo mandato, provenga de un superior, por principio, si es una orden racional, sensata, legal, debe ser ejecutado por el subordinado. Sin embargo, el tema de la *obediencia debida* impone ciertos límites, pues alegar una obediencia que significa una impunidad de una falta o delito es de por sí reprochable. Por consiguiente, no puede ejecutarse una orden cuyo cumplimiento signifique simplemente la comisión de un delito. *Vid.*, sobre todo esto, Rojas Caro, José: “Las órdenes que pueden ser desobedecidas”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 361-370. También, *vid.* las cuidadosas reflexiones a cargo de Rodríguez Devesa, José M<sup>a</sup>.: “La obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N<sup>o</sup> 3, Enero-Junio, Madrid, 1957, págs. 29-79. Para el caso peruano, en concreto, *vid.* Zuñiga Rodríguez, Laura, “La obediencia debida y el nuevo Código Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Derecho*, N<sup>o</sup> 46, Diciembre, Lima, 1992, págs. 193-219.

no hay intervalo alguno entre la falta y la sanción imposible de eludir<sup>(30)</sup>. Unido a esta situación se argumenta, por razón de necesidad misma, que para juzgar es necesario conocer los delitos de naturaleza castrense y, en consecuencia, hay que ser perito en la profesión y únicamente los militares se encuentran en condiciones de emitir un juicio expedito y fundado en lo que atañe a la disciplina militar, sobre todo lo acontecido en una función de guerra<sup>(31)</sup>.

Parece comúnmente admitido que todos estos elementos históricos han venido primando y hoy, por lo menos, es lo que ocurre en el sistema continental europeo y en el mundo anglosajón. Los puestos de la judicatura militar son ocupados por militares *strictu sensu* y los profesionales en Derecho son normalmente abogados que ocupan los cargos de auditores y cumplen labor de asesoramiento sobre todos los asuntos jurídicos para la aplicación del Derecho Penal Militar<sup>(32)</sup>. En razón de ello, como suele darse en todos los demás órdenes de la cultura jurídica: “El estudio del Derecho Penal Militar es por otra parte interesante. Plantea múltiples cuestiones, ofreciendo un carácter propio y

---

<sup>(30)</sup> También resulta utilísima la lectura del penalista español Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, EDEVAL, Valparaíso, 1969. Antecede Prólogo de Francisco Blasco Fernández de Moreda. Para el caso peruano, vid. Ugaz Heudebert, Juan Diego: *La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2011. Antecede Prólogo de Iván Meini Méndez.

<sup>(31)</sup> Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Fuero Militar”, t. III, (E-G), *ob. cit.*, págs. 364-365. Una visión panorámica, en tiempo de paz, especialmente en los ordenamientos de Italia, Gran Bretaña, Alemania y Estados Unidos, se puede consultar en Gómez del Castillo Gómez-F, Manuel: “La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N°s. 2-3, Madrid, 1975, págs. 349-411.

<sup>(32)</sup> En el siglo XIX se sostenía que: “La existencia de la justicia militar es... cuestión de vida o muerte para la disciplina del Ejército”. Cfr., sobre todo esto, el *Novísimo Tratado de Derecho Militar*, t. I, Tipografía de Diego Pacheco Latorre, Madrid, 1886, pág. 10. La preparación y edición estuvo a cargo de la redacción de “La Correspondencia Militar”. La doctrina penal militar italiana, tan rica en sugerencias, también se ocupó del tema por aquella época. Al respecto, *vid.*, en efecto, en este sentido, la sucinta exposición de Pio, Oscar: *Elementi di Diritto Penale Militare per uso degli ufficiali dell`esercito*, Parte generale, Tipografía Giachetti, Figlio E.C., Prato, 1884, Libro II. Della Giurisdizione Militare. Capo I, págs. 57-58. Una profunda exposición sobre este punto se encuentra en Rodríguez Devesa, José María: “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”, en AA.VV.: *Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra*, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1961, págs. 21-48.

original. Las controversias que en él se encuentran, y que son, en su mayoría, de aplicación cotidiana, son nuevas y vivas”<sup>(33)</sup>.

Con todo, la tendencia contemporánea es que la judicatura militar sea un cuerpo técnico para que la impartición de justicia se plasme con todas las garantías del debido proceso y de la tutela procesal efectiva, incluyéndose también su reconocimiento y aplicación a través del Derecho Disciplinario Militar<sup>(34)</sup>. De lo que hemos dicho se deriva que, en la actualidad, la existencia de la jurisdicción militar ha suscitado vivas polémicas, habiéndose mezclado argumentos de tipo técnico o estrictamente jurídico con argumentos de tipo político<sup>(35)</sup>. No obstante ello, de entonces a la fecha, el problema no cesa.

Del mismo modo, entre los razonamientos a favor del mantenimiento de los tribunales militares, incluso en tiempo de paz, podemos destacar los siguientes<sup>(36)</sup>:

---

<sup>(33)</sup> En tal sentido, *cfr.* Moreau, Alfred y Dejongh, Charles: *Commentaire du Code Pénal Militaire*, Ferdinand Larcier Libraire-Éditeur y Arthur Rousseau Libraire-Éditeur, Bruxelles-París, 1880, pág. VIII. En realidad, se trata del *Code Pénal Militaire*, Loi du 27 mai 1870, que fue promulgado por el rey Leopoldo II de Bélgica (1835-1909).

<sup>(34)</sup> Desde el punto de vista del régimen disciplinario militar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *vid.*, entre otros, Sospedra Navas, Francisco: “Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: tendencias (y algunas propuestas) expansivas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 89, Enero-Junio, Madrid, 2007, págs. 49-87. También, *vid.* Martínez Micó, Juan Gonzalo: “El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXXVIII-1-2-3-4, VII-1, Bruxelles, 1999, págs. 209-246.

<sup>(35)</sup> El Abogado y Auditor de Guerra, Rafael Díaz-Llanos y Lecuona, ya advertía en su momento que: “La misión de los Jueces, Secretarios y Defensores en la Jurisdicción de guerra ofrece grandes dificultades en atención a su falta de condición letrada. La buena fe y el celo que ponen en la actuación no es bastante a impedir que cometan en ocasiones errores que anulan los procedimientos, lesionan derechos y entorpecen la rapidez tan necesaria en la administración de justicia”. Sobre esto, *cfr.* *Manual de Justicia Militar (Formularios para jueces, secretarios y defensores)*, 4ª. edición, Librería General, Zaragoza, s/f., pág. V. Obra declarada de utilidad para el Ejército por Cr. de 12 de Julio de 1935 (D.O. núm.160). Recompensado su autor por Cr. de 28 de Enero de 1936 (D.O. núm. 28).

<sup>(36)</sup> A este respecto, *cfr.* las reflexiones con independencia de criterio y equilibradas de Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, pág. 371. Sobre esta cuestión, también *vid.* el



a) asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador, ya que el juez militar se encuentra en mejores condiciones que nadie para calibrar el espíritu de las normas militares, sin que los informes periciales técnicos puedan suplir el conocimiento directo de su alcance; b) las muy especiales circunstancias en que se desarrolla la vida militar, que son irreproducibles ante un tribunal ordinario; c) la especial importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una respuesta rápida y ejemplar; d) la imperiosa necesidad de mantener la disciplina militar, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores; e) la necesidad de dotar a las Fuerzas Armadas de unos medios específicos de autodefensa; f) impedir que la autoridad judicial ordinaria penetre en la intimidad y en el secreto de muchos aspectos de la vida militar; y g) disponer, en tiempo de paz, de un núcleo de organización judicial militar que, en caso de guerra, pueda extenderse a campos más vastos.

Ampliando un poco más el horizonte, la existencia de una jurisdicción marcial no sólo se fundamenta con razones filosófico-jurídicas, sino también por motivos de orden práctico, por citar unos cuantos ejemplos:

- I. La necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a los jefes que se consigue cuando éstos son, a la vez, jueces y superiores.
- II. La solución de continuidad que representaría la marcha de un ejército a país extranjero, maniobras o campaña.
- III. Lo difícil y escasa en resultados prácticos que sería la actuación de los jueces ordinarios en el interior de los cuarteles.
- IV. La dificultad que encontraría la jurisdicción común para entender en delitos de índole militar, ajenos a la competencia técnica de sus jueces.
- V. La incompatibilidad que produciría la situación de procesado ante el fuero ordinario con los deberes militares, lo cual no sucede en delitos de escasa importancia, cuando no lo aparta de su destino la instrucción del proceso.
- VI. La necesidad imperiosa de un procedimiento rápido, en algunos casos sumarísimos, a fin de que la aplicación de la pena sea inmediata a la comisión del delito; rapidez incompatible con la tramitación del fuero común.

---

provechoso libro redactado por De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, *ob. cit.*, págs. 92-95.

- VII. La mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno mismo del ejército por alcanzar su publicidad a los compañeros del delincuente; y,
- VIII. La naturaleza de la institución militar que obliga a castigar con penas severísimas actos de escasa o nula significación en la vida ciudadana<sup>(37)</sup>.

Y las críticas que más han abundado en contra de los tribunales militares han girado en torno a los siguientes argumentos:

*a)* atentar contra el principio de unidad jurisdiccional poniendo en peligro, a su vez, los de igualdad de todos ante la ley o de uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta<sup>(38)</sup>; *b)* suponer una justicia doméstica o corporativa que se presta a encubrir privilegios injustificados; *c)* falta de rigor técnico-jurídico en detrimento de las garantías que corresponden al justiciable; *d)* mayores dificultades para lograr una efectiva independencia de los jueces y magistrados militares, dada su habitual sujeción y vinculación a la jerarquía castrense; y *e)* como han puesto de manifiesto reiteradas experiencias históricas, la mayor facilidad de los tribunales militares para convertirse en instrumentos de acción política, especialmente en manos de regímenes autoritarios para reprimir cualquier intento de oposición, bien directamente o bien mediante el abuso de leyes de excepción<sup>(39)</sup>.

En una muy bien lograda síntesis, Díaz Cardona anota que, sobre la conveniencia del fuero militar ha habido opiniones a favor y en contra, no obstante lo cual las

---

<sup>(37)</sup> Sobre esta materia, *cfr.* la obra, de destacada importancia, de Véjar Vázquez, Octavio: *Autonomía del Derecho Militar*, Editorial Stylo, México, D.F., 1948, págs. 25-26. Antecede Presentación de Agustín Mercado Alarcón y Prólogo de Emilio Pardo Aspe. Para el caso peruano, *vid.* Talavera Delgado, Abraham: *Nueva estructura del Fuero Privativo Militar en la reforma del Poder Judicial*, Lima, 1976, págs. 60-62. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho.

<sup>(38)</sup> *Cfr.* la exposición detallada de Gil García, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1999, págs. 38-51. Antecede Prólogo de Alejandro Ruiz-Huerta Carbonell.

<sup>(39)</sup> *Cfr.* Casado Burbano, Pablo: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986, págs. 82-83. En ese orden de ideas, para Aníbal Quiroga León, la Justicia Militar es excepcional, y agrega que la doctrina procesal la ubica como un rezago del “fuero de casta”. *Cfr.* “La Justicia Militar”, en Perúpaz, N.º. 24, Lima, 1994, pág. 12. Sobre esta cuestión, hay que mencionar seguidamente los Cuadernos para el Diálogo, XVII Extraordinario, Diciembre, Madrid, 1969, dedicado a las jurisdicciones especiales, en concreto, el ensayo de Miralles, Jaime: “La jurisdicción militar”, págs. 34-36.



cartas constitucionales modernas consagran unánimemente esta institución. Las razones aducidas para la abolición del fuero son básicamente las siguientes:

1) Nada justifica un privilegio respecto de empleados públicos de igual naturaleza que todos los demás agentes vinculados a la prestación de los diversos servicios a cargo del Estado.

2) La especialidad en la función militar también se presenta en cualquier otro organismo del Estado, y así como el juez común se asesora de peritos para obtener suficientes elementos de juicio, bastaría un examen de conocedores en los aspectos militares para obtener la erudición necesaria en las materias sometidas a su decisión.

3) Su conservación es peligrosa dada la dudosa independencia de que gozan los tribunales militares, en cuanto que la estructura esencialmente jerárquica del ejército supedita al criterio de un superior el pronunciamiento judicial. Al carecer de independencia, la actividad del juez militar se desnaturaliza, convirtiéndose en una actividad que pertenece a la rama ejecutiva del poder.

Cuanto acabamos de apuntar, a los anteriores argumentos, como bien sostiene Díaz Cardona, se oponen razonamientos igualmente valederos que propugnan por la consagración del fuero; entre éstos destacan:

1) La necesidad de incrementar la disciplina de la institución y la autoridad de los superiores, y de que ese acrecentamiento reduzca el número de casos de rebeldía.

2) La naturaleza de la actividad castrense, que impone la necesidad de jueces que tengan capacidad de formar un juicio pronto e ilustrado en todo lo concerniente a la actividad.

3) La mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno mismo de la institución por alcanzar su publicidad a los compañeros del delincuente, significa un estigma permanente sobre su hoja de servicios.

4) La condena dictada por las cortes marciales –que debe considerarse como hecha por un tribunal ordinario en cuanto a su obligatoriedad– castiga severamente conductas de escasa o nula significación en la vida ciudadana, como lo son el desacato al superior o la cobardía; y

5) Finalmente, someter las violaciones sufridas a la potestad de los tribunales comunes, equivaldría a nulificar las disposiciones específicas del ordenamiento castrense, dada la lentitud del procedimiento por la variedad de sus formulismos<sup>(40)</sup>.

La Justicia Militar –conforme enseña Cotino Hueso– nació con los Ejércitos como medio de lograr la eficacia de los mismos con relación a los fines que servían. Sin perjuicio de ello, especialmente desde la reaparición de la disciplina militar a fines de la Edad Media la jurisdicción castrense se configuró como un instrumento corporativo y privilegiado, esto es, a su razón de ser primigenia se añadió el hecho de resultar un privilegio en un mundo estamental cuyo sistema se nutría de toda una serie de prebendas de este tipo. Finalmente, en el Estado liberal la existencia de la jurisdicción castrense seguiría siendo tanto un medio en beneficio de la defensa militar llevada a cabo por los Ejércitos cuanto un privilegio para sus componentes, si bien, asimismo, resultó una instrumento de represión política por parte del poder. En un Estado democrático, la existencia de la jurisdicción militar no puede dar cobertura ni a un privilegio ni a un medio de represión política, sino que su razón de ser sólo puede ser la inicial, es decir, configurarse como uno más de los medios jurídicos para satisfacer la eficaz defensa militar del Estado constitucional<sup>(41)</sup>.

En consonancia con las consideraciones que preceden, hemos de concluir significando que, si hay algo que caracterizó a los ejércitos reales, que fueron organizados por los Reyes Católicos –quienes jamás dejaron de prestarles cuidadosa atención– durante los siglos XV y XVI, en rigor de verdad, es la unidad jurídica

---

<sup>(40)</sup> En tal sentido, *vid.* Díaz Cardona, Francia Elena: *Fuerzas Armadas, Militarismo y Constitución Nacional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1988, págs. 78-79. Acerca de la independencia, *vid.* González Fernández, Carlos A.: “La independencia en los Tribunales Militares”, en *La Ley*, t. 51, Buenos Aires, 1948, págs. 1160-1162.

<sup>(41)</sup> *Cfr.* Cotino Hueso, Lorenzo: *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública - Centro de Estudios Políticos y Constitucional, Madrid, 2002, págs. 420-421. Antecede Prólogo de Remedio Sánchez Ferriz.

de la institución militar<sup>(42)</sup>. Como consecuencia de ello, tal y conforme advierte con llameantes palabras Ángel Salcedo Ruiz: “La organización del Ejército Real trajo consigo la de la jerarquía, y así como había determinado en el cuerpo social la distinción completa y absoluta entre el militar y el paisano, dentro del cuerpo bélico determinó una distinción no menos profunda entre el oficial y el soldado. Verdad es que aún el soldado ha de pertenecer a cierta clase social, o mejor dicho, no pertenecer a las tenidas en menos precio general, como gitanos, negros, etc.; pero el soldado es el plebeyo, el hombre de estado llano, y el oficial es el noble, el hombre de la clase superior”<sup>(43)</sup>.

Esto no es todo. El alcance y contenido de la locución *Ejército Real* indicaba claramente que el Rey no era su jefe, tal y conforme hoy se reconoce –en todas sus manifestaciones civilizadoras– en las constituciones contemporáneas<sup>(44)</sup>, sino que el Ejército era del Rey, como lo es su patrimonio. El Rey, en efecto, podía por sí y ante sí, sin contar con ninguna otra autoridad ni dar cuenta a nadie, aumentar su hueste o disminuirla, organizarla como le pareciese bien, admitir a los oficiales o despedirlos, ascenderlos o postergarlos. Todo dependía de él, o lo que era más grave, en muchas ocasiones de los favoritos que usufructuaban abusivamente la regia potestad<sup>(45)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Para una mayor amplitud de miras, en lo tocante a la labor de los reyes católicos, *vid.* Maravall, José Antonio: “El régimen de Estado moderno y el sistema de fortificación militar en España”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XVIII, Madrid, 1947, págs. 23-64.

<sup>(43)</sup> *Cfr.* Salcedo y Ruiz, Ángel: *Evolución del Derecho Militar en las naciones modernas. Conferencias dadas en el Centro del Ejército y de la Armada, durante el curso de 1902-1903*, Imprenta de la Revista Técnica de Inf.<sup>a</sup> y Cab.<sup>a</sup>, Madrid, 1910, pág. 31. Para una visión histórica de la Jurisdicción Militar, *vid.* el oportuno ensayo, que contiene puntos de vista decisivos, de Montserrat Alsina, Sebastián: “El Ejército Real y la jurisdicción de guerra: Estado de la justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N<sup>o</sup> 21, Enero-Junio, Madrid, 1966, págs. 9-52.

<sup>(44)</sup> Por ejemplo, el artículo 62 *b* de la Constitución española de 1978 le otorga al Rey el mando supremo de las fuerzas armadas. Sobre el tema, *vid.* Lafuente Balle, José María: “Artículo 62 (apartados f-j). Atribuciones del Rey”, en Alzaga, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. V (artículos 56 a 65), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, págs. 247-255.

<sup>(45)</sup> *Vid.* Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, *ob. cit.*, págs. 56-57.

### 3. LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA ESPAÑA ROMANA<sup>(46)</sup>

Retrocedamos por un momento en el tiempo para sostener que, como consecuencia de la II Guerra púnica –para lograr la hegemonía del Mediterráneo– entre cartagineses y romanos, estos últimos intervinieron la Península. Y desde ese entonces se le conocerá como Hispania. El inicio de la conquista de Hispania por Roma se dio cuando los Escipiones desembarcaron en Ampurias el año 218 a. de J.C. El mundo latino era una civilización superior, y los pueblos peninsulares iban cediendo paso a la romanización. Una vez romanizada, la Península se convirtió en una de las provincias más notables del Imperio, para lo cual, la milicia jugó un papel muy importante en la Italia primitiva en medio de las contingencias y vicisitudes que se presentaron en la trama de la Historia. Bien es verdad que el apetito egoísta de dominio por parte de los gobernantes de las provincias, quienes reclutaban a las fuerzas indígenas, aprovechándose del espíritu bélico de los hispanos que entonces formaban las tropas denominadas *auxilia*, también era una de las notas características en aquella época<sup>(47)</sup>.

Siguiendo su ordenación sistemática, en cuanto respecta a Roma, Eugenio D’ors (1882-1954), con vivísimo acento personal, nos dice que desde sus primeros tiempos históricos el pueblo reveló cierta vocación de universalidad. A este respecto, no en balde se suele hablar, a través de la historia de la civilización, del famoso Imperio Romano. Y para llegar a la cima expansiva en Europa, Roma mantuvo incólume el cultivo de la disciplina militar. “Con un solo pueblo –como bien apuntara D’ors– había de encontrarse en Roma en posición de irreductible hostilidad: con Cártago,

---

<sup>(46)</sup> Para una perspectiva histórica, muy completa hasta mediados del siglo XIX, *vid.* la obra del digno Consejero de Guerra y Auditor que fue del Ejército en África, Nuñez de Prado, José: *Código Penal Militar y Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra*, precedido de una introducción del Excmo. Sr. D. Hilario Igon y de un Estudio sobre Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Nuñez de Prado, seguido del Libro II del Código Penal Común, Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1884, págs. XXI-LXIII.

<sup>(47)</sup> *Cfr.*, sobre todo esto, Homo, León: *La Italia primitiva y los comienzos del imperialismo romano*, traducción del francés por Luis Pericot García, Editorial Cervantes, Barcelona, MCMXXVI. Antecede Prefacio de Henri Berr con el título “El «milagro» romano”. Al respecto, también es enormemente significativo, especialmente desde la perspectiva histórica, el libro de Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, *ob. cit.*, correspondiente a la edición de la Tipografía del Sagrado Corazón, págs. 392-472.

metrópoli semítica, mediterránea también, y cuyo poder fue por muchos siglos superior al de Roma, y sólo pudo ser vencido por el esfuerzo de las largas luchas que se denominaron «guerras púnicas», acontecidas en gran parte sobre el territorio de la Península ibérica. El severo Catón, general y patriota romano, mostró gran lucidez política cuando tomó como un estribillo de su vida y de su obra el categórico lema «Hay que destruir a Cártago». Condujo, desde Roma, las guerras púnicas al Senado de la ciudad, órgano supremo de la República que había allí sustituido a la serie de reyes cuyos orígenes cifra la leyenda en los gemelos Rómulo y Remo, hijos del dios Marte y de una vestal y que fueron amamantados por una loba, símbolo, desde entonces, de la romanidad. Sigue contando la leyenda que Rómulo asesinó a Remo y tuvo por sucesor a Numa Pompilio, rey legislador, sucediéndose los monarcas hasta Tarquino *el Soberbio*, asesinado por Bruto, quien vengó así, poniendo fin a la monarquía romana, la afrenta inferida a la matrona Lucrecia<sup>(48)</sup>.

Es de subrayar, asimismo, que en el Capítulo I del Libro Primero, que lleva por título *Compendio de técnica militar (Epitome institutionum rei militaris)*, Vegetio recordaba que: “Los Romanos vencieron a todos los pueblos gracias al singular adiestramiento en el uso de las armas”. Vemos, en efecto, que el pueblo romano ha sometido al mundo entero exclusivamente gracias al adiestramiento en el uso de las armas, a la disciplina del campamento y a la experiencia militar. ¿De qué habría valido la exigüidad romana contra la multitud de los galos? ¿A qué se habría podido atrever su menudencia contra la altura de los germanos?<sup>(49)</sup>

No es de extrañar, a la vista de lo anteriormente expuesto, que: “Roma fue, desde sus orígenes, una nación de agricultores, aunque organizada militarmente para defender y atacar, si fuera preciso. El ejército, aunque fue abatido en muchas

---

<sup>(48)</sup> Cfr. D’ors, Eugenio: *La civilización en la Historia*, Ediciones Españolas, S.A., Madrid, s/f., págs. 116-117.

<sup>(49)</sup> Cfr., en efecto, en este sentido, Vegetio Renato, Flavio: *Compendio de técnica militar*, traducción del latín y edición a cargo de David Paniagua Aguilar, Ediciones Cátedra, Madrid, 2006, págs. 133-134. En su versión original, la obra lleva por título *Epitoma rei militaris*. Aun cuando, otros autores lo han traducido como *De re militari* o *Epitoma institutorum rei militaris*. Hemos de recordar a este respecto que el emperador Teodosio II (408-450) le encargó a Flavio Vegetio Renato la ambiciosa empresa de recoger la tradición preceptiva militar romana.

batallas, prácticamente nunca perdió una guerra. Ello se debió a que el principal cuidado de los romanos era descubrir en qué los superaban sus enemigos y remediarlo, de modo que sus derrotas eran provechosas”<sup>(50)</sup>.

En coherencia con todo lo afirmado, González-Deleito y Domingo, refiriéndose a la Jurisdicción Militar en la España romana ha sostenido, con la correspondiente brevedad, que: “La dominación romana en España, iniciada en el año 206 antes de Jesucristo y finalizada en el año 409 de la Era cristiana, supone, tanto por razón de conquista como por inexistencia de un Derecho propiamente español –uniforme y viable–, la vigencia del Derecho de Roma en nuestro país [España]”<sup>(51)</sup>. Destacaron, entre otros, *De re militari*, *Officio militarium iudicum*, *Officio magistri militum* y *Apparitoribus magistrorum militum*, reconocidos tanto en el *Codex* como en el famosísimo *Digesto*. Muy significativo, a este respecto, es que el primer ejemplo de disciplina militar lo dio Rómulo dando muerte a su hermano Remo, porque había traspasado el muro de la ciudad. Recuérdese también que en Roma el servicio militar era obligatorio.

Y conforme recuerda Francisco Villamartin con la precisión necesaria: “Al revés que Grecia, y con una misión providencial distinta, Roma estaba constituida para la acción exterior, tanto como Grecia para la interior; su vida social consistía en adquirir; sin adquirir hubiera muerto, porque nada suyo tenía, y Grecia, por el contrario, debía conservar; Roma había de penetrar en el corazón de todos los pueblos para ser entre ellos una corriente de vida, así como Grecia era el manantial de esa corriente y todos los pueblos habían de ir á ella; Roma, por lo tanto, había de ser activa y ofensiva en política y guerra; Grecia, pasiva,

---

<sup>(50)</sup> Cfr. Martínez Teixidó, Antonio (Dirección), Romero Serrano, José y Calvo Albero, José Luis (Con la colaboración de): *Enciclopedia del Arte de la Guerra*, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2001, pág. 89.

<sup>(51)</sup> Cfr. el estudio, cargado de un rico material de fuentes, de González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 38, Julio-Diciembre, Madrid, 1979, pág. 15. También, *vid.* De Lorenzo Ponce de León, Rodrigo: “Pasado, presente y porvenir del sistema británico de «Courts Martial»”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 85, Enero-Junio, Madrid, 2005, págs. 109-110. También *vid.* Abásolo, Ezequiel: *El Derecho Penal Militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 23-26. Premio Dalmacio Vélez Sársfield a las tesis sobresalientes.

defendiendo sus hogares y custodiando el fuego sagrado que debía legar á otras generaciones”(52).

En perfecta sintonía con todo ello, ya en 1835 Alfredo de Vigny (1797-1863), refiriéndose a la lengua de lacio, afirmaba en un libro muy sugestivo que: “Es el Ejército una nación en la Nación, y éste es un vicio de nuestro tiempo. En la antigüedad ocurría de otro modo: todo ciudadano era guerrero y todo guerrero era ciudadano; los hombres del Ejército no querían ser distintos de los hombres de la ciudad. El temor de los dioses y de las leyes, la fidelidad a la patria, la austeridad de costumbres y, ¡cosa extraña!, el amor de la paz y del orden se encontraban en los campamentos más que en las ciudades, porque era la flor de la nación la que habitaba en ellos. Para aquellos ejércitos inteligentes la paz tenía trabajos más rudos. Por ellos el suelo de la patria estaba cubierto de monumentos o surcado de anchas rutas, y el cemento romano de los acueductos, así como la propia Roma, por las manos que la defendían”(53)”.

Como fácilmente puede comprenderse, en sintonía con todo ello: “La jurisdicción penal de los cónsul, en el ámbito del *imperium militae*, debe considerarse desde una doble vertiente: en primer lugar, el cónsul ejerce jurisdicción, sobre los individuos integrados en las legiones, en relación con la comisión de delitos estrictamente militares (como, por ejemplo, desertión, abandono de puesto, venta de armas, etcétera), en segundo lugar, el cónsul ejerce también jurisdicción penal, durante la época republicana, sobre los *cives longius ad urbe mille passum* y los *peregrini*, es decir, ejerce la jurisdicción penal fuera del recinto amurallado (*pomerium*) de la *civitas*”(54).

---

(52) Sobre el particular, *cfr.* Villamartin, Francisco: *Nociones del Arte Militar*, en su libro redactado, con increíble riqueza de material, *Obras selectas, ob. cit.*, pág. 99.

(53) *Cfr.* Vigny, Alfredo de: *Servidumbre y grandeza militar*, traducción del francés de Nicolás González-Ruiz, Tipográfica Renovación, Madrid, 1921, pág. 21. No faltaron las críticas al presente libro. Un solo ejemplo bastará para poner en claro esta idea. Al respecto, entre otros, *vid.* Vigón, Jorge: *El espíritu militar español. Réplica a Alfredo de Vigny*, 2ª. edición, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1956.

(54) *Cfr.* De Buján, Federico F.: “Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 41, Enero-Junio, Madrid, 1983, pág. 66. Mommsen recuerda que: “A la magistratura le correspondía, además de la administración de justicia, el mando del ejército; la unión de ambas funciones constituía el concepto de *imperium*, o sea del poder público primitivo; pero el mando



Además de todo lo expuesto, a nuestro juicio, el Derecho Militar moderno no sólo en España, sino en todos los Estados modernos y contemporáneos, tiene su antecedente y soporte en el Derecho Romano. El ejemplo más notorio lo tenemos en el famoso Epítome de Vegetio, ya mencionado, que conservó la tradición clásica militar en la Edad Media y determinó su restauración<sup>(55)</sup>.

#### 4. LOS FUEROS MUNICIPALES EN LA EDAD MEDIA Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

Renglón aparte ocuparon en la Edad Media los espigados fueros municipales castellanos y aragoneses (siglos XII y XIII), que en su gran mayoría contenían normas jurídico-militares referidas a la prestación del servicio militar u obligación de concurrir al Ejército, atributos de índole castrense (*hueste o fonsado*), a exenciones de deberes militares, a penas aplicables a desertores y otros delincuentes<sup>(56)</sup>, que cometían delitos de traición, espionaje y saqueo, sedición, insubordinación, desobediencia, contra los deberes del centinela, deserción, fraude militar, negligencia militar. Como también, los delitos de naturaleza común que por las circunstancias en que se cometen, pasan a convertirse en delitos de carácter militar y, por tanto, juzgados por la jurisdicción castrense o militar. Fue aquella época, entonces, la más fructífera en cuanto respecta al Derecho Militar<sup>(57)</sup>.

---

militar era aún cosa más exclusiva de la magistratura suprema que la jurisdicción: no hay magistratura suprema sin mando militar, ni mando militar que no pertenezca a una magistratura suprema”. Cfr. Mommsen, Teodoro: *Compendio del Derecho Público Romano*, traducción del alemán por Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, s/f., pág. 439. El eminente historiador alemán alude en el Prólogo que se trata de la versión alemana aparecida en Berlín en mayo de 1893.

<sup>(55)</sup> Vid. Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, *ob. cit.*, correspondiente a la edición de la Tipografía del Sagrado Corazón, pág. 41.

<sup>(56)</sup> Vid. González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *ob. cit.*, pág. 25. El mismo estudio, aun cuando con el siguiente título: “La jurisdicción penal-militar española en las edades antigua y media”, se publicó parcialmente en AA.VV.: *Escritos en Homenaje al Profesor Prieto-Castro*, t. I, Editora Nacional, Madrid, 1979, págs. 535-554. Sobre el particular, también *vid.* el ensayo, con aportes notables, de Fernández Segado, Francisco: “La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N<sup>o</sup>s. 56-57, Julio-Diciembre, Enero-Junio, Madrid, 1990-1991, págs. 21-26.

<sup>(57)</sup> Vid. De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, *ob. cit.*, págs. 32-41.



En efecto, es durante la alta Edad Media<sup>(58)</sup> cuando los preceptos concernientes al Derecho Militar, incursos en los fueros municipales, y como fácilmente puede colegirse, también en los códigos, se centraban casi exclusivamente en el deber de prestación del servicio militar obligatorio y en los delitos militares. En rigor estricto, el Fuero de Teruel –prototipo del Derecho Militar– disponía que al frente de la *hueste* marchaba el Señor de la ciudad con el Juez y los Alcaldes, y que del Gobierno de ésta quedaban encargados un Juez suplente o *facticio* y dos Alcaldes. En su más alta medida, el extensísimo Fuero latino de Teruel o *Forum Turolii* (¿1177?) concedido por Alfonso II de Aragón *el Casto* (1157-1193) constituyó una magna compilación medieval del siglo XII producto del Derecho consuetudinario de la época, y sirvió de norma base y modelo para otros, que siguieron y mejoraron esta magnífica iniciativa<sup>(59)</sup>.

Por lo tanto, se puede sostener que: “En el siglo XII –tan decisivo en tantos aspectos para la Historia de Europa occidental– es cuando podemos observar cómo se bosqueja en los reinos cristianos de la Península un nuevo Derecho Militar, encaminado a dotar –fundamentalmente a las milicias concejiles– de las normas primarias de una necesaria disciplina. Los textos anteriores apenas se ocupan tan sólo del deber general de prestación del servicio militar. A fines de ese siglo XII se perfila ya todo un Derecho de *hueste* (*hostis*, en latín puro; *hosticium*, en latín bárbaro=Ejército), que engloba en sus preceptos –aunque tosco, quizás– una regulación jurídico-castrense”<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> *Vid.* De Lorenzo Ponce de León, Rodrigo: “Pasado, presente y porvenir del sistema británico de «Courts Martial»”, artículo citado, págs. 110-133.

<sup>(59)</sup> Al respecto, *vid.* *El fuero latino de Teruel*, edición preparada y con Estudio Preliminar de Jaime Caruana Gómez de Barreda, Instituto de Estudios Turolenses de la Excma. Diputación Provincial de Teruel adscrito al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Teruel, 1974.

<sup>(60)</sup> *Cfr.* De Moxo, Salvador: “El Derecho Militar en la España cristiana medieval”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961, pág. 16. También, *vid.* Martínez Marina, Francisco: “Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio”, en sus *Obras Escogidas*, t. I, Biblioteca de Autores españoles desde la formación del lenguaje hasta nuestros días, Madrid, 1966, págs. 66-125. Antecede Estudio Preliminar y Edición de José Martínez Cardos. El autor habla de Alonso y no de Alfonso.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, Martínez de la Vega en su notable y sentido libro que lleva por título *Derecho Militar en la Edad Media*, nos explica que: “No son en su origen la mayor parte de los fueros municipales obra de un legislador ó jurisconsulto cierto y determinado: unos constituyen verdaderos pactos entre el rey y los vecinos de una villa o quienes se proponen poblarla; otros fueron hechos por los mismos concejos y aprobados por los monarcas; no pocos son costumbres reducidas a escrito y sancionadas por la Corona, como premio de servicios recibidos; cuando los reyes dieron códigos completos a algunas poblaciones les aplicaron los ya existentes en otras, que se habían formado de aquellas maneras. Hace esto que los fueros municipales tengan un espíritu absolutamente nacional, sin influencias exóticas, ni prejuicios de escuela”<sup>(61)</sup>.

Por otra parte, además, Martínez de la Vega sostiene que: “Sus elementos constitutivos son, con especialidad, el Derecho germano-gótico, que por medio de estos cuadernos se salvó en gran parte de la catástrofe de la invasión sarracena; algunos principios romanos, que llegaron a los fueros a través del Código de Alarico y del Fuero Juzgo; ciertas leyes canónicas; otras arábicas, incorporadas a las costumbres por la vida íntima entre cristianos y moros, pues en algunos pueblos recién reconquistados estos últimos formaban la mayoría de la población, como ocurrió en Toledo; alguna reminiscencia talmúdica traída por los judíos que moraban entre los árabes y también entre los cristianos; y determinados elementos de derecho consuetudinario muy antiguo, en los cuales se descubren instituciones de los iberos y de otros pueblos aborígenes. Encierran pues los fueros municipales una síntesis completa de nuestra personalidad jurídica, inútil de buscar en ningún otro código”<sup>(62)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Cfr. sobre esta cuestión, la obra de Martínez de la Vega y Zegri, Juan, que ofrece una historia general de la época: *Derecho Militar en la Edad Media (España-Fueros Municipales)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII, págs. 8-9. También hay otra edición con el siguiente título: *Legislación militar de España en la Edad Media (Ensayo histórico)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII. Memoria en el ejercicio del grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

<sup>(62)</sup> Cfr., en el mismo sentido, Martínez de la Vega y Zegri, Juan: *Derecho Militar en la Edad Media (España-Fueros Municipales)*, *ob. cit.*, pág. 9. Para una visión global, *vid.* Gil Villanueva,

## 5. EL FUERO JUZGO (*LEX VISIGOTHORUM, LIBER GOTHORUM, FORUM JUDICUM O LIBER IUDICIORUM*)

Por lo que toca al Fuero Juzgo, también denominado Código gótico, recuérdese que fue un cuerpo de leyes redactado en latín que rigió en España durante la dominación visigoda. Y fue elaborado en lengua castellana en virtud de lo dispuesto el 4 de abril de 1241 durante el reinado de Fernando III de Castilla y León (1199-1252), llamado el Santo. Siendo ley general del reino, se aplicó como derecho local, en calidad de fuero municipal conforme se iba conquistando a los reinos musulmanes. Tuvo vigencia hasta la aprobación del Código Civil a finales del siglo XIX, y actualmente sigue en pie como Derecho Foral Civil supletorio en el País Vasco, Navarra y Aragón<sup>(63)</sup>.

Importa no olvidar que el Fuero Juzgo –príncipe entre los fueros– estaba conformado por un Primer Título, XII Libros, 54 títulos con 559 leyes y un Apéndice que contiene un glosario de voces antiguas y raras que se encuentran en el léxico castellano. Su contenido, catalogado como código nacional, era el siguiente:

### DE LOS LIBROS Y TÍTULOS QUE CONTIENE EL FUERO JUZGO<sup>(64)</sup>

#### PRIMER TÍTULO

De la elección de los príncipes et del insinnamiento como deben iudgar derecho et de la pena de aquellos que iudgan torto

#### LIBRO I.

Del facedor de la ley et de las leyes.

---

Jacobo: *Apuntes sobre el Fuero Juzgo*, Establecimiento Tipográfico de José M. Paredes, Santiago de Compostela, 1874.

<sup>(63)</sup> Cfr. las interesantísimas reflexiones de Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2003, págs. 39-42.

<sup>(64)</sup> Cfr., sobre todo esto, *Fuero juzgo o libro de los jueces, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos*, por la Real Academia Española, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1815. También publicado en Muro Martínez, José: *Códigos Españoles y Colección Legislativa, comprensiva de lo legislado con posterioridad á los códigos, ó sea Legislación General de España, ilustrada con los retratos de los Reyes autores de los Códigos, redactada con el texto literal ó compendiado de las respectivas disposiciones legales, á su vez también historiadadas, anotadas ó comentadas*, 2ª. edición refundida, t. I, Librería de Saturnino Gómez, Madrid, 1881, págs. 1-197. Antecede Prólogo y Discurso sobre las sociedades, y sobre España en particular, a cargo del autor.

**LIBRO II.**

De los juicios y causas.

**LIBRO III.**

De los casamientos é de las nascencias.

**LIBRO IV.**

Del linage natural.

**LIBRO V.**

De las avenencias é de las compras.

**LIBRO VI.**

De los malfechos é de las penas é de los tormentos.

**LIBRO VII.**

De los hurtos é de los engannos.

**LIBRO VIII.**

De las fuerzas é de los damnos é de los quebrantamientos.

**LIBRO IX.**

De los siervos foidos é de los que se tornan.

**LIBRO X.**

De las particiones é de los tiempos é de los annos é de las lindes.

**LIBRO XI.**

De los fisicos é de los mercadores de ultramar é de los marineros.

**LIBRO XII.**

De devedar los tuertos é derraigar las sectas é sus dichos.

En directa conexión con lo que se acaba de señalar, conviene poner de relieve a este respecto, que: “La *Lex Visigothorum*, llamada más tarde *Liber Judiciorum* y *Fuero Juzgo*, representa, en nuestro siglo XII, la unificación del Derecho hispanorromano y el germánico –propio de los visigodos–. El título de su Libro IX puede ser considerado como expresión de lo que, en su época, preocupaba más a reyes y gobernantes: la abstención de un servicio militar obligatorio, el cual era inherente a la ciudadanía como deber o función; y la huida del campo de batalla... El título II de este Libro señala, como obligación de los jefes o caudillos y de todos los ciudadanos la de ir a la guerra y acudir a la defensa del país. Las Leyes 1.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> imponen sanciones punitivas a los jefes que, por dádivas o por otra consideración, eximen a alguien del cumplimiento de tales deberes. Las leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> castigan a quienes no se presentan en las huestes o las abandonan. Y la 9.<sup>a</sup>,

con referencia a traidores y desertores, establece que el Rey «faga dél todo lo que quisiere»<sup>(65)</sup>.

Y, justo es decirlo: “No se regula institución judicial distinta de los Jueces y Tribunales a que se refiere el Libro II... El Rey encarna la suprema potestad jurisdiccional. Tanto para lo común como para [lo] especial actúan, en su nombre, unos mismos Jueces y Tribunales, sin perjuicio de que ese *fazer lo que quisiere* pueda delegarse, en caso de guerra, en los jefes de las huestes (aunque ello no aparezca claramente regulado)”<sup>(66)</sup>.

## 6. LAS SIETE PARTIDAS DE ALFONSO X *EL SABIO*

### 6.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

A mi ver, bien claramente Alfonso X *el Sabio*, rey de Castilla, de León y «del Andalucía», «rey electo de Romanos, siempre Augusto», quien nació en Toledo el 23 de noviembre de 1221 fue, sin disputa alguna, una de las grandes personalidades del siglo XIII, educado en un ambiente semítico. El nombre que le dieron sus padres Fernando III el *Santo*, rey de Castilla y León (1199-1252) y la reina Beatriz de Suabia (1205-1235), se hizo pensando en asegurar la sucesión hereditaria, en honor de su abuelo Alfonso IX de León (1171-1230) y de su bisabuelo Alfonso VIII de Castilla (1155 -1214). Como lo ha descrito uno de sus mejores biógrafos contemporáneos, Alfonso X fue: “Culto y refinado, protector de poetas, sabios y artistas, generoso y liberal, despertó entre sus contemporáneos la misma admiración e interés, y hasta la polémica histórica que fue su personalidad y su obra han suscitado y aún suscitan entre los historiadores”<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> Cfr. González Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la legislación penal militar en España”, *ob. cit.*, pág. 21.

<sup>(66)</sup> Cfr. González Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la legislación penal militar en España”, *ob. cit.*, pág. 21. También, *vid.* sobre esta cuestión, Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988, págs. 33-34.

<sup>(67)</sup> Cfr. González Jiménez, Manuel: *Alfonso X el Sabio*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2004, pág. 5. También, *vid.* sobre este punto, Almirante Torroella, José: “La reconquista y D. Alfonso el Sabio”, en su libro *Estudios Militares. Antología*, Colección de Clásicos Militares, Ediciones Ejército, Madrid, 1943, págs. 125-133.

Cabe observar, por otra parte, que el 4 de abril de 1284, en el alcázar de Sevilla, donde treinta y dos años antes falleciera su padre Fernando III moría el monarca Alfonso X *el Sabio* antes de cumplir los sesenta y tres años de edad. Su hijo Sancho IV de Castilla (1258-1295) –por lo demás, rebelde contra su padre– a quien correspondía la sucesión al trono según el derecho tradicional, fue reconocido como rey por todos los estamentos del reino, incluso por los que habían servido al Rey Sabio hasta el momento mismo de su muerte. No empece decir que el Rey Sabio, en uno de sus dos testamentos, lo desheredó. Se ha dicho con razón que, en el escenario europeo: “Concluía así un reinado apasionante, pleno de realizaciones y fracasos, testigo del final de una época de expansión y del inicio de los cambios y dificultades que desembocarían más tarde en la llamada «depresión» bajomedieval. Con Alfonso X desaparecía la generación que había protagonizado el momento más brillante de la reconquista y que había presenciado y hecho posible el mayor y más generoso esfuerzo de síntesis cultural conocido hasta entonces en España. En ese tramo de su vida, la muerte ponía un amargo final al reinado del más sabio y universal de los reyes hispánicos medievales, y, también, el menos comprendido en su tiempo y el más desgraciado” (68).

## 6.2. LA OBRA

Sin ningún género de dudas, se ha sostenido a través de la historia, *a fortiori* en la Edad Media, que las Siete Partidas –conocidas como Código Alfonsino, Libro de las Posturas, Libro de las Leyes, Fuero de las Leyes o *Setenario*– fue la compilación más ambiciosa que mandó hacer el Rey Sabio –de claro talento, dotado de una sólida experiencia militar producto de las campañas junto a su padre, y competencia suma– rodeado de los «sabidores de derecho» de su corte. Fue redactada del 23 de junio de 1256 al 28 de agosto de 1265<sup>(69)</sup>, en pleno

---

(68) Cfr. González Jiménez, Manuel: *Alfonso X el Sabio*, *ob. cit.*, pág. 371. También, *vid. Alfonso el Sabio*, selección y notas de Manuel Cardenal de Iracheta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, MCMXLVI; y Rodríguez Llopis, Miguel (Coordinador General): *Alfonso X y su época. El siglo del Rey sabio*, Carroggio, S.A. de Ediciones, Barcelona, 2001. Antecede Prólogo de José Ángel García de Cortázar.

(69) Cfr. *Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio*, 2 ts., Madrid, con glosas en castellano de Alonso Díaz de Montalvo, impresores Meynardo Ungut Alamano y Lançalao Polo, 1491. Existen otras ediciones, por ejemplo, *Fuero real del rey don Alfonso el Sabio*, en la Imprenta Real, Madrid, 1836.

renacimiento cultural del siglo XIII<sup>(70)</sup>. Sin embargo, no se publicó hasta el año 1348 en el reinado de Alfonso XI *el Justiciero* (1312-1350). Y aun entonces corregida y reformada no sólo en cuanto al estilo sino también en cuanto a la sustancia de sus leyes, porque se temió que los pueblos se resistieran a su admisión por conservar sus privativos fueros<sup>(71)</sup>.

En atención a las características anteriormente descritas, se afirma que el Rey Sabio tuvo las siguientes razones principales para formar las Siete Partidas: a) Cumplir el mandato que de ello le hizo su padre Fernando III. b) Facilitar a los reyes sucesores suyos el gobierno de sus pueblos. Y, c) Facilitar también a éstos la inteligencia y cumplimiento de las leyes.

Y, en atención a ello, su antecedente inmediato era el Fuero sobre el Fecho de las Cavalgadas o Fuero de las Cavalgadas, que fue una recopilación de leyes militares tomadas literalmente de los fueros municipales, escritos en pergamino a dos columnas, y que se le atribuye a Carlomagno o Carlos I *el Grande* (742-814)<sup>(72)</sup>. La Partida II constituye una deontología y filosofía de la milicia, el mando y la guerra; pero

---

También se ha publicado en Muro Martínez, José: *Códigos Españoles y Colección Legislativa...*, *ob. cit.*, t. III, págs. 1-581 y t. IV, págs. 5-452, respectivamente. Las ediciones posteriores de las Siete Partidas, en especial en el siglo XIX, han sido materia de diversas críticas y agudas observaciones. *Vid.*, por ejemplo, Valdeavellano, Luis G. de: “Martínez Marina y las «Partidas» de Alfonso el Sabio”, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, tomo CLXXXI, cuaderno III, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1984, págs. 371-385. (Número especial en homenaje a Alfonso X el Sabio en su VII centenario).

<sup>(70)</sup> Para mayores precisiones y datos históricos, *vid.* Maravall, José Antonio: “Ejército y Estado en el Renacimiento”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 117-118, Mayo-Agosto, Madrid, 1961, págs. 5-45.

<sup>(71)</sup> *Vid.* sobre esto, Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, *ob. cit.*, voz: “Partidas”, págs. 1329-1330.

<sup>(72)</sup> *Cfr.* Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar*, voz: “Cabalgada o Cavalgada”, vol. I, (A-G), *ob. cit.*, págs. 177-179. También, *vid.* Martínez Marina, Francisco: “Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio”, en sus *Obras Escogidas*, t. I, *ob. cit.*, págs. 199-260. Certero es el juicio de valor de Martínez Marina: “Precioso monumento de historia, de legislación, de moral y de política, y sin disputa la parte más acabada entre las siete que componen el Código de don Alonso el Sabio, ora se considere la gravedad y la elocuencia con que está escrita, ora las excelentes máximas filosóficas de que está sembrada, o su íntima conexión con las antiguas costumbres, leyes y fueros municipales o generales de Castilla, de las cuales por la mayor parte está tomada” (pág. 238).



también un importante texto de psicología castrense, tanto como una enciclopedia militar de su tiempo, con sus definiciones, etimologías y clasificaciones siempre a punto. No en vano, ha sido catalogada como un completo Código Militar<sup>(73)</sup>.

Vistos los anteriores argumentos, he aquí su contenido:

### Sumario de la Partida Segunda

Que habla de los emperadores y de los reyes y de los otros grandes señores de la tierra, que la han de mantener en justicia y en verdad.

- Títulos 1 al 11. Deberes y derechos de reyes, emperadores y señores.
- Título 9. Los oficiales del Rey. Los amesnadores. El Almirante. El Alférez.
- Títulos 12 al 17. Deberes del pueblo para con Dios, el Príncipe, los Oficiales del Rey y los bienes del Príncipe.
- Título 18. Los alcaides, los castillos, su abastecimiento y defensa por el pueblo.
- Título 10. Los enemigos del Rey y del reino. Cómo y cuándo se constituye el pueblo en hueste, y qué órdenes de combate adopta: Formaciones.
- Título 20. Cómo defiende el pueblo su tierra.
- Título 21. Los caballeros.
- Título 22. Los adalides, almocadenes, peones y almogávares a caballo. (Los últimos omitidos en el texto).
- Título 23. Las guerras. Naturaleza de la guerra. Los caudillos. Las enseñanzas y transmisiones. Formas de la guerra: Combate, Lid, Hacienda, Batalla, Torneo, Espolonada, Cabalgadas, Algaras, Correduras y Celada. Alojamiento, Campamento. Fortificación y Convoyes.
- Título 24. La guerra por mar.
- Título 25. Pensiones de guerra: Por mutilación, heridas y fallecimiento.
- Título 26. El botín.– Atalayas y escuchas. Espías y toma-lenguas.– Asonada, Apellido, Caballería y Almoneda.
- Título 27. Los galardones.
- Título 28. Delitos y penas militares.
- Título 29. Los cautivos y sus derechos.
- Título 30. Los encargados de liberar los presos.
- Título 31. Los estudios y maestros.

Se observará, de otro lado, que en realidad las Partidas no contienen normas procesales especiales de naturaleza militar, aun cuando es preciso señalar que se

---

<sup>(73)</sup> Vid. Martín Arrúe, Francisco: *Curso de Historia Militar*, 5ª. edición, Imprenta, Librería y Encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1907, pág. 75.



instituyeron órganos jurisdiccionales castrenses, tales como el Alférez del Rey, que era una especie de General en Jefe que mandaba la hueste si el Rey no acudía a las batallas, o especie de Jefe de Estado Mayor del Rey, cuando éste asumía directamente el Mando supremo (ley XVI del título II de la Partida II). Frente a esto, las cualidades militares que le exigían las Partidas eran: linaje, lealtad, maestría, buen seso y esfuerzo.

Desde esta perspectiva, también destaca el Adalid, que servía de guía, es decir, era una especie de avisador, tenía la misión de organizar algaras (excursiones o correrías en el campo enemigo, para causar perjuicio a los adversarios), y estaba investido de jurisdicción para castigar en nombre del Rey, a quienes no le obedecieron (ley IV del título XII). Con todo esto a la vista, las cualidades que le exigían las Partidas eran: lealtad, maestría, esfuerzo y buen seso. Debe resaltarse, expresamente, que en la Marina se ejercía la jurisdicción militar por el Almirante, en su condición de guarda mayoral de la Armada y Tribunal unipersonal de alzada (ley II del título XXIV) y por el Cómitre, una especie de «Cabdillo del mar so el Almirante», que hacía las veces de órgano jurisdiccional de primera instancia (ley IV del título XXIV)<sup>(74)</sup>. De acuerdo con estos ideales, las cualidades y virtudes que le exigían las Partidas eran: linaje, lealtad, maestría y esfuerzo<sup>(75)</sup>.

### 6.3. EPÍLOGO

En suma, como recordaba con severa disciplina intelectual García-Gallo: “El Derecho español, y con él el de las naciones hispanoamericanas, que se nutrieron de su sabia, descansa en buena parte en las Partidas. No importa que éstas apareciesen en su origen recogiendo un sistema de Derecho que pugnaba abiertamente con el de los fueros entonces imperante, y que por ello fue objeto de viva oposición”<sup>(76)</sup>.

---

<sup>(74)</sup> Cfr. González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *ob. cit.*, págs. 23-25. Sobre este punto, también *vid.* Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España*, *ob. cit.*, págs. 44-57.

<sup>(75)</sup> A este respecto, *vid.* las importantes aportaciones de De Las Heras Santos, José Luis: *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, 1ª. reimpresión, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994, págs. 109-111. Antecede Prólogo de Manuel Fernández Álvarez.

<sup>(76)</sup> Cfr. García-Gallo, Alfonso: “Los orígenes de las «Partidas»”, en el libro *VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1963, pág. 29. Se incluye también el provechoso estudio de Redonet y López-Doriga, Luis: “A propósito de «Las Siete Partidas»”,

Es más: “En ella—acota Gárate Córdoba— se sistematizan las bases tradicionales del pensamiento militar cristiano, en su sentido más humanista y amplio, para proyectarlo a través del Siglo de Oro hasta la cumbre del Marqués de Marcenado, y bifurcarse poco después en una rama tradicional que se debilita, y otra liberal que llega hasta nosotros en las Ordenanzas de Carlos III, mientras florecen ya junto a ellas nuevos brotes del clásico ideario militar español”. Y, a modo de una empresa constructiva: “En la Partida II, están las primitivas Ordenanzas. Estas sí que pueden llamarse sin ninguna reserva ni eufemismo «las sabias ordenanzas», por tener en el Rey Sabio su autor y aún el redactor material de muchas páginas”<sup>(77)</sup>. En puridad, conforme se desprende de su contenido, visto en su conjunto, y a tono del espíritu de la época, las Partidas fueron el punto de referencia del Derecho Militar en la Edad Media, incluso, aplicadas por los conquistadores en los respectivos virreinos.

## 7. LA JURISDICCIÓN ECLESIAÍSTICA O CASTRENSE

Importa subrayar al respecto, que Eduardo de Hinojosa y Naveros (1852-1919) ya advertía, en el siglo XIX, que: “En los comienzos del Cristianismo, los cargos de la magistratura estaban exclusivamente desempeñados por paganos; y además, las actuaciones judiciales, y en especial la prestación de juramento, estaban ligadas con creencias y prácticas gentílicas, en que no podían tomar parte los cristianos sin menoscabo de su fe. De aquí que San Pablo censurase duramente a los cristianos que llevaban sus litigios antes los tribunales paganos, y que se considerase como apóstata al clérigo que invocaba su jurisdicción. Los Obispos y Presbíteros eran entonces los jueces de los cristianos, y respecto de ellos se consideraba tribunal competente a los Obispos de la misma provincia, reunidos desde fines del siglo II en Concilio metropolitano. Pero desde el momento en que el Cristianismo llega a ser religión del Estado, la facultad de decidir los litigios antes sometidos a su arbitraje, de que hasta entonces habían gozado los

---

págs. 7-26. También, *vid.* el lúcido trabajo de García-Gallo, Alfonso: *Los libros de leyes del Rey Alfonso X el Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1984.

<sup>(77)</sup> *Cfr.* Gárate de Córdoba, José M<sup>a</sup>.: “El pensamiento militar en el Código de las Siete Partidas”, en *Revista de Historia Militar*, Año VII, N<sup>o</sup> 13, Madrid, 1963, pág. 55. Una visión más completa, con extenso comentario, se puede consultar en su libro *Espíritu y milicia en la España medieval*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1967, págs. 263-319.

Obispos, sin otra sanción que el consentimiento de los fieles, adquiere el carácter de verdadera jurisdicción”<sup>(78)</sup>.

Por lo que a nosotros corresponde, conceptualizando, la Jurisdicción eclesiástica castrense (etimológicamente significa *castra*, campamento) que existe en España desde el 26 de setiembre de 1644 –fecha del breve *Cum sicut Majestatis tuae* del Papa Inocencio XI (1611-1689)– es una jurisdicción privilegiada, porque, siguiendo a la condición de las personas, sólo accidentalmente puede estar ligada al territorio. Y, privativa, por estar fundada en privilegios pontificios que separan de la potestad de los Obispos u Ordinarios determinadas cosas y personas para entregárselas al gobierno y administración de un Delegado apostólico, con facultad de subdelegar<sup>(79)</sup>.

Por lo mismo, es de advertir que la historia demuestra que nada pacíficas han sido las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria, es decir, entre los vicarios generales castrenses y los ordinarios diocesanos. Buena prueba de ello fue el restablecimiento del Vicariato General Castrense que tuvo lugar en 1762, durante el pontificado de Clemente XIII (1693-1769) y el reinado de Carlos III. A él acudían los patriarcas, vicarios generales para que la defendiera como algo suyo, y les faltaba tiempo a sus ministros, generalmente, para atender la petición.

Independientemente de ello, Martínez Martí, con muy buenos argumentos, sostiene que: “El difícil recurso de los militares a los párrocos y obispos de la jurisdicción ordinaria es la razón que fundamenta el restablecimiento de la castrense y su prórroga cada siete años, según los breves pontificados. Los obispos españoles, sin embargo, juzgaron, en muchos casos, que el recurso a ellos y sus párrocos no era difícil para los militares. Este hecho explica, esencialmente, la génesis de las controversias entre los sucesivos vicarios generales: castrenses y

---

<sup>(78)</sup> Cfr. la descripción lúcida de Hinojosa, Eduardo de, en su libro que verdaderamente hizo época: *Historia General del Derecho español*, t. I, Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1857, págs. 322-323. También, *vid.* López y Novella, Julián, *Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-militares*, *ob. cit.*, págs. 264-266.

<sup>(79)</sup> Cfr. García Castro, Manuel: “Origen, desarrollo y vicisitudes de la Jurisdicción Eclesiástica Castrense”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. V, N° 14, Mayo-Agosto, Salamanca, MCML, págs. 602-603.

los ordinarios diocesanos”<sup>(80)</sup>. Y, para formarse una idea cada vez más cabal y completa, es en 1532 cuando sucede la incorporación de manera permanente del sacerdote al Ejército o milicia<sup>(81)</sup>.

En esta visión de conjunto de la temática estudiada, Vicente y Caravantes la definía de la siguiente manera: “La jurisdicción eclesiástica castrense consiste en la potestad de conocer de las causas civiles y criminales del fuero eclesiástico que se suscitaren entre personas que gozan del fuero de militar, y también en la práctica y concesión de las licencias necesarias para efectuar sus matrimonios. Esta jurisdicción se ejerce por el patriarca, vicario general de los ejércitos, con sus tenientes vicarios subdelegados y los capellanes de los regimientos de tierra y marina, etc., en virtud de bulas y breves expedidos por Su Santidad”<sup>(82)</sup>. Joaquín Escriche también ha aportado felices precisiones sobre la Jurisdicción Eclesiástica Castrense. A su juicio, es: “La potestad que compete al vicario general de los ejércitos de mar y tierra y á sus subdelegados para el conocimiento y decisión de las causas civiles y criminales del fuero eclesiástico que se suscitaren entre ó contra personas que gozan del fuero de guerra”<sup>(83)</sup>.

A propósito de lo expuesto, es necesario señalar aquí, que una primera manifestación de la Justicia Militar<sup>(84)</sup> aparece en el siglo XVI, con la agrupación

---

(80) Cfr. Martínez Martí, Mateo: “Controversias entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria en la segunda mitad del siglo XVIII”, en AA.VV.: *Estudios del Departamento de Historia Moderna*, Facultad de Filosofía y Letras, Zaragoza, 1974, pág. 158.

(81) Cfr. Alonso Muñozerro, Luis: *La Jurisdicción Eclesiástica Castrense en España*, Vicariato General Castrense, Madrid, s/f., pág. 10.

(82) Cfr. Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los tribunales eclesiásticos de los procedimientos que se siguen en esta clase de negocios*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1853, Título Segundo, Sección I (De la jurisdicción eclesiástica extraordinaria ó privilegiada), pág. 457. También *vid.*, en el mismo sentido, Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, t. I, 3ª. edición, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramírez y Cª., Barcelona, 1878 (Título VI, de la Jurisdicción Eclesiástica Castrense). Ambas obras ofrecen una consideración extensa sobre el tema que nos ocupa.

(83) Cfr. Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, *ob. cit.*, voz: “Jurisdicción Eclesiástica Castrense”, pág. 1125.

(84) No han faltado autores que han tenido una posición inflexible refiriéndose a la Justicia Militar. Por ejemplo, el mariscal Marmout, duque de Ragusa, sostenía que: “... la Justicia Militar no está establecida de una manera absoluta sobre principios de moral, su base es la necesidad”.

de las compañías en tercios y regimientos, que por sus efectivos y permanencia llevó a crear funciones de justicia en el Ejército, sin especialidad requerible, por atribuirse a los maestros de campo y a los coroneles de tales unidades, que fueron rodeándose poco a poco con *auditores*, *prebostes*, *capitanes de campaña*, *barracheles*, *alguaciles* y *verdugos*, con cargos de policía, represivos o ejecutivos en lo jurídico o judicial. Una apreciación notoria nos lleva a sostener –con premonitoria precisión– que por entonces no existían sino algunas ordenanzas para determinados Ejércitos de operaciones y los bandos militares que ciertos jefes daban<sup>(85)</sup>.

## 8. LA LEGISLACIÓN MILITAR DURANTE EL REINADO DE CARLOS I (EMPERADOR CARLOS V)

### 8.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

Anotemos, ante todo, que un momento sumamente especial en la historia militar fue el que se vivió durante el reinado –tan pródigo en acontecimientos de enorme trascendencia histórica– de Carlos I de España (Emperador Carlos V de Alemania) (1500-1558), tildado como el primer Habsburgo español, en especial porque en aquella época se expidieron cuatro textos básicos que empezaron a darle forma al tema de la jurisdicción militar. En este sentido, su personalidad ha sido materia de atención hasta nuestros días. Fue hijo de Felipe I de Habsburgo *el Hermoso* (1478-1506) y de Juana I de Castilla, conocida como Juana *la Loca* (1479-1555). Y nieto, por su padre, del Emperador Maximiliano I, emperador del Sacro Imperio Romano (1493-1516), y de María de Borgoña (1457-1482), y, por su madre, de Fernando II de Aragón, *el Católico* (1452-1516) e Isabel I de Castilla, *la Católica* (1451-1504). De sus progenitores, Carlos V –tan notablemente activo– reunió en sí el espíritu aventurero y ceremonioso de la corte borgoñona y la esencia del alma española, caballerisca, austera y perspicaz<sup>(86)</sup>.

---

Citado por Fabregat, Luis: *Derechos políticos de los militares. Sus restricciones*, Imprenta Artística de Dornaleche y Reyes, Montevideo, 1899, pág. 23.

<sup>(85)</sup> Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Justicia Militar”, t. IV, (H-N), *ob. cit.*, pág. 182.

<sup>(86)</sup> Cfr. Poch Noguer, José: *Carlos V. Emperador de Occidente y señor de dos mundos*, Editorial Juventud, S.A., Barcelona, 1941, pág. 6. A modo de complemento, *vid.* Bennassar,

Como hace notar uno de sus biógrafos, con el más rendido además: “Nacido en Gante (Flandes) el 20 de febrero de 1500 –Carlos V– discurrió sus primeros años entre Bruselas y Malina. Con tan solo un año recibió la insignia del Toisón de oro, símbolo de esa cultura flamenca en la que se criaba. No en vano fue bautizado con el mismo nombre de su bisabuelo Carlos I [de Valois, llamado *el Audaz* o *el Temerario*] (1433-1477), duque de Borgoña (casado con Margarita de York (1446-1503), que aún vivía para ser madrina de la ceremonia sacramental del futuro Emperador, oficiada en la Iglesia de San Juan). Acto que se celebró con grandes festejos en la ciudad como presagio de un futuro brillante”<sup>(87)</sup>. De ahí que, al fluir del tiempo, como todo hombre de temple viril, se le ha reconocido como “buen soldado y buen general”<sup>(88)</sup>.

Es más, producto de la coyuntura de la época: “El nuevo Emperador tenía potestad sobre la mayor parte del mundo conocido. *Los Habsburgos habían conseguido, de hecho, ser los titulares de una monarquía que podía calificarse de mundial y que, sin duda, era católica. Por ello, el emperador, que tiene una concepción teológico-política, se cree un soberano elegido por Dios como rey perdurable encargado de la misión de restaurar un Imperio cristiano, siendo rey de reyes*”<sup>(89)</sup>.

---

Bartolomé: *La España de los Austrias (1516-1700)*, traducción del francés de Bernat Hervàs, Editorial Crítica, SL, Barcelona, 2010, *in toto*. No menos importante es de consulta inmediata el libro de Robertson, William: *Historia del Reinado del Emperador Carlos V, precedida de una descripción de los progresos de la sociedad en Europa desde la ruina del Imperio Romano hasta principios del siglo XVI*, traducida del inglés al español por Félix Ramón Alvarado y Velaustegui, edición corregida, Imprenta de Julián Arranz, Madrid, 1846-1847.

<sup>(87)</sup> Cfr. Gómez Rivas, León: “Los primeros años del Emperador. Cartas del príncipe Carlos al conde de Oropesa”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000, pág. 5. También se encuentran noticias provechosas en Ranke, Leopold von: “Carlos V (1500-1558)”, en su libro *Grandes figuras de la historia. Una antología*, 2ª. edición, traducción del alemán y Prólogo de Wenceslao Roces, Editorial Grijalbo, S.A., México, D.F., 1958, págs. 177-183. *Idem*, González Cremona, Juan Manuel: *Carlos V, señor de dos mundos*, 2ª. edición, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 1990.

<sup>(88)</sup> Cfr. Soisson, Jean-Pierre: *Carlos V*, traducción del francés de Jorge Salvetti, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2005, pág. 14. De la abundante bibliografía, *vid.* Lewis, D.B. Wyndham: *Carlos de Europa. Emperador de Occidente*, 2ª. edición, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires, 1939; Cossio, Francisco de: *Carlos V*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1941; y Trevor-Roper, Hugh: *Principi e artisti. Mecenasismo e ideologia in quattro corti degli Asburgo (1517-1633)*, traducción del inglés de María Luisa Bossi, Giulio Einaudi editore, Torino, 1980, págs. 3-49.

<sup>(89)</sup> Cfr. Javaloy, Joaquín: *El origen judío de las monarquías europeas. El mayor secreto de la Historia*, 3ª. edición, Editorial EDAF, S.A., Madrid, 2005, pág. 184.



Con este fin, consciente de los cuarenta años de reinado, cargados de halagüeña perspectiva, Carlos V pasó solamente dieciséis en España: siete años (julio de 1522 a julio de 1529) y cinco cortas visitas. Después de 1543 no se le volvió a ver en España hasta setiembre de 1556, cuando luego de su renuncia, en consonancia con la naturaleza de la monarquía austríaca, regresó para residir en un pequeño palacio contiguo al monasterio extremeño de monjes jerónimos instalado en Yuste, Cuacos de Yuste (Cáceres), donde falleció el 21 de setiembre de 1558, después de abdicar el 16 de enero de 1556 en su hijo Felipe II todo su poder y todos sus dominios españoles tanto en el Viejo como en el Nuevo Mundo, para que siguiera gobernando esos extensos territorios<sup>(90)</sup>.

En cuanto tal, observa Claro Delgado que: “En la Europa Occidental de finales del siglo XV empiezan a surgir los Estados modernos en la Inglaterra de los Tudor, la España de los Reyes Católicos, la Francia de Carlos VIII (1470-1498) y Luis XII (1462-1515). Dichos Estados se van consolidando conforme avanza el siglo XVI, al tiempo que se robustece la autoridad real, para lo cual los reyes contaron con dos poderosos aliados”<sup>(91)</sup>.

“Sin dicho soporte –continúa enseñando Claro Delgado– los reyes no habrían podido llevar a cabo su política exterior e interior, pues a pesar de que ya desde antes del siglo XVI fue costumbre el intercambio de embajadores entre los distintos Estados, los gobernantes de dichos Estados tenían muy poca fe en la acción de la diplomacia para arreglar los conflictos surgidos

---

<sup>(90)</sup> No cabe duda que la personalidad de Felipe II también fue decisiva para justificar la presencia de la milicia, y por tanto de la Jurisdicción Militar en el devenir histórico. Bien se ha dicho que la bibliografía de Felipe II sólo puede compararse con la bibliografía de Miguel de Cervantes Saavedra (1547?-1616) por el carácter que impuso en el siglo XVI. Por algo ha sido denominado el “Quijote del siglo XVI”. A modo de referencia, entre varios, *vid.* Pérez Minguez, Fidel: *Psicología de Felipe II* (Conferencias dadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial Voluntad, Madrid, MCMXXV; Thomas Walsh, William: *Felipe II*, traducción del inglés por Belén Maraón Moya, Editorial Diana, S.A., México, D.F., 1948; y Trevor-Roper, Hugh: *Principi e artisti. Mecenasismo e ideologia in quattro corti degli Asburgo (1517-1633)*, *ob. cit.*, págs. 51-100.

<sup>(91)</sup> *Cfr.* Claro Delgado, Manuel: “Importancia del Ejército durante el reinado de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, *ob. cit.*, pág. 285. También, *vid.* Babelón, Jean: *Carlos V (1500-1558)*, traducción del francés de Miguel de Hernani, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1952, *in toto*.

entre ellos. De tal forma que los tratados se incumplían con suma facilidad, como queda de manifiesto en los numerosos ejemplos que nos ofrece la Historia; por lo que la diplomacia se empleaba más con la intención de espiar o engañar al adversario, que con el fin de resolver los problemas surgidos entre los Estados. Porque según diversos autores, el hecho de intercambiar representantes diplomáticos es más un signo de debilidad de los países de la época que de seguridad; pues cuando un Estado se sentía fuerte al estar respaldado por un poderoso ejército, no procedía al intercambio de dichos diplomáticos, tal como ocurrió siempre con el Estado turco; es decir, confiaba más en la fuerza de sus ejércitos que en la *acción* de la diplomacia”<sup>(92)</sup>.

De esta forma, como no podía menos de serlo, todos los monarcas europeos estaban convencidos de que la actuación de un ejército permanente les daba presencia en todo el territorio y poder expansionista<sup>(93)</sup>. Sin embargo, tenían un problema: la escasez de sus haciendas reales no les permitían darse esos lujos, por eso recurrieron a la diplomacia como mecanismo sustituto de la fuerza que carecían. En el caso de Carlos V –por derecho propio, personaje con empuje varonil– la situación era totalmente distinta porque, estando ejerciendo la corona imperial, los inmensos caudales que sufragó en muchas guerras provenían de los dominios o provincias de ultramar, es decir, de los virreinos. Entre tanto, ¿cómo hubiera sido, en el pleno sentido de la palabra, el Imperio de Carlos V –el más vasto que ha conocido el mundo– si no hubiese afrontado las luchas bélicas?<sup>(94)</sup>

---

<sup>(92)</sup> Cfr. Claro Delgado, Manuel: “Importancia del Ejército durante el reinado de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, ob. cit., págs. 285-286. También, vid. Lynch, John: *Monarquía e Imperio: El Reinado de Carlos V*, El País, S.L., Madrid, 2007, *in toto*.

<sup>(93)</sup> Sobre los ejércitos permanentes en la Europa del siglo XIX, vid. los datos concretos que aparecen en el libro del teniente coronel de infantería, primer ayudante del regimiento de Burgos, 21 de línea, Ángel Del Arenal: *Ideas sobre el sistema militar de la nación española, derivadas de su Constitución y del objeto de la Fuerza Armada*, Imprenta que fue de García, Madrid, 1820, págs. 367-389.

<sup>(94)</sup> Acerca del periodo imperial de Carlos V en Flandes, vid. la obra, cargada de una buena información, de Cárdenas Piera, Emilio de: *Forjadores del imperio español. Flandes*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2001.



## 8.2. LA OBRA

Este es el momento de decir algunas palabras acerca de la obra de Carlos V. De toda la legislación militar ordenancista<sup>(95)</sup> que se dio en el reinado de Carlos V –desde 1516 hasta 1556–, con lo cual se reafirma su mayestático poder, sobresalen las siguientes:

a) Las Ordenanzas Militares del Capitán General y Justicia Mayor de la Nueva España, Hernán o Fernando Cortés (Medellín Badajoz, 1485-Castillejos de la Cuesta, 1547) para el régimen y gobierno de las tropas de España, catalogado como el primer código castrense o militar. No en vano, el texto de estas Ordenanzas, sobre cuyo nombre existen variantes, prueba el profundo espíritu religioso de Hernán Cortés, de su preparación militar –valiente e implacable conquistador– y el conocimiento de las virtudes de sus soldados. Los conceptos expresados tienen como lógico antecedente las anteriores Ordenanzas Militares publicadas por los reyes españoles durante toda la etapa medieval. Sus capitanes, investidos por la autoridad real de los cargos otorgados, en este caso del capitán general y justicia mayor de Nueva España del Mar Océano Hernán Cortés, trataban de adaptarlas a las circunstancias del lugar y momento en que se encontraban.

El cronista de Indias y célebre capitán Bernal Díaz del Castillo (1496-1584) llegó a describir con viva penetración a Cortés de la siguiente manera: “Fué de buena estatura y cuerpo, y bien proporcionado y menbrudo, y la color de la cara tiraba algo a cenicienta, y no muy alegre, y si tuviera el rostro más largo, mejor le pareciera, y era en los ojos en el mirar algo amorosos, y por otra parte graves; las barbas tenía algo prietas y pocas y ralas, y el cabello, que en aquel tiempo se usaba, era de la misma manera que las barbas, y tenía el pecho alto y la espalda de buena manera, y era cenceño y de poca barriga y algo estevado, y las piernas y muslos bien sentados;

---

<sup>(95)</sup> Cfr. Pérez Martín, Antonio: “Ordenanzas Militares de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, ob. cit., págs. 325-327. El autor citado da cuenta del códice 53 de la Biblioteca de Santa Cruz de Valladolid que lleva por título *Ordenanzas Militares de Carlos V*, y cuyo contenido tiene rico material que permite un mejor estudio de la organización del ejército militar español en el siglo XVI, clasificados en a) ordenanzas, b) nombramientos, c) aspectos económicos y d) sentencias.

y era buen jinete y diestro de todas armas, así a pie como a caballo, y sabía muy bien menearlas, y sobre todo, corazón y ánimo, que es lo que hace al caso”<sup>(96)</sup>.

La localización de los textos originales de estas Ordenanzas se encuentran en el Archivo General de Indias de Sevilla. No están catalogadas con las voces de «Ordenanzas» u «Hordenanzas», y se pueden localizar en la «Sección Justicia. Legajo 223, n. 1, folios 342 al 349». *Parte de su contenido, que fue redactado en tlaxcalteque el 22 de diciembre de 1520 y pregonadas el día 26 del mismo mes, reza literalmente lo siguiente*<sup>(97)</sup>:

Por ello, yo Hernán Cortés, Capitán General y Justicia Mayor de esta Nueva España del Mar Océano, por el muy alto y Poderoso Señor Selecto Rey de Romanos, Futuro Emperador, siempre Augusto Rey de España, y de otros muy grandes Reinos y Señoríos, considerando todo lo dicho y que es necesario y conveniente seguir y observar toda la mejor costumbre y orden que nos sea posible, tanto en lo que toca al servicio de Dios Nuestro Señor y de la Cesárea Católica Majestad, como por tener por enemigos a contrarios de la más belicosa y astuta gente en guerra que ninguna otra generación, especialmente por ser tantos, que no tienen número, y nosotros tan pocos y tan apartados y desprovistos de todo humano socorro, viendo ser muy necesario y conveniente al servicio de Su Cesárea Majestad y utilidad nuestra, mandé hacer e hice las Ordenanzas que irán firmadas con mi nombre, y el del escribano infraescrito en la manera siguiente:

Primeramente: por cuanto por experiencia hemos visto y vemos cada día que los naturales de estas partes tienen cultura y veneración de sus ídolos, de que a Dios Nuestro Señor se hace gran «diservicios», y el demonio por la ceguedad y engaño que los trae, es de ellos muy venerado, y para apartarlos de tanto error e idolatría y llevarlos al conocimiento de Nuestra Santa Fe Católica, Nuestro Señor será muy servido además de adquirir gloria para nuestras almas al ser causa de que de

<sup>(96)</sup> Cfr. Romero de Terreros, Manuel: *Los retratos de Hernán Cortés. Estudio iconográfico*, Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, D.F., 1944, págs. 31-32. No han faltado quienes han cuestionado el rostro de Hernán Cortés, especialmente, a partir de la pintura realizada por Diego Rivera en el Palacio Nacional de México en donde aparece “un sujeto bizco, jorobado y patizambo”, cuya figura se parece más a Sancho Panza, el inseparable compañero del Hidalgo manchego. *Vid.*, en vía de ejemplo, Villalonga Guerra, Manuel: “Sobre una interpretación pictórica modernista de Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XIII, N° 151, Agosto, Madrid, 1952, págs. 17-24. También *vid.*, en el mismo sentido, el relevante artículo de Villalonga Guerra, Manuel: “El ingenioso hidalgo Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, N° 140, Setiembre, 1951, págs. 33-38.

<sup>(97)</sup> En tal sentido, *cfr.* la sugestiva exposición de Salas López, Fernando de: *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Editorial MAPFRE, S.A., Madrid, 1992, págs. 30-32.

aquí en adelante no se pierdan ni condenen tantos acá en lo temporal, sería Dios siempre en nuestra ayuda y socorro. Por ello, con toda la Justicia que puedo y debo, «exhorto» y ruego a todos los españoles que en mi compañía fueren a esta guerra, que al presente vamos, y a todas las otras guerras y conquistas que en nombre de Su Majestad, y bajo mi mando hubieran de ir, que su principal motivo e intención sea apartar y desarraigar de dichas idolatrías a todos los naturales de estas partes, y reducirlos, o al menos desear su salvación y que sean reducidos al conocimiento de Dios y de su Santa Fe Católica, porque si con otra intención se hiciera dicha guerra sería inaceptable y todo lo logrado debería ser restituido, y Su Majestad no tendría razón de mandar gratificar a los que en ella sirvieron; y sobre ello encargo las conciencias de los españoles, y desde ahora, en nombre de Su Católica Majestad, declaro que mi principal intento y motivo de hacer esta guerra y las otras que hiciere, es por traer y reducir a los naturales al conocimiento de Nuestra Santa Fe y creencia, y después para sojuzgarlos y supeditarlos bajo el yugo y dominio imperial Real de Su Cesárea Majestad, a quien jurídicamente pertenece el Señorío de todas estas partes.

...

Que ninguna persona, de cualquier condición que sea, no sea osado de decir «no creo en Dios», y lo mismo se entiende de Nuestra Señora y de todos los otros santos, so pena que además de ser ejecutadas las penas establecidas por las Leyes del Reino contra los blasfemos, la persona que en ello incurriere pague quince castellanos de oro, la tercera parte para la primera Cofradía de Nuestra Señora que en estos territorios se hiciese, otra tercera parte para el Fisco de Su Majestad, y otra tercera parte para el Juez que lo sentenciara.

Con un carácter sumarial, el propio contenido de sus capítulos disciplinaba severamente la vida militar, con una gran dureza responde a las infracciones donde caben la pena de muerte y los castigos físicos; sin embargo, son pobres en materia jurisdiccional al prever la existencia de un juez sin precisar el fuero militar del mismo<sup>(98)</sup>.

b) Ordenanza de los guardas de Castilla otorgada en Madrid el 5 de abril de 1525. Denominadas guardas viejos, esta fuerza permanente de caballería fue creada en el tiempo de los reyes católicos y empleada en el Rosellón, y con la opción del Tercio en Italia este ejército peninsular redujo su número y perdió efectividad al tiempo de que sus hombres de armas pasaron a ser más bien una fuerza de

---

<sup>(98)</sup> Cfr. González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, *ob. cit.*, págs. 785-786. Desde una perspectiva histórica, citaremos solamente a Melchor y Lamanette, Federico: *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877.

orden público. Integrado por 84 artículos, el 11 lo dedica a la jurisdicción del alcalde de los guardas para solventar los conflictos que en su ausencia resolverá el capitán o lugarteniente. En los artículos 40, 46, 82, 83 se regulaba el Consejo de Guerra, institución que en el siglo XVI tuvo una posición vicaria del Consejo de Estado por la materia competencial hasta que en 1586 Felipe II le configura su personalidad jurídica y vida autónoma<sup>(99)</sup>.

c) Instrucción para el régimen y organización del ejército de Italia, dictada en Génova el 15 de noviembre de 1536. De su contenido se colige que se ratifica la comisión a un auditor, oficio de solvente autoridad, para promover la resolución judicial. Es en plena época de los Austrias en donde la jurisdicción especial de guerra cobrará todo su dinamismo como función autónoma dotada de órganos propios<sup>(100)</sup>. Hay que notar también que el auditor –de pura y rancia cepa española, recuerda Salcedo y Ruiz– se constituye en figura clave que la Instrucción... le cataloga como *sabedor del derecho* en una dimensión profesional, es decir, era hombre de Ciencia Jurídica que iba al lado del general quien era incapaz de atreverse a pronunciar sentencia sin que el letrado la encontrara conforme a ley. En 1545 otra ordenanza de Carlos V para el mantenimiento y retribución de las fuerzas asentadas en Piamonte y Lombardía, le reconoce 15 escudos como salario para su *entretenimiento*. El alguacil, el preboste y el barrachel en los Tercios ocupan la función ejecutiva de la justicia bajo la dirección del Capitán General y otras labores de policía, como prevención y represión de acciones delictivas, imposición

---

<sup>(99)</sup> Cfr. González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, *ob. cit.*, pág. 786. También, *vid.* Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, t. II, *ob. cit.*, págs. 5-6. Enseña Bacardí que: “El ejército reconoce mejor la justicia de una sentencia cuando se pronuncia dentro de su mismo seno; solo ante este juez que aprecia sus hábitos y sus costumbres, que comprende su lenguaje y conoce sus deberes, que cumple también á su vez, dentro de la familia militar, que ocupa el lugar de la suya, puede el reo hallar una benignidad justa, si se trata de actos tolerables, ó una justicia libre de toda sospecha, si se tratase de un verdadero delito” (pág. 9).

<sup>(100)</sup> Sobre este punto, *cfr.* Castellano, Juan Luis: “La reputación de la monarquía en época de los Austrias”, en Jiménez Estrella, Antonio y Andújar Castillo, Francisco (Editores): *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el ejército de la monarquía hispánica (S. XVI-XVII): Nuevas perspectivas*, Editorial Comares, Granada, 2007, págs. 1-13.

de castigos y sanciones, arresto de vagabundos y contraventores de los bandos y ordenanzas militares<sup>(101)</sup>.

Aparte de las razones aducidas con anterioridad, es conveniente inquirir aquí: ¿Qué era el Tercio? Un análisis contextual permite sostener que el Tercio, cuya primera aparición fue en Italia, era un cuerpo de Infantería, de gran significado, que durante los siglos XVI y XVII equivalía en España a Regimiento, cuyo jefe era un Coronel, y su organización se componía de varias compañías de tres armas diferentes, unas de picas, otras de arcabuz y otras de espada y rodela de principio y después de mosquete<sup>(102)</sup>, que lucharon en los más distintos campos de batalla, especialmente en los países bajos<sup>(103)</sup>. Es decir, herederos de las tropas castellanas curtidas en la conquista de Granada, se dio a conocer en 1534 para sustituir al sistema anterior de coronelías que habían sido actualizados por Gonzálo de Córdoba (1453-1515) llamado el *Gran Capitán*. En aquella época los cuatro tercios grandes y viejos eran Lombardía, Nápoles, Saboya y Sicilia<sup>(104)</sup>. Y, a fin de cuentas, recibían un sueldo mensual de 194 escudos, que en realidad no se

---

<sup>(101)</sup> Cfr. González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, *ob. cit.*, pág. 786. También, con relación al papel que cumplían los tercios, *vid.* González-Deleito y Domingo, Nicolás: “Régimen jurídico-procesal militar en unidades de composición internacional durante el siglo XVII en España”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. VII-1, Bruxelles, 1968, págs. 279-281.

<sup>(102)</sup> Sobre los tercios, no hay mejor testimonio en el siglo XVI que el del escritor y militar Londoño, Sancho de (1515?-1569): *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo Estado*, Blass, S.A., Tipográfica, Madrid, 1943, págs. 34-36. Se trata de una edición facsimilar que fue publicada en Bruselas en 1589, aun cuando, existe otra de 1587. En forma coetánea, Valdés, Francisco de (1511-1580), maestre de campo del tercio de Italia (1574-77), maestre de campo del tercio gemelo de Sicilia (1578-1580) y Gobernador de Piombino (1580) publicó el año de 1586 en Bruselas su libro *Espejo y disciplina militar*, Ediciones «Atlas», Madrid, 1944. Antecede Prólogo de Joaquín Rodríguez Arzúa.

<sup>(103)</sup> Cfr., sobre este aspecto, Montañá Jou, Daniel: *Los Tercios de Flandes*, I. G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona 1944, pág. 10.

<sup>(104)</sup> Cfr. De Pablo Cantero, Antonio: “La infantería de Carlos I. Los tercios grandes viejos. Reglamento, Organización, Historia”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, *ob. cit.*, págs. 297-310. También, *vid.* Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar*, voz: “Tercio”, vol. II, (H-Z), *ob. cit.*, págs. 1015-1018.

abonaban regularmente, tal como sucedió en las guerras de Flandes<sup>(105)</sup>. Entre tanto, durante más de dos siglos fueron los Tercios la mejor infantería preparada de Europa.

d) Executoria real de 10 de mayo 1544, que fue ratificada en 1584, 1620, 1630 y 1661 por Felipe II de Austria, o Habsburgo, llamado *el Prudente* (1527-1598), Felipe III de Austria, o Habsburgo, llamado *el Piadoso* (1578-1621) y Felipe IV de Austria, o Habsburgo, llamado *el Grande* o *el Rey Planeta* (1605-1665) en sus respectivos reinados. En ella, ratificando su Real Provisión de 1522, dispone que en las causas contra navarros y guipuzcoanos por contiendas con aforados conozcan conjuntamente el *Juez natural* de los moradores o habitantes (Justicia Ordinaria) y el Capitán General –o su lugarteniente, en su ausencia–... Este sistema de jurisdicción mixta puede ser considerado como un lejano precedente del régimen jurisdiccional castrense que existe en algunos países de Occidente (Francia, Canadá, Dinamarca, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza...) en que los Magistrados administran justicia en unión de juzgadores específicamente castrense, bajo un signo evidente de juridicidad y de tutela de las garantías procesales, conforme sostiene sobriamente González-Deleito y Domingo<sup>(106)</sup>.

### 8.3. EPÍLOGO

Y volvamos ya a él. El contenido del elevado número de las Ordenanzas Militares de Carlos V, sea de ello lo que fuere, constituyeron los precedentes que sirvieron de norte para las posteriores ordenanzas militares, especialmente las que expidió, con alcance mucho más fructífero, Carlos III. De ahí su estudio forzoso para poder entender la organización del sistema militar en los tiempos de Carlos V

---

<sup>(105)</sup> Vid. el libro, de elevado valor, de Picatoste, Felipe: *Estudios sobre la grandeza y decadencia de España. Los españoles en Italia*, t. II, Imprenta de la Viuda de Hernando y C.<sup>ª</sup>, Madrid, 1887, pág. 17. También, *vid.* la excelente monografía de Rodríguez Hernández, Antonio José: “La contribución militar del Reino de Granada durante la segunda mitad del siglo XVII: La formación de tercios de Granada”, en Jiménez Estrella, Antonio y Andújar Castillo, Francisco (Editores): *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el ejército de la monarquía hispánica (S. XVI-XVII): Nuevas perspectivas*, *ob. cit.*, págs. 151-154.

<sup>(106)</sup> *Cfr.* González Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la legislación penal militar en España”, *ob. cit.*, pág. 34-35.



–*Hispaniarum Rex*–, en concreto, mediante sus valores heredados de la reconquista (cruzada) y valores modernos como la soldada –sobre la que empezaba a girar el compromiso– la disciplina militar, la eficacia militar y la filosofía de vida del *soldado de fortuna*<sup>(107)</sup>. Como asevera el Mariscal Montgomery, en la historia de las guerras europeas habidas en el curso del siglo XVI –denominado el Siglo de Oro–, la nación más destacada fue España. Oscura y atrasada en la Edad Media, adquirió unidad y audacia de propósito en los comienzos del siglo, bajo Fernando e Isabel; alcanzó la cima de su poderío en 1550 bajo Carlos I, y conservó esa importancia bajo Felipe II, aunque hacia 1600 el sol empezaba a ponerse en su vasto Imperio<sup>(108)</sup>. Esas fueron una de las tantas y principales virtudes de Carlos de Gante o Carlos de Yuste, que el tiempo se ha encargado de reafirmar sin sombra alguna<sup>(109)</sup>.

## 9. LAS ORDENANZAS MILITARES DE ALEJANDRO FARNESIO

### 9.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

De todos es sabido que Alejandro Farnesio (1545-1592), Príncipe de Parma, nieto del Emperador Carlos V y sobrino y gran caudillo de Felipe II, conforme empieza recordando su biógrafo Vela Martínez: “Nació –en Parma el 27 de agosto de 1545– entre sábanas de Holanda, suspiros y cuquerías. Amás por aquí, pajes por allá. Creció siempre a la sombra, sin que le diera el calor áspero de la vida en la cara y en el corazón. Esto quiero, esto no quiero. No gozó de la

---

<sup>(107)</sup> Cfr. Contreras Gay, José: “El sistema militar carolino en los reinos de España”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, ob. cit., pág. 342.

<sup>(108)</sup> Cfr. Montgomery de Alamein, Mariscal, *Historia del arte de la guerra*, traducción del inglés de Juan García-Puente, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1968, pág. 213. A modo de complemento, vid. Fernández Álvarez, Manuel (Ed.): *Corpus Documental de Carlos V*, 5ts., Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1973-1981. Del mismo autor, vid. *Carlos V, el César y el hombre*, 18va. edición, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006; y Martín Rubio, María del Carmen: *Carlos V. Emperador de las Islas y Tierra firme del Mar Océano*, Ediciones Atlas, Madrid, 1987. Antecede Prólogo de Horacio Villanueva Urteaga.

<sup>(109)</sup> Para el período comprendido entre los siglos XVI y XVII, vid. Chudoba, Bohdan: *España y el Imperio (1519-1643)*, Biblioteca de la Historia de España, Madrid, 1986. Y, para una visión de conjunto durante la España de los Reyes Católicos, vid. De Contreras, Juan: *Los orígenes del Imperio (La España de Fernando e Isabel)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1939, en especial, págs. 165-181.

infancia. No supo echar unas partidas a la taba, al palmo, al hoyuelo o a punta con cabeza, ni endurecerse las costillas jugando a quebrantabarriles. Sin embargo –agrega Vela Martínez– en cuestión de geometrías y otras matemáticas era un lince. Tenía el magín lleno de números, arcos, cuerdas, diámetros, radios, esferas y grados. Aristóteles (384-322 a.C.), Euclides (ca. 325-ca. 265 a.C.), Teodosio I *el Grande* (347-395), y otros que tal le robaban el sueño mas ahincadamente que los ojuelos lindos de cualquier camarera. Veía ángulos obtusos hasta en la sopa. Con la espada hallaba la perpendicular a las paredes, a los retratos y a los fámulos, que era una bendición verlo”<sup>(110)</sup>. Se precisa, además, que Farnesio, figura representativa de la España –católica e imperial– en el siglo XVI, fue hijo de Octavio Farnesio (1521-1586) y de Margarita de Parma (1522-1586), habiéndose educado en España, estudió en la Universidad cisneriana de Alcalá y el 11 de noviembre de 1565 desposó en Bruselas a María de Avis y Braganza o María de Guimarães, conocida como María de Portugal (1538-1577), quien era nieta del rey Manuel I de Avis *el Afortunado* (1469- 1521). De este matrimonio, que en su momento ocupó el primer plano, nacieron tres hijos: Margarita, Ramuccio y Odvardo.

Expuesto lo que antecede, conviene recordar ahora que Alejandro Farnesio, a la sazón uno de los primeros caballeros de la Corte de España, luego de su matrimonio y hallándose en Parma, empezó a adquirir una intensa cultura militar complementada y muy a tono con su grandeza, poderío, altivez y austeridad. Para ello, se rodeó de expertos en el arte de la guerra que habían adquirido prestigio por aquella época, tales como Sforza Pallavicino (1519-1585), Giovanni Luigi “Chiappino” Vitelli (1519-1575), Cornia, el Conde Santa Fiose y el renombrado capitán español Álvaro de Sande (1489-1573). A nuestro modo de ver, en cualquier caso, todos estos rasgos definitorios influyeron sobremanera para que Farnesio –gran jinete y diestrísimo en el manejo de las armas– se constituyera en uno de los gestores y pioneros de la Justicia Militar, tal como advertiremos a continuación.

---

<sup>(110)</sup> Cfr. Vela Jiménez, Manuel: *Alejandro Farnesio. Furia española*, Luis Carlt Editor, Barcelona, 1944, págs. 48, 49 y 50. También, *vid.*, entre otros, Riaño Lozano, Fernando: *Los medios navales de Alejandro Farnesio (1587-1588)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999; y Borreguero Beltrán, Cristina: *Diccionario de historia militar. Desde los reinos medievales hasta nuestros días*, voz: “Farnesio, Alejandro”, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2000, págs. 136-137.



Podemos entonces afirmar que: “Un ramillete de virtudes castrenses completan este carácter, haciendo de él un perfecto hombre de mando: coraje, audacia, valor personal, decisión, impetuosidad, animoso esfuerzo; rapidez y clarividencia en las decisiones, pero también reflexión y ponderación de criterio en la elaboración de los proyectos; con formidable preparación técnica era, sin embargo, asequible al consejo y al contraste de su opinión con la ajena”<sup>(111)</sup>. Importa destacar al respecto que Farnesio ponía a deliberación en su Consejo de Guerra la conquista de una ciudad o cualquiera que fuera la empresa a realizar.

A segundas, dice Vela Martínez: “Al entrar la mañana del 2 de diciembre –de 1592– subió la muerte hasta su pecho como avenida de río turbio. Se fue con un beso a Cristo y unas palabras dulces, para los suyos, entre revuelo de banderas, a tanques desesperados –lenguas de acero por delante– de la furia española y bamboleo de muertos, con quienes en vida compartió vino y pan”<sup>(112)</sup>. Sobre esta esfera de acción, el día que se extinguió en Arras la vida del Príncipe de Parma, como se extingue una luz por falta de combustible, tenía 48 años. Su cadáver, amortajado con hábito de capuchino fue embalsamado y llevado a Bruselas y luego conducido a Parma, siendo enterrado definitivamente en la cripta de la Iglesia la Madonna della Steccata. A Farnesio “Príncipe de la Fe” le sucedieron en el gobierno de Flandes Pedro Ernesto de Mansfeld, conde de Mansfeld (1517-1604), Ernesto de Austria, archiduque Ernesto (1553-1595), y Pedro Enríquez de Acevedo, conde de Fuentes (1525-1610), quien llegó a lograr algunas ventajas militares.

Carl von Clausewitz (1780-1831), reafirmando su enorme capacidad, como buen prusiano, recuerda que Alejandro Farnesio, entre otros personajes, demostró la superior capacidad del general o el entusiasmo popular; de otro modo, los

---

<sup>(111)</sup> Cfr. Díaz Santillana, Santos: *Del claustro al trono. Biografía y Anecdotario del Cardenal Cisneros*, Ediciones Ajax, Barcelona, 1952, pág. 64. Sobre este punto, también *vid.* Almirante Torroella, José: “Alejandro Farnesio (1545-1592)” en su libro *Estudios Militares. Antología, ob. cit.*, págs. 191-208.

<sup>(112)</sup> Cfr., una vez más, Vela Jiménez, Manuel: *Alejandro Farnesio. Furia española, ob. cit.*, pág. 227. Para una mejor comprensión de los hechos sucedidos entre los siglos XVI y XVII, *vid.* Fernández Almagro, Melchor: *Política naval de la España moderna contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, págs. 5-47.

resultados no hubieran estado a la altura del esfuerzo invertido<sup>(113)</sup>. En conexión con esta idea, conforme ha evocado de manera clara y amplia el antiguo Rector de la Univerisdad de Valladolid y miembro de la Real Academia de la Historia, Julián María Rubio: “Tuvo el príncipe de Parma todas aquellas grandes y cardinales cualidades que deben adornar a un jefe de ejército: coraje, audacia, valentía temeraria, decisión, impetuosidad y animoso esfuerzo. Formidablemente preparado desde el punto de vista técnico, con gran talento táctico y estratégico”<sup>(114)</sup>.

## 9.2. LA OBRA

En la Historia hispana, la primera expresión normativa de la Justicia Militar –muy útil, por muchos y variados conceptos– se consolida en el decreto que lleva por título: *Ordenanza e Instrucción del Duque de Parma y de Plasencia, Lugarteniente, Gobernador y Capitán General por S.M. en los Estados de Flandes, sobre el ejercicio y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo ejército. En Bruselas, a 13 de mayo de 1587*, creadas, ni más ni menos, por el Duque de Parma Alejandro Farnesio: “Español en todo y por todo”<sup>(115)</sup>.

Más, en particular, la *Ordenanza...*, que tuvo un significado de excepción, se estructuraba en 39 artículos, destacando sin lugar a dudas los 5 primeros que a continuación se transcriben:

### I EL DUQUE DE PARMA Y PLASENCIA<sup>(\*)</sup>

Siendo razón que todos los que tienen cargos, para que los administren bien, entiendan lo que dellos depende y lo que les toca, no aviendo visto hasta agora

---

<sup>(113)</sup> Cfr. Clausewitz, Carl von: *De la guerra*, dirigida y traducida del inglés por Michael Howard y Peter Paret, ensayos introductorios de Peter Paret, Michael Howard y Bernard Brodie, con un comentario de Bernard Brodie, e Índice por Rosalie West, t. I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999, pág. 319. La versión original de la obra cumbre de Clausewitz se publicó en idioma alemán en 1832.

<sup>(114)</sup> Cfr. Rubio, Julián M.<sup>a</sup>: *Alejandro Farnesio. Príncipe de Parma*, Ediciones Luz, Zaragoza, 1939, pág. 287.

<sup>(115)</sup> Sobre la administración militar llevada a cabo por Alejandro Farnesio, *vid.* Ranke, Leopold von: *La monarquía española de los siglos XVI y XVII*, traducción del alemán a cargo de Manuel Pedroso, Editorial Leyenda, S.A., México, D.F., 1946, págs. 299-315.

<sup>(\*)</sup> Las rúbricas de los capítulos, en el impreso se encuentran al margen.

instrucion ni ordenança ninguna de lo que toca al cargo de los Auditores de un exercito, nos ha parecido hazer la presente con una declaración de la juridicion militar, para remediar algunos abusos y que sepan aora y siempre lo que han de hazer, pues ansi conviene, y importa mucho, para la conservación de la buena orden y disciplina del exercito.

### CALIDAD DEL OFICIO DE AUDITOR GENERAL

1. *El autoridad y calidad del oficio de Auditor general.*– El oficio de Auditor general es muy preeminente y de mucha importancia porque «es» la persona sobre quien el Capitan general descarga todos los negocios y casos de justicia, que el propio avia de juzgar y determinar, y ansi se puede dezir que tiene el exercicio de la juridicion del Capitan general, y por tanto queremos y es nuestra voluntad que ninguna persona de qualquier condicion o calidad que sea deste exercito, fuera del Maestre de campo general, en quanto dependiere de su cargo, tenga tanta autoridad en las cosas de justicia quanta el Auditor general y que en todo, lo que ordenare, concerniente a su oficio, ninguno le contradiga, sino que le den asistencia y favor, so pena de la desgracia del Rey mi señor por lo qual le avemos dado y damos todo el poder y autoridad que tenemos de su Magestad en las cosas de justicia.
2. *Encarga el cuidado de la autoridad y juridicion militar el Auditor general.*– El Auditor general ha de tener particular cuidado de mantener la autoridad, juridicion y diciplina militar, porque a nos, como Capitan general, y a los ministros de guerra, para ello ordenados a causa de sus oficios y cargos, toca la cognicion, juridicion y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gente de guerra, sin que ningunos otros juezes, justicias, Consejos ni otro qualquiera pueda tomar esta cognición o juridicion o empatarse en cosa destas directa o indirectamente, porque es contra razón y contra las leyes y privilegios militares y de aquí podran nacer grandes inconvenientes y confussion y los ministros de guerra vendrian a ser mal obedecidos y respetados.
3. *Excepciones de la juridicion e fuero militar.*– De manera que un soldado no podrá ser convenido ni llamado en justicia por ningún delito ni deuda ni por otra cosa ninguna sino es por ante los Auditores y juezes militares, y ninguno otro, excepto en causas de acciones reales, hipotecarias y de sucession de bienes raices y patrimoniales, porque en tal caso cada uno podía proseguir y pedir su justicia según las costumbres y ante los juezes del lugar donde estuvieren situados dichos bienes, que conforme a las leyes comunes y los placartes del Emperador mi señor, de gloriosa memoria, sin querer derogar, fuera desto, en cosa chica ni grande a los privilegios militares, los quales queremos y es nuestra voluntad que sean inviolablemente guardados.
4. *El fuero y privilegios militares no se estienden a los casos sucedidos antes.*– Pero si alguno de miedo de algún delito o maleficio que ha hecho o por defraudar

a sus acreedores se hiziere soldado, en tal caso no es justo que el privilegio militar le valga, sino que a requerimiento de la justicia o de la parte se le borre la placa y esto no se les puede negar, pero hasta tanto no es razón que las otras justicias provinciales y del país, sin respetar a los ministros de guerra, pongan la mano en el soldado o procedan por vía de justicia o de hecho contra el.

5. *El Auditor general conoce de todas personas y negocios que ante el se piden.*— El Auditor general puede y debe conocer y determinar generalmente todos los pleitos y diferencias, así civiles como criminales, que hubiere entre todas las naciones y personas de cualquier suerte deste felicísimo ejército, así de a pie como de a caballo, así de los que estuvieren en presidios como los que estuvieren en campaña, que ante nos o ante el nuestro nombre pidieren cumplimiento de justicia, sin respeto ni excepción de persona<sup>(116)</sup>.

A lo anterior se debe añadir que esta Ordenanza —de añeja factura— fue complementada el 22 de mayo con el Edicto, Ordenanza e Instrucción sobre el oficio de Preboste general y de los demás Capitanes de compañía y Barricheles del ejército. Contenía 19 artículos dedicados a la definición de las atribuciones de la Policía Judicial Militar: prebostes, barricheles, capitanes de campaña y demás ministros y oficiales de justicia, a quienes se reservaba la conservación de la disciplina y el mantenimiento de la justicia. En tal sentido, la Ordenanza empieza pasando revista a la calidad de oficial del preboste:

“1. La calidad y necesidad deste oficio.— El oficio de Prevoste general es de mucha autoridad y muy necesario para la conservación de la disciplina militar y mantenimiento de la justicia del ejército, porque es executor de los bandos y ordenes del Capitan general y constituciones militares y ansimismo de las sentencias y decretos del Auditor general, que en nuestro nombre administra la dicha justicia”.

Siguiendo a José Almirante Torroella, Guillermo Cabanellas sostiene que las Ordenanzas de Alejandro Farnesio parecen haber regido durante todo el siglo XVI, habiendo sido catalogadas como la iniciación de la moderna Justicia Militar<sup>(117)</sup>. Se puede afirmar sin mengua que tal juicio es certero y aceptado por gran parte de los

<sup>(116)</sup> *Cfr.* la profunda exposición en el artículo a cargo de Moreno Casado, José: “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI, Madrid, 1961, págs. 439-441.

<sup>(117)</sup> *Cfr.* Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Justicia Militar”, t. IV, (H-N), *ob. cit.*, pág. 182. También, *vid.* Moreno Casado, José: “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, *ob. cit.*, págs. 431-458.

estudiosos que se han ocupado de la evolución histórica de la Justicia Militar, por cuanto dichas Ordenanzas –verdadero Tratado de Justicia Militar– marcaron su paso por la historia con rastro indeleble. Y es el punto de mira del Derecho Penal Militar, en clave histórica, como factor determinante y fundamental para una mejor comprensión.

### 9.3. EPÍLOGO

Ha de tenerse en cuenta aquí, que toda esta legislación medieval culmina con una mayor consolidación en el reinado de Felipe V (1683-1746) cuando se publican, como tendremos ocasión de ver más adelante, las Ordenanzas denominadas las Segundas de Flandes –también, verdadero Tratado de Derecho Militar completo– el 18 de diciembre de 1701<sup>(118)</sup>, a las que siguieron las de 12 de julio de 1728, que fueron reproducidas casi íntegramente por Carlos III el 22 de octubre de 1768. En dicha época se afirmó una serie de privilegios, exenciones y prerrogativas al ejército y se estableció el Fuero a través de los Consejos de Guerra, en el que el militar en campaña y en paz, se rige por leyes distintas del elemento civil para poder conservar la debida subordinación. Algo más todavía, se ha sostenido que en el siglo XVIII se exagera la existencia del Fuero Militar, pues se crearon, sin guía ni norte, para distintas compañías militares. Así, hubo uno para la tropa de la realeza; otro para la artillería y los ingenieros; la marina pretendió, igualmente, un tribunal militar para sí. Y, como si fuera poco, los capellanes de los regimientos reclamaban también su fuero, y los funcionarios de la hacienda militar y los jurídico-militares, lo propio.

## 10. LOS CONSEJOS DE GUERRA, JURISDICCIÓN DE GUERRA O TRIBUNALES MILITARES

Para nuestros propósitos es suficiente con indicar que los tribunales militares, jurisdicción de guerra o consejos de guerra<sup>(119)</sup> –institución francesa que ya estaba

---

<sup>(118)</sup> *Vid.*, por todos, Ramos Alonso, José: *Historia Política del Ejército Español*, Editora Nacional San Agustín, Madrid, 1974, pág. 25.

<sup>(119)</sup> A los efectos de nuestra exposición, *vid.* la obra de elevado valor científico de Pradier-Fodéré, M.P. y M. Le Faure, Amédée: *Commentaire sur le Code de Justice Militaire, précédé d'une Introduction Historique*, Librairie Militaire de J. Dumaine, Paris, 1873, págs. X-XI. Hay traducción parcial del francés, y notas, con el siguiente título: “Comentarios sobre el Código de Justicia Militar

reconocida en las Ordenanzas de 1655– están estrechamente relacionados con los fueros<sup>(120)</sup>. Esto significa que son de antiguo abolengo. Como refiere con claridad y vigor Banús y Cómas: “... si hay un Código especial para los militares, es natural que existan también tribunales especiales para juzgar los delitos en aquél comprendidos. Lo relativo a los procedimientos militares y a las personas encargadas de ellos ha sido objeto de varias disposiciones. La Ordenanza de 1551 disponía que los Alcaldes de las Guardias viejas y en ausencia de estos los Capitanes, fueran los encargados de administrar justicia, pudiéndose apelar a aquellos como en segunda instancia de los fallos de éstos. La real cédula de 7 de mayo de 1587 da esta facultad a los Comisarios generales de acuerdo con los Auditores. En 1594 se da a los Alcaldes de casa y Corte las facultades que tenía el Consejo de Guerra relativamente a las causas civiles y criminales seguidas a los militares, y en 1598 se devuelven a este las facultades que se le quitaron. Más adelante, los Auditores son los encargados de hacer justicia y por fin, [...] se crean para los delitos militares los Consejos de guerra”<sup>(121)</sup>. Todo ello sin obviar los conflictos, una especie de amor y odio, que se suscitaron durante los siglos XVII y XVIII con los otros tribunales del reino, en especial con el Consejo de Castilla, con el Consejo de Hacienda, Consejo de Indias –acaso si apenas existieron disputas– por la nueva estructura del poder que se había implantado<sup>(122)</sup>.

En virtud de estas situaciones que se presentaban, y para solucionar todos los problemas de cada comando, se siguieron dictando otras disposiciones militares.

---

Francés de 1857. Antecedentes históricos”, a cargo de Renato de J. Bermúdez Flores, publicado en la Revista Española de Derecho Militar, N° 83, Enero-Junio, Madrid, 2004, págs. 207-234.

<sup>(120)</sup> Vid. Plaza Ortiz, Juan: *Manual del Juez Militar*, 2ª. edición corregida y aumentada, Imprenta y Encuadernación del Colegio de María Cristina, Toledo, 1924, pág. 22. Antecede Prólogo de Luis de Alba. Sobre este sentido, también vid. Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar*, voz: “Consejo”, vol. I, (A-G), *ob. cit.*, pág. 273.

<sup>(121)</sup> Cfr. Banús y Cómas, Carlos: *Estudios de Arte é Historia Militar. Política Militar, creación y organización de los ejércitos* (Segunda Parte), *ob. cit.*, págs. 258-259. También, vid. Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, *ob. cit.*, Título V, Sección I, págs. 74-91.

<sup>(122)</sup> Cfr. Andújar Castillo, Francisco: *Consejo y Consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, págs. 104-118. Antecede Prólogo de Didier Ozanam.



Así, las Reales Ordenanzas de Flandes de 1701, como ya se tiene dicho, es la que crea el Consejo (del latín *consilium*) de Guerra o Tribunal de Capitanes, conservando su carácter preeminente de Tribunal técnico militar, con la presidencia del Rey y de 15 ministros como vocales con jurisdicción para dirimir y juzgar todo lo concerniente a la justicia militar<sup>(123)</sup>. Pero a un cierto punto, años después, las Reales Ordenanzas del 22 de octubre de 1768 modificaron los Consejos, y posteriormente se creó el Consejo de Guerra extraordinario para juzgar a los individuos de la clase de tropa que tuviesen carácter de oficiales<sup>(124)</sup>. Por tanto, la existencia de la jurisdicción de guerra, como lo sostenía con sentido afirmativo, en el primer tercio del siglo XX el Auditor de Guerra y Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Rafael de Piquer y Martín-Cortés “...es la necesidad del mantenimiento de la disciplina, base indispensable para la vida de las colectividades armadas”<sup>(125)</sup>.

En líneas generales, como escribe Andújar Castillo con machacona insistencia: “... el Consejo de Guerra se articuló como una institución de «término» para una trayectoria profesional en el campo de la milicia. En conjunto esta afirmación es válida para todo el siglo XVIII. Con el nombramiento como consejero de Guerra, un militar alcanzaba un honor anejo a su condición profesional –recuérdese el requisito de estar en posesión del grado de Teniente General o Capitán General– y a menudo solía ser la recompensa a los largos años de servicios prestados. Llegar a formar parte de un tribunal cuya presencia la ostentaba el rey era antes que nada un

<sup>(123)</sup> El Auditor de Brigada Ángel Salcedo Ruiz recuerda que Felipe V fue el que introdujo en las Reales Ordenanzas de Flandes de 18 de diciembre de 1701 el principio de que “el que manda debe juzgar”, y que en este principio responde la institución de los consejos de guerra. *Cfr. Evolución del Derecho Militar en las naciones modernas. Conferencias dadas en el Centro del Ejército y de la Armada, durante el curso de 1902-903, ob. cit.,* pág. 65. También, *vid.* De Las Heras Santos, José Luis: *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla, ob. cit.,* pág. 113.

<sup>(124)</sup> *Cfr.* Benito é Infante, Santiago: *Tribunales Militares. Jurisdicciones Gubernativa, Disciplinaria y Administrativa en el Ejército, ob. cit.,* pág. 47. Sobre el influjo de la creación del Consejo de Guerra en las Ordenanzas Militares francesas de 1655, *vid.* Mesa de Molina, Julio: “La jurisdicción militar española en el siglo XVIII y su Ejército en unidades de composición internacional”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. VII-1, Bruxelles, 1968, pág. 284.

<sup>(125)</sup> *Cfr.*, a este respecto, Piquer y Martín-Cortés, Rafael de: *Los Tribunales de Guerra. Su organización, atribuciones y procedimiento con arreglo a las modificaciones del Código de Justicia Militar establecidas por el R. D. de 19 de marzo de 1919*, 2ª. edición, Casa Editorial Zarzalejos, Madrid, 1919, pág. 24.

alto honor y un signo distintivo de prestigio social. En palabras del conde de Ricla, escritas en 1779, siendo por entonces Secretario del Despacho de Guerra, en la carrera militar el Consejo de Guerra: «es el destino de mayor honor, conveniencia y satisfacciones». Por tanto, se aunaba en la persona de un consejero de guerra, la función particular determinada por las competencias mismas del Consejo, y un alto honor para quien lo ejercía»<sup>(126)</sup>.

## 11. LAS ORDENANZAS MILITARES [SEGUNDAS DE FLANDES] DE FELIPE V

Como pone de manifiesto el Capitán Auditor Juan Gómez Calero: “También estaba vigente para aquella época una disposición de Felipe V de 20 de enero de 1717 en cuya virtud el Consejo Supremo de Guerra –hoy Consejo Supremo de Justicia Militar– habría de estar constituido solamente por elemento letrado, de forma que el conocimiento de los asuntos militares de índole gubernativa correspondía al Ministerio de Guerra. Tal legalidad no fue derogada hasta el 4 de noviembre de 1773, por Real Cédula de Carlos III”<sup>(127)</sup>.

Sin embargo, desde la perspectiva que nos interesa es importante recordar el Edicto de Felipe V –primero de los Borbones– de 15 de octubre de 1740, cuyo espinazo orgánico, literalmente, decía lo siguiente:

<sup>(126)</sup> Cfr. Andújar Castillo, Francisco: *Consejo y Consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, ob. cit., págs. 148-149. Todavía citaremos otro ejemplo. El teniente coronel de infantería José Muñiz y Terrones así razonaba con brevedad y claridad, sin propósito de ofensa para nadie: “Alguna vez se me ha preguntado cómo se salvaría un General que obrando iniciativamente dejara de cumplir ó modificara órdenes recibidas, y resulta luego haberse equivocado; y he contestado y sostengo que el Consejo de Guerra, verdadero jurado, es tribunal de capacidad para apreciar técnicamente las razones del General, y aunque su acierto haya sido dudoso, puede muy bien absolverlo”. Cfr. Muñiz y Terrones, José: *Concepto del mando y deber de la obediencia (Cartas á Alfonso XIII) Estudio bibliográfico-histórico-filosófico-jurídico-militar*, t. I, 2ª. edición, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, Madrid, 1893, pág. 394. Antecede Prólogo de José Canalejas y Méndez. Y, con justo juicio, a continuación añadía lo siguiente: “El Consejo de Guerra, jurado y tribunal á un tiempo, juzga y gradúa, estima y sentencia; desde la absolución, hasta la pena de muerte”, ob. cit., t. II, pág. 641.

<sup>(127)</sup> Cfr. Gómez Calero, Juan: “Un Edicto de Felipe V (Su contenido jurídico-penal)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 7, Enero-Junio, 1959, págs. 48-49. También, *vid.* el valioso estudio de Bacallar y Sanna, Vicente: *Comentarios de la guerra de España e historia de su Rey Felipe V, el animoso. Memorias políticas y militares. Tratados de paz y alianzas de España*, Biblioteca de Autores españoles, Madrid, 1957. Edición y estudio de Carlos Seco Serrano.



“Hallandose el Rey con seguros avisos, que la Peste introducida en Argél por la Embarcación Francesa, que a dicha Plaza arribó, procedente de Alexandria, no solo continúa, pero que también se experimentan cada día mayores los efectos de su contagio: y habiendose asimismo sabido, que en Esmirna, y en muchas Islas del Archipiélago se padece el mismo mal: Ha mandado su Magestad que subsitiendo las provincias hasta aquí tomadas por la Junta de Sanidad, y comunicadas generalmente a las Justicias de los Puertos de estos Reynos, para el resguardo de la publica salud, se examinen, y reconozcan en ella los Vandos últimamente publicados en el Reyno de Napoles, y las recientes noticias participadas por los Consules de su Magestad, que residen en los Puertos de Italia, a fin de formarse un nuevo Edicto, que comprehenda a todos los casos, que en la presente situacion puedan ocurrir. Y visto, y examinado por la expresada Junta, y consultando à su Magestad, lo que ha creido conveniente, se ha servido resolver se expida el presente Edicto, por el cual, renovando su Magestad las providencias hasta aquí tomadas, ordena, y manda se observen las siguientes, baxo la pena irremissible de la vida, y otras establecidas en el antecedente.

I. Primeramente, que no se admitan en ninguno de los Puertos de estos Reynos Embarcaciones algunas grandes, ò pequeñas, procedentes de Argèl, Esmirna, de Alexandria, y de las Islas del Archipiélago, en las que se haya introducido el contagio; antes bien inmediatamente se hagan salir, obligándolas con la fuerza en caso de renitencia: y porque alguna de dichas Embarcaciones podrá acercarse à las Playas, Ensenadas, Caletas, y demás Surgideros de nuestras Costas, los Capitanes Generales, Comandantes, Governadores, y demás Cabos de los Puertos Maritimos deberán zelar esta importancia en sus respectivas jurisdicciones, à efecto de prohibir el que entren, ni se arrimen a la tierra Embarcaciones mayores ni menores, ya sean de Naturales, o Estrangeros; como asimismo el que echen, y desembarquen gente, frutos, mercaderías, ni otros generos con ningún pretexto, haciéndolos retirar la Mar afuera, disparando sobre ellos, en caso necessario, y si los encontraren en tierra, los cercarán en el parage donde los hallaren, conteniéndolos sin frizarse con ellos, ni tocar en los generos, ò mercaderias que huvieren desembarcado, dando cuenta luego al Comandante de la Plaza inmediata, à fin de que por este se dè à la Junta establecida en la Capital de aquella inmediación, con información del suceso, y sus circunstancias, esperando su resolución, sin innovar esta providencia, hasta que se le comunique por la misma la conveniente.

II. Se previene, que no se admitan libremente á la platica las Embarcaciones mayores, o menores, que procedan, ò ayan tocado en la isla de Tabarca, Gibraltar, y Puerto Mahon, sin que primero haga la quarentena que se juzgare conveniente, en inteligencia de que no resulte de sus Patentes, y Fe de Santidad, y demás diligencias de visita, segun está mandado, rezelo de venir apestadas, en cuyo caso deberán incluirse en la providencia antecedente, mandandolos inmediatamente salir, y usando de las prevenciones arriba mencionadas.

III. Siendo contingente, que nuestros Armadores, y los de las Provincias amigas en el presente tiempo de la Guerra con los ingleses visiten, ò sean visitados en la Mar de otras Embarcaciones que hayan podido tener comercio, ò platica con algunas que vengan, ò hayan tocado en Países infestados; para mayor resguardo deberán estos igualmente someterse á la quarentena que pareciere imponerles, en conformidad de lo que constasse de las diligencias de Visita, y declaraciones de los Capitanes, ò Patrones de dichas Embarcaciones; y alguno de ellos arribase a nuestros Puertos con generossos apresados procedentes de los Puertos de Levante; en este caso se deberá proceder con el mayor cuydado, examinando las circunstancias, y encontrándose alguna fundada, y grave presumpcion, de que dichos generos pueden ser de las referidas Plazas en que hay Peste, se mandaràn salir con toda la carga, sin admitirlos à la platica, ni a la quarentena: y siempre que se reconozca poderse admitir à esta, se dè cuenta à la Junta de la Capital inmediata, con remission de las diligencias practicadas, y no se les dè platica antes de recibirse la resolucion que la Junta tomare sobre ello.

IV. Desde ahora en adelante, y hasta nueva orden, las Diputaciones de Sanidad haràn las visitas à todas las Embarcaciones que vinieren á comerciar a nuestros Puertos; ya sea de la parte de Levante, ó de otra cualquiera, con la asistencia de Escrivano, Medico, y Cirujano, como se acostumbraba por lo respectivo à las personas de los equipajes, y passageros, tomandoles sus declaraciones juradas à los Capitanes, ò Patrones, conforme a las Reales Ordenes, que están expedidas à este fin, pidiendoles las patentes de salud, que deben traer, las listas, ó rollos de la gente de sus equipages, los libros diurnales, las polizas, ò conocimiento de sus cargas y los testimonios de sus fabricas; y estando corrientes, y sin sospecha alguna, se les admitirà à platica, y comercio, y de no, se obeservará lo prevenido en los Capítulos precedentes.

V. Para la mas clara inteligencia de este Capitulo se advierte que la visita se ha de practicar passando el Barco de la Sanidad a los Navios, o Embarcaciones que llegaren a nuestros Puertos, y que su Cabo, sin entrar en ellos, ni persona alguna de los que forman la visita, les pida las Patentes, y Papeletas de Sanidad de los Puertos en que huvieren estado, ù hecho escala, las que recibirá con todas las precaciones que fueren convenientes para el mejor resguardo, y assi recogidas, las passará à los Diputados de la Sanidad, que assistieren aquel día al parage, que en cada Puerto se destinase a este fin, y examinadas por estos, se dará cuenta al Governador, y Junta, y no siendo de las comprehendidas en la prohibicion, se reconocerán los Oficiales, y gente que traxesse de equipaje por el Cabo, Escrivano, y Medico que passará, y acercándose a la Embarcación, o Navio, sin entrar en ellos, haràn que el Capitan, o Patron ponga toda la gente à la borda, apercibiéndole con pena de la vida, si ocultasse alguno, ò algunos, como también las partes donde huviesen entrado, ò tocado, y assi puestos, los iràn contando, y reconociendo los semblantes, para ver si de ellos hay algún enfermo: y hecho, verán si es la misma gente que consta de la Patentes, tomandoles sus declaraciones

juradas, de si han tocado en algún puerto: o parage donde hubiesse el contagio, ò que tenga comunicaci3n con 3l, o Puerto donde tenga abierto comercio sin estos resguardos, como son Puerto Mahon, y Gibraltar, y faltando un hombre, que diga el Oficial est3 enfermo, o muerto, no se les admita al comercio, ni se les permita saltar ninguno en tierra, hasta passada la quarentena, que tuviesse la Junta por conveniente que haga; y pasado aquel termino, se har3 segunda visita para reconocer si la gente es la misma, y si la falta de aquel hombre enfermo, ò muerto fu3 ocasionada del contagio, ù de otra enfermedad, no incluy3ndose en esta visita mas que el Cabo del Barco, Escrivano, y Medico; y hecha en estos t3rminos, se dar3 cuenta de todo al Governador, y Junta con testimonio del Escribano, para que d3 la orden, que el Navio ò Embarcacion entre en el Puerto, y se le admita a su comercio: con prevenci3n, que 3 los Navios o Embarcaciones procedentes de Levante, y que hubiessen tocado en la Isla de Tabarca, Puerto Mahon, ò Gibraltar, por la comunicaci3n que estas Plazas tienen con Arg3l, y otras partes infestas, se deber3 despu3s de executadas las expressadas diligencias, poner todas sus ropas en quarentena en el parage que el Governador, y Junta destinasen, y passada, se admitir3n, practicandose las diligencias acostumbradas.

VI. Pudiendo ocurrir, que alguna de las Embarcaciones sospechosas de Peste, y de las que comprehende la prohibicion de poderse admitir, necesite del socorro de viveres, ò de agua, en este caso har3 la Junta de Sanidad advertir inmediatamente al Consul de la Nacion cuya fuere la Embarcacion, disponga su remesa con tal que esta se execute con la intervenci3n, y 3 vista del Barco de Sanidad precaviendo de que la gente de dicha Embarcacion se tripule, ò mezcle con la del Barco, ò Lancha que conduxere los viveres; y si el Consul se negasse 3 embiarle, se sacar3 testimonio del requerimiento, y su respuesta, y se remitir3 3 la Junta de Sanidad de esta Corte. Executada esta diligencia, se har3 saber al Capitan, ò Patron de dicha Embarcacion, que salga luego del Puerto, y que no toque ninguna de nuestras Costas, so pena de ser quemada con su tripulaci3n, y generos: 3 cuyo fin se despachar3n, sin perder instante, los avisos convenientes, con las se3as de la Embarcacion, para no admitirla, ò quemarla, si se echasse 3 tierra en qualquiera de nuestras Costas.

VII. Para la observancia de lo referido se destinaran en cada Reyno los Puerto en que solamente se deban admitir las dichas Embarcaciones, que ser3n los mismos en que commodamente se puedan practicar las diligencias de visita en la forma expressada, sin que por ning3n acontecimiento se admitan, y d3 platica en otro alguno, 3 excepci3n de los que se se3alaren por las Juntas de Sanidad de cada Reyno: y cuydar3n los Comandantes Generales de que se hagan saber en sus respectivas jurisdicciones al tiempo de la publicaci3n de este Edicto, para que llegue 3 noticia de todos, remitiendo 3 la Junta de Sanidad de esta Corte testimonio de haverse executado, con expresi3n de los Puertos, que se huvieren destinado para dicho fin.

VIII. Y ultimamente se advierte, que assi como su Magestad manda el mas exacto cumplimiento de lo contenido en este Edicto baxo las penas impuestas,

igualmente ordena, que las precauciones prevenidas se ejecuten procurando evitar agravios, ò perjuicios excusables, ò voluntarios al Comercio, que tanto importa fomentar, y conservar, encargando à todas las Juntas de Sanidad tengan particular cuidado para no consentirlos; y que las diligencias mandadas en los casos mencionados, se ejecuten con la mayor brevedad, evitando quanto sea posible los dispendios que se siguen à las Embarcaciones en la demora de su despacho, porque verificada la detenci ó n por culpa, ò negligencia de los que las componen, no solo serán responsables à los daños, y perjuicios que resultaren à los interesados, sino à otras arbitrarias penas, que se le deberàn imponer. Madrid 15. de Octubre de 1740... El Cardenal de Molina”<sup>(128)</sup>.

En breve conclusión, el Edicto, de cuya lectura salta a la vista que era de naturaleza penal, en especial para las penas severísimas, conforme se desprende de su contenido, lo suscribió el Cardenal de Molina, cuyo nombre completo era Gaspar de Molina y Oviedo (1679-1744), agustino y jurista, Gobernador del Supremo Consejo de Castilla, Comisario General de Cruzada, Teólogo del Concilio Lateranense y Cardenal de la Iglesia Romana. Y tenía como frente a los Bandos del Reino de Nápoles. A la vista de la disposición militar transcrita, Felipe V se inspiró, sin duda alguna, en las de su abuelo Luis XIV (1638-1715), llamado “El Rey Sol” (en francés: *Le Roi Soleil*) o Luis *el Grande* de Francia.

## 12. LAS ORDENANZAS MILITARES DE CARLOS III

### 12.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

En este propósito interesa destacar que: “Para situar, histórica y geográficamente, el patrimonio paterno de aquel nuevo infante –hijo de francés e italiana– que vino al mundo en el viejo Alcázar madrileño el 20 de enero de 1716, hay que tener presente que cuando nació hacía poco más de dos años que se había firmado la paz de Utrecht, término diplomático de la guerra de Sucesión que estableció *de iure* y *de facto* a los Borbones en el Trono de España”<sup>(129)</sup>.

---

(128) Cfr. Gómez Calero, Juan: “Un Edicto de Felipe V (Su contenido jurídico-penal)”, artículo citado, págs. 37-40.

(129) Cfr. De Tapia Ozcariz, Enrique: *Carlos III y su época*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1962, pág. 31. En fin, también *vid.* Pérez Samper, María de los Ángeles: *La vida y la época de Carlos III*, Editorial Planeta, S.A., Madrid, 1998.

A la vista de cuanto antecede, de más está decir que aquella guerra y aquella paz habían ocasionado al Imperio español la pérdida de ricos territorios en el continente europeo, la familia de los Asturias habían cedido el trono a los Borbones en 1700. Y luego del nacimiento de Carlos III, al fluir del tiempo con su reinado, al lado de su esposa María Amalia de Sajonia (1724-1760), se le reconoció a España como gran potencia mundial, especialmente en el ámbito cultural y político del siglo XVIII, catalogado como el Siglo de las Luces o de la *Belle Époque*.

Carlos III, considerado el soberano más laborioso de su estirpe, fue entre otras tantas cosas, fiel a sus costumbres como buen borbón, hombre poco dado a las pasiones, salvo su esposa y la casa, devoto y obediente y su refinado gusto de hombre de mundo lo complementaba sabiamente con la fidelidad a las consignas de sus padres los reyes de España, a saber, Felipe V (1683-1746) e Isabel de Farnesio (1692-1766). Su recia personalidad dejó marcada con trazos vigorosos la historia de España entre sus antepasados y sucesores. Y su exceso de inteligencia en pleno ejercicio de funciones y exceso del corazón de apagó para siempre a las doce y cuarenta minutos de la madrugada del 14 de diciembre de 1788, siete días antes de cumplir 73 años. Sus restos fueron enterrados en el real monasterio de El Escorial, al lado de su amada esposa.

## 12.2. LA OBRA

Situándolo en el contexto histórico de la época, advertimos que: “Dos fueron las Ordenanzas Militares publicadas durante el reinado de Carlos III. Unas, las de 1762, redactadas por una Junta de Generales nombrada en 1749, fueron derogadas apenas nacidas, cuando estaba aún fresca la tinta de la impresión de tres de los seis volúmenes de que habían de componerse. Otras, las de 1768, calificadas por muchos de «sabias» y por todos reconocidas con el sonoro nombre de «Ordenanzas de Carlos III»<sup>(130)</sup>.

---

<sup>(130)</sup> Cfr. Martínez Frieria, Joaquín: “Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XII, N° 141, Octubre, Madrid, 1951, pág. 3. De igual forma, de la abundante bibliografía sobre el tema, *vid.* Bermúdez de Castro, Luis: “Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N° 131, Diciembre, Madrid, 1950, págs.

Fueron inspiradas, definitivamente, en las de Federico II *el Grande* (Friedrich II der Große) de Prusia (1712-1786).

Baste con señalar que: “A partir del análisis de las Ordenanzas de 1728, en el que se incluían los comentarios y observaciones de generales de prestigio y corregidas por una junta que presidió el propio Conde de Aranda, y de la que formó parte [el Conde de] Garzola, fundador del Real Colegio de Artillería [que se instaló en el espléndido Alcázar de Segovia en 1764], se llegó a la redacción definitiva que sancionó el Rey, ordenando su publicación «firmada de mi mano, sellada con sello secreto y refrendada de mi infrascripto Secretario de Estado, y del Despacho de la Guerra» en San Lorenzo el Real el 22 de octubre de 1768”<sup>(131)</sup>. No es inútil advertir finalmente que el 18 de febrero del año siguiente se dio una aclaración sobre la inteligencia de las Ordenanzas, en el sentido que la *aclaran, alteran, varían o modifican*. El tema no fue más allá por cuanto el tiempo se encargó de reafirmarlas tanto en la Monarquía y nobleza española como en el descubrimiento de las nuevas rutas oceánicas, y por tanto, en el Imperio de Ultramar.

Efectuadas estas consideraciones previas, veamos ahora cómo se estructuró orgánicamente –el Índice– su contenido, que para la época era con sobrada razón de buen cuño jurídico:

---

9-14; del mismo autor: “A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N° 124, Mayo, Madrid, 1950, págs. 19-22. También, *vid.* Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar, ob. cit.*, pág. 36.

<sup>(131)</sup> *Cfr.* Alonso Molinero, Antonio: “La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1999, págs. 16-17. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente. En el mismo libro *vid.*, las exposiciones panorámicas sumarísimas, claras y comprensibles de Fernández Campos, Sabino: “Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida”, págs. 23-38; y de González Díez, Emiliano: “Una ordenación jurídica del Ejército Real: Las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III”, págs. 55-62.

## TOMO PRIMERO DE LAS ORDENANZAS MILITARES<sup>(132)</sup>

### TRATADO PRIMERO.

QUE CONTIENE LA FUERZA, PIE, Y LUGAR de los Regimientos de Infanteria: Eleccion de Granaderos: Pie, y formacion de los Cuerpos de Cavalleria, y Dragones: Fondos de Recluta, Remonta, y Armamento: Reglas para la administracion, y ajuste de ellos: Descuentos de Oficiales, y Tropa en viajes de Mar por Mesa, y Racion de Armada: Funciones del Habilitado para el manejo de intereses.

Titulos.

- I. Fuerza, pie, y lugar de los Regimientos de Infanteria.
- II. Saca de Granaderos.
- III. Fuerza, y pie de los Regimientos de Cavalleria, y Dragones.
- IV. Método que ha de seguirse para el cobro, custodia, y distribucion de graficacion de Recluta, y Remonta.
- V. Regla con que el entretenimiento de la fuerza ha de atenderse, y método que para el ajuste de gaticacion de gente, y fondos de Caxa ha de observarse.
- VI. Entrega de Compañias vacantes al Comun, y del Comun á los Provistos.
- VII. Fondo de Armamento.
- VIII. Método con que ha de procederse al abono del haber de Prest, y Pagas de la Tropa, y Oficiales que se embarquen para America.
- IX. Del Habilitado para el manejo de intereses.

### TRATADO SEGUNDO.

QUE CONTIENE LAS OBLIGACIONES DE CADA clase, desde el soldado, hasta el Coronel inclusive: Ordenes generales para Oficiales en guarnicion, Quartel, Marchas, y Campaña: Proposicion de Empleos vacantes: Formalidades para dar la posesión: Modo de reglar las antigüedades: Junta de Capitanes: Visita

---

<sup>(132)</sup> La edición que tenemos a la vista, y que destaca por su monumentalidad, es: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos*, II ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768. Además, se ha consultado la siguiente edición, muy meritoria para su época: *Ordenanzas de S.M. para el Régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, adicionadas previa autorización de S.M. con las disposiciones vigentes y Prólogo por el Teniente General Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1882-1885. Incluye Índice Alfabético de las materias que contienen los tres tomos de estas Ordenanzas Adicionadas. También resulta útil, en clave histórica, el ensayo de Parada, Ramón: “Toque de silencio por la justicia militar”, en *Revista de Administración Pública*, N° 127, Enero-Abril, Madrid, 1992, pág. 17-20; y el de Canosa Usera, Raúl, notable por su amplitud de horizontes: “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, en *Poder Judicial*, 2ª. época, N° 34, Junio, Madrid, 1994, págs. 10-12.



de Hospital: Guardia de prevención: Licencias temporales: orden, y sucesion del mando de los Cuerpos.

- I. Del Soldado.
- II. Del Cabo.
- III. Obligaciones del Soldado, y Cabo de Cavalleria, y Dragones.
- IV. Del Sargento.
- V. Obligaciones del Sargento de Cavalleria, y Dragones.
- VI. Obligaciones de los Subtenientes.
- VII. Obligaciones del Alferes de Cavalleria, y Dragones.
- VIII. Tenientes.
- IX. Obligaciones del Teniente de Cavalleria, ó Dragones.
- X. Obligaciones del Capitan.
- XI. Obligaciones del Capitan de Cavalleria, y Dragones.
- XII. Sargento Mayor de Infanteria.
- XIII. Sargento Mayor de Cavalleria, y Dragones.
- XIV. Teniente Coronel.
- XV. Teniente Coronel de Cavalleria, ó Dragones.
- XVI. Coronel de un Regimiento.
- XVII. Ordenes Generales para Oficiales.
- XVIII. Forma, y distinción con que han de ser los Cadetes admitidos, y considerados.
- XIX. Funciones de los Avanderados.
- XX. Funciones de los Ayudantes.
- XXI. Del Tambor Mayor.
- XXII. Modo en que han de admitirse los Cirujanos, y su obligación.
- XXIII. Modo en que han de admitirse los Capellanes, y sus obligaciones.
- XXIV. Proposicion de Empleos vacantes.
- XXV. Formalidades que deben observarse para poner en posesión de sus empleos á los Oficiales, y demás Individuos de las Tropas.
- XXVI. Forma en que se han de reglar las antigüedades.
- XXVII. Juntas de Capitanes.
- XXVIII. Visita de Hospital.
- XXIX. Guardia de prevencion.
- XXX. Licencias temporales.
- XXXI. Orden, y sucesion del mando de los Cuerpos.

### TRATADO TERCERO.

QUE CONTIENE LOS HONORES MILITARES: Los que por Cuerpos enteros deben hacerse á entrada, y salida de Personas Reales, y Capitanes Generales en las Plazas: Guardias, y honores á personas, que por sus dignidades los gozan, no siendo Militares: Honores fúnebres: tratamientos: Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados: Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones: Revistas de Comisario: Bendicion de Vanderas, y Estandartes.

- I. Honores Militares.
- II. Honores por Cuerpos enteros, formados en las Plazas al entrar, y salir de ellas Personas Reales, y Capitanes Generales de los Exercitos, y de Provincia.
- III. Honores que deben hacer las Tropas campadas á las Personas que los tienen, quando pasen por las Lineas.
- IV. Guardias, y honores con que por su dignidades han de distinguirse algunas personas, que no son del Cuerpo Militar del Exercito, ni Armada.
- V. Honores funebres que han de hacerse á Personas Reales, Oficiales Generales, y Particulares, y demás Individuos de mis Tropas, que murieren empleados en mi Real servicio.
- VI. Tratamientos.
- VII. Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados.
- VIII. Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones.
- IX. Revistas de Comisario.
- X. Bendicion de Vanderas, y Estandartes.

### TRATADO CUARTO.

QUE EXPLICA LA FORMACION, MANEJO  
de Arma, y Evoluciones de Infanteria.

- I. Toques que han de observar los Tambores, y Pifanos.
- II. Disposiciones que deben preceder para ponerse un Batallon sobre las Armas.
- III. Formacion del Batallon, y método con que ha de subdividirse en Trozos, Compañias, Medias, Quartas, y Octavas.
- IV. Formalidad con que han de traerse, y recibirse las Vanderas.
- V. Colocacion de Oficiales, Vanderas, y Sargentos en los ordenes de Batalla, y Parada de un Batallon, y Regimiento.

- VI. Formación en Columna.
- VII. Instrucción para la marcha de frente, obliqua, y circular.
- VIII. Prevenciones generales para el manejo de Arma, y Evoluciones.
- IX. Manejo del Arma.
- X. Evoluciones que se practicarán concluido el manejo de Arma.
- XI. Advertencias generales para los fuegos.
- XII. Fuegos que se harán en los Ejercicios.
- XIII. Ejercicio de Granaderos.
- XIV. Suplemento del manejo del Arma, que deberá servir para todos los movimientos que se han de executar en las Guardias, Revistas, etc.
- XV. Modo con que los Oficiales han de saludar con las Vanderas, y Fusiles; y tiempos con que han de recogerlos, y descansar sobre ellos.
- XVI. Método pronto, y fácil para enseñar el Ejercicio, y perfeccionar en él á un Regimiento.
- XVII. Toques de Caxa con que ha de señalarse el mando de Evoluciones.
- XVIII. Señales de mando con la Espada.

## TOMO SEGUNDO DE LAS ORDENANZAS MILITARES

### TRATADO QUINTO,

#### QUE CONTIENE LOS EJERCICIOS de Cavalleria, y Dragones, en que se explican sus formaciones, y maniobras.

##### Titulos.

- I. Toques que han de usar los Trompetas, y Timbales de la Cavalleria, en Guarnición, Quartel, y Campaña.
- II. Toques que han de observar los Cuerpos de Dragones.
- III. Formación de Compañias, division de ellas, su colocación, y la de Oficiales, y Sargentos de un Esquadron en el orden de Batalla.
- IV. Subdivisión de un Esquadron, reglas de distancia entre filas, é hileras, y medida del terreno que por calculo ha de considerarse competente á qualquiera numero de Cavalleria en el orden de Batalla.
- V. Conduccion, retiro, y custodia de los Estandartes en Quartel, y Campaña.
- VI. Regla que ha de seguirse para pasar del orden de Batalla al de Parada.
- VII. Orden, y sucesion de las voces del Ejercicio, Evoluciones, y maniobras que harán los Esquadrones.
- VIII. Reglas para formar el Piquete con todo el Regimiento.

- IX. Formacion en Columna por filas.
- X. Método que han de observar los Cuerpos de Dragones para las maniobras de desmontar, encadenar sus Cavallos, salir á formar el Batallon, y volver por Esquadrones á su orden de Batalla.
- XI. Advertencias generales, comunes á Cavalleria, y Dragones montados.

**TRATADO SEXTO,  
QUE COMPREHENDE TODO LO PERTENECIEN-  
te al servicio de Guarnicion.**

- I. Autoridad de los Capitanes Generales de Provincia.
- II. Funciones del Governador de una Plaza, y sucesión del mando accidental de ella.
- III. Funciones del Teniente de Rey.
- IV. Consideraciones á que ha de arreglarse el servicio de Guarnicion.
- V. Funciones de los Sargentos Mayores de las Plazas, y Gefes de los Cuerpos en el servicio de ellas.
- VI. Formalidades que han de observarse para cerrar las puertas de las Plazas.
- VII. Formalidades para dar el Santo, y Orden: hacer, y recibir las Rondas, y practicar el servicio de Patrullas.
- VIII. Formalidad con que se ha de hacer la descuebierta, y abrir las puertas de la Plaza.
- IX. Destacamentos.
- X. Modo en que los Governadores de las Plazas deben expedir Libramientos para la Polvora.
- XI. Salvas que han de hacerse con la Artilleria de las Plazas, y casos en que corresponde excutarlas.
- XII. Reglas que deben observarse para la persecución, y aprehensión de Desertores, y obligación de las Justicias para su descubrimiento, y conducción.
- XIII. Reglas que deben observarse en la Marcha de las Tropas.
- XIV. Regla que ha de seguirse en el Alojamiento de las Tropas, quando marchen.

**TRATADO SEPTIMO,  
QUE CONTIENE EL SERVICIO DE CAMPAÑA.**

- I. Asamblea del Exercito prevenido.
- II. Clases de que se compone el Estado Mayor del Exercito.

- III. Sucesion del accidental mando del Exercicio, y lugar de los Oficiales Generales, y Brigadieres en las Lineas.
- IV. Pie, fuerza, y servicio de la Tropa de á pie, y montada, que ha de formarse en dos Cuerpos separados para Guardias de Generales, y Escolta de Equipages.
- V. Funciones del Quartel Maestre, Junta de Campamento, y distribución del terreno por mayor.
- VI. Funciones del Mayor General de Infanteria.
- VII. Del Mayor General de Cavalleria, y Dragones.
- VIII. Del Aposentador.
- IX. Funciones del Conductor General de Equipages, y orden en que han de marchar los del Exercicio.
- X. Modo de campar con sus medidas, y circunstancias.
- XI. Servicio de Campaña por Brigadas.
- XII. Distribucion del Santo, y Orden general.
- XIII. Modo de recibir la Ronda de Generales, y Oficiales de dia.
- XIV. Sobre Destacamentos.
- XV. Movimiento de un Campo á otro nuevo.
- XVI. Alojamiento de Quarteles, ó Cantones, y modo en que ha de distribuirse el forage que haya en ellos.
- XVII. Ordenes generales para el servicio de Campaña.
- XVIII. Funciones del Intendente, y sus Dependientes.
- XIX. Reglamento de mesa para los Oficiales Generales, y de otros grados en Campaña.
- XX. Raciones de Pan, y Cebada con que en tiempo de Guerra ha de asistirse á los Oficiales Generales, y particulares que sirvieren en el Exercicio de Campaña.

#### TRATADO OCTAVO, DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.

- I. Esenciones, y Preeminencias del Fuero Militar, y declaración de las personas que le gozan.
- II. Casos, y delitos en que no vale el Fuero Militar.
- III. Casos, y delitos en que la Jurisdicción Militar conoce de Reos independientes de ella.
- IV. Causas, cuyo conocimiento corresponde á los Capitanes Generales de las Provincias.
- V. Consejo de Guerra Ordinario.
- VI. Consejo de Guerra de Oficiales Generales.
- VII. Delitos, cuyo conocimiento pertenece al Consejo de Guerra de Oficiales Generales.

- VIII. Del Auditor General de un Ejército en Campaña, y de los de Provincia.
- IX. De las formalidades que se han de observar en la degradación de un Oficial delincente.
- X. Crímenes Militares, y comunes, y penas que á ellos corresponden.
- XI. De los Testamentos<sup>(133)</sup>.

Antonio Vallecillo, con la finalidad de explicar el contenido del Índice, diría en el siglo XIX con magistral capacidad de síntesis, que: “Lo principal que en él se observa, es la división de las Ordenanzas en *tratados, títulos y artículos* con numeración independiente unos de otros; cuyo método, si bien el más científico y filosófico de todos, no es, sin embargo, el mas expedito y claro para el manejo y uso de las Ordenanzas, por necesitarse tres citas para expresar y encontrar un artículo cualquiera. Y aunque no puede desconocerse que la naturaleza de la obra exige esta triple división de asuntos ó materias; hubiérase podido, sin embargo, conciliar todos los extremos, con la expresada división, y la numeración de los artículos continuada desde el primero hasta el postrero del último tratado, como hay varios ejemplos antiguos y modernos para asuntos de más espera que los militares, y entre ellos el *Código* penal de España, publicado en 1848”<sup>(134)</sup>.

Las Ordenanzas, definitivamente, fueron una recopilación de las muchas que se hicieron con anterioridad. Sin embargo, tuvieron dos innovaciones debidas a la ilustración: *a)* en ellas se cedían los privilegios de sangre a la personal valía del individuo y *b)* significaban una ruptura con el espíritu

---

<sup>(133)</sup> Al cierre del presente trabajo de investigación cayó en nuestras manos otra edición de las Ordenanzas..., muy útil y completísima. Al respecto, *vid.* Muñiz y Terrones, José: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Velasco, impresor, Madrid, 1880-1883. Incluye un Apéndice General que comprende las disposiciones expedidas durante esta edición, algunas anteriores y los índices cronológico por materias; y un Apéndice de 1883 que comprende las disposiciones expedidas en todo el año de 1882, algunas anteriores y los índices correspondientes.

<sup>(134)</sup> *Cfr.* el utilísimo libro, notable por la aguda interpretación que se realiza, de Vallecillo, Antonio: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expedidas en 22 de Octubre de 1768*, Imprenta de D.P. Montero, Madrid, 1861, págs. 5-6.

religioso y un triunfo del laicismo frente al tradicional espíritu católico de los Ejércitos de España<sup>(135)</sup>.

Como es lógico, hemos de advertir de antemano que, por tratarse de una obra que tuvo mucho impacto en la legislación militar hispanoamericana y que sigue mereciendo plácemes –¡adelanto grandísimo!– es importante transcribir algunos de sus artículos tal como aparecieron publicados en 1768, especialmente los referidos al Fuero Militar:

*Trat. VIII. Tit. I.*<sup>(136)</sup>

TRATADO VIII.

DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.

TITULO PRIMERO.

ESENCIONES, Y PREEMINENCIAS

*del Fuero Militar, y declaracion de las personas  
que le gozan.*

ARTICULO PRIMERO.

Para atajar los inconvenientes que (con atraso de mi servicio, y competencia de jurisdicciones) detienen, ò embarazan la buena adminisiracion de Justicia, asi por solicitar el Fuero Militar, muchos que no deben gozarle, como por sujetarse por ignorancia à otros Juzgados algunos, à quienes les está concedido, y debieran defenderle: Declaro, que el referido Fuero pertenece à todos los Militares, que actualmente sirven y en adelante sirvieren en mis Tropas regladas, ò en empleos que subsistan con actual exercicio en Guerra, y que como tales Militares gocen sueldo por mis Tesorerias del Exercito en Campaña, ò las Provincias, comprehendiendose en esta clase los Militares que se huvieren retirado del servicio, y tuvieren Despacho mio, para gozar de Fuero; pero con la diferencia, y distinción que se expresará succesivamente en este Título.

2. Las Tropas Ligeras de Infanteria, y Cavalleria, que existen oy, y succesivamente se formaren, gozarán del mismo Fuero que las Tropas regladas de mi Exercito.

3. A los Oficiales, y Soldados, que estuvieren en actual servicio, no podrán las Justicias de los parages en que residieren apremiarlos à tener Oficios concegiles, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad: gozarán la excepción de

---

<sup>(135)</sup> Vid. Busquets Bragulat, Julio: *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, ob. cit., pág. 18.

<sup>(136)</sup> Cfr. *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos*, ob. cit., t. II, págs. 255 y sgts.



pago de servicio ordinario, y extraordinario, y no podrá imponerseles Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte: Y siendo casados, gozarán sus mugeres de las mismas preeminencias; podrán traer Caravinas, y Pistolas largas de arzon, como las que se usan en la Guerra, teniendo plaza viva, y estando actualmente sirviendo: Y siempre que usaren de licencia, ò por comision de mi servicio se separen de sus destinos, ò Cuerpos, podrán traer estas Armas por el camino, para resguardo de sus personas; con calidad, que mientras estuvieren en la Corte, ò en las Ciudades, Villas, y Lugares de mis Reynos, no podrán andar con ellas, sino tenerlas guardadas en sus casas, para quando buelvan à servir, y hacer su viage: Podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los terminos, y meses vedados; y si usaren de otras Armas de fuego de las prohibidas por Vandos, y Pragmaticas, se les dará por incursos en los Vandos publicados, y por perdidas las Armas, sujetandose à la pena que se impusiere en dichos Vandos.

4. No podrán los referidos Oficiales, y Soldados ser presos por la Justicia Ordinaria por deudas, que hayan contraído despues de estar sirviendo, ni se les executará por ellas en sus Cavallos, Armas, ni vestidos, ni en los de sus mugeres, à menos que la deuda proceda de alcances, ò créditos, que mi Real Hacienda tenga contra ellos; pero en las deudas anteriores al tiempo en que el deudor entró en mi servicio, responderá según la calidad de la obligacion en su persona, y bienes raíces, y muebles, que no sean del uso Militar.

5. No podrán conocer de las causas civiles, ni criminales de Oficiales las Justicias Ordinarias, sino solo el Capitan General, Consejo General, ò Comandante Militar del parage donde residieren, segun la diferencia, y circunstancias de los casos en la forma que se explicará mas adelante.

6. Los Oficiales, Sargentos, Cabos, y Soldados, que se retiraren de mi servicio con licencia, habiendo servido quince años sin intermisión, gozarán Cedula de premio correspondiente; y en virtud de ella, si se retiraren del Exercito, estarán esentos del servicio ordinario, y extraordinario: No podrán ser apremiados à tener Oficios de Concejo, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad, ni se les impondrá Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte; y las mismas preeminencias gozarán sus mugeres; y podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los términos, y meses vedados; pero si usaren de Armas prohibidas, se les dará por incursos en los Vandos publicados.

7. Desde la clase de Alferéz, ò Subteniente inclusivé arriba, todos los Oficiales que se huvieren retirado del servicio con licencia mia, y Cedula de preeminencia, gozarán, además de las expresadas en el Artículo antecedente del Fuero Militar en las Causas criminales; de suerte, que las Justicias Ordinarias solo tendrán facultad para hacer la Sumaria, que deberán formar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo la causa leve; y siendo grave, en el de ocho dias naturales, y remitirla al Capitan General de la Provincia, en cuyo Juzgado se sentenciará, concediendo las apelaciones al Consejo Supremo de Guerra; y en las civiles, y casos exceptuados, los podrán procesar, sentenciar, y executar las Justicias

Ordinarias: pero los Oficiales agregados à Plazas, destinados á Inválidos, y los de Milicias Provinciales regladas, gozarán tambien del Fuero civil, sacando la Cedula de preeminencias correspondiente à su clase.

8. Las mugeres, y los hijos de todo Militar gozarán este Fuero: y muerto aquel, le conservarán su viuda, y las hijas, mientras no tomen estado; pero los hijos varones unicamente le gozarán hasta la edad de diez y seis años.

9. Todo Criado de Militar, con servidumbre actual, y goce de salario, tendrá por el tiempo en que exista con estas calidades, el Fuero en las Causas civiles, y criminales que contra él se movieren, no siendo por deudas, ò delitos anteriores; en cuyo caso, ni le servirá el Fuero, ni se le apoyará con pretexto alguno, quedando responsables los Amos, y los Gefes de qualquiera omision en perjuicio de la buena administración de Justicia.

10. Todo Individuo que goce Fuero Militar, deberá declarar siempre que sea citado para ello por las Justicias Ordinarias, precediendo el aviso de estas al Comandante natural de que dependa; pero en los casos criminales executivos in fraganti, deberán declarar, aunque no se haya pasado el aviso à sus Gefes naturales; y reciprocamente se observará lo mismo por los dependientes de la jurisdicción ordinaria, siempre que la Militar los necesite para declarar, con la diferencia de casos que este Artículo previene.

TITULO SEGUNDO.  
CASOS , Y DELITOS EN QUE NO VALE  
el Fuero Militar.

ARTICULO PRIMERO

El Individuo dependiente de la Jurisdiccion Militar, (de qualquiera especie, ò calidad que sea) que incurriere en los delitos de resistencia formal à la Justicia, ò desafio probado, en el modo que prescribe la Pragmatica expedida en 16. de Enero de 1716. inserta al fin de este Tratado, perderá el Fuero de que goza, y quedará (por la calidad de semejante exceso) sujeto al conocimiento de la Justicia Ordinaria del territorio en que le cometa, con inhibición absoluta de la Jurisdicción Militar, de que naturalmente dependa.

2. Tampoco ha de gozar del Fuero Militar el que extragere, ò ayudare á extraer de mis Reynos moneda, o pasta de oro, ò plata, ò introduxere en ellos moneda de vellon: el que fabricáre, ò ayudare à fabricar, ò expender moneda falsa contra las Leyes, Pragmaticas, y Cedula expedidas en este asunto: El que usáre de Armas cortas de fuego, ò blancas de las prohibidas por Reales Pragmaticas, como se verifique la aprehension Real en la persona; no entendiendose prohibida la Bayoneta sola, y descubierta en el Soldado de Infanteria, ni las de fuego en los casos que es permitido traerlas à los Militares, ni el de las otras Armas cortas, aunque vayan disfrazados, siendo en busca de Desertores, ù otro fin de mi servicio, y con despachos para ello, que señalen tiempo limitado.

3. Igualmente quedará despojado del Fuero Militar el que cometiere delito de robo, ò amancebamiento dentro de la Corte; y el que delinquiere en qualquiera parte contra la Administración, y Recaudacion de mis Rentas, siempre que, por diligencias de Ministros de ellas se verifique la aprehensión Real de los fraudes en su persona, casa, ò equipages, con especialidad contra la del Tabaco; à cuyo favor quiero que subsistan en su fuerza las Ordenes anteriormente expedidas; pero para procederse contra el Militar, en cuya casa, ò equipage se halle el fraude, ha de justificarse, que intervino su diligencia, o consentimiento en ocultarle.

4. Sobre particiones de herencia, si no fuere de persona que gozaba del Fuero Militar, en cuyo caso toca al Fuero de Guerra el Inventario, según Real Decreto de 25. de Marzo de 1752. conocimiento de Pleytos sobre bienes raíces, sucesion de Mayorazgos, acciones Reales, Hypothecas, y Personales, que provengan de trato, y negocio, y sobre oficio, y encargo público, en que voluntariamente se huviere mezclado el Militar, no gozara del Fuero de su clase; ni tampoco le valdrá en los delitos capitales, que huviere cometido antes de entrar à mi servicio: pues es mi voluntad, que en este caso, sin suscitarse competencia por la Jurisdicción Militar con la Ordinaria, conozca ésta de semejantes causas; y se le entreguen los comprendidos en ellas, quando los reclamáre, para que los juzgue, y sentencie como corresponda.

5. Si las Justicias prendieren algún Individuo dependiente de la Jurisdicción Militar del Exercito, que en su territorio haya cometido delito de los no exceptuados en los Artículos precedentes, ò otros, que se declararán en esta Ordenanza, deberán entregar el Reo à su respectivo Gefe, remitiendole, ò dándole aviso, para que le envíe à buscar; y quando esto no pueda practicarse prontamente, substanciarán la causa las Justicias que le aprehendieren, hasta ponerla en estado de Sentencia, lo que deberán executar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo leve; y siendo grave en el de ocho dias naturales, por lo que mira à las de Oficiales Militares, y remitirán el proceso al Comandante Militar de aquel distrito, para que determine la causa; y lo mismo en las de los Soldados, que van de transito por el Pais solos con Pasaporte, ò sin él, y que robaren, ò ultrajaren; en cuyo caso podrán las Justicias Ordinarias del territorio procesarlos, remitiendo los Autos en el termino expresado al Capitan General de aquel distrito, para que dé la sentencia.

TITULO TERCERO.  
CASOS, Y DELITOS EN QUE LA  
Jurisdiccion Militar conoce de Reos independientes de ella.

ARTICULO PRIMERO

Toda persona de qualquiera especie, sexo, ò calidad que sea, que contribuyere à la deserción de Tropa de mi Exercito, aconsejando, ò favoreciendo este delito, bien sea ocultando à el Desertor, comprandole su Ropa, ò Armamento, ò dandole otra de disfraz, deberá ser juzgada por la Jurisdiccion Militar de que dependa el Desertor favorecido; y

siempre que ésta reclame à los Reos de semejante crimen, estará obligada à entregarlos la Justicia natural de que dependan.

2. La inhibición, de que trata el Artículo antecedente: declaro, que no solo debe entenderse con la Jurisdicción Ordinaria, sino con la Militar de qualquier otro Regimiento, ò Cuerpo del Exercito, de la Armada, ò de Tropas Ligeras, ò Milicias; pues es mi voluntad, que el Cuerpo de que fuese el Desertor, à quien se le huviere ocultado, comprado su Ropa, o Armamento, ò dado otra de disfraz, tenga derecho de reclamar à los Reos auxiliares de su fuga, aunque sirvan en otro Regimiento, ò Cuerpo del Exercito, Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias; y que reciprocamente se entreguen de unos à otros Cuerpos los Reos reclamados por este delito, à fin de que se les juzgue por el Consejo de Guerra del que le reclama, imponiendoles la pena que en el Título de ellas se previene.

3. Los Cuerpos del Exercito, que aprehendieren, Reos dependientes de otros Regimientos de él, ò de la Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias por delito que no sea el de favorecer, ò abrigar la desercion, en el modo que explica el Artículo antecedente, deberán reciprocamente entregarlos à los Regimientos, ò Gefes de que dependan; y si para justificacion de la causa necesitáre la Jurisdicción Militar testigos sujetos à otra, ò al contrario, se les mandará, sin dificultad, que hagan su deposicion ante el que la substanciáre.

4. A la Jurisdicción Militar ha de pertenecer privativamente el conocimiento de causas de incendio de Cuarteles, Almacenes de boca, y Guerra, y Edificios Reales Militares, robos, ò vejaciones que en dichos parages se executen, trato de infidencia por espías, ò en otra forma, insulto de Centinelas, ò Salvaguardias, y conjuración contra el Comandante Militar, Oficiales, ò Tropa, en qualquiera modo que se intente, ò execute: y los Reos de otras Jurisdicciones, que fueren comprehendidos en qualquiera de estos delitos, serán juzgados, y sentenciados por la Militar, con el castigo que por esta Ordenanza corresponda.

5. Siempre que qualquiera Regimiento, ò Batallón entero de mi Exercito, fuere destinado à servir en la Armada, en sus Baxeles, ò Arsenales, desde el dia en que tome posesion de este destino, hasta el en que cese, dependerá de la Jurisdicción de Marina; y por la misma regla la Tropa de Marina, que sirviere en tierra, dependerá de la Jurisdicción Militar de tierra, en la forma que explica el Título segundo del sexto Tratado de esta Ordenanza.

...

## TÍTULO QUINTO.

### CONSEJO DE GUERRA ORDINARIO.

#### ARTÍCULO PRIMERO

Para que las Tropas se contengan en aquella exacta obediencia, y disciplina Militar, que conviene al decoro, y estimación de su destino: ordeno, que por todo crimen, que no sea de los exceptuados, en que no vale el Fuero Militar, sea el Individuo que le cometa, (desde Sargento inclusive abaxo) juzgado por el Consejo de Guerra, que tengo concedida facultad de formar para estos casos

à los Regimientos de mis Exercitos, asi de Infanteria, como de Cavalleria, y Dragones, (bien sean Españoles, ò Estrangeros) para todos los delitos que señala esta Ordenanza; y en los de que por estraños no se trata, ha de observar el Consejo las formalidades, que para el acierto de su juicio, y sentencia prescribe este Tratado, con apercibimiento de que qualquiera Oficial, que contraviniere à lo prevenido en él, concurriendo en calidad de Juez al Consejo de Guerra, será depuesto de su empleo.

...

TRAT. VIII. TIT.VI.  
TITULO SEXTO.  
CONSEJO DE GUERRA DE OFICIALES  
Generales.

ARTICULO PRIMERO

Por lo que toca à crímenes Militares, y faltas graves, en que los Oficiales incurrieren contra mi Real servicio, es mi voluntad, que se examinen en Junta de Oficiales de superior graduación, dandosele à este Tribunal la denominacion de Consejo de Guerra de Oficiales Generales.

2. La formacion de este Consejo ha de ser siempre en la Capital de la Provincia en que el Oficial Reo tenga su destino: el Capitan General, o Comandante General de ella, Presidente, y facultad suya el nombrar los Oficiales, que deban componerle, atendiendo à que su numero no sea menor de siete, ni que exceda de trece, y à que le llenen (en el modo posible) Oficiales Generales, eligiendo (si estos no alcanzaren) Brigadieres, y en su defecto Coroneles; pero nunca ha de descenderse de esta clase, y siempre ha de asistir el Auditor de Guerra, como Asesor del Consejo, tomando el ultimo lugar, sin voto en él, y solo con el fin de iluminar (en los casos dudosos que ocurran) al Presidente, y qualquiera de los Jueces, que para asegurar su acierto le pregunte.

...

Trat. VIII. TIT.VIII.  
TITULO OCTAVO.  
DEL AUDITOR GENERAL DE  
un Exercito en Campaña, y de los de Provincia.

Siendo de la mayor importancia la recta, y buena administración de justicia en un Exercito, que se halle en Campaña, reservo en mi Persona el nombramiento de un Auditor General, que sirva en él, del caracter, graduación, ciencia, y circunstancias correspondientes à la gravedad de tan respetable Ministerio, y sus funciones serán las que explican los Artículos siguientes.

## ARTICULO PRIMERO

El Auditor General conocerá en todos los negocios, y casos de Justicia, como persona en quien reside el ejercicio de la jurisdicción del Capitan General, ò General en Gefe del Exercito, y en nombre de éste encabezará las sentencias en esta forma:

*Nos el Capitan General N. vistos estos Autos, fallamos, que debemos condenar, y condenamos,* etc. lo firmará el Auditor, y con la sentencia pasará à dar cuenta al Gefe General del Exercito, quien, enterado por dicho Ministro de lo que resulta de la causa, y contiene la sentencia, firmará en lugar preeminente; y por el Escribano se notificará à las Partes, si fuere civil, y si criminal, à los Reos.

...

## 12.3. EPÍLOGO

Para concluir con este punto, debemos manifestar que Carlos III, “adicto a sus buenos amigos” y “consecuente y fiel con los antiguos servidores”, sin duda alguna, en la época de su reinado sentó las bases de la Justicia Militar, con admiración y conocimiento de causa, institución a la que dejó marchando con la regularidad de un reloj que marca la hora exacta. De ahí que su legado histórico siga vigente hasta el día de hoy, especialmente en el campo de la milicia, en donde la legislación marcial le debe muchísimo a él.

Por lo expuesto, es conveniente y necesario sostener que las Ordenanzas Militares de Carlos III<sup>(137)</sup> –paciente y formidable trabajo– impusieron nuevas reformas y reorganización en 1768, que culminaron con la Constitución de Cádiz de 1812<sup>(138)</sup>. Se puede entender entonces que la creación del Consejo Supremo de Guerra, viejo antecedente de las actuales estructuras de la Justicia Militar, también

---

<sup>(137)</sup> Vid. McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, *ob. cit.*, págs. 24-25.

<sup>(138)</sup> Por todos, *vid.* la voz: “Ordenanzas Militares”, a cargo de Salas Larrazábal, Ramón, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. V, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1991, págs. 886-887. Del mismo autor, *vid.* “Ejército y Marina”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, 2ª. reimpresión, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2007, págs. 239-341.

fue recepcionado en el Perú por el innegable influjo del dominio español<sup>(139)</sup>. Y el tiempo, para decirlo con más exactitud, le dio a las Ordenanzas un notabilísimo prestigio que no ha cesado de crecer hasta nuestros días.

### 13. A MODO DE RESUMEN

Como ya se trasluce de lo expuesto, oscilando entre la Edad Antigua, Edad Media y la Edad Moderna, la legislación militar se fue gestando paulatinamente, al compás de diversas vicisitudes políticas, con sus avances y retrocesos –tejer y destejer– como era obvio. Primero, con la no existencia de los ejércitos permanentes y segundo, con la existencia de los ejércitos permanentes, sobre la base de la disciplina y la obediencia, en sus aspectos orgánicos y procesales, sin descuidar la parte de los precedentes históricos. Y, como era de esperar, se empezó a notar un nuevo pelaje en la concepción de los ejércitos. Por eso es que: “A la organización social romana, que había absorbido casi por completo al individuo, sucedió la Edad Media, con el más exacerbado individualismo. Este carácter tuvo mucha influencia en el arte militar, pues en virtud de él los combatientes se sentían impulsados instintivamente a la lucha individual, y para tener en ésta mayor ventaja, todo soldado combatía a caballo y cubierto de hierro, si podía”<sup>(140)</sup>.

Por consiguiente, resumiendo esta interesantísima excursión histórica a través de los diversos textos, podemos decir que: “Los cuerpos armados del Antiguo Régimen, integrados por mercenarios, sentenciados y alistados por la fuerza, que habían servido ciegamente a los intereses de Monarcas absolutos [obediencia ciega], iban dando paso a ejércitos nacionales, servidos por ciudadanos, que ejercían el derecho, a la par que cumplían el deber, de defender su patria y sus libertades”<sup>(141)</sup>.

---

<sup>(139)</sup> Vid. Vigón Suerodíaz, Jorge: “El Ejército y la Armada en el reinado de Carlos III”, en *Revista de Estudios Americanos*, N° 100, Sevilla, 1960, págs. 117-120. También, a modo de complemento, vid. Alonso Báquer, Miguel: *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971, págs. 71-82. Y, el utilísimo libro de Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2ª. edición, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985, págs. 37-60. Antecede Prólogo de Eduardo García de Enterría.

<sup>(140)</sup> Cfr. Montañá Jou, Daniel: *Historia de la Infantería*, I.G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona, 1943, pág. 32.

<sup>(141)</sup> Cfr. Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Blecua



Una última cuestión, y no menos importante, es la siguiente: Sobre la base de proyectos y trabajos preparatorios empieza a diseñarse la etapa de la codificación penal militar en España, primero con la publicación de un Código Penal en 1822, y más propiamente con la Ley de Bases de 1882, tal como tendremos ocasión de ver. Hablando propiamente, la península ibérica ha sido un referente totalmente puntual y directo para la elaboración de la legislación militar en los países de América Latina, tanto a través de las Ordenanzas Militares –profusamente difundidas– como también desde el primer tercio del siglo XIX, por definición misma, mediante su normatividad y algunas instituciones. Tales son los casos de: *a)* la Secretaría de Estado y del Despacho de la Guerra, creada por Decreto de 24 de mayo de 1755, y que tenía a su cargo el mantenimiento y gobernación de los ejércitos; y *b)* el Supremo Consejo de Guerra, hechura del ejército borbónico, y derivación del Consejo de Estado, que fue creado a tenor de los Decretos de 27 de abril de 1714 y 23 de agosto de 1715.

Así, se advierte también en línea evolutiva la siguiente legislación penal y militar en España: Código Penal de 1822, Código Penal común de 1848, Proyecto de Código Penal Militar de 1850, redactado por el brigadier Manuel Llorente, Código Penal común de 1870, Ley de Bases de 15 de julio de 1882, que autorizó al gobierno a redactar y a publicar para el Ejército de Guerra y de Marina la legislación militar correspondiente, Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra de 1884, Código Penal para el Ejército de 1884, Ley de Enjuiciamiento Militar de 1886<sup>(142)</sup>, Código Penal de la Marina de Guerra de 1888<sup>(143)</sup>, Código de

---

Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, ob. cit., pág. 37.

<sup>(142)</sup> Vid. *Ley de Enjuiciamiento Militar con formularios completos. Concordancias y notas*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1886. Con un Prólogo por el Excmo. Sr. D. Hidalgo Igon.

<sup>(143)</sup> Vid., Montojo y Burguero, Luis: *La reforma del Código Penal de la Marina de Guerra*, Establecimientos Cerón, Cádiz, 1938. Antecedentes Prólogos de Eloy Escobar y de la Riva y de Federico Castejón y Martínez de Arizala, respectivamente. El libro contiene el Código Penal de la Marina de Guerra y su crítica, y un Proyecto de Nuevo Código Penal de la Marina de Guerra. También, vid. Manzanque y Montes, Fausto: *Derecho Procesal Militar. Guía Práctica de los Funcionarios Judiciales del Ejército*, Tip. La Equitativa, Málaga, 1902.

Justicia Militar del Ejército de 1890<sup>(144)</sup>, Código de Justicia Militar de 1945<sup>(145)</sup> y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar de 1985<sup>(146)</sup>, con sus respectivas reformas y concordancias, necesarias en todo su orden: Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra; Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar<sup>(147)</sup>; Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción<sup>(148)</sup>.

---

<sup>(144)</sup> *Vid.*, sobre esta cuestión, Sáinz de la Maza, Joaquín: *Apuntes sobre la Organización Militar de España y algunos ejércitos extranjeros escritos para la Academia General Militar*, 7ª. edición corregida y aumentada, Imprenta, Librería y Encuadernación de Menor Hermanos, Toledo, 1892. Y, Dávila y Huguet, José M<sup>a</sup>.: *Código de Justicia Militar con notas aclaratorias, formularios, Código Penal común, tablas para la aplicación de las penas y disposiciones complementarias*, 4ª. edición, Imprenta Aldecoa, S.A., Burgos, 1938.

<sup>(145)</sup> Una versión completa se puede consultar en Díaz-Llanos y Lecuona, Rafael: *Leyes penales militares*, Litografía e Imprenta Roel, La Coruña, 1946, págs. 3-420. Existe edición a cargo de Editorial Canaria S.A. - Librería General Independencia, Las Palmas-Zaragoza, 1938.

<sup>(146)</sup> *Cfr.* Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar, ob. cit.*, págs. 37-43. Y, Barado y Font, Francisco: *Literatura militar española en el siglo XIX (Bosquejo histórico-bibliográfico)*, Tip. de C. Cano, Madrid, 1889. Destaca el autor, en su condición de Capitán de Infantería, los aportes fundamentales y decisivos en el campo de la historia militar de Francisco Villamartin y Antonio Vallecillo, entre otros. De igual manera lo hace Arráiz de Conderena, Domingo: *Nociones de Literatura Militar*, 3ª. edición corregida y aumentada, Imprenta, librería y encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1904. Ambas, *in toto*.

<sup>(147)</sup> *Vid.* Lorca Navarrete, Antonio M.<sup>a</sup>: *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, *in toto*.

<sup>(148)</sup> A mayor abundamiento, *vid.* Millán Garrido, Antonio: *Código de Leyes Militares*, Editorial Avanzada, S.A., Madrid, 2008. Y, desde el punto de vista histórico, especialmente entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, *vid.*, por todos, Trápaga y Aguado, D. Adolfo y Blanco de la Viña, D. Gerardo: *Justicia Militar. Reformas introducidas en su organización y funcionamiento desde el advenimiento de la República*, 2ª. edición, Imprenta del Patronato de Huérfanos de Intendencia e Intervención Militares, Madrid, 1934.

Para completar mejor la idea expuesta, el Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 no se puede pasar por alto, por cuanto: “Luchaban unos por limitar el fuero Militar, que juzgaban fuente de privilegios. Abogaban otros por el mantenimiento de unas excepciones que estimaban necesarias y sólo privilegiadas en la mente de sus detractores”<sup>(149)</sup>. Cuanto acabamos de señalar nos revela que el articulado en mención redujo a los militares a límites estandarizados.

Así rezaba, literalmente, el Decreto-Ley en mención:

DECRETO LEY<sup>(150)</sup>  
6 Diciembre 1868  
*Unificación de fueros*

TÍTULO PRIMERO  
DE LA REFUNDICIÓN DE LOS FUEROS ESPECIALES EN EL ORDINARIO

1º Desde la publicación del presente decreto, la jurisprudencia ordinaria será la única competente para conocer: 1º De los negocios civiles y causas criminales por delitos comunes de los eclesiásticos, sin perjuicio de que el Gobierno español concuerde en su día con la Santa Sede lo que ambas potestades crean conveniente sobre el particular. 2º De los negocios comunes, civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases, retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en el activo. 3º De los delitos comunes cometidos en tierra por la gente de mar y por los operarios de los arsenales, astilleros, fundiciones, fábricas y parques de marina, artillería e ingenieros fuera de sus respectivos establecimientos. 4º De los delitos contra la seguridad interior del Estado y del orden público cuando la rebelión y sedición no tengan carácter militar; de los de atentado y desacato contra la Autoridad, tumultos o desórdenes públicos y sociedades secretas; de los de falsificación de sellos, marcas, monedas y documentos públicos; de los delitos de robo en cuadrilla, adulterio y estupro; de

---

<sup>(149)</sup> *Cfr.*, al respecto, Muga López, Faustino: “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884 (Notas para la historia de la codificación del Derecho Penal Militar)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 1, Enero-Junio, Madrid, 1956, pág. 47. Sobre ello, también, *vid.* Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, *ob. cit.*, págs. 201-206.

<sup>(150)</sup> Citado en Marañón, José Luis y Marañón, Jesús: *Leyes penales de España conforme a los textos oficiales*, novísima edición refundida, corregida y considerablemente aumentada, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1923, págs. 29-30.

los de injuria y calumnia a personas que no sean militares; de los de defraudación de los derechos de Aduanas y contrabando de géneros estancados o de ilícito comercio cometido en tierra, y de los perpetrados por los militares antes de pertenecer a la milicia estando dados de baja en ella, durante la deserción o en el desempeño de algún destino o cargo público. 5º De las faltas castigadas en el libro III del Código penal, excepto aquellas a las que las Ordenanzas, reglamentos y bandos militares del Ejército y Armada señalan una mayor pena cuando fueren cometidas por militares, que serán de la competencia de la jurisdicción de Guerra y de la Marina. 6º De los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados o transeúntes. 7º De los negocios de Hacienda y de los delitos de contrabando, defraudación y sus conexos, excepto el de resistencia armada a los resguardos de costas. 8º de los negocios mercantiles.

Con esta panorámica visual sobre la génesis histórica comparada de la Justicia Militar ya estamos en condiciones de abordar, a continuación, el caso peruano en clave legal y constitucional, como también todas las vicisitudes que lo han acompañado en su agitada existencia.

## CAPÍTULO IV

# ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVOS EN EL PERÚ: SU CONFIGURACIÓN

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

De entrada, conviene recordar con Víctor Villanueva, que: “El ejército peruano a partir de 1896 se modeló teórica y espiritualmente a imagen y semejanza del ejército francés. Los oficiales franceses contratados por Piérola trataron de inculcar en el militar peruano los mismos sentimientos que los había convertido en los ‘niños mimados’ en su patria, pero que en el Perú habría de producir efectos diferentes: La existencia de una burguesía fuerte y poderosa en Francia, que dominaba la economía nacional y por ende la política y, por el contrario, la ausencia en el Perú de una clase social robusta, capaz de conservar el poder político con sus propios medios, haciéndola rival de los militares que constantemente compiten con ella, puede ser una de las razones, si no la principal, de consecuencias tan opuestas en uno y otro país”<sup>(151)</sup>.

Y, a la par, agrega que: “Los oficiales franceses, de espíritu aristocrático, con títulos nobiliarios algunos de ellos, procuraron fortalecer dicha tendencia en el militar peruano, inclinación heredada del ejército español pero enfriada últimamente a consecuencia del reclutamiento masivo, casi indiscriminado, de oficiales durante la guerra y la situación de penuria económica que lo denigra ante sus propios ojos y en que todavía se encuentra a la llegada de la Misión. Los instructores galos alcanzaron sus principales metas y quizás lograron adormecer el apetito de poder en el oficial peruano hasta que surgen contradicciones sociales que obligan a la burguesía a sacar a los soldados de sus cuartales para resolver sus propios problemas”<sup>(152)</sup>.

---

<sup>(151)</sup> Cfr. Villanueva, Víctor: *100 años del ejército peruano: frustraciones y cambios*, Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1971, págs. 63-64. Dicho autor ya había dado cuenta de estas atinadas observaciones en su libro *El militarismo en el Perú*, Empresa Gráfica T. Scheuch S.A., Lima, 1962, págs. 17-36. También, *vid.* Morote, Herbert: *El militarismo en el Perú (Un mal comienzo 1821-1827)*, Jaime Campodónico/Editor, Lima, 2003. Sobre la realidad en México, *vid.* el testimonio esclarecedor y vivaz de Blasco Ibáñez, Vicente: *El militarismo mejicano*, Prometeo, Valencia, 1920. Una visión de conjunto se puede consultar en Vigón, Jorge: *Teoría del militarismo*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1955.

<sup>(152)</sup> Cfr. Villanueva, Víctor: *100 años del ejército peruano: frustraciones y cambios*, *ob. cit.*, pág. 64.

Ahora bien, una ojeada retrospectiva en torno a la configuración de la justicia militar en el Perú, nos obliga a afirmar que ella ha existido desde antes de su etapa republicana<sup>(153)</sup> y, como tal, ha venido evolucionando hasta adquirir y encarnar los perfiles actuales<sup>(154)</sup>. Para ello, es importante tener presente lo redactado con afanosa inteligencia por Pacheco y Yanguas: “La historia del Ejército español es la historia de una institución que vive en el seno de la sociedad, que constituye su principal fuerza y que viene enlazándose en la larga escala de los siglos con nuestros recuerdos más venerados y con nuestras más gloriosas tradiciones”<sup>(155)</sup>.

Como entre nosotros dijera Víctor Villanueva: “Muchos jefes militares se formaron pues... en un ejército monárquico y colonialista, heredaron los sentimientos antiburgueses de la nobleza, que más tarde han de derivar en sentimiento anticivil, y el rechazo a lo indígena, quizás si odio después de la rebelión de Túpac Amaru, ya que sirvieron en un ejército colonial y duramente represivo, no obstante ser la mayor parte de dichos oficiales indios también o mestizos”<sup>(156)</sup>.

---

<sup>(153)</sup> Para mayores detalles, *vid.*, entre otros, el excelente resumen de Bran, Joseph: *Análisis del militarismo incaico*, traducido del inglés por Diana Tauro Herrera, Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1977. Antecede Prólogo de Alberto Tauro del Pino.

<sup>(154)</sup> *Cfr.*, al respecto, Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, págs. 354 y sgts. También, *vid.* el aporte fundamental de Eto Cruz, Gerardo: *La Justicia Militar en el Perú*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Trujillo, 2000, págs. 113-125. Antecede Prólogo de Antonio Millán Garrido; del mismo autor: “El régimen constitucional de la justicia militar en el Perú”, en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago Compostela*, vol. 5, N° 2, Santiago Compostela, 1996, págs. 81-111; y Donayre Montesinos, Christian: *La reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada*, *ob. cit.*, págs. 53-59.

<sup>(155)</sup> *Cfr.* Pacheco y Yanguas, Antonio: *Antimilitarismo*, Imprenta y Papelería de L. Corral, Madrid, 1910, pág. 10.

<sup>(156)</sup> *Cfr.* Villanueva, Víctor: *100 años del ejército peruano: frustraciones y cambios*, *ob. cit.*, pág. 14. El mismo autor, nos expone de manera convincente sus puntos de vista en su libro *¿Nueva mentalidad militar en el Perú?*, 2ª. edición, Librería Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1969, págs. 22-26.

No obstante lo dicho en las líneas anteriores –en concreto, en el Capítulo III– es importante subrayar que durante el Virreinato, y dentro del sistema impuesto por la Corona española, rigieron las famosas Ordenanzas Militares españolas, cuyos aspectos penales –como recuerda el malogrado magistrado constitucional Francisco Tomás y Valiente (1932-1996)– eran muy casuísticos, con un excesivo margen de arbitrio judicial, no existiendo el principio de la proporcionalidad en el castigo entre autores, cómplices y encubridores, y con un sistema de penas muy rígido<sup>(157)</sup>, tales como la de 1728, las Ordenanzas del 10 de enero y 7 de abril de 1745 que regularon las atribuciones del Auditor de Guerra, las Ordenanzas de Su Majestad para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército dictadas por Carlos III el 22 de octubre de 1768<sup>(158)</sup>; la Real Cédula de Carlos III (es opinión generalizada que por iniciativa suya se introduce el servicio militar obligatorio), del 4 de noviembre de 1773, creando en España el Consejo Supremo de Guerra<sup>(159)</sup>, lógicamente sin obviar las Ordenanzas Militares de 1768, como ya tuvimos ocasión de ver, y la Ordenanza Naval de 1802.

En realidad, las más representativas fueron las contenidas en *a)* el *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, de Alejandro de Bacardí<sup>(160)</sup>, ya mencionado en el Capítulo III, y *b)* el *Prontuario de Ordenanza*

---

<sup>(157)</sup> Citado por Higuera Guimerá, Juan-Felipe: *Curso de Derecho Penal Militar Español* (Parte general), t. I, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1990, pág. 83. Según José Luis Bustamante y Rivero (1894-1989) (en su libro: *Organización Y procedimientos de la Justicia Militar en el Perú*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1920, pág. 8), las Ordenanzas, más que un Código, formaban un conglomerado de leyes parciales, que estatúan sobre la organización de las tropas, la distinción de clases militares, las obligaciones de cada clase, los servicios de guarnición y compañía, los destinos de intendencia o hacienda y la penalidad de las infracciones.

<sup>(158)</sup> Cfr. Montano Ferrin, Enma y Sánchez-Arcilla, José: *Historia del Derecho y de las Instituciones*, vol. II, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1991, en concreto, pág. 463. Para el caso peruano, *vid.* Talavera Delgado, Abraham: *Nueva estructura del Fuero Privativo Militar en la reforma del Poder Judicial*, *ob. cit.*, págs. 110-132.

<sup>(159)</sup> El 28 de enero de 1782, Carlos III promulgó la Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y provincia en el Virreinato de Buenos Aires. Cfr. San Martino de Dromi, Laura: *Constitución Indiana de Carlos III*, Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1999.

<sup>(160)</sup> Obra de consulta obligatoria para la época era, sin ningún género de dudas, el *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*. La 1ª. edición vio la luz en 1849,



*para el Ejército*, editado por vez primera en el Perú el año 1856 por Juan Espinoza (1804-1871)<sup>(161)</sup>. Por lo menos, para ser más justos, la nota característica era que los ejércitos constituían propiedad del Rey Monarca, quien hacia lo que le venía en gana con ellos. ¿Por qué? La respuesta es muy sencilla: como consecuencia del poder de mando, único y personal y/o poder de comandancia militar o mando militar autónomo y colegiado que tenía el Rey absolutista<sup>(162)</sup>. Estas tesis, por ventura, ya han sido superadas en las modernas constituciones occidentales, producto del impacto del fenómeno de la constitucionalización y la democracia representativa como también participativa, habiendo quedado, por lo tanto, como verdaderas piezas de museo<sup>(163)</sup>.

## 2. ETAPAS DE NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Con carácter netamente explicativo y como marco de referencia, es importante ubicar la periodificación de nuestra historia constitucional a fin de poder encuadrar a la jurisdicción militar, cuya temática va de la mano con la historia militar. En efecto, siguiendo a García Belaunde, encontramos cuatro grandes etapas:

---

la 2ª. en 1851 y la 3ª. en 1878, que es precisamente la que tenemos en mano segura. En el t. III encontramos una copiosa y provechosa legislación militar comparada de la época: Código de Justicia Militar del Ejército Francés, Código Penal Militar para el Imperio Alemán, Código Penal para el Ejército de Italia, Código de Justicia Militar del Ejército Portugués, Ley Federal sobre la Justicia Penal para las tropas federales de la Confederación Suiza, Código Penal Militar Belga, Código de Justicia Militar para la Armada Francesa, Código Penal Militar Marítimo del Reino de Italia y un útil Diccionario de la Legislación de los Ejércitos de Mar y Tierra.

<sup>(161)</sup> Una explicación más completa puede verse en el estudio, y que posteriormente fue complementado como libro orgánico, a cargo de McAlister, Lyle N.: “El fuero militar en la nueva España (1764-1800)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XV, N° 43, Enero-Abril, México, D.F., 1982, págs. 16-119.

<sup>(162)</sup> *Cfr.* Porrás Nadales, Antonio: “Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 35, Septiembre-October, Madrid, 1983, pág. 205.

<sup>(163)</sup> Al respecto, *vid.* el sugerente libro de Lafuente Balle, José María: *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987. Antecede Prólogo de Oscar Alzaga Villaamil. Desde el punto de vista histórico, *vid.* Seco Serrano, Carlos: “Relaciones entre la Corona y el Ejército” y Varela Suanzes, Joaquín: “Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814”, ambos artículos publicados en la *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 55, Enero-Marzo, Madrid, 1987, págs. 27-54 y págs. 123-195, respectivamente.

- a) primer período: de 1820 a 1860,
- b) segundo período: de 1860 a 1920,
- c) tercer período: de 1920 a 1979 y
- d) cuarto período: de 1979 en adelante.

Como fácilmente puede verse, esta periodificación es hecha teniendo en cuenta: a) La situación de la independencia política del Perú, en relación con España; b) La dación de importantes, y no menos expresivas constituciones, que marcaron o coincidieron con períodos de largo aliento de nuestra historia política, c) La coincidencia con épocas de tranquilidad política, desarrollo económico o punto de partida de épocas con características distintas; d) El inicio o el restablecimiento de la democracia en sentido pleno; y e) La intensidad del debate doctrinario y su influencia<sup>(164)</sup>.

### 3. ¿QUÉ DECÍA LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812?<sup>(165)</sup>

Partiendo de las precedentes reflexiones generales, hemos de decir que en nuestra prehistoria constitucional destaca la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por el Rey Fernando VII de Borbón (1784-1833), llamado *el Deseado* o el *Rey Felón*, el 19 de marzo de 1812, habiendo tenido vigencia tanto para España como para sus provincias de Ultramar<sup>(166)</sup>. A tal objeto, en el artículo 250 se normó que:

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

---

<sup>(164)</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo: “Bases para la Historia Constitucional del Perú”, en *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 52, Diciembre 1998-Abril 1999, Lima, págs. 386-387. También, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXIII, Núm. 98, Mayo-Agosto, México, D.F., 2000, en concreto, pág. 596.*

<sup>(165)</sup> Cfr. Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España, ob. cit.*, págs. 79-80.

<sup>(166)</sup> Cfr. García-Mercadal, Fernando: “El ejército español en el caso del antiguo régimen (1808-1823). Aspectos legislativos”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXVI-4, Bruxelles, 1987, págs. 519-526.

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

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

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

“Establecerán las Córtes..., por medio de las respectivas ordenanzas, todo lo relativo á la disciplina, orden de ascensos, sueldos, administración y quanto corresponda á la buena constitución del ejército y armada”<sup>(167)</sup>.

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

“El ejército permanente debe considerarse destinado principalmente para la defensa de la patria en los casos ordinarios de guerra con los enemigos. Mas en los de invasión o de combinación de ejércitos numerosos para ofender a la nación, necesita ésta un suplemento de fuerza que la haga invencible.

...

Una ordenanza especial podrá arreglar en cada provincia un cuerpo de milicias proporcionado a su población, que haciendo compatible el servicio análogo a su institución con las diversas ocupaciones de la vida civil, ofrezca a la nación el medio de asegurar su independencia si fuese amenazada por enemigos exteriores y su libertad interior en el caso de que atentase contra ella algún ambicioso”<sup>(168)</sup>.

---

<sup>(167)</sup> Para el presente estudio, hemos tenido a la vista la siguiente edición oficial: *Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812*, Imprenta Real, Cádiz, 1812. Desde el punto de doctrinal, *vid.* por todos, Martínez Sospedra, Manuel: *La Constitución española de 1812 (El constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Tip. Pascual Ibáñez, Valencia, 1978. Antecede Prólogo de Diego Sevilla Andrés.

<sup>(168)</sup> *Cfr.* Argüelles, Agustín de: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 124. Antecede Introducción de Luis Sánchez Agesta.

Tras ello, es indudable que la Constitución gaditana<sup>(169)</sup>, de una u otra forma, tuvo notable influencia tanto en el Perú como en los demás virreinos que estaban bajo el dominio de España para que, al cabo de poco tiempo, empezara a gestarse la independencia del dominio español que concluyó en los campos de Junín y Ayacucho el año 1824. A propósito, basta con apuntar que: “En España e Hispanoamérica los militares han sido tachados como un grupo conservador, enemigo de reformas y un tanto fanático. Es curioso por ello observar que en el Congreso gaditano se produce el fenómeno contrario. El grupo de los militares destaca como el más progresista en este período...”,<sup>(170)</sup> sin obviar que el Ejército americano desde el siglo XVIII empezó a tomar posturas liberales hasta culminar con la independencia, habiendo jugado un papel preponderante las familias criollas que eran precisamente las que financiaban en su totalidad a la milicia.

Renglón especial ocupa el tema de la Constitución Militar –defendido por 66 diputados– que fue también materia de debate en las Cortes Constituyentes doceañistas. Destacan las proposiciones que presentaron los diputados por Guatemala y Lugo, respectivamente: Manuel de Llano (suplente) y José Ramón Becerra y Llamas (electo). Manuel de Llano, en la sesión del 30 de diciembre de 1811, propuso que se constituyera una Junta Militar de individuos de todas las armas y ejércitos, cuyo objeto sería formar la Constitución militar, la cual se sometería a sanción de las Cortes o Diputación permanente<sup>(171)</sup>. De igual forma, Becerra y Llamas, en la sesión de 17 de enero de 1812, llegó a presentar una

---

<sup>(169)</sup> Por todos, *vid.*, la colección *Las Constituciones Españolas. La Constitución de 1812*, t. II, Iustel, Madrid, 2008. Antecede Estudio Preliminar de Miguel Artola y selección de textos a cargo de Rafael Flaquer Montequi.

<sup>(170)</sup> *Cfr.* Berruezo León, M<sup>a</sup>. Teresa: “La actuación de los militares americanos en las Cortes de Cádiz 1810-1814”, en *Quinto Centenario*, N<sup>o</sup> 15, Madrid, 1989, pág. 214. En total, fueron 17 los militares americanos que estuvieron presentes en las Cortes de Cádiz. Por el Virreinato del Perú asistieron el Teniente Coronel Dionisio Inca Yupanqui, el Subteniente Ramón Olaquer Feliú, el Brigadier Antonio Zuazo y el Coronel Francisco Salazar y Carrillo.

<sup>(171)</sup> En realidad, la Comisión fue creada el 23 de junio de 1812 por las Cortes generales y extraordinarias, y la Regencia del Reino el 12 de setiembre nombró a sus integrantes, no todos ellos se reunieron permanentemente, tal como dio cuenta su presidente Manuel de la Peña el 31 de marzo de 1814. *Cfr. Exposición de la Comisión de Constitución Militar, acompañando los trabajos que se le pidieron*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1814, 33 págs.

exposición relativa a la constitución general y particular del ejército. La Comisión de Guerra era de la idea de que las Cortes debían aprobar los trabajos en que se había ocupado la Comisión de Constitución militar, y que por medio de la Regencia se comunicase a esta última<sup>(172)</sup>.

#### 4. ETAPA REPUBLICANA: PRELIMINARES

En cierto modo, iniciado el despertar republicano, y luego de haberse llevado a cabo las batallas de Junín y Ayacucho en 1824<sup>(173)</sup>, el Perú no pudo apartarse de una serie de leyes propias del Virreinato. En efecto, como lo destaca con buen criterio José Hurtado Pozo<sup>(174)</sup>: “El vacío legislativo originado por la no dación de leyes básicas determinó, como también en otros niveles, la supervivencia de la legislación española: hasta 1852 rigió el ordenamiento civil impregnado fuertemente de los fundamentos del Derecho Romano y hasta 1862 imperaron exclusivamente las disposiciones penales de la Colonia”<sup>(175)</sup>. O, mejor dicho, del

---

<sup>(172)</sup> El dictamen de la Comisión de Guerra se puede consultar en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, t. VIII, N° 900, págs. 5597-5598; N° 924, pág. 5810, Imprenta de J.A. García, Madrid, 1870. También, *vid.* Lafuente Balle, José María: *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, *ob. cit.*, págs. 107-119.

<sup>(173)</sup> *Cfr.* Del Moral Martín, Victoriano: “Los últimos días del Ejército español en el Perú. Bosquejo histórico y aportaciones documentales”, en *Revista de Historia Militar*, Año XVI, N° 32, Madrid, 1972, págs. 145-182.

<sup>(174)</sup> *Cfr.* Hurtado Pozo, José: *La Ley importada. Recepción del Derecho Penal Peruano*, CEDYS, Lima, 1979, págs. 37-38.

<sup>(175)</sup> En este sentido, es muy elocuente el artículo 18 del Reglamento Provisional de 12 de febrero de 1821: “Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad é independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de Setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, ó abrogados por autoridad competente”. Y el artículo 1° (Sección Última) del Estatuto Provisional de 8 de octubre de 1821, dado por José de San Martín en el Palacio Protectoral estableció: “Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regian en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este Estatuto, y con los decretos ó declaraciones que se expidan por el actual gobierno”. *Cfr.* Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, Felipe Bailly, Editor, Lima, 1861, pág. 19. También, *vid.* García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, WG Editores, edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1993, págs. 73 y 80, respectivamente. Hay 2ª. edición revisada, corregida y aumentada, 2 ts., Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006, que también hemos tenido a la vista.

Virreinato del Perú. El ejemplo más elocuente de ello lo tenemos en las diversas Ordenanzas Militares medievales que hemos esbozado en el Capítulo III.

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

Ahora bien, nos parece imprescindible empezar por nuestra realidad nacional. Los autores que suscribieron el *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú* en 1827, fueron Anselmo Quiros y Nieto (Arequipa 1797-Yungay 1839), oficial del Ejército Libertador, hombre de ideas liberales que combatió en las batallas de Junín y Ayacucho; Manuel Ignacio García (Lambayeque 1777-Lima 1845), también convencido de sus ideas liberales, magistrado, político y auditor de guerra en 1830 y Pedro Bermúdez (Tarma 1793-Lima 1852), Diputado y Senador, Ministro de Guerra y Jefe Supremo de la República en 1834<sup>(176)</sup>. Se infiere de lo expuesto, que cada uno de ellos tenía experiencia en el campo de la milicia y de las armas. Su espíritu liberal también se dejaba notar, producto de la efervescencia de los debates heredados de las Cortes de Cádiz.

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

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

---

<sup>(176)</sup> Mayores datos biográficos sobre los tres autores, en el orden alfabético en que son citados, se pueden encontrar en Tauro del Pino, Alberto: *Enciclopedia Ilustrada del Perú*, 3ª edición, Peisa, Lima, 2001, t. 14 (págs. 2193-2194), t. 7 (pág. 1042) y t. 3 (págs. 354-355).



artículos que fueron apareciendo en el periódico gaditano *El Tribuno del Pueblo Español* a lo largo de todo el año 1813)<sup>(177)</sup>.

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

“1. En primer lugar, la relevante personalidad de sus autores, dos destacados liberales, que habían tenido un protagonismo notable en el surgimiento de la resistencia anti-francesa –Sancho llegó a brigadier como consecuencia de su actuación en la guerra, y Flórez Estrada contribuyó de forma decisiva a la organización de la resistencia en la zona asturiana–, y cuya vida política futura, marcada por un paralelismo de forzosos exilios y regresos, vino a demostrar tanto la claridad y firmeza de sus ideas liberales como la continuidad de sus aportaciones sustantivas a la regulación de las materias político-militares. Aunque, originariamente, ambos de profesión civil –el primero había estudiado leyes y teología en Valencia; el segundo, como es sabido, un notorio economista–, sus aportaciones a la Constitución militar serán realizadas en la doble cualidad, lo cual aumenta su interés, de un civil, Flórez, que sigue como tal en 1813, cuando escribe sus artículos; y un militar, Sancho, que ha pasado a serlo por imperativo de la guerra en el momento de redactar su *Memoria* y que lo hace en esa condición. *Artículos y Memoria*, además, cronológicamente posteriores a 1812, es decir, al texto constitucional, lo cual es indicativo –y así lo aclaraban sus autores–, de la voluntad de dar con los mismos desarrollo a los principios constitucionales gaditanos.

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

---

<sup>(177)</sup> Cfr. Blanco Valdés, Roberto L.: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 1988, pág. 214. Antecede Presentación de Jordi Solé Tura.



3. Pero, y aquí residiría el tercer motivo que hace a los documentos de los que vamos a tratar especialmente interesantes, la reflexión de Flórez-Sancho no es, estrictamente, una meditación sobre cuestiones militares, o no es eso solamente, es mucho más: se trata –añade Blanco Valdés– del más serio y riguroso intento llevado a cabo por el primer liberalismo español de pensar, en toda la grandeza del término, articulada y críticamente sobre los nuevos horizontes que estaba abriendo la revolución político-militar gaditana. Salvando todas las distancias –las que median entre dos obras casi desconocidas y una que ha pasado a ser un clásico del pensamiento político contemporáneo–, nos atreveríamos a apuntar que la reflexión que se contiene en los proyectos Flórez-Sancho es, en sus condicionamientos y sus intenciones, comparable a la realizada, dos décadas después, por Karl von Clausewitz en su famosísimo *Vom Kriege*. Y ello porque, en efecto, tanto en uno como en otro caso, se tratará, a través de una reflexión político-filosófica engarzada a un profundo conocimiento histórico, de concluir sobre las inmensas consecuencias, políticas, militares y político-militares, que se abren tras el alumbramiento de una nueva realidad desconocida hasta ese momento: la realidad del Estado constitucional y de la sociedad burguesa que nacen de forma paralela e inescindible<sup>(178)</sup>.

Y a modo de complemento hay que agregar el Proyecto de «Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte Militar» de Dionisio Carreño que vio la luz en 1820, en pleno Trienio Liberal (1820-1823). Más adelante abordaremos el contenido de cada uno de ellos. Es de interés hacer notar que, por razones operativas, se ha preferido ubicar a dichos proyectos en el presente Capítulo, por cuanto constituyeron fuentes de inspiración para todos los virreinos –dominios de Ultramar– de la Corona española.

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

A nuestro modo de ver, el llamado «Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú» representa para su época (1827) un documento de trabajo histórico precursor en nuestra legislación militar, especialmente en lo que se refiere a aquellos aspectos de organización y estructura de las Fuerzas Armadas, como en otros rubros en los que se delimitan los alcances de la Justicia Militar;

---

<sup>(178)</sup> Cfr. Blanco Valdés, Roberto L.: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, ob. cit., pág. 215.

ya sea para fijar competencias y establecer límites a la misma, o para precisar los supuestos de procesamiento y exclusión de quienes son sometidos a dicho fuero militar o privativo. Hasta ese entonces no había un Código de Justicia Militar Nacional que regulara la organización y las faltas y delitos cometidos por los profesionales de las armas.

Por otra parte, el «Proyecto de Constitución Militar del Ejército» de 1827, tenía valiosos referentes respecto de lo que hoy en día, y desde la perspectiva de las normas constitucionales, se ha dado en llamar “Derecho Constitucional Militar”<sup>(179)</sup>, pues como veremos inmediatamente, consigna normas que con algunos retoques y modificaciones propias del tiempo, son reconocidas por la mayor parte de las constituciones de América Latina, incluyendo la normatividad peruana.

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

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

---

<sup>(179)</sup> Por ejemplo, *vid.*, entre otros, el libro de Casado Burbano, Pablo: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986.

excesos en las Fuerzas Armadas, se ha convertido en el Perú en servicio militar voluntario<sup>(180)</sup>.

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

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

Los artículos 8, perteneciente al capítulo segundo, 13, perteneciente al capítulo tercero y 35 del capítulo cuarto, consignan normas que a nuestro modo de ver se anticipan en reconocer la tradicional subordinación del poder militar al civil, en tanto establecen canales de dependencia entre el Ejército y los poderes públicos.

En efecto, el primero de los citados dispositivos estipula que: “*El Congreso fijara cada año el numero de tropas de cada arma que deba componer el ejercito*”; el segundo, que: “*El ministro de guerra presentara todos los años al Congreso un*

---

<sup>(180)</sup> No está tampoco de más recordar a Del Moral y Pérez-Alóe, Manuel: *El servicio militar*, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Madrid, 1911. Al respecto sostenía: “... sólo prestarse, voluntariamente, como es de razón y de justicia...”, pág. 8. Sobre lo acontecido en la realidad española del siglo XIX, *vid.* Vallés, Camilo: *Estudio sobre organización militar de España*, Establecimientos tipográficos de M. Minuesa, Madrid, 1881, págs. 25-52.

*estado de las tropas de línea, y otro de la milicia cívica; ambos con expresión de las bajas ocurridas el año anterior para que se decrete el reemplazo*”, y el tercero, que son atribuciones del E.M.J. (Estado mayor jeneral): “*Proponer al Gobierno todas las mejoras convenientes a los diversos ramos que componen el ejército*”. Con dichos preceptos queda evidentemente patentizado no sólo el tipo de relación, sino la propia jerarquización del Ejército o milicia sobre la organización que está en la sociedad civil.

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

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

Los preceptos consignados en el capítulo octavo reconocen lo que podríamos denominar los derechos esenciales del militar y de quienes, por correlato, puedan resultar beneficiados como consecuencia de la relación personal que mantengan con el mismo. Efectivamente, el artículo 87 establece que: “*La ordenanza jeneral fijara los haberes de las tropas de línea*”; el artículo 88 dispone que: “*Los individuos que las compongan gozaran un sueldo fijo y sin descuentos*”; el artículo 89 señala que: “*Las viudas y en su defecto los hijos menores de los militares de línea que se casen en la clase de capitán arriba, gozaran de una pensión del Estado*”; el artículo 90, que: “*Las mujeres y en su defecto los hijos menores, hijas solteras o padres de los oficiales prisioneros, disfrutaran de la mitad del haber de sus maridos, padres o*

*hijos, mientras estos esten en poder del enemigo*”; el artículo 91, que: *“Los militares absolutamente inutilizados en actos de servicio, percibiran su haber integro hasta que sean colocados en otros destinos de no menos sueldo, que el que disfrutaban por su empleo militar*”; el artículo 92, que: *“Los militares inutilizados en actos de servicio, seran preferidos a todos los demas ciudadanos en la provicion de empleos civiles, teniendo aptitud y probidad*”; el artículo 93, que: *“Las viudas, hijos menores, hijas solteras o padres de los militares que mueran en actos de servicio percibiran la mitad del sueldo que disfrutaba su marido, hijo o padre cuando murió*”; el artículo 94, que: *“Para ser considerado en la carrera militar, seran atendidos unicamente los meritos militares, y para graduar estos, solo seran bastantes las correspondientes hojas de servicios conformes a ordenanza*”; el artículo 95, que: *“Se anotaran annualmente los que hubiesen prestado desde el año anterior el individuo respectivo*”; el artículo 96, que: *“Se renovaran tambien todos los años en las hojas de servicios las notas que califiquen las circunstancias personales de los individuos respectivos*”; el artículo 100, que: *“Ni los coroneles ni los jenerales, tendran notas en sus hojas de servicios*”; el artículo 102, que: *“Las hojas de servicio se leeran a los interesados con las respectivas notas, y oidos estos sobre las reclamaciones que tengan que hacer, exprezaran bajo su firma, si se conforman o no*”; el artículo 103, que: *“Si el interesado no se conforma, el comandante jeneral o de división, le oira la presencia de las personas que formaron la hoja y extendera su dictamen a continuación*”; el artículo 104, que: *“Este dictamen sera el ultimo recurso a excepcion del caso en que la reclamación recaiga sobre alguna nota de mala conducta, en el cual se procedera a la averiguacion judicial con arreglo a ordenanza, y por el resultado perdera su empleo el anotado, o el injusto anotador*”; el artículo 105, que: *“La ordenanza jeneral clasificara las acciones distinguidas, y les asignara premios fijos y proporcionados*”; el artículo 106, que: *“Todo militar podra en tiempo de paz, retirarse despues de haber servido cuatro años*”; el artículo 107, que: *“A los quince años de servicio gozara el militar que se retire un tercio del haber de su ultimo empleo, a los 20 años medio, a los 25 dos tercios, y a los 30 un haber integro*”; y el artículo 108, que: *“La ordenanza jeneral del ejercito designara el abono de tiempo que tendran los años de servicio en campaña y los premios correspondientes a las milicias civicas*”.

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

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

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

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

En los preceptos glosados puede verificarse que el artículo 120 delimita con toda precisión que para que un delito sea militar, no sólo debe tratarse de hechos castrenses o propios de la vida castrense, sino que el sujeto activo debe ser necesariamente militar. Y el artículo 121 reconoce y admite, por vez primera, lo que a la larga se convertirá en una fuente de inagotables polémicas, que las personas que no sean militares pueden ser sometidas al fuero privativo: *a)* porque quien aparece como sujeto pasivo es militar, y *b)* porque se incurre en actos considerados como traición a la patria<sup>(181)</sup>.

---

<sup>(181)</sup> *Vid.*, desde el punto de vista actual, Blecua Fraga, Ramón: *El delito de traición y la defensa nacional*, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983. Antecede Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. También, *vid.* Carballa, Juan B.: *Delitos contra la patria*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad



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

El artículo 122 ha consignado, por otra parte, que: *“El código militar, señalará las penas correspondientes a los delitos militares”*. Y el artículo 123 agrega que: *“El mismo designará las penas correccionales que por duras que fuesen, no serán infamantes”*. Ambos criterios nos parecen sumamente importantes. Mientras que el primero apunta hacia el tratamiento especializado en la tipificación de las penas, consagrando embrionariamente el principio de legalidad penal en el ámbito castrense; el segundo incorpora lo que con el tiempo será el tratamiento humanista en el régimen de las penas de tipo castrense, al proscribir aquellas sanciones incompatibles con el respeto a la dignidad de la persona humana.

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

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

---

de Montevideo, Montevideo, 1951, con especial referencia a la legislación penal uruguaya. Y, Mendoza Troconis, José Rafael: *Curso de Derecho Penal Militar Venezolano*, t. I, Empresa El Cojo, C.A., Caracas, 1976, págs. 171-191.



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

A la vista del artículo 129 se prevé que: “*Todo juicio militar recibira dos sentencias; pero los tramites del procesos seran breves*”, lo que implica consagrar la instancia plural como garantía de todo proceso penal privativo. El artículo 130 incorpora lo que hoy en día se conoce como jurisdicción predeterminada por la ley al establecer que: “*Ningun militar podra ser juzgado, sino por jueces nombrados con anterioridad al delito*”. Finalmente, el artículo 131 establece una suerte de extensión de la garantía de no ser responsabilizado sino a título de sentencia judicial (de la que habla el artículo 127), no obstante incidiendo sus efectos a nivel administrativo. Asimismo, consagra el principio de autodeterminación en materia laboral. Dice el citado precepto: “*Ningun militar podra ser depuesto de su graduación o empleo, sino por causa legalmente sentenciada, ni pasado de un empleo a otro, sino con ascenso, o por su consentimiento*”. Con dicha lógica, se persigue que ningún militar pueda verse perjudicado ya sea en su *status* o labor, sino en los supuestos expresamente previstos por la ley.

Como valoración final se desprende que el *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú* de 1827, sin lugar a dudas constituye un texto de suma importancia para la tan descuidada Historia del Derecho Penal Militar en el Perú, y cuya difusión y estudio por parte de los especialistas en la materia ha pasado desapercibido<sup>(182)</sup>. De ahí pues, la razón de darlo a conocer en el presente trabajo

---

<sup>(182)</sup> Tampoco se pueden dejar de mencionar los aportes de Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841) escritos en aquella época decimonónica. En el Título 12 concerniente al Poder Judicial, artículo 36, se decía:

de investigación, más aún en los momentos en que el tema de la Justicia Militar se halla en pleno debate y revertebración. En especial, a partir de los informes de la Defensoría del Pueblo y de las sentencias del Tribunal Constitucional, en coherencia, en permeabilidad, por decirlo así, como más adelante se verá, con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otros organismos supranacionales.

#### 4.2. ANÁLISIS DEL «ENSAYO DE UNA CONSTITUCIÓN MILITAR DEDUCIDA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA» DE 1812, DE VICENTE SANCHO<sup>(183)</sup>

El «Ensayo de una Constitución Militar...», de Vicente Sancho, quien fue formado en la milicia con ideas liberales, se presentó a las Cortes en abril de 1813, y de cuya lectura se desprende que tenía la idea de formar una verdadera Constitución Militar, en concordancia con la Constitución Política [de 1812] y en la que la crítica fundamental se dirigía a la idea de un “ejército permanente” a disposición del monarca, interesado en velar por la soberanía nacional, un “ejército de ciudadanos cimentado sobre la base del amor a la Patria y las virtudes públicas”<sup>(184)</sup>.

---

“No hay ningún preso secreto, ningún juzgado privilegiado, ninguna comisión.

Se exceptúa:

...

El fuero militar, en causas de guerra”.

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

<sup>(183)</sup> *Cfr. Ensayo de una Constitución militar deducida de la Constitución española*, por Vicente Sancho, Sargento Mayor del segundo Batallón de Zapadores Minadores, Imprenta de Tormentaria, Cádiz, 1813.

<sup>(184)</sup> *Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 272.

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

“Durante la sesión del día 28 de abril de 1813, Vicente Sancho presentó á S. M. por medio de los Sres. Secretarios cuatro ejemplares de la obra intitulada *Ensayo de una constitución militar deducida de la Constitución política de la Monarquía española*. S.M. los recibió con agrado, y mandó remitir uno de ellos á la comisión de Guerra”<sup>(185)</sup>.

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

- Punto Primero: Del reemplazo del ejército.
- Punto II: De la división del ejército en las provincias.
- Punto III: De la instrucción del ejército.
- Punto IV: Del servicio del ejército.
- Punto V: Del pago y de la legislación civil del ejército.
- Punto VI: De la división de las fatigas y del orden de ascenso.
  - Constitución del Primer Cuerpo de Milicias.
  - Constitución del Segundo Cuerpo de Milicias.

Las finísimas observaciones de Roberto Blanco, nos lleva a la conclusión de que el «Ensayo ... » de Vicente Sancho, mucho menos extenso y detallado que el de Flórez Estrada, pretendía un ejército nacional, cuyo carácter numéricamente reducido se entendía consecuencia de sus funciones básicamente defensivas exteriores y de la conveniencia de no poner en manos del Monarca una fuerza armada cuantiosa; y unas milicias nacionales cuyo permanente adiestramiento militar y cuya independencia del Poder Ejecutivo servían al exacto cumplimiento de sus auténticas misiones: reemplazar y unirse a las tropas regulares en caso de crisis bélica exterior y consolidar una potente reserva armada ciudadana en defensa y constante vigilancia de la libertad de la nación<sup>(186)</sup>.

---

<sup>(185)</sup> Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, ob. cit., t. VII, N° 836, pág. 5127.

<sup>(186)</sup> Cfr., una vez más, Roberto L. Blanco Valdés: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, ob. cit., pág. 225.

### 4.3. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA NACIÓN ESPAÑOLA POR LO TOCANTE A LA PARTE MILITAR» DE 1813, DE ÁLVARO FLÓREZ ESTRADA<sup>(187)</sup>

No deja de ser ilustrativo que el Proyecto de «Constitución...», de Álvaro Flórez Estrada (1766-1853), constituye un clarísimo exponente de su liberalismo radical<sup>(188)</sup>. No sólo trataba de superar la organización militar del Antiguo Régimen, sino que buscaba también retocar uno de los aspectos que él consideraba más peligrosos de la Constitución de 1812, a saber, la importancia del Monarca en la dirección del ejército. Para tal menester, el asturiano regulaba con profundidad las Milicias populares, a las que intencionalmente denominaba como «guardias constitucionales», sujetas a la dirección de las Cortes y de las Diputaciones Provinciales. Al mismo tiempo, el Proyecto Constitucional incidía en diversos aspectos de la Constitución Política: así, en el derecho electoral, estableciendo condiciones de sufragio (artículos 7, 43 y 44), en las competencias del Monarca (por ejemplo, en los artículos 14, 15 y 17) y de las Cortes (así, en el artículo 76), en la responsabilidad ministerial (artículo 36) y en la inviolabilidad de las Cortes (artículo 51)<sup>(189)</sup>.

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

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

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

---

<sup>(187)</sup> Cfr. *Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte militar*, por Álvaro Flórez Estrada, Imprenta de Tormentaria, Cádiz, 1813.

<sup>(188)</sup> Con anterioridad, Flórez Estrada ya había elaborado en Inglaterra un *Proyecto de «Constitución para la nación española: presentado a S.M. la Junta Suprema Gubernativa de España é Indias en 1º de noviembre de 1809»*, Impresores Swinney y Ferall, Birmingham, 1810.

<sup>(189)</sup> Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, ob. cit., pág. 280.

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

Capítulo III: De la ley marcial.

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

Capítulo V: De los castigos<sup>(190)</sup>.

Como bien afirmara Roberto Blanco, en conjunto, los cinco grandes capítulos suponían una revisión de las principales normas jurídico-castrenses contenidas en las, a la sazón, vigentes Ordenanzas del Ejército, las de Carlos III de 1768, constituyendo lo más sobresaliente del Proyecto de «Constitución ...» el capítulo III concerniente a la *Ley marcial*, que constituyó el primer diseño liberal de ordenación legislativa en una materia que sólo obtendría regulación jurídica posteriormente en el *Trienio Liberal*, y que se traducía en un complejo mecanismo de equilibrios basados en cinco principios esenciales:

1. La intervención de cualquier fuerza armada en el interior del país solo podría producirse a requerimiento de las autoridades civiles electivas.
2. La intervención del ejército regular en las tareas de restablecimiento del orden público interno era siempre excepcional y subsidiaria de la de la guardia constitucional, fuerza armada genuinamente destinada a esa precisa misión.
3. La intervención interior del ejército regular sólo tendría lugar con arreglo y previo cumplimiento de los requisitos formales contenidos en la ley marcial.
4. La intervención de la guardia constitucional dentro de su respectivo territorio sería siempre consecuencia de una orden previa de la correspondiente Diputación Provincial.
5. La salida de los cuerpos de guardias constitucionales, y la consiguiente intervención, fuera de su provincia de residencia, exigía en todo caso una orden expresa de las Cortes, salvo, únicamente, que la protección de aquéllas, de su existencia material y facultades, fuesen el objeto que justificase esa salida<sup>(191)</sup>.

---

<sup>(190)</sup> Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, ob. cit., pág. 281.

<sup>(191)</sup> Cfr. Blanco Valdés, Roberto L.: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, ob. cit., págs. 225-230, respectivamente.

#### 4.4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA NACIÓN ESPAÑOLA POR LO TOCANTE A LA PARTE MILITAR» DE 1820, DE DIONISIO CARREÑO<sup>(192)</sup>

De modo general puede decirse que el Proyecto de «Constitución...», del asturiano Dionisio Carreño (1791-?), siguiendo al Proyecto de «Constitución...» de Flórez Estrada, que le sirvió de guía, nació a partir del Decreto de 19 de abril de 1820 expedido por el Rey a fin de que se formase una Junta de Generales que debían remitir a las Cortes sus observaciones sobre la reforma militar. De su lectura se desprende que establecía un ejército constitucional, cuyo alistamiento se basaba en las reglas de igualdad y obligatoriedad, hasta el punto de privar del carácter de español a quien incumpliese las órdenes de alistamiento (artículo 21). Un ejército sujeto a las órdenes del Rey transmitidas a través de la Diputación Provincial, y en el que se establecía la idea de desobediencia de las órdenes inconstitucionales (artículo 43). Regulaba también la Milicia Nacional Local, de la que sólo formarían parte, ante todo, los sujetos propietarios (artículo 70) en cuanto eran los más interesados en asegurar la libertad nacional, y se excluía expresamente a los jornaleros (artículo 71). Una milicia cuyo objeto principal era la garantía de la inviolabilidad de las Cortes (artículos 80 y 113) y la defensa de la Constitución (artículo 86).

La estructura sumaria era la siguiente:

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

Capítulo I: De los militares españoles.

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

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

Capítulo IV: Ejército activo permanente.

Licencias o nuevos empeños.

Capítulo V: Establecimiento de una milicia nacional local.

---

<sup>(192)</sup> Cfr. *Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte militar*, por D. Dionisio Carreño, Alférez del segundo regimiento de reales Guardias Españolas, Caballero de la Orden Nacional y Militar de San Fernando, Imprenta de la Calle de Bordadores, Madrid, 1820.

Capítulo VI: Ley marcial.

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

Aptitud.

Mérito.

Servicios.

Gran Consejo de Guerra.

Retiros.

Viudedades.

Escuelas militares.

Reglamentos.

De los castigos.

Juramento que deben prestar todos los militares<sup>(193)</sup>.

Como puede comprobarse, los puntos de comunión con la regulación del ejército constitucional y de las Milicias realizado por las Cortes eran más que evidentes. No se puede, pues, descartar que las Cortes conociesen este Proyecto y lo manejasen, aunque tampoco debe olvidarse que algunos artículos del Proyecto de Dionisio Carreño estaban inspirados en el Proyecto de Flórez Estrada (así en los grados y premios militares), cuando no tomados literalmente (artículo 144, que contenía una fórmula semejante al artículo 62 del Proyecto de Flórez Estrada). No debe desconocerse que Flórez Estrada contribuyó decisivamente a la formación de la Ley Constitutiva del Ejército. Tampoco faltó la influencia del Proyecto de Sancho sobre el texto de Dionisio Carreño (por ejemplo, en el artículo 99). No obstante ello, tal como precisa Fernández Sarasola, el Proyecto de «Constitución Militar...» elaborado por Dionisio Carreño era mucho más detallado que los anteriores, hasta el punto de exceder, en muchos aspectos, el carácter de meras “bases”, tal y conforme se desprende del contenido de su lectura<sup>(194)</sup>.

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

---

<sup>(193)</sup> Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, *ob. cit.*, pág. 372.

<sup>(194)</sup> Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, *ob. cit.*, pág. 371.



tratamiento jurídico que se dio a los asuntos de su particular interés tuvo una notoria relevancia.

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

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

## 5. LOS PRIMEROS PASOS EN EL DESPERTAR REPUBLICANO: SIGLO XIX<sup>(195)</sup>

Llegados aquí, algunas interrogantes previas se hacen indispensables: ¿Cuál era la situación de la milicia en los inicios de la República? ¿Qué mentalidad tenía el verde olivo? Una vez que nos desprendimos del dominio español, ¿por qué no dejó de cesar la acción de los sables? ¿Se puede hablar de una civilizadora enseñanza por parte de las Fuerzas Armadas?

---

<sup>(195)</sup> Cfr. Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, ob. cit., págs. 356-365. También, *vid.* Pereira Chumbe, Roberto Carlos: “Evolución legislativa de la Justicia Militar en el Perú”, en Anuario de Derecho Penal, Lima, 2001-2002, págs. 357-385. Número especial dedicado a la Reforma del Derecho Penal Militar.

Hechos estos planteamientos previos, podemos entrar ya a tocar puerto. Es importante no perder de vista que en los meses previos al período de nacimiento de la República, el Reglamento Provisional sobre Demarcación y administración provisionales, en especial, de orden político y judicial que dictó el Gral. S. E. José de San Martín (1778-1850) en el cuartel general de Huaura el 12 de febrero de 1821, establecía en el artículo 15:

“Por regla general se establece que mientras duren las actuales circunstancias, todas las causas de infidencia, traición, espionaje, ó atentado contra el orden y autoridades constituidas, serán privativamente del conocimiento de la Capitanía general, á cuya disposicion deberán remitirse los reos, con las correspondientes sumarias formadas por el juez del distrito para su decisión, conforme á las leyes”<sup>(196)</sup>.

Fruto de esa coyuntura, se puede constatar que con dicha norma, dado el estado general de insurrección que existía en los albores de la gesta emancipadora, la norma afirmaba todo un régimen de excepción y cuya competencia por determinados delitos, se ventilaba en un *fuero especial* o *castrense*.

Una vez iniciada la República, el artículo 121 (Capítulo VIII, Poder Judicial) de la Constitución de 1823, dada en la sala de sesiones el 12 de noviembre por José Bernardo Tagle y Portocarrero (1779-1825), precisó lo siguiente:

“Todas las leyes anteriores á esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y á los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organizacion de los códigos civil, criminal, militar y de comercio”<sup>(197)</sup>.

En el sentido recto del vocablo, en la práctica, la Constitución de 1823 no tuvo vigor, pues se “tuvo que suspender su vigencia cuando fueron entregados

---

<sup>(196)</sup> Cfr. Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, *ob. cit.*, pág. 15. También, *vid.* García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, *ob. cit.*, pág. 63.

<sup>(197)</sup> Cfr. Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, *ob. cit.*, pág. 41. También se pueden consultar: Ugarte Del Pino, Juan Vicente: *Historia de las Constituciones del Perú*, Editorial Andina S.A., Lima, 1978; y *Constituciones políticas del Perú (1821-1919)*, recopilación a cargo de Juan F. Olivo, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1922.

*poderes omnímodos al Libertador Bolívar*”<sup>(198)</sup>. Empero, ese mismo año de 1823 se dictó una ley especial que creaba el Consejo Militar Permanente.

Reflexionaremos, además, sobre el Código Político de 1826. La Constitución de 1826, conocida como Vitalicia o Bolivariana, confeccionada por el Libertador Simón Bolívar (1783-1830) y promulgada por el Consejo de Gobierno presidido por el gran mariscal Andrés de Santa Cruz (1794-1865) el 30 de noviembre de 1826 y jurada el 9 de diciembre del mismo año, al igual que la Constitución Política de la República Peruana, dada en la Sala del Congreso General Constituyente el 18 de marzo de 1828 y promulgada el mismo día por el General José de La Mar (1778-1830), Presidente de la República, no abordaron en sus textos ningún tipo de tratamiento sobre la jurisdicción militar. No obstante ello, mediante legislación ordinaria se dictó el 17 de diciembre de 1832 la “Ley para normar la competencia entre los Juzgados del Fuero Militar y los Juzgados Ordinarios de primera Instancia que se dirimirán por las respectivas Cortes Superiores”.

En el más amplio sentido del término, la Constitución de 1834<sup>(199)</sup> dada en la sala de sesiones el 10 de junio por Luis José de Orbegoso (1795-1847), en su artículo 110 (Título VI, Poder Judicial) estableció el nacimiento del denominado Consejo Supremo de la Guerra, que fue instalado el 14 de julio de 1834, a las 12 del día, llegando a funcionar hasta 1839. Estuvo integrado por tres generales o coroneles del ejército, uno de la armada, tres vocales de la Corte Suprema de Justicia, y un fiscal letrado. Los vocales y el fiscal integrantes de la Fuerza Armada fueron nombrados por la Convención Nacional el 28 de junio de 1834. A tenor del artículo 7 de la Ley del 26 de junio de 1834, dada en la Casa del Supremo Gobierno en Lima por Luis José Orbegoso, se creó el Consejo Supremo de la Guerra. Sus atribuciones eran las siguientes:

---

(198) *Cfr.* García Belaunde, Domingo: *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, Temas de Derecho Público, N° 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1990, pág. 10. También, *vid.* Seijas Rengifo, Teresa de Jesús: “Hacia una reforma de la administración de justicia en el fuero privativo militar”, en *Revista del Foro*, N° 2, Lima, 2001, págs. 56-58.

(199) *Cfr.* San Martín Castro, César: “Algunos aspectos de la Justicia Militar (A propósito del caso peruano)”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002, págs. 104-135.

“1<sup>a</sup>. Aprobar ó reformar las sentencias que se pronuncien por los consejos de oficiales generales, y por los ordinarios, y las resoluciones que se den en sumaria, en los procesos que se formen contra los oficiales, de orden de los coroneles ó inspectores generales, segun las facultades que les concede la ordenanza.

2<sup>a</sup>. En caso de indultos generales para militares, declarar quienes deban gozarlo con vista de autos.

3<sup>a</sup>. Conocer de los recursos extraordinarios que se interpongan de las sentencias dadas en última instancia en las causas del fuero contencioso militar, según la ley que se expida conforme al párrafo 7, artículo 114 de la Constitución.

4<sup>a</sup>. Hacer las observaciones que juzgue necesarias para la reforma ó mejora de los reglamentos ó articulos de ordenanza que convenga variar.

5<sup>a</sup>. Calificar las propuestas que conforme á ordenanza deben hacerse, para llenar los empleos efectivos de oficiales del ejército y armada hasta la clase de tenientes coroneles y comisarios, y pasarlas al Ejecutivo con informes circunstanciados de sus servicios, instruccion y demás que considere recomendar acerca de los propuestos, admitiendo las reclamaciones que se hagan por los postergados, sin permitir que se forme instancia.

6<sup>a</sup>. Pasar al Gobierno con informes las solicitudes que los inspectores y jefes de todas armas deben dirigir al Consejo sobre retiros y licencias absolutas de los oficiales y jefes del ejército y armada.

7<sup>a</sup>. Conceder ó denegar las licencias que se solicitan para casamientos de generales, jefes y oficiales del ejército y armada.

8<sup>a</sup>. Conocer de los espedientes que se formen sobre monte-pío militar, resolviendo en este caso, y en el de la atribución precedente, con arreglo a las leyes.

9<sup>a</sup>. Pedir informes á las oficinas de hacienda cuando se delibere en el Consejo sobre los ramos de contabilidad militar”<sup>(200)</sup>.

A los pocos meses se expidió la Ley de 1<sup>o</sup> de agosto de 1834, en la cual se establecía la competencia del Tribunal de los Siete Jueces de conocer la responsabilidad y recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias del Consejo Supremo de Guerra. Por otro lado, en el artículo 143 del Código Político de 1834 se prescribió:

---

<sup>(200)</sup> Cfr. Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. XIV, Felipe Bailly, Editor, Lima, 1865, págs. 226-227.

“El Congreso dará las ordenanzas del ejército, guardia nacional y armada; rigiendo entre tanto las que estén vigentes, en todo lo que no sean contrarias á la Constitución y a las leyes”<sup>(201)</sup>.

El 10 de noviembre se sancionó en la Casa del Supremo Gobierno en Huancayo la Constitución de 1839, durante el mandato de Agustín Gamarra (1785-1841). Cinco días antes, se dictó un decreto mediante el cual se dispuso que la Corte Suprema se asociara de dos generales para los recursos de nulidad en las causas del fuero militar:

El Presidente Provisorio de la República

Por cuanto el Congreso General ha dado el decreto siguiente.

EL CONGRESO GENERAL DEL PERU.

CONSIDERANDO:

Que es necesario designar el tribunal que debe entender en los recursos de nulidad que se entablen en las causas del fuero militar.

DECRETA:

Artículo único.– La Corte Suprema de Justicia entenderá en los recursos de nulidad que se interpongan en las causas del fuero militar, asociándose á ella dos militares de la clase de General.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario á su cumplimiento, mandándolo imprimir, publicar y circular.– Dado en la sala de sesiones del Congreso de Huancayo á 2 de Noviembre de 1839–Agustín Guillermo Charun, Diputado Presidente.– Ramón Aspur, Diputado Secretario.– Jervacio Alvarez, Diputado Secretario.

El Ministro de Estado en el despacho de guerra queda encargado de su cumplimiento.

Por tanto, imprimase, publíquese y circúlese.– Dado en la Casa de Gobierno en Huancayo á 5 de Noviembre de 1839.– Agustín Gamarra.– P.O. de S.E.– Ramón Castilla. (f) [Per. Tomo 2. Núm. 66, y Rej. Ofc. Núm. 25]<sup>(202)</sup>.

---

<sup>(201)</sup> Cfr. Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, *ob. cit.*, pág. 113. También resulta útil la lectura del libro de Pareja Paz-Soldán, José: *Las constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954. Antecede Prólogo de Manuel Fraga Iribarne.

<sup>(202)</sup> Vid. *Legislación Administrativa en el Ramo de Guerra y Marina (1828-1857)*, Imprenta del Estado por E. Aranda, Lima, 1857, pág. XLVIII.

El 30 de abril de 1839 se emitió un Decreto por el cual se suprimía la auditoría general del ejército. Y, el 11 de noviembre de 1842, Francisco de Vidal (1801-1863), General de División encargado del Poder Ejecutivo de la República, restableció mediante Decreto la figura del Auditor General, recayendo tan delicada responsabilidad en el Dr. José María La Torre y Bueno<sup>(203)</sup>.

En el año 1845 se dictó una disposición mediante la cual el Auditor de Guerra emitiría su parecer cuando se lo pidiera la Inspección General del Ejército, en las respectivas causas militares:

Lima a 10 de junio de 1845

Vista esta consulta, y considerando: que ha estado en práctica el que el Inspector General del ejército pida directamente vistas al Auditor de Guerra, como se comprueba por los procesos que se han traído a la vista; y que además ha tenido lugar anteriormente una resolución á este respecto, apoyando dicha práctica fundada en que el Inspector ejerce el mando de armas del Departamento, y que de consiguiente tiene que conocer en todas las causas militares que se promuevan en el, las que no podrían seguirse con toda la exactitud que se requiere, sin el examen que en su oportunidad debe hacer de los expedientes el Auditor para abrir dictámen; se declara –que el Auditor de Guerra debe prestar su parecer siempre que se lo pida el Inspector General en las causas militares, á la manera que en los demas departamentos se verifica por decretos de los Jefes de armas. –Comuníquese– Rúbrica de S. E. –Mendiburu– [Peruano N° 50, tomo 13.]<sup>(204)</sup>

En ese contexto histórico, se seguía manteniendo vigente el grueso de la legislación del Virreinato, en especial la militar, y no había voluntad del legislador para darle un tratamiento orgánico. En ese sentir, la Constitución de 1856 dada el 13 de octubre y promulgada el 16 del mismo mes y año por el Presidente Provisorio,

---

<sup>(203)</sup> Es menester significar que el 21 de enero de 1830 José María de Pando (1787-1840) en su condición de Ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores emitió una circular a las Cortes Superiores de Justicia, declarando que los vocales de las Cortes en mención deben cumplir las funciones de auditores de Guerra como cargo conexo a sus empleos, por cuanto las circunstancias del Erario nacional no permiten crear auditores de guerra.

<sup>(204)</sup> *Vid. Legislación Administrativa en el Ramo de Guerra y Marina (1828-1857), ob. cit.,* pág. 41.

mariscal Ramón Castilla (1797-1867), estableció en el artículo 139 (Título XIX, Disposiciones Transitorias) que:

“Los juzgados y tribunales privativos é igualmente sus códigos especiales, existirán miéntras la ley haga en ellos las reformas convenientes”<sup>(205)</sup>.

Esta dición normativa se repitió más tarde en la Constitución de 1867 (Título XIX, Disposiciones Transitorias), que en la práctica tuvo una corta vigencia, del 29 de agosto de 1867 al 6 de enero de 1868, por cuanto la Constitución de 1860 fue puesta nuevamente en vigencia por el General Pedro Díez Canseco (1815-1893), Vicepresidente de la República, encargado del Poder Ejecutivo luego de la abdicación del Presidente Provisorio de la República, coronel Mariano Ignacio Prado (1826-1901), el mismo 6 de enero de 1868 hasta el 27 de diciembre de 1879. En efecto, la 2ª. Disposición Transitoria estableció:

“Los Juzgados y los Tribunales privativos, é igualmente sus Códigos especiales, existirán mientras la ley no haga en ellas las reformas convenientes”.

A su turno, la Constitución de 1860 (Título XVI, Fuerza Pública) dispuso en su artículo 119, que:

“La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares”.

Hasta 1862 no se daba una codificación militar republicana. Fue así como en 1863, al amparo de la Constitución de 1860, se preparó el Proyecto del primer Código de Justicia Militar del Perú, durante el gobierno del General Juan Antonio Pezet (1810-1879). Este Código que tuvo una vida corta, se promulgó el 10 de enero de 1865. Tras el derrocamiento de Pezet por parte del Coronel Prado, quien resultó triunfante con la revolución llamada “La Restauración”, se restablecieron las ordenanzas militares españolas. Al respecto, bien decía Rómulo E. Lanatta que el Código de 1865: “tiene méritos indiscutibles como obra jurídica y constituye el

---

<sup>(205)</sup> Cfr. Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, *ob. cit.*, pág. 164.



primero y muy valioso esfuerzo nacional hacia la codificación de las leyes penales del Ejército”<sup>(206)</sup>.

En la evolución legislativa de la Justicia Militar, merece también destacar el interesante Proyecto de Código de Justicia Militar, elaborado por una Comisión presidida por el General Manuel de Mendiburu (1805-1885), pero que no se vería cristalizado debido al advenimiento de la Guerra del Pacífico entre los años 1879 y 1883. Esta Comisión fue nombrada en 1878 y entregó al Gobierno el proyecto que, lamentablemente, se frustró con el advenimiento de la guerra contra Chile<sup>(207)</sup>. Conviene que nos detengamos brevemente para dar noticias del Código de la Marina Militar del Perú que fue elaborado por las Comisiones nombradas al efecto en los años 1877 y 1885, y que fue remitido por el Supremo Gobierno, habiéndose dado en la Sala de Sesiones del Congreso el 25 de octubre de 1886, y promulgado mediante Ley del 30 de octubre del mismo año<sup>(208)</sup>.

Luego de la triunfante revolución de Nicolás de Piérola y Villena (1839-1913) en 1895, se contrató una Comisión –asesorada por la misión militar francesa que tenía como jefe al Coronel Paul Clement (1860-1925)– para reorganizar el Ejército y formular un proyecto de Código de Justicia Militar, el mismo que fue promulgado el 20 de diciembre de 1898<sup>(209)</sup>, y comenzó a regir 30 días después. En rigor, a partir de este cuerpo de leyes –que derogó el procedimiento privativo, establecido por las antiguas Ordenanzas– se desarrolló en forma sistemática y sin intermitencias la aplicación de disposiciones penales

---

<sup>(206)</sup> Cfr. Lanatta, Rómulo E.: *Curso de Justicia Militar* (Primera parte), Imprenta de la Guardia Civil, Lima, 1935, pág. 16.

<sup>(207)</sup> Para una visión socio-jurídica del siglo XIX, *vid.* el libro de De Trazegnies Granda, Fernando: *La idea del Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1980.

<sup>(208)</sup> *Vid.* *Código de la Marina Militar del Perú*, 2 ts., Imprenta del “Centro Militar”, Lima, 1890.

<sup>(209)</sup> *Vid.* *Código de Justicia Militar del Perú*, Edición Oficial, Lima, 1898; *Código de Justicia Militar*, 2ª. edición, Librería e Imprenta del Gabinete Militar, Lima, 1934. Antecede Prólogo de Raúl Fernández García. También, *vid.* Blume Rocha, Ernesto Jorge: *La Justicia Militar en la Historia del Perú*, Editorial Adrus, S.R.L., Arequipa, 2010, págs. 89-93 y 169-170, respectivamente. Antecede Presentación de Fernando Silva Santisteban y Prólogo de Carlos Augusto Ramos Núñez.

militares que se han sucedido hasta la actualidad. Ni bien fue promulgado el Código de Justicia Militar de 1898, Nicolás de Piérola dispuso en el artículo 2 de la Ley que ponía en vigencia dicho cuerpo normativo, que: “la pena de muerte establecida en dicho Código era sustituible por la de penitenciaría hasta la próxima reunión del Congreso”<sup>(210)</sup>.

En los años venideros, en concreto, el 27 de abril de 1901 se encargó a la Junta Superior de Marina la formación de un Proyecto de Justicia Naval, el mismo que tenía que presentarse al Ministerio de Guerra y Marina, y que contó con la asesoría del doctor Miguel Antonio de la Lama. El Proyecto..., no obstante que había antecedentes en España y Francia no prosperó.

Digamos, por último, que en la Memoria del Excmo. Consejo Supremo de Guerra y Marina, leída por su Presidente, el señor General de División César Canevaro (1846-1922), en la ceremonia de apertura del Año Judicial de 1906 se decía que: “El Código de Justicia Militar arrancó de las manos del Jefe del Poder Ejecutivo, esa dictadura obsoleta en materia de Justicia Militar, diametralmente opuesta al sistema representativo y que convertía a los tribunales militares en ejecutores de los odios y venganzas del Jefe del Estado; creó y afianzó la independencia del Poder Judicial militar, bajo la autoridad del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y estableció procedimientos que concilian el derecho social con el de los inculpados”<sup>(211)</sup>.

Resumiendo lo anterior, se puede constatar que el Código de Justicia Militar de 1898, inspirado en la legislación francesa y española, tuvo un aproximado de 40 años de vigencia, y fue sucedido por el Código de Justicia Militar de 1939, promulgado en el gobierno del Gral. de División Oscar R. Benavides (1876-1945), mediante Ley N° 8991, el 16 de octubre el año en mención.

---

<sup>(210)</sup> El Estatuto Provisorio del 27 de diciembre de 1879, dado en la casa de Gobierno en Lima por Nicolás de Piérola, en su condición de Jefe Supremo de la República, disponía en su artículo 8 lo siguiente: “La traición á la Patria, la cobardía é insubordinación militares, la desertión en campaña, el peculado, la prevaricación, el cohecho, la defraudación de bienes públicos, el homicidio premeditado y alevoso y el bandolerismo, cualquiera que sea la condición del culpable ó el carácter que invista, serán, durante la presente guerra, juzgados militarmente y penados con la pena capital”.

<sup>(211)</sup> Cfr. *Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906*, t. 4, Publicación Oficial, Lima, 1908, págs. 262-263.

## 6. EL PRONTUARIO DE ORDENANZA PARA EL EJÉRCITO, DE JUAN ESPINOZA DE 1856

En el año 1856, el Crnl. Juan Espinoza (1804-1871) –“antiguo soldado del Ejército de los Andes”, como solía poner en sus obras– publicó un compendio legislativo intitulado *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, en el que compendió armoniosamente las famosas Ordenanzas Militares españolas. En su opinión, las Ordenanzas... en forma de Código Militar se dieron por vez primera en 1587, durante el reinado de Felipe II (1527-1598), luego fueron reformadas por Felipe IV (1605-1665) el 28 de junio de 1632, y después se expidieron otra vez durante el reinado de Felipe V (1683-1746) en 1728. Este último introdujo en sus Ordenanzas el siguiente principio: “el que manda debe juzgar”. Cuarenta años después, se refundieron por Carlos III en 1768, en la villa de Madrid, *por haberse ofrecido algunas dudas que, consultadas atrasaban el servicio y mal interpretadas podrían, tal vez, perjudicarle*.

De cuanto queda consignado, se colige que la compilación del *Prontuario de Ordenanza* tenía el siguiente contenido:

- Primera parte  
Que contiene  
Las obligaciones  
De clase, desde el Soldado, al Coronel inclusive, y las atribuciones del inspector general; Ordenes generales para Oficiales; proposición de empleo vacantes; formalidades para dar la posesión; modo de reglar las antigüedades; junta de capitanes, visita de hospital; guardia de prevención; licencias temporales; orden y sucesión del mando de los cuerpos.
- Segunda parte  
Que contiene  
Honores fúnebres; revista de comisario; bendición de banderas y estandartes; nueva escala de sueldos; reglamento de contabilidad con modelos; ley de montepío; decreto supremo de 13 de octubre de 1857 sobre bagajes, resoluciones supremas de 25 de junio y 2 de agosto de 1850 sobre lo mismo.

Luego de haber aparecido la primera edición en 1856, hubo dos ediciones más del *Prontuario...*, es decir, en 1857 y 1900. Fundamentando su publicación, Juan Espinoza nos decía en el Prólogo aparecido en la 3ª. edición, que: “Las

Ordenanzas Militares españolas, sobre las que hemos hecho la presente edición, han sido miradas siempre como un modelo de sabiduría en la materia, y aunque en algunos puntos, principalmente en el penal, son susceptibles de ventajosas modificaciones, en el que trata de las obligaciones de cada clase, que es la parte que hemos *copiado*, casi nada o muy poco tendría que variarse para amoldarlas a nuestra situación, cualquiera que fuese el régimen social bajo el cual nos gobernásemos; pues es preciso no perder de vista que, ya sea en una república, ya sea en una monarquía, el Ejército tendrá siempre que regirse por leyes especiales que, en el servicio militar y mecánico del cuartel, lo segreguen de la sociedad para su régimen interno”(212).

Quiere ello decir que, la idea de Juan Espinoza, un tanto temeraria como él mismo lo reconocía, era adaptar a nuestro régimen republicano las Ordenanzas Militares españolas, a través del *Prontuario...* suprimiendo lo que de ningún modo cuadraba para la época, especialmente en la parte penal y en lo concerniente a la falta de autorización para sustituir las penas de la Ordenanza española con otras más análogas a nuestra realidad.

En realidad, cuanto acabamos de decir, demuestra que el *Prontuario...* no contenía, en sentido estricto, disposiciones relativas al Derecho Penal Militar. Sin embargo, es materia de atención para demostrar que pese a habernos desprendido del dominio español en 1821 y reafirmado con las batallas de Junín y Ayacucho en 1824, seguíamos supeditados hasta los albores del siglo XX, a la legislación militar española; es decir, a las Ordenanzas Militares(213), no obstante que el 27 de setiembre de 1890 fue aprobado mediante Real Decreto el Código de Justicia

---

(212) Cfr. Espinoza, Juan: *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, 3ª. edición, Lima, 1900, pág. III.

(213) Ya en la Vista Fiscal de Manuel Toribio Ureta (1813-1875) de fecha 31 de octubre de 1868, y cuando todavía no teníamos un Código de Justicia Militar, se dejaba notar el influjo de las Ordenanzas Militares que eran aplicadas conjuntamente con “las leyes patrias y los principios constitucionales relativos a la administración de justicia...”. Cfr. Gastón, Alfredo: *Compilación de las Vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870, por los Doctores D. José Gregorio Paz-Soldán y D. Manuel Toribio Ureta. Contiene las vistas expedidas en ambas materias por el Doctor Manuel Toribio Ureta*, t. II, Imprenta del Estado, Lima, 1875, págs. 280-282, en concreto, pág. 280.

Militar de España, que constituyó la fuente directa del Código de Justicia Militar peruano de 1898, conjuntamente con el Código Penal Militar francés modificado y reglamentado hasta el 31 de agosto de 1878<sup>(214)</sup>.

## 7. EL DESARROLLO NORMATIVO MILITAR DURANTE EL SIGLO XX

El 10 de abril de 1900, siendo conveniente estudiar –decía el Decreto Supremo– las reformas que sean necesarias en el Código de Justicia Militar –de 1898– y en los proyectos de Código Penal Marítimo y de Procedimientos en materia marítima, con el fin de someterlos oportunamente, para su aprobación, al próximo Congreso, se nombró una Comisión Reformadora presidida por el Dr. Alberto Elmore (1844-1916), Vocal de la Corte Suprema de la República; Luis Felipe Villarán (1845-1920), quien luego renunció, Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas; Miguel A. de la Lama, Fiscal del Consejo Supremo de Guerra y Marina, entre otros. El 15 de setiembre de 1900 la Comisión presentó al Ministro de Estado en el despacho de Guerra y Marina el Proyecto aprobado por mayoría, debido a que la referida Comisión estaba conformada de elementos heterogéneos, por haber formado parte de ella personas que habían cooperado a la formación del Código de 1898 por reformarse. Los buenos propósitos que tuvo la Comisión se deja notar a las claras en la Exposición de Motivos:

### II

Ante todo, la Comisión ha procedido en el concepto de que el Código de Justicia Militar tiene el fin primordial de asegurar la disciplina de la fuerza armada de la República; y de que, por tanto, de él deben eliminarse las disposiciones de carácter civil, que son extrañas á ese propósito, y que no hay razón sustancial, para que sean diversas de los preceptos de Derecho, Civil establecidos para todos los ciudadanos.

Si bien, en cuanto á la forma de los testamentos, hay motivos para disposiciones peculiares á los militares campaña, tal necesidad se halla satisfecha con las reglas, especiales contenidas en el Código Civil; el cual entonces, como en otros casos, después de 1os principios generales, declara las excepciones á que éstos se encuentran sujetos; y en un Código general, es dónde las excepciones de todo

---

<sup>(214)</sup> Vid., *Código Penal Militar y de Organización de los Tribunales de Francia*, en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo: *Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos*, t. 5, *Instituciones y Códigos franceses*, t. II, E. Maroto y Hermano, Impresores, Madrid, 1889, págs. 297-358.

orden, comparadas entre sí y con los preceptos comunes, pueden limitarse al *mínimum*, á que racionalmente deben estar reducidas.

Respecto al embargo de los haberes de militares, se hallan éstos en condición análoga á la de otros empleados públicos; y es injusto, y aún perjudicial para los primeros, darles privilegios, especiales, que menoscaban el crédito de los mismos.

El Proyecto formulado es, por consiguiente, únicamente de Código de Justicia Penal Militar; eliminándose toda disposición excepcional de legislación civil.

### III

Pasándose á exponer los principios fundamentales, que son la base del proyecto de Código, se ha considerado, que la administración de justicia en la República reposa sobre el precepto constitucional, de que ella tiene como único centro directivo la Corte Suprema: la cual da así unidad, á la jurisprudencia nacional en todos sus ramos; organiza el Poder Judicial como institución autónoma, con una sola autoridad á su cabeza; y da vida real al principio esencial del Poder Público en el Estado, de hallarse distribuído en tres Poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, relacionados, pero independientes entre sí.

En el Proyecto acordado se suprime, pues, el Supremo Consejo de Guerra y Marina, creado por el Código vigente; que ha instituido, de esta manera, una dualidad en la más elevada gerarquía de la jurisdicción, y le ha conferido una potestad mayor, que la que tiene la única Corte Suprema establecida por la Constitución; porque ese Consejo decide sobre las competencias, entre los tribunales militares y los del fuero común; y por consiguiente, marca á éstos, inclusa la Corte Suprema, el límite de su autoridad.

Para sostener que no es inconstitucional la creación de ese Supremo Consejo, se ha alegado la disposición transitoria, contenida, en el art. 136 de la Constitución; según la cual, los juzgados y tribunales privativos, é igualmente sus Códigos especiales, existirán, mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes. Tal disposición reconoce, en verdad, la subsistencia de los tribunales privativos, existentes al tiempo de promulgarse la Constitución de 1860; pero no autoriza la creación de otros nuevos, diversos de los que había en esa época, y opuestos á los preceptos permanentes de la misma Constitución. La existencia del Supremo Consejo de Guerra y Marina no es, pues, compatible con la Ley fundamental del Estado.

Por lo demás, sólo en pocos países, aún de los militarizados, se ha llegado á constituir la justicia militar con autonomía propia y completa; y evidentemente ellos no se encuentran en las condiciones del Perú, donde la forma republicana de gobierno y la separación é independencia de los Poderes Públicos son razones decisivas, para mantener al Poder Judicial con la unidad y libertad, que son su fuerza y la garantía de los ciudadanos. Napoleón I, la personificación del elemento

militar, reconoció estos principios, al declarar que la justicia es una en Francia; se es ciudadano, antes de ser soldado.

La Comisión no ha creído que sobre este punto sea precisa una exposición más detallada; bastando referirse al oficio, que ella acepta en sus fundamentos, quo se adjunta en copia, y que el infrascrito dirigió al señor Presidente de la Corte Suprema el 15 de Abril de 1899, solicitando que ésta acordase proponer al Congreso la reforma del Código de Justicia Militar, en el sentido de suprimir ese Supremo Consejo, y reducir la jurisdicción militar á sus límites racionales.

En el Proyecto formulado por la Comisión se propone, que la Corte Suprema, cuando conozca de juicios militares, sea acompañada de dos conjuces del ramo; los cuales se hallan rodeados de condiciones, que les dan independencia; suministran para el fallo el contingente de sus conocimientos profesionales y no enervan el principio constitucional, de que dicha Corte está á la cabeza de todas las instituciones judiciales de la República, como garantía para los derechos de todos y como centro y unidad de la jurisprudencia patria<sup>(215)</sup>.

Lo dicho hasta aquí sirve para reafirmarnos en nuestro punto de partida, o sea, lo delicada que fue en línea evolutiva la configuración de la Justicia Militar, tesis que también se reafirma en los inicios del siglo XX, producto del caudillaje militar. No se olvide, por otra parte, que durante el gobierno de José Pardo y Barreda (1864-1947) se publicó, el de 27 de octubre de 1906, la Ley N° 272, mediante la cual se establecía la competencia entre la jurisdicción ordinaria –a quien se le dará preferencia– y la de guerra, derogándose de esa forma el artículo 49, inc. 1 y el artículo 35 del Código de Justicia Militar de 1898:

Ley N° 272<sup>(216)</sup>

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Por cuanto el Congreso ha dado la ley siguiente:

*El Congreso de la República Peruana,*

Considerando:

---

<sup>(215)</sup> Vid., *Proyecto de Código de Justicia Penal Militar formulado por la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno*, Imprenta del Estado, Lima, 1900, págs. VII-X.

<sup>(216)</sup> La Ley en mención también se puede consultar en Fernández García, Raúl: *Complemento del Código de Justicia Militar, con Índice alfabético de artículos, leyes, acuerdos, ejecutorias y resoluciones supremas anotadas y concordadas*, Sanmartí y C<sup>a</sup>, Lima, 1916, págs. 110-112.



Que siendo la jurisdicción privativa una excepción de la ordinaria, conviene mantener, en todo caso, el principio consignado en los artículos 390 y 394 del Código de Enjuiciamientos Civil, por los cuales corresponde á los tribunales ordinarios resolver las contiendas de competencia que ocurra con los tribunales privativos, aún cuando éstos sean de la justicia militar;

Que es indispensable conservar el principio de la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema, como el más alto tribunal en el orden jerárquico, la facultad de definir en último grado, la jurisdicción que corresponde á los diversos tribunales de la República;

Ha dado la ley siguiente:

Artículo 1º. Las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la de guerra, se decidirán por la Corte Superior, á cuyo distrito correspondan los jueces ó tribunales entre quienes ocurran.

Artículo 2º. Si estos no correspondieran al distrito de la misma Corte Superior, ó si uno de los contendientes fuere el Consejo de Oficiales Generales, la Competencia será resuelta por la Corte Suprema.

Artículo 3º. En caso de duda entre una y otra jurisdicción se dará la preferencia á la ordinaria.

Artículo 4º. Derógase el inciso 1º del artículo 49 y el artículo 35 del Código de Justicia Militar y los demás que estén en oposición con esta ley.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario á su cumplimiento.

Dada en la sala de Sesiones del Congreso, en Lima, á los veintitrés días del mes de Octubre de mil novecientos seis.

M.C. Barrios, Presidente del Senado.

Juan Pardo, Primer Vice Presidente de la H. Cámara de Diputados.

José Manuel García, Senador Secretario.

Germán Arenas, Diputado Secretario.

Al Excmo. Señor Presidente de la República.

Por tanto: mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, á los veintisiete días del mes de Octubre de mil novecientos seis.

José Pardo.

Pedro E. Muñiz.

En ese trance, el mismo 27 de octubre de 1906, se publicó la Ley N° 273, sobre Organización del Consejo de Oficiales Generales, Recurso extraordinario de nulidad, y Juicio contra altos funcionarios del Estado, derogando el artículo 4 del Código de Justicia Militar de 1898:

Ley N° 273

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Por cuanto el Congreso ha dado la ley siguiente:

*El Congreso de la República Peruana,*

Considerando:

Que es necesario mantener la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema la jurisdicción en el último grado, cualquiera que sea el fuero de las causas civiles y criminales, así como la especial que le corresponde, en los juicios que se siguen contra los altos funcionarios públicos conforme á las leyes;

Que en tal propósito deben ser modificadas las disposiciones del Código de Justicia Militar que destruye esa unidad;

Ha dado la ley siguiente:

Artículo 1°. Corresponde á la Corte Suprema conocer del recurso de nulidad, que interponga el Fiscal ó la parte del enjuiciado, en los juicios del fuero de guerra, en los casos en que puede interponerse conforme á esta ley.

Artículo 2°. Corresponde al mismo Tribunal conocer originariamente, en las causas sujetas al fuero de guerra que se sigan contra los Senadores, Diputados, Ministros de Estado, Magistrado de la Corte Suprema, miembros del Consejo de Oficiales Generales, Arzobispos, Obispos, y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero.

En la prosecución de estos juicios, se observarán los trámites que correspondan á los que se siguen contra los altos funcionarios del Estado por delitos oficiales; pero se aplicarán las penas establecidas en el Código de Justicia Militar.

Artículo 3°. El recurso de nulidad procede:

1°. Contra los autos que se resuelvan los artículos jurisdiccionales.

2°. Contra las sentencias que impongan la pena de muerte ó la de privación de la libertad por seis años ó más, ó la de degradación.

3°. Contra las sentencia pronunciadas por la Sala Revisora del Consejo de Oficiales Generales, en las causas de que conoce originariamente este Consejo.

4°. Contra las sentencias absolutorias en los juicios por delitos á los que el Código asigna las penas expresadas en el inciso 2° de este artículo. En este caso podrían interponer el recurso, el Fiscal ó la parte agraviada.

Artículo 4°. En caso de guerra nacional, cuando el Consejo de Revisión ejerza sus funciones en campaña, fuera de la capital de la República, no se admitirá recurso alguno contra sus resoluciones.

Artículo 5°. Compete á la Corte Suprema, conocer del recurso de reposición, contra las ejecutorias que hayan impuesto algunas de las penas graves que indica el inciso 2 del artículo 3°.

Artículo 6°. El Consejo Supremo de Guerra y Marina, se llamará, en adelante, Consejo de Oficiales Generales, y se compondrá de nueve vocales, seis de ellos Generales y tres Contralmirantes, y de un Fiscal letrado.

En caso de no haber número de Generales y Contralmirantes para formar el Consejo, se les sustituirá por Coroneles y Capitanes de Navío efectivos, respectivamente, por orden de rigurosa antigüedad. Si existieran dos ó más de estos jefes, igualmente antiguos, será preferido el que tenga mayor tiempo de servicio efectivo.

Artículo 7°. Corresponden al Consejo de Oficiales Generales, las funciones de orden jurisdiccional y administrativo que el Código de Justicia Militar concede al Consejo Supremo de Guerra y Marina, en cuanto no esté en oposición con esta ley. Rigen, así mismo, respecto de dicho Consejo, las demás disposiciones del referido Código, relativas en su organización.

Artículo 8°. Quedan derogados el artículo 4° del Código de Justicia Militar y los demás que estén en oposición con esta ley.

Artículo 9°. El Fiscal y el Relator del Consejo Supremo de Guerra y Marina, continuarán prestando sus servicios en el Consejo de Oficiales Generales.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario á su cumplimiento.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso, en Lima, á los veintitrés días del mes de octubre de mil novecientos seis.

M.C. Barrios, Presidente del Senado.

Juan Pardo, Primer Vice-Presidente de la H. Cámara de Diputados.

José Manuel García, Senador Secretario.

Germán Arenas, Diputado Secretario.

Al Excmo. Señor Presidente de la República.

Por tanto: mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, á los veintiséis días del mes de octubre de 1906.

José Pardo.  
Pedro E. Muñiz.

Es patente que las dos modificaciones o reformas no fueron fruto del azar, por cuanto previamente hubo tres proyectos de iniciativa de la Excma. Corte Suprema de Justicia, debidamente fundamentados, y que fueron presentados a la Cámara de Diputados:

a) Primer Proyecto de Ley referido a la Jurisdicción Militar:

Proyecto de Ley

*El Congreso de la República Peruana*

Considerando:

Que la justicia militar es una excepción de la justicia ordinaria, y debe limitarse al objeto que tiene, de mantener la disciplina de la fuerza armada; siendo peligroso para las libertades públicas y la seguridad general, dar á esa jurisdicción mayor alcance que el indispensable para el fin de su institución.

Ha dado la ley siguiente:

Art. 1°. A la jurisdicción militar están sujetos los militares, únicamente, por infracciones cometidas en actos de servicio, previstas por el Código de Justicia Militar.

Art. 2°. Dicha jurisdicción se extiende.

1°. A los asimilados militares, esto es, los empleados de los cuerpos de sanidad, intendencia, veterinaria, maestranza y demás dependencias del Ministerio de la Guerra.

2°. A los asimilados en cuartel sujetos á la disciplina militar.

3°. A los supernumerarios é individuos de las reservas, desde su llamada al servicio activo en caso de movilización ó desde la llegada á su destino, cuando fueren convocados para maniobras, ejercicios ó revistas hasta su separación del servicio.

Art. 3°. Servicio militar es el que se presta á la Nación en el Ejército, la Armada, las Gendarmería, las instituciones, dependencias ó comisiones militares; y también en la guardia civil, cuando en tiempo de guerra nacional ó civil, sea puesta a disposición del Ministerio de Guerra.

Art. 4°. Por razón del lugar, en que el delito se cometa, es competente la jurisdicción militar, para conocer de las causas contra toda clase de personas, que en los cuarteles, arsenales, buques de guerra, campamentos, fortaleza y demás establecimientos de guerra, perpetren delito, que perturbe el servicio militar, ó afecte la seguridad de esas dependencias militares.

Art. 5°. En tiempo de guerra nacional quedan sometidos a la jurisdicción penal militar:

1°. Las personas que, en el territorio de operaciones, acompañen al Ejército, en virtud de permiso.

2°. Los reos de traición, espionaje, infidencia, instigación a la desertión, saqueo ó despojo, en la circunscripción del Ejército Nacional, estando éste en presencia del enemigo.

3°. Los habitantes de plazas sitiadas a falta de jueces del fuero común; debiendo imponerse los castigos, según las leyes penales comunes.

4°. Los reos de salteamiento, ataque á trenes ó postillones de correo, destrucción de hilos telegráficos ó de puentes, levantamiento de rieles ú obstrucción de vías férreas, incendio y secuestro de personas, cuando el delito se verifique en territorio de operaciones militares, con el propósito de causarles daño.

5°. Los que atraquen á centinelas, correos militares, avanzadas ó tropas cualquiera.

6°. Los prisioneros de guerra y personas constituidas en rehenes.

Art. 7°. Quedan derogados los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17 y 18 y todas las disposiciones del Código de Justicia Militar, que se oponga a la presente Ley.

Comuníquese, etc.

Lima, 1° de agosto de 1905.

Alberto Elmore.

b) Segundo Proyecto de Ley, relacionado con la organización del Consejo de Oficiales Generales y recurso de nulidad ante la Excma. Corte Suprema de Justicia:

Proyecto de Ley

*El Congreso de la República Peruana*

Considerando:

Que es necesario mantener el principio de la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema la autoridad administrativa y la jurisdicción en último grado, cualquiera que sea el fuero de las causas civiles y criminales, así como la especial que le corresponde en los juicios que se siguen contra los altos funcionarios públicos, conforme á las leyes.

Que con tal propósito, deben ser modificadas las disposiciones del Código de Justicia Militar, que destruyen esa unidad;

Ha dado la ley siguiente:

Art. 1°. Corresponde á la Corte Suprema conocer del recurso de nulidad, que interpongan el Fiscal o la parte del enjuiciado, en los juicios del fuero de guerra, en los casos en que pueda interponerse, conforme a esta ley.

Art. 2°. Corresponde á la misma Corte conocer originariamente en las causas sujetas al fuero de guerra que se sigan contra los Senadores, Diputados, Ministros de Estado,

Magistrados de la Corte Suprema, miembros del Consejo de Oficiales Generales, Arzobispos, Obispos y Agentes diplomáticos del Perú en el extranjero.

En la prosecución de estos juicios se observarán los trámites, que corresponden a los que se siguen contra los mismos funcionarios por delitos oficiales; pero se aplicarán las penas establecidas en el Código de Justicia Militar.

Art. 3°. El recurso de nulidad procede:

1°. Contra los autos, que resuelven el artículo de falta de jurisdicción, en el sentido de que la causa no es del fuero común, sino del de guerra.

2°. Contra las sentencias que impongan la pena de muerte ó privación de la libertad por seis años ó más, ó la de degradación.

3°. Contra las sentencias pronunciadas por la Sala Revisora del Consejo de Oficiales Generales, en las causas de que conoce originariamente este Consejo.

Art. 4°. En caso de guerra nacional, cuando el Consejo de revisión ejerza sus funciones en campaña, fuera de la capital de la república, no se admitirá recurso alguno de sus resoluciones.

Art. 5°. Compete á la Corte Suprema conocer del recurso de reposición, contra las ejecutorias, que hayan impuesto algunas de las penas graves, que indica el inciso segundo del artículo tercero.

Art. 6°. El Consejo Supremo de Guerra y Marina se llamará en adelante Consejo de Oficiales Generales; y se compondrá de nueve vocales, seis de ellos generales y tres Contralmirantes, y de un Fiscal letrado.

Art. 7°. Corresponde al Consejo de Oficiales Generales las funciones de orden jurisdiccional y administrativo, que el Código de Justicia Militar concede al Consejo Supremo de Guerra y Marina, en cuanto no estén en oposición con esta Ley. Rigen así mismo, respecto de dicho Consejo, las demás disposiciones del referido Código, relativas a su organización.

Art. 8°. Quedan derogados el artículo 4° del Código de Justicia Militar y los demás que estén en oposición con esta ley.

Comuníquese, etc.

Lima, 2 de agosto de 1905.

Alberto Elmore.

c) Tercer Proyecto de Ley concerniente a la competencia jurisdiccional:

Proyecto de Ley

*El Congreso de la República Peruana*

Considerando:

Que siendo la jurisdicción privativa una expresión de la ordinaria, conviene mantener, en todo caso, el principio designado en los artículos 390 y 394 del

Código de Enjuiciamiento Civil, por los cuales corresponde a los tribunales ordinarios resolver las contiendas de competencia, que ocurran con los tribunales privativos, aún cuando éstos sean de la justicia militar.

Que es indispensable conservar el principio de la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema, como el más alto tribunal en el jerárquico, que corresponde á los diversos tribunales de la República.

Ha dado la siguiente ley:

Art. 1º. Las contiendas de competencia, entre la jurisdicción ordinaria y la de guerra, se decidirán por la Corte Superior, a cuyo distrito correspondan los jueces o tribunales entre quienes ocurran.

Art. 2º. Si estos no correspondieren al distrito de la misma Corte Superior, ó si uno de los contendientes fuera el Consejo de Oficiales Generales, la competencia será resuelta por la Corte Suprema.

Art. 3º. En caso de duda de una y otra jurisdicción, se dará la preferencia á la ordinaria.

Art. 4º. Derogase el inciso 1º del artículo 49 y el artículo 35 del Código de Justicia Militar, y los demás que estén en oposición con esta ley.

Comuníquese, etc.

Lima, agosto 1º. De 1905.

Alberto Elmore<sup>(217)</sup>.

En línea con lo señalado, los tres proyectos de ley se dieron cuenta en la sesión de la H. Cámara de Diputados el sábado 5 de agosto de 1905. El primero pasó a las comisiones Auxiliar de Legislación y Principal de Guerra; el segundo, a las comisiones de Constitución y Auxiliar de Legislación; y el tercero, a las comisiones Auxiliar de Legislación y Auxiliar de Justicia. Paralelamente, hubo una iniciativa del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Guerra y Marina de fecha 6 de agosto de 1905, que también fue presentada a la Honorable Cámara de Diputados. Con fecha 5 de octubre de 1905 se evacuó el Dictamen de la Comisión Auxiliar de Legislación de la Honorable Cámara de Diputados, relacionado con los tres proyectos de la Excma. Corte Suprema de Justicia y del Poder Ejecutivo. Se propuso la aprobación de los tres Proyectos de la Corte Suprema y del Poder Ejecutivo con las modificaciones sugeridas por dicha

---

<sup>(217)</sup> Cfr. *Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906*, publicación oficial, Ministerio de Guerra y Marina, Imprenta de “El Lucero”, Lima, 1908, págs. 293-312.



Comisión. El Dictamen iba acompañado por un Proyecto de ley compuesto por 24 artículos. También hubo un Dictamen de la Comisión Principal de Legislación de la Honorable Cámara de Senadores (en mayoría), de fecha 5 de diciembre de 1905. Y, finalmente, se dio el Dictamen de la Comisión Principal de Legislación del H. Senado (en minoría) con fecha 9 de diciembre de 1905<sup>(218)</sup>.

De la misma manera, todo este tenso debate en ambas Cámaras dio como resultado el nacimiento de las Leyes N<sup>o</sup>s. 272 y 273. A propósito de estas leyes, renglón preferencial ocupó en aquella época la presencia de Miguel Antonio de la Lama (1839-1913), en su condición de Fiscal del Consejo de Oficiales Generales. Entre otras contribuciones, destacaron sus dictámenes fiscales y el cuestionario que presentó con sujeción al cual se redactaron los Formularios de Justicia Militar, que ya no se ven en la actualidad<sup>(219)</sup>.

No obstante que el Código de Justicia Militar de 1898 tenía poca existencia –de 6 a 7 años–, se presentaron muchas tensiones entre el Poder Judicial y el Consejo Supremo de Guerra y Marina. Esta situación actualmente sigue en pie, pero con una diferencia. ¿Por qué? Muy simple, porque existe un órgano denominado Tribunal Constitucional, quien de una u otra forma modula, a través de sus sentencias, la problemática que acarrea el tema de la Jurisdicción Militar.

Es de interés significar que, en la “Declaración de Principios del Partido Nacional Democrático” que elaboró José de la Riva-Agüero y Osma (1885-1944) en 1915, se decía: “La salvaguardia de las garantías individuales exige inaplazablemente la reforma del Código de Justicia Militar, a cuya redacción concurren las intenciones mejores y más laudables; pero cuya aplicación es ocasionada a funestísimos abusos, según lo ha acreditado la práctica largamente. Se hace indispensable limitar su jurisdicción a los militares en servicio; y llevar

---

(218) Los textos y documentos correspondientes se pueden consultar en la Sección de reforma del Código de Justicia Militar de los *Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906, ob. cit.*, págs. 313-357.

(219) Cfr. *Formularios de los Procedimientos de Justicia Militar*, edición oficial, Ministerio de Guerra y Marina, Tipografía de “El Lucero”, Lima, 1908, 298 págs.

siempre y en todos los grados a los civiles ante los jueces comunes, sin más excepción que la obligada y única de guerra externa”<sup>(220)</sup>.

Merece la pena también mencionar que el 3 de setiembre de 1917, se promulgó la Ley N° 2442, restringiendo la jurisdicción militar, cuyo artículo 1° disponía que:

“A la jurisdicción militar están sujetos los militares, únicamente por infracciones cometidas en actos del servicio previsto por el Código de Justicia Militar, derogando de esta forma los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17 y 18 del Código de Justicia Militar”.

Y como si fuera poco, el 14 de setiembre de 1917, José Pardo sancionó un Decreto Supremo reglamentando la Ley N° 2442, para su mejor cumplimiento, en el cual se establecía principalmente la inhibición de las autoridades y tribunales de justicia militar, previo dictamen de los auditores<sup>(221)</sup> respectivos, de los juicios seguidos a paisanos y a militares que no estaban en servicio al iniciarse el procedimiento, remitiendo lo actuado a los jueces del fuero común.

Lo anteriormente expuesto se complementa con la Circular de la Corte Suprema, que ya no es moneda corriente ver, sobre la Ley N° 2442 antes anotada, y que merece, a modo de recordación, su transcripción textual:

Lima, 31 de setiembre de 1917

Señor Presidente de la Corte Superior de...

Habían trascurrido pocos meses de vigencia del Código de Justicia Militar, cuando en el año de 1899 la Corte Suprema presentó al Congreso un proyecto modificadorio de ese Código cuya idea matriz fue desde entonces reducir la jurisdicción privativa a sus racionales límites, con el objeto primordial de garantizar la disciplina de la fuerza armada y por lo tanto la estabilidad del orden

---

<sup>(220)</sup> Cfr. Riva-Agüero y Osma, José de la: *Obras completas (Escritos políticos)*, t. XI, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1975, págs. 37-38. Antecede Prólogo de Carlos Rodríguez Pastor.

<sup>(221)</sup> El auditor, por Real Orden de 25 de setiembre de 1765 ya gozaba del fuero militar. Al respecto, *vid.* Vallecillo, Antonio: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, ilustradas por artículos con las Reales Órdenes especiales hasta la fecha de esta edición*, t. III, Imprenta de los Señores Andrés y Díaz, Madrid, 1852, pág. 18.

interior y la eficaz defensa del Estado en el exterior, sin daño de la seguridad del pueblo, ni mengua de las libertades públicas.

Este proyecto fue amplio, lo que motivó, sin duda, que demandara un dilatado estudio por el Cuerpo Legislativo: por lo que creyendo el Tribunal que se facilitaría la reforma circunscribiéndola a los puntos más importantes y urgentes el 1º y 2º de agosto de 1905 presentó a la Cámara tres proyectos, fruto de experiencia adquirida por sus miembros en el desempeño de las funciones que ejercían en el Consejo Supremo de Guerra y Marina, y de las constantes manifestaciones de la opinión pública en contra de un Código cuya aplicación daba lugar a que se le mirara como un peligro para las garantías de los ciudadanos.

Aprobados luego los referentes a la reorganización y autoridades del Consejo de Oficiales Generales y a la solución de las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la de guerra, quedó en tramitación el concerniente a la jurisdicción militar.

La necesidad de la reforma se hacía sentir más y más. Los años pasaban. La Corte Suprema se dirigió en noviembre de 1913 a la Cámara de Diputados encareciéndole que se sirviera prestar su atención al asunto, y esta presidencia no escatimó sus gestiones con igual objeto. Por fin la ley ha sido promulgada por el presidente del Congreso el 3 del presente mes y ha sido catalogada por el Poder Ejecutivo con el número 2442 y publicada en el periódico “El Comercio” de esta capital el día 13.

He hecho esta ligera historia de la gestación de la ley, para que el Tribunal de la digna presidencia de usted se penetre bien de la trascendental significación que la Corte Suprema atribuye a la reforma y como consecuencia de esto, sea lícito en su ejecución y celoso en su observancia cada vez que sea preciso aplicarla en adelante.

Con tal intento, el Supremo Tribunal ha acordado que se llame la atención a las Cortes Superiores y Juzgados sobre los artículos 1º y 3º que precisan la extensión de la jurisdicción militar encerrándola dentro de estos tres términos infranqueables: delincuente militar, infracción en acto del servicio, infracción prevista por el Código de Justicia Militar.

El artículo 4º lleva al fuero militar a toda clase de personas, sean o no militares, pero en cambio establece que dicha jurisdicción únicamente está expedita si el delito se comete en cuarteles, buques de guerra u otros establecimientos de guerra y con él se perturba el servicio militar o se afecta la seguridad de alguna de esas dependencias militares.

Y este es el único caso en que los jueces privativos, pueden en tiempo de paz, ejercer jurisdicción sobre paisanos, aun cuando éstos fueran copartícipes en el delito como coautores, cómplices o encubridores, según lo dispone con bastante claridad el artículo 7º. El legislador se ha apartado deliberadamente de la regla procesal de la unidad de la causa, ante una consideración más elevada de justicia y de garantía de la seguridad general.

Si existieran en la actualidad en los juzgados militares juicios en que estuvieran comprendidos individuos sujetos al fuero de guerra y paisanos, o solamente paisanos, por delitos perpetrados en un establecimiento de guerra que hayan perturbado el servicio militar o afectado la seguridad de esa dependencia, esos juzgados no se apartarán de su conocimiento, seguramente; pero, en cualquier otro supuesto, su no inhibición en lo relativo a los paisanos constituirá usurpación de autoridad, por seguir ejerciendo la que la ley de 3 del presente mes les ha quitado.

Para efectuar la separación de que trata el mencionado artículo 7º, bastará que el juez militar remita al juez ordinario que corresponda, copia de las actuaciones referentes al paisano o paisanos comprendidos en el juicio.

A su vez, el juez de primera instancia podrá a petición del Ministerio Fiscal o del interesado, solicitar al juez militar, que se inhiba y que le envíe la copia antedicha.

Excusado es agregar que como consecuencia de la inhibición del juez militar, los enjuiciados detenidos tienen que ser puestos a disposición del juzgado que va a seguir entendiendo en el asunto.

Son tan precisas las reglas jurisdiccionales consignadas en la ley de que me ocupo, que es de esperar que no se producirán en adelante contiendas de competencia entre el fuero común y el privativo de guerra, y si sobrevienen rara vez, las Cortes Superiores las dirimirán legal y acertadamente. La potestad para enjuiciar y aprehender a paisanos por faltamientos de palabra u obra a la policía o a individuos pertenecientes al Ejército; por sustracción de armas del Estado; por rebelión, sedición, motín o asonada, o por salteamiento, para no hablar sino de los casos más frecuentes ocasionados a aquellos conflictos de jurisdicción, no será ya reclamada para sí, por los jueces militares conocedores de sus atribuciones legales.

La ley en referencia, con sus claras reglas limitativas de la jurisdicción de guerra, permitirá también a las Cortes Superiores resolver los recursos de Habeas Corpus motivados por la detención indebida de personas que no pertenezcan al Ejército ni a las clases de los asimilados, ordenada por la justicia militar.

Se ha de servir Ud. transcribir esta nota circular a los jueces de primera instancia de la dependencia de esa Corte; y ella tomará en consideración su contenido, con la ilustración y el interés que le distinguen cuando están de por medio la libertad personal, el derecho y las leyes.

Dios guarde a Ud.

A. Villa García.

Es oportuno advertir además que, la Junta de Gobierno presidida por Luis M. Sánchez Cerro (1889-1933) el 30 de setiembre de 1930, promulgó el Decreto Ley N° 6881, decretándose la suspensión del artículo 156 de la Constitución de 1920, y de las leyes N°s. 2442 de 3 de setiembre de 1917 y 5862 de 22 de setiembre de 1927, a fin de

establecer en todo su vigor las disposiciones del Código de Justicia Militar de 1898. En esta oportunidad, los civiles que cometían los delitos de falsa alarma, ataque a la fuerza armada, rebelión, sedición y motín, debían caer bajo la jurisdicción privativa de guerra, “toda vez que comprometen la estabilidad y disciplina del Instituto Armado”. El 28 de noviembre de 1930, la Junta de Gobierno capitaneada por Sánchez Cerro promulgó el Decreto Ley N° 6948, con propósito aclarativo, estableciendo que la jurisdicción privativa de Guerra se extendía a las infracciones cometidas por militares o civiles con anterioridad a la promulgación del Decreto Ley N° 6881.

Igualmente, es de destacar que a la vista de la previsión del artículo 106 de la Constitución Weimar del 11 de agosto de 1919<sup>(222)</sup>, la Constitución de 1920, en su artículo 156, sentó, y fue la primera en haber dispuesto constitucionalmente, que:

“La justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional”<sup>(223)</sup>.

En otro orden de consideraciones, el año 1923, el Gobierno remitió al Congreso de la República un Proyecto de Ley Orgánica del Ejército, para lo cual, con fecha 16 de abril del año en mención, el Ministro de Guerra autorizó a los jefes y oficiales del Ejército para emitir sus opiniones sobre su contenido y alcance. La respuesta no se dejó esperar, obteniéndose como resultado el libro que lleva por título *Encuesta sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Ejército*<sup>(224)</sup>.

---

<sup>(222)</sup> Artículo 106: “Queda suprimida la jurisdicción militar, salvo en época de guerra y a bordo de los buques de guerra. Una ley del *Reich* establecerá las disposiciones complementarias”. Por todos, *vid. Costituzione di Weimar [1919]*, Liberilibri, Macerata, 2008. De igual forma, un valioso testimonio del período weimariano se puede consultar en *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid 2010. Incluye los siguientes trabajos: Costantino Mortati: “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar” [1946], Walter Jellinek: “El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar” [1930] y Ottmar Bühler: “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos” [1922, 3ª edición, 1929].

<sup>(223)</sup> Esta norma fue modificada por Ley N° 5862, del 22 de setiembre de 1927, bajo la siguiente fórmula: “Artículo único.- La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional”. *Vid. García Belaunde, Domingo: Las constituciones del Perú, ob. cit.*, pág. 369.

<sup>(224)</sup> *Cfr. AA.VV.: Encuesta sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Ejército*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1923. Para mayor amplitud del tema abordado y

Surge de lo expuesto que, el siguiente Código de Justicia Militar fue promulgado el 16 de octubre de 1939<sup>(225)</sup>. Estuvo en vigor hasta 1950, año en que se dictó el próximo Código de Justicia Militar. Los motivos que llevaron a la implementación del Código de Justicia Militar de 1939 se justificaron mediante la siguiente:

Resolución Suprema

Lima 23 de octubre de 1937

Teniendo en consideración:

Que los progresos alcanzados por los Institutos Armados y por las ciencias jurídico-penales hacen inadecuadas y, en algunos casos, francamente inadaptables muchas de las disposiciones del Código de Justicia Militar, por cuya razón ha sido necesario modificarlo parcialmente por medio de leyes o resoluciones especiales, o que la jurisprudencia de los tribunales privativos del ramo salve sagazmente las dificultades que en la práctica se han encontrado;

Que es manifiesta y evidente la conveniencia de remediar esta situación, llevando a cabo la revisión del citado Código, incorporándole las modificaciones parciales aludidas y las que dicte la experiencia, adaptándolo, de modo general, a las condiciones actuales de los diversos servicios militares;

Que el Código de Justicia Militar, dada su antigüedad, ha sido formulado teniendo en cuenta solo las necesidades del Ejército de tierra, sin contemplar las infracciones específicas navales y de aviación, cuyo juzgamiento, se hace hoy por analogía, pero sin normas precisas que las prevean y repriman;

...

Al correr de unos pocos años, se dictó el Código de Justicia Militar de 1950 durante el gobierno del General Manuel A. Odría (1896-1974) mediante Decreto Ley N° 11380, de 29 de mayo de 1950. Y fue ratificado por el Congreso por Ley N° 11490, de 1° de setiembre de 1950<sup>(226)</sup>.

---

especialmente desde la década de los años veinte hasta los inicios de los años setenta del siglo XX, *vid.* Cotler, Julio: “Perú: Estado oligárquico y reformismo militar”, en González Casanova, Pablo (Coordinación): *América Latina: Historia de medio siglo*, 2ª. edición, vol. 1, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México, D.F., 1979, págs. 379-430.

<sup>(225)</sup> Una exposición detallada del Código de Justicia Militar de 1939, se puede consultar en Monsante Rubio, Hernán: *Nociones del Código de Justicia Militar*, Imp. de la Escuela Militar de Chorrillos, Lima, 1944.

<sup>(226)</sup> *Vid.* la edición de Freyre Villavicencio, Herbert y Nugent L. Ch., Ricardo: *Código de Justicia Militar. Anotado y concordado*, Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones

Preciso es reconocer, sin embargo que el Decreto Ley N° 11380 acotaba lo siguiente:

“Que el Código de 1939 no se adecúa a la organización actual de las Fuerzas Armadas de la República y adolece de omisiones, así como falta de precisión y claridad jurídica indispensables, tanto en su parte sustantiva como en la adjetiva, que deben ser subsanadas a fin de que sea verdadera salvaguardia de la moralidad y disciplina incommovibles de dichas Fuerzas, garantía del orden y factor inmediato para su restabilización si se produce su ruptura”.

Se observa, empero, que con el golpe institucional –o mejor dicho, de cuartel– de la Fuerza Armada (1962-1963), y con fecha 25 de julio de 1963, en el régimen de Nicolás Lindley López (1908-1995) se dictó el Decreto Ley N° 14612 que normaba por vez primera, la Ley Orgánica de la Justicia Militar. Resulta importante destacar que este cuerpo normativo constituye el primero en su naturaleza, pues tradicionalmente había estado subsumido en los Códigos de Justicia Militar, desde el primero que se dio en 1898. Esta situación es explicada en la parte considerativa del texto, cuando establece:

“Que es necesario separar del Código de Justicia Militar las normas sobre organización y atribuciones de la Justicia Militar que contiene el Libro Primero del Código vigente, –se refiere al Código de 1950– formando con ellas una ley independiente con el nombre de Ley Orgánica de la Justicia Militar”<sup>(227)</sup>.

Desde este punto de vista, importa no olvidar que el Código de Justicia Militar de 1963 rigió hasta los tramos finales del gobierno de Francisco Morales Bermúdez, ocurrido en 1980; esto es, estuvo en vigor 17 años. En atención a las circunstancias anteriormente descritas, el 19 de julio de 1980, y pocos días antes

---

Técnicas de la Policía, Lima, 1952. Antecede un Prólogo de Teobaldo González López. También, De la Jara, Luis: “El nuevo Código de Justicia Militar”, en Revista Jurídica del Perú, Año II, N° 1, Enero-Abril, Lima, 1951, págs. 9-42, en especial, págs. 22-26, concerniente a la Jurisdicción Militar. Ahora bien, redactado sobre la base del Código de Justicia Militar de 1950, el contenido del *Programa analítico de Derecho Penal Privativo* (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961), elaborado por Ricardo Nugent, sigue conservando las líneas maestras del Derecho Penal Militar.

<sup>(227)</sup> Vid. *Ley Orgánica de la Justicia Militar y Código de Justicia Militar*, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1963, pág. 1.



de que se transfiriera el gobierno *de facto* a la civilidad, el gobierno militar decidió dictar el Decreto Ley N° 23201, que contenía la Ley Orgánica de la Justicia Militar, y el 24 del mismo mes y año se publicó el Decreto Ley N° 23214, con lo cual se dio nacimiento al Código de Justicia Militar<sup>(228)</sup>.

De todo esto se puede concluir que el Perú Republicano del siglo XX ha contado en su historia (sin olvidar, entre otros, los Proyectos de Código de Justicia Militar de 1900, 1901 y 1929), con seis Códigos de Justicia Militar: el de 1863, con vigencia de 3 años; el de 1898, en vigor durante 40 años; el de 1939, con 11 años; el de 1950, con 13 años; el de 1963, con 17 años de duración<sup>(229)</sup>, y el Código y la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980, en vigor por un espacio de 26 años<sup>(230)</sup>. Y en la década de los años 90 se tuvo una legislación, de una u otra manera, complementaria, especialmente la orientada a la ampliación de la competencia del fuero militar<sup>(231)</sup> –muy dispar y complicada– a civiles alzados en armas, así como las penas y los problemas de los conflictos (contiendas) de competencia, todo esto desarrollado dentro del contexto de la lucha antisubversiva emprendida por el régimen de Alberto Fujimori Fujimori<sup>(232)</sup>.

<sup>(228)</sup> Acerca de los códigos de Justicia Militar de 1939, 1950, 1963 y 1980, *vid.* Blume Rocha, Ernesto Jorge: *La Justicia Militar en la Historia del Perú*, *ob. cit.*, págs. 170-174, respectivamente. *Vid.* también el enfoque desde el punto de vista del mercado comparado sobre el Código de Justicia Militar de 1980 a cargo de Asencio Mellado, José María: “Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002, págs. 65-97. Desde el punto de vista nacional, *vid.* Meini, Iván: “Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar”, en el mismo *Anuario...*, págs. 197-239.

<sup>(229)</sup> *Vid.*, Monteforte Toledo, Mario: *La solución militar a la peruana. 1968-1970*, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1973.

<sup>(230)</sup> El Código de Justicia Militar y Policial creado mediante Decreto Legislativo 961, de fecha 10 de enero de 2006, reemplazó al Código de Justicia Militar de 1980.

<sup>(231)</sup> Para la ampliación del Fuero Militar, desde el punto de vista histórico, *vid.* Vallecillo, Antonio: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, ilustradas por artículos con las Reales Órdenes especiales hasta la fecha de esta edición*, t. III, *ob. cit.*, págs. 1-11.

<sup>(232)</sup> Para mayores detalles, *vid.* Abad Yupanqui, Samuel y Garcés Peralta, Carolina: “El gobierno de Fujimori: antes y después del golpe”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, vol. 9, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, págs. 85-190. Antecede Presentación de Francisco Eguiguren Praeli. Y, Pease García, Henry: *La autocracia fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo de Cultura Económica, Lima, 2003. Del mismo autor, *vid.*: *La oposición democrática al fujimorato: Valentín Paniagua en su momento culminante*, Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

Queremos decir con todo ello que el 22 de octubre de 1996, a través de la Ley N° 26677, se modificaron los Decretos Leyes N°s. 23201 (Ley Orgánica de la Justicia Militar) y 23214 (Código de Justicia Militar) y se creó el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Después de todo, y sin tener en cuenta ninguna previsión constitucional, empieza a darse un proceso de autorreforma en el seno de la Justicia Militar, destacando las siguientes características: *a)* la incorporación al modelo procesal penal militar el “proceso sumario”, *b)* la expansión de los tribunales militares quienes extendieron su ámbito de competencia al juzgamiento de delitos que eran totalmente ajenos a la protección de bienes jurídicos de carácter militar, y *c)* el juzgamiento de casos de terrorismo y figuras delictivas propias del crimen organizado cometidos por los civiles o paisanos<sup>(233)</sup>. Sobre este particular, volveremos más adelante.

## 8. LA JUSTICIA MILITAR EN LA PRÁCTICA: ANÁLISIS DE CUATRO CASOS DURANTE LA DÉCADA DE LOS AÑOS NOVENTA DEL SIGLO XX

### 8.1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR

Haciendo un examen retrospectivo, diremos que durante la fase contemporánea de la Justicia Militar –década de los años 90 del siglo XX–, el desarrollo o puesta en práctica de la misma supuso la presencia de una buena cantidad de excesos, generados probablemente como consecuencia de un inadecuado o incorrecto entendimiento en torno de lo que representaban sus alcances. Por ello, no es extraño sostener que en los inicios de los años 90, particularmente desde el 5 de abril de 1992, sucedió el autogolpe de Estado del en ese entonces presidente constitucional Alberto Fujimori Fujimori; con la anuencia del aparato castrense, se produjeron diversos casos que reflejaron un evidente proceder inconstitucional, ilegal e ilegítimo, y lejano a las reales intenciones de la Carta Fundamental. Julio Cotler, con quien coincidimos, al respecto sostiene que: “El respaldo masivo de la población a esta decisión y la participación de la fuerza armada incapacitó a los maltrechos partidos y sindicatos para desplegar una acción efectiva, facilitándole al gobierno la tarea de depurar la administración pública y colocar a un personal incondicional en los *tribunales* y los comandos militares, supuestamente para moralizarlos y darles una mayor eficacia operativa. Asimismo, esta acción también

---

<sup>(233)</sup> Al respecto, *vid.* Pereira Chumbe, Roberto Carlos: “Las propuestas de reforma de la Justicia Militar”, en Anuario de Derecho Penal, Lima, 2001-2002, págs. 395-425.

le permitió decretar una racha de reformas liberales acordadas con los organismos internacionales que, paradójicamente, los denostados partidos avalaron”<sup>(234)</sup>.

A fin de graficar la realidad descrita en relación con el fuero privativo militar, hemos seleccionado determinados casos que si bien no son los únicos, pueden considerarse como particularmente emblemáticos, por los temas que en su momento supusieron. Por vía de ejemplo, nos permitimos citar: 1) el caso de la detención-desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle (conocida como La Cantuta); 2) el proceso contra varios generales en retiro por delito de opinión; 3) el caso de la rebelión de los militares del 13 de noviembre de 1992; y 4) el caso del ingeniero Miguel Ruiz-Conejo procesado por delito de terrorismo.

Por todo ello, con los casos en mención se busca diagnosticar y evaluar los principios, procedimientos y sentencias emanadas de la justicia marcial, a la luz de los estándares del Derecho Constitucional Militar en la década de los años 90 del siglo que se acaba de ir. En su significación más elemental, se desprende que ante tales circunstancias se vivió una crisis de legitimidad. En realidad, desde la aurora misma de la Emancipación, todo golpe de Estado ha modificado las relaciones de poder, y el Poder Judicial ha sido el que más se ha trastocado impunemente.

## 8.2. CASO DE LOS DESAPARECIDOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN ENRIQUE GUZMÁN Y VALLE (LA CANTUTA)<sup>(235)</sup>

### 8.2.1. LOS HECHOS DENUNCIADOS

El día sábado 18 de julio de 1992, siendo la una y treinta de la madrugada, nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta fueron secuestrados

---

<sup>(234)</sup> Cfr. Cotler, Julio: *Descomposición política y autoritarismo en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Documento de Trabajo, N° 51, Lima, 1993, pág. 25. También, Instituto Democracia y Socialismo: *Perú 1990. Encrucijada entre los senderos de muerte y los caminos de paz*, Lima, 1990.

<sup>(235)</sup> Al respecto, *vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas)* (versión en línea: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=259>> y <<http://huguet.tripod.com/cantuta.htm>>). También, *vid.* el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, del 28 de agosto de 2003 (versión en línea: <<http://www.cverdad.org.pe/pagina01.php>>).

del interior de la residencia universitaria por un comando militar integrado por treinta soldados encapuchados. Estos hechos se denunciaron como un típico caso de detención arbitraria y desaparición forzada<sup>(236)</sup>.

### 8.2.2. LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, LA INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIA, LOS PROCESOS PENALES Y LA CONTIENDA DE COMPETENCIA

Tiempo después y con la labor de investigación emprendida por diversos periodistas, principalmente pertenecientes al semanario *Sí*, la Fiscalía de la Nación inició las investigaciones con relación a los hallazgos de fosas comunes en Cieneguilla y Huachipa –en las afueras de Lima–, donde se encontraron enterradas algunas de las pertenencias de los desaparecidos, así como diversos restos humanos, existiendo a partir de entonces la presunción de haberse producido actos de tortura y ejecución de personas, así como la posterior incineración de sus cuerpos. Los primeros implicados constituían un grupo paramilitar que se hacía llamar “Colina”. Sin embargo, el entonces Comandante General del Ejército, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, negó identificar a los militares encargados de vigilar la Universidad La Cantuta la noche del secuestro, señalando que en dichos sucesos el Ejército no había detenido a ningún civil.

Ante estas circunstancias, y de modo independiente a la investigación estrictamente penal, tanto la Universidad La Cantuta como Raida Córdor Sáenz, madre de uno de los estudiantes desaparecidos, interpusieron demandas de Hábeas Corpus a favor de los nueve estudiantes y el profesor universitario, dirigiéndola contra el Presidente Alberto Fujimori, el Consejo de Ministros, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y el jefe militar de La Cantuta (entre otros emplazados). Lo que se denunciaba mediante dicho proceso era la vulneración de la libertad individual, seguridad e integridad de los detenidos-desaparecidos.

---

<sup>(236)</sup> Para mayores detalles, *vid.* Cubas Villanueva, Víctor (con la colaboración de Quispe Farfán, Fany Soledad): *La Cantuta: Crónica de una investigación fiscal*, Palestra Editores, Lima, 1998. Y, Eguiguren Praeli, Francisco y Azabache Caracciolo, César: “Análisis de la constitucionalidad de la Ley 26291 y de la decisión judicial que remitió el juzgamiento del caso «La Cantuta» al fuero militar”, en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, N° 40, Marzo, Lima, 1994, págs. 33-41.

A su turno, el ciudadano Jaime Oyague Velazco interpuso otro Hábeas Corpus a favor de su sobrina desaparecida, Dora Oyague Fierro, dirigiendo la demanda contra las mismas autoridades y con el mismo objetivo: la protección de la libertad individual.

En uno y otro caso las investigaciones practicadas por las fiscalías penales terminaron siendo insuficientes y las sentencias, incluidas las de la Corte Suprema, concluyeron de manera absurda e inexplicable por la improcedencia de los Hábeas Corpus, por cuanto “no se han comprobado los hechos afirmados”, y adicionalmente, porque “tampoco se ha verificado la existencia física de los ciudadanos supuestamente menoscabados en sus garantías constitucionales...”. Y que, en todo caso: “...la comprobación del hecho y la consecuente verificación física, son elementos sustanciales para determinar la existencia de actos violatorios de las garantías constitucionales”<sup>(237)</sup>.

Inmediatamente después de emitidas estas sentencias y no obstante la inicial oposición del bloque parlamentario oficialista (Cambio 90-Nueva Mayoría), la minoría parlamentaria del Congreso Constituyente Democrático de entonces logró nombrar una comisión investigadora para el caso de los desaparecidos de La Cantuta. A raíz de ello, se citó a diversos militares con el objetivo de que proporcionaran su testimonio ante la Comisión Investigadora del Congreso. Lamentablemente, el mismo no se produjo debido a la negativa del Comandante General del Ejército, quien inusitadamente (y, de más está decirlo, en forma inconstitucional) les prohibió declarar al respecto.

Descubierto el crimen e identificados los presuntos responsables, el fuero común aperturó la correspondiente instrucción; sin embargo, la justicia militar también inició instrucción contra los que resultaran responsables por las detenciones-desapariciones mencionadas, que a esas alturas ya causaban profundo estupor en la opinión pública con los hallazgos de más restos humanos calcinados y pruebas que llevaban a identificar personalmente a paramilitares del denominado grupo “Colina”. La Comisión Investigadora del Congreso –que ya había sido desairada anteriormente– solicitó información sobre dichas denuncias al Consejo

---

<sup>(237)</sup> *Vid.* Sexta Sala Penal, Expediente N° 953-92.

Supremo de Justicia Militar, quien rechazó el pedido alegando que nadie podía abocarse causas judiciales pendientes ante ese órgano jurisdiccional militar.

Aunque el Gral. Hermoza Ríos fue también citado por la mencionada Comisión Investigadora del Congreso y aceptó acudir, simplemente se limitó a señalar que de acuerdo con la investigación administrativa realizada por el Ejército, ninguno de sus miembros había tenido participación alguna en la detención-desaparición de los agraviados de La Cantuta. Ante la circunstancia de haberse iniciado un proceso penal ante el fuero común y otro proceso ante el fuero castrense, contra los militares implicados por los delitos de desaparición y homicidio calificado de los nueve estudiantes y el profesor de La Cantuta, se presentó un típico caso de contienda de competencia entre ambos fueros jurisdiccionales, que reclamaban para sí la facultad de procesar a los militares inculpados.

En el contexto de dicha contienda de competencia, la Sala Penal de la Corte Suprema no alcanzó el número de votos necesarios para emitir una resolución, habida cuenta de que eran cuatro los votos que se requerían, según lo dispone el artículo 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Mientras los vocales Moisés Pantoja Rodulfo, Pedro Iberico Mas y Alipio Montes de Oca Begazo se pronunciaron a favor de la jurisdicción militar, los vocales Luis Felipe Almenara Bryson y Hugo Sivina Hurtado consideraron que la competencia le correspondía a la justicia ordinaria. La Ley Orgánica del Poder Judicial disponía en su artículo 144, que cuando no se obtenían los cuatro votos para emitir una resolución, se producía una “discordia”, que debía ser tramitada siguiendo un procedimiento de dirimencia por el que se llamaba a votar a los vocales menos antiguos de la Corte Suprema, hasta lograr el número de cuatro votos. El llamado fue el vocal Carlos Giusti Acuña, conocido entonces por su férrea defensa del fuero judicial, así como por su trayectoria como magistrado independiente<sup>(238)</sup>.

Sin embargo, sorpresivamente, y estando próxima la realización de una segunda votación en el seno de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

---

<sup>(238)</sup> *Vid.* Alvites Alvites, Elena Cecilia: “Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares: comentarios a la resolución del conflicto de competencia en el caso La Cantuta”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002, págs. 263-284.



con la asistencia del mencionado magistrado (a fin de determinar si se quedaban los militares procesados en la jurisdicción militar o en la jurisdicción ordinaria), la mayoría oficialista del Congreso aprobó la Ley N° 26291<sup>(239)</sup>, mediante la cual se disponía que la contienda de competencia se resolvería con la mayoría que se obtuviese en una única sesión, modificando así el artículo 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que exigía una votación calificada de cuatro votos. Incluso, y para evitar eventuales discusiones sobre sus alcances interpretativos, la mencionada Ley establecía que la nueva regla se aplicaría a las contiendas de competencia en trámite, lo que evidentemente comportaba un proceder contrario a la Constitución y, especialmente, contrario a la regla que imponía respeto al procedimiento preestablecido en la ley. De esta manera el gobierno, tras dictar esa Ley para resolver una votación en trámite, asegurando la decisión de la mayoría existente –es decir, de tres votos contra dos– para que el caso pasara a la justicia militar, daba por concluida la contienda de competencia del caso La Cantuta, eliminando el procedimiento de solución de la “discordia” y disponiendo que la causa pasara a manos de la justicia militar.

La Sala Penal de la Corte Suprema, nombrada por el Jurado de Honor de la Magistratura, resolvió con los votos de los tres vocales antes mencionados aplicar la Ley N° 26291, pasando al fuero militar el proceso por el crimen de los militares de La Cantuta. Se creó así un ambiente de indignación por la escandalosa obsecuencia y sumisión de los poderes *de iure* –Congreso, el Poder Ejecutivo y finalmente el Poder Judicial– al poder militar, que dejaba en claro una indiscutible y cada vez más evidente voluntad de subordinar a los poderes constitucionales del Estado. En vez de preferir el principio de supremacía constitucional que consagraban los artículos 51<sup>(240)</sup> y 138 *in*

---

<sup>(239)</sup> *Vid.* Ley referida a las contiendas de competencia sobre Jurisdicción Civil o Militar (publicada en *El Peruano* el 10 de febrero de 1994). También, Cubas Villanueva, Víctor: “Contiendas de competencia”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, *ob. cit.*, págs. 134-141. El autor recuerda los problemas y las diversas contiendas de competencia o declinatorias de competencia que se han presentado entre el Fuero Privativo Militar y el Fuero Común.

<sup>(240)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 51*: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.



*fine*<sup>(241)</sup> de la Constitución de 1993, se optaba por una fórmula distorsionadora del esquema de atribuciones contemplado por la carta.

### 8.2.3. LA SENTENCIA DEL FUERO MILITAR. ANÁLISIS

Hacia mediados de 1994, tras culminar el proceso seguido ante el fuero castrense de los quince militares enjuiciados por abuso de autoridad, secuestro, desaparición forzada, asesinato y contra la administración de justicia, sólo fueron sentenciados dos mayores y dos suboficiales por el asesinato de los estudiantes y del profesor de La Cantuta. Mientras que los mayores fueron condenados a veinte años de pena privativa de la libertad, los suboficiales lo fueron a quince años. Se dispuso además que la ejecución de la pena fuera efectuada en una prisión militar.

De lo hasta aquí expuesto, queda en evidencia que en aquella época, para la justicia militar, secuestrar, asesinar, quemar los cuerpos de diez personas y enterrar sus restos, constituía un delito de función militar pasible de ser juzgado por la justicia castrense, lo que, como es evidente, contrastaba notoriamente con la concepción de dicho ilícito penal<sup>(242)</sup>.

A estas alturas no se necesita ser un conocedor a fondo del derecho para deducir que el delito de función necesariamente tiene que derivarse de una acción militar concreta, siendo inaceptable que el asesinato premeditado (practicado con alevosía y ventaja) y la quema de cadáveres con propósitos de ocultación de restos humanos, constituya modalidad de este tipo de delito. En cualquier parte del mundo, donde hechos como los descritos fuesen perpetrados por personal militar, no cabría la menor duda de que su investigación correría a cargo del fuero común.

---

<sup>(241)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 138*: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. / En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

<sup>(242)</sup> *Vid. Pachas Palacios, Eduardo Remi: Jurisdicción y Competencia del fuero privativo militar peruano en las constituciones de 1979-1993*, Impresiones Cronos Color E.I.R.L., Lima, 2005. Antecede Prólogo de Félix Ernesto Salazar Huapalla, págs. 69-79.

Conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico, es el Decreto Ley N° 25592<sup>(243)</sup> el que tipifica la detención-desaparición que realice un funcionario, como un delito común, siendo en consecuencia su juzgamiento competencia exclusiva del Poder Judicial. Por más que dicha conducta sea resultado de un enfrentamiento militar o derivado de una circunstancia similar, los actos de preparación y comisión, así como la reveladora intencionalidad de ocultar los restos humanos quemados, constituyen un delito común etiquetado como asesinato, sean militares o civiles los autores del crimen. Su procesamiento y sanción sólo puede ser atribución del Poder Judicial, de acuerdo con los códigos penales sustantivo y procesal.

En tales circunstancias, pretender asumir una concepción genérica respecto de lo que constituye el delito de función no hace otra cosa que vulnerar de la manera más grotesca el artículo 173 de la Constitución de 1993<sup>(244)</sup> –que repite lo enunciado por el artículo 282 de la Constitución de 1979–, cuyo texto prescribe que sólo en los casos de delitos de función los militares serán procesados por la justicia militar conforme a su legislación interna.

Paralelamente a lo dicho, no está de más añadir que la detención de los agraviados fue absolutamente ilegal, no sólo porque no hubo operativo militar alguno, sino porque tampoco existió orden judicial o flagrante delito. Es decir, se realizó totalmente fuera de los marcos establecidos por el artículo 2 inc. 20.g de la Constitución de 1979<sup>(245)</sup>,

---

(243) Ley que establece pena privativa de libertad para funcionarios o servidores públicos que priven a una persona de su libertad ordenando o ejecutando acciones que tengan como resultado su desaparición (publicada en *El Peruano* el 02 de julio de 1992).

(244) *Constitución Política de 1993. Artículo 173*: “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. La casación a que se refiere el artículo 141° sólo será aplicable cuando se imponga la pena de muerte. / Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

(245) *Constitución Política de 1979. Artículo 2*: “Toda persona tiene derecho: [...] 20. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] g. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En

actualmente regulados en el artículo 2 inc. 24.f de la Constitución de 1993<sup>(246)</sup>.

Finalmente, y por lo que importa a la evaluación del contexto político e institucional por entonces vivido, no cabe la menor duda de que la actuación jurisdiccional militar no sólo interfirió claramente en el ejercicio de las funciones desempeñadas por el Poder Judicial al desviar ilegítimamente a los autores del delito de asesinato, de la jurisdicción civil natural a la justicia militar o castrense, sino que promovió todo tipo de obstáculos para que estos hechos no pudieran ser investigados por los conductos institucionales naturales.

De estos actos fueron indudablemente responsables no sólo los militares que en su día integraron el Consejo Supremo de Justicia Militar, sino incluso los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema, que aceptaron obsecuentemente ceder jurisdicción. La responsabilidad de estos últimos se haría efectiva en su día ante el Congreso de la República, mediante la acusación constitucional y denuncia penal, contra los magistrados civiles que, encontrándose en votación la contienda de competencia, aplicaron retroactivamente la Ley N° 26291, vulnerando de esa forma los artículos 103<sup>(247)</sup> y 139 incisos 2 y 3<sup>(248)</sup> de la Constitución Política de 1993.

---

todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde. / Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término”.

<sup>(246)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 2:* “Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. / El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. / Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.

<sup>(247)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 103:* “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. [...]”.

<sup>(248)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 139:* “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. / Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el

### 8.3. CASO DE LOS DELITOS DE OPINIÓN DE GENERALES EN RETIRO DEL EJÉRCITO

#### 8.3.1. ANTECEDENTES

Entre fines de 1992 y comienzos de 1993 los generales en retiro Luis Cisneros Vizquerra, Alberto Arciniega Huby, Germán Parra Herrera y Jaime Salinas Sedó, entre otros, realizaron diversas declaraciones y escribieron artículos en los medios de comunicación escrita (*La República, Expreso y Oiga*). El contenido de estas declaraciones y artículos resultaba particularmente crítico en relación con el Decreto Legislativo N° 752, o Ley de Situación Militar, abordando temas como los relativos a la situación del Ejército, al igual que opiniones sobre la permanencia o no en el cargo del Comandante General del Ejército. A raíz de ello fueron denunciados y posteriormente procesados ante el fuero militar por los delitos de ultraje a los institutos armados e insulto al superior en agravio del Estado, y en particular, del Comandante General del Ejército, Gral. Nicolás de Bari Hermoza.

El contenido de los artículos periodísticos puede resumirse en lo siguiente: que la ratificación del Gral. Nicolás de Bari Hermoza Ríos como Comandante General del Ejército, rompiendo la larga tradición de relevo anual en dicho cargo, tendría consecuencias nefastas para la institución, constituyéndose en un factor eminentemente disociador. Que, asimismo, se crearía un malestar institucional y podría darse una situación de tormenta política si el general Hermoza Ríos y el asesor del Presidente Fujimori, el ex capitán Vladimiro Montesinos, continuaban al mando del Ejército. Finalmente, que se habría producido una división entre la alta jerarquía y el resto de las Fuerzas Armadas y que éstas habían quedado subordinadas al poder político.

---

ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. / 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. / Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Hechas estas declaraciones por parte de los citados generales, los mismos fueron denunciados individualmente ante la justicia militar, argumentándose que tales conductas, por su contenido y forma, resultaban agraviantes al Ejército peruano y a su comandante general. Se les incriminó que haciendo uso del grado militar que ostentaban hubiesen prestado declaraciones con el ánimo de crear un enfrentamiento entre los mandos militares, provocando el resquebrajamiento de la disciplina castrense. Se dijo, asimismo, que el grado militar de general que tenían los involucrados les impedía hacer declaraciones en contra o acerca de las instituciones armadas.

En tales circunstancias, y tras la culminación del proceso correspondiente, fueron condenados los generales en retiro Luis Cisneros Vizquerra, Alberto Arciniegas Huby (paradójicamente, uno de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar que condenó a Abimael Guzmán a cadena perpetua en 1992; tuvo que asilarse desde fines de ese año en Argentina) y Germán Parra Herrera, imponiéndoles la pena de sesenta días de prisión, cuya ejecución quedó suspendida tras haberseles concedido el beneficio de la condena condicional, “sujeto a las reglas de conducta previstas en el artículo 66 del Código de Justicia Militar de 1980, que establecía el abstenerse de ofender al superior de palabra o mediante publicaciones de cualquier índole, bajo apercibimiento de hacerse efectiva la pena impuesta”. En el caso del Gral. Jaime Salinas Sedó, las cosas fueron distintas. Se dispuso que la pena de noventa días de prisión por los delitos de opinión se hiciese efectiva, habida cuenta que venía purgando una condena por el delito de rebelión.

Otro proceso también emblemático dentro de este segundo grupo de casos fue el seguido contra el Gral. Rodolfo Robles Espinoza por los delitos de falsedad, desobediencia y otros<sup>(249)</sup>. Hay que recordar que en el mes de mayo de 1993, dicho

---

(249) Al respecto, *vid.* Abad Yupanqui, Samuel B.: “Garantías Constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar”, en Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 1, Setiembre, Lima, 1998, págs. 199-234, en concreto, págs. 204-209, en donde también se aborda el caso Gustavo Cesti. A propósito, en su momento, y de manera oportuna la Defensoría del Pueblo mediante Resolución Defensorial N° 012-97/DP de fecha 24 de marzo de 1997, recomendó al Consejo Supremo de Justicia Militar cumplir con la sentencia estimativa a favor del accionante Gustavo Cesti. Para mayores detalles, *vid.* Morales Saravia, Francisco: “Comentarios sobre la Sentencia de Hábeas Corpus a favor de Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y las consecuencias de su tardío cumplimiento por el Consejo Supremo de Justicia Militar”, en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 14, Noviembre, Lima, 1999, págs. 89-100.

militar en retiro hizo una denuncia pública ante los medios de comunicación sobre la organización y perpetración de delitos contra los derechos humanos en agravio de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta, por parte de un grupo de militares de alta y mediana graduación (se refería indudablemente al caso La Cantuta), a quienes identificó como el Gral. Juan Rivera Lazo, el coronel Federico Navarro Pérez, los mayores Santiago Martín Rivas y Carlos Pichilingüe Guevara, entre otros. En tales circunstancias, tanto el Gral. Robles Espinoza como dos de sus hijos, también oficiales del ejército, recibieron asilo por parte del gobierno de la Argentina. Ello, sin embargo, no impidió que tiempo después (a mediados de 1994) dichos militares fueran procesados y posteriormente encontrados culpables de los delitos de función (abuso de autoridad), quedando pendiente el mandato de detención en tanto se verificara su regreso al territorio peruano.

Hacia el año 1995, el fuero privativo militar aún continuaba proscribiendo judicialmente el derecho a la libertad de expresión. Prueba de ello fue el proceso originado a raíz de las declaraciones del Gral. de Brigada en retiro Walter Ledesma Rebaza a la revista *Caretas*, así como el proceso seguido contra el Gral. de División en retiro Carlos Mauricio Agurto y el Capitán de Navío en retiro de la Marina de Guerra Luis Mellet Castillo, también por declaraciones, aunque en este caso ofrecidas a un canal de televisión.

Mientras que en el primer caso se cuestionaba al procesado por haber vertido declaraciones empleando un lenguaje ofensivo a las Fuerzas Armadas, pretendiendo socavar su prestigio, moral y disciplina al desvalorizar su actuación en la conducción de las operaciones militares contra el Ecuador, tras haber exaltado la figura del General ecuatoriano Francisco Moncayo Gallegos; en el segundo caso la acusación a los procesados se sustentaba en el hecho de haber opinado sobre el conflicto contra el Ecuador. Se alegaba que las declaraciones de Mauricio Agurto y Mellet Castillo, en torno a los posibles procedimientos a seguirse por parte de las Fuerzas Armadas en caso de desatarse una guerra contra el Ecuador, afectaban el prestigio y la disciplina de las Fuerzas Armadas, incurriendo en el delito de infidencia y ultraje a la nación y a las fuerzas armadas<sup>(250)</sup>.

---

<sup>(250)</sup> Vid. Informe AMR 46/004/1995. Amnistía Internacional. Perú. *Tres oficiales del ejército pueden ser condenados a penas de prisión como presos de conciencia*, en: <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAMR460041995?open&of=ESL-ECU/>

### 8.3.2. ANÁLISIS

De acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 2 inc. 20.e de la Constitución de 1979<sup>(251)</sup> y el artículo 2 inc. 3 de la Constitución de 1993<sup>(252)</sup>, no hay delito de opinión, aun cuando sí se reconoce el delito cometido por medio de la prensa que se tipifica en el Código Penal y se juzga en el fuero común, según lo establece el artículo 2 inc. 4, tanto de la Constitución de 1979<sup>(253)</sup> como de la de 1993<sup>(254)</sup>. Tales eventuales sanciones, por otra parte, corresponden a todas las personas, habida cuenta que se trata de derechos fundamentales; tanto más si la propia Constitución no ha establecido excepción o limitación específica alguna con relación a los militares. Mal puede entonces una ley, llámese Código de Justicia Militar o Reglamento Militar, desconocer derechos constitucionales expresos.

Cabe puntualizar que el Reglamento de Servicio General en Guarnición del 29 de abril de 1963, señalaba que los oficiales en disposición o retiro no podían declarar a la prensa, radio o televisión, a nombre de las Fuerzas Armadas, sin previa autorización de las autoridades militares. Este Reglamento, por su antigüedad, desconocía evidentemente no sólo el artículo 2 inc. 4 de la Constitución de 1993,

---

<sup>(251)</sup> *Constitución Política de 1979. Artículo 2:* “Toda persona tiene derecho: [...] 20. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] e. No hay delito de opinión”.

<sup>(252)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 2:* “Toda persona tiene derecho: [...] 3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”.

<sup>(253)</sup> *Constitución Política de 1979. Artículo 2:* “Toda persona tiene derecho: [...] 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley. / Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. / También es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

<sup>(254)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 2:* “Toda persona tiene derecho: [...] 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. / Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. / Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.



sino también los artículos 51 y 138 de la misma Constitución, ya citados en líneas anteriores, referidos al principio de supremacía constitucional y al de preferencia de la norma constitucional por encima del resto de normas jurídicas.

Las normas estatutarias militares y la aplicación que se hace de ellas, no son autónomas del control jurisdiccional constitucional, sea este difuso o concentrado. Por el principio de la supremacía constitucional que subordina inclusive a la legislación, administración y jurisdicción militares pueden tales dispositivos ser evaluados desde la perspectiva constitucional. En tal sentido, la Ley de Situación Militar, Decreto Legislativo N° 752<sup>(255)</sup>, señala en su artículo 12 que: “los oficiales en situación de actividad y/o disponibilidad están sujetos al Código de Justicia Militar”, mientras que los oficiales en situación de retiro “ejercerán sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú sin limitación alguna”, según reza el artículo 70 del mencionado Decreto Legislativo. Asimismo, el artículo 53 de esta norma define la situación de retiro, como “la situación del oficial que se encuentra fuera de las situaciones de actividad y de disponibilidad, apartado definitivamente del servicio”, de lo que se desprende que los delitos de función no son cometidos por los militares en situación de retiro.

Cabe, por lo demás, señalar que los militares retirados denunciados no ejercieron su libertad de expresión en nombre de las Fuerzas Armadas, sino que opinaron a título personal sobre ellas, lo cual es totalmente diferente. Por otra parte, y en un ejercicio de la lógica elemental, un militar una vez retirado puede gozar y ejercer irrestrictamente sus derechos políticos como cualquier ciudadano. Bien podría ser un candidato al Congreso –como en los casos de los generales Luis Cisneros Vizquerra, Carlos Mauricio o Gastón Ibáñez O’Brien– o a la Presidencia de la República, por señalar dos hipótesis. En tales circunstancias sería absurdo, por decir lo menos, que no pudiera gozar o ejercer su derecho a la libertad de expresión para hacer su campaña política. Y si fuera elegido, podría expresarse libremente en cualquier medio de comunicación, a fin de deliberar, por ejemplo, sobre la mejor organización de una institución constitucional como las Fuerzas Armadas. No entender algo tan elemental denota no sólo mala fe, sino un total desconocimiento de lo que representan el *status* y los derechos de un ciudadano.

---

(255) Publicada en *El Peruano* el 12 de noviembre de 1991.

Preocupa, por lo mismo, que la justicia militar –de ese entonces– haya asumido una errada concepción para determinar, a partir del Código de Justicia Militar de 1980 y un reglamento militar de guarniciones preconstitucional, su competencia jurisdiccional sobre el personal militar que ha servido a las Fuerzas Armadas, sin tomar en cuenta un análisis de compatibilidad a partir de lo dispuesto por la vigente Constitución Política del Perú de 1993.

En los casos examinados, los jueces militares realizaron una ficción legal absolutamente innecesaria al considerar como militares a oficiales que al ser retirados por límite de edad o cualquier otra condición, pasaron a convertirse en civiles con todos los derechos políticos de rango constitucional de cualquier ciudadano peruano, entre los que por supuesto se encuentra el de gozar del derecho de opinión y la libertad de expresión, conforme a lo previsto por el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 752 o Ley de Situación Militar de 1991.

En el contexto descrito, las declaraciones de los generales retirados Cisneros Vizquerra, Germán Parra, Alberto Arciniegas, Jaime Salinas Sedó y, en particular, las denuncias de Rodolfo Robles posteriormente probadas por el propio fuero militar en el caso La Cantuta, así como las posteriores declaraciones de los generales en retiro Ledesma Rebaza, Mauricio Agurto y el marino Mellet Castillo, no pueden constituir delito alguno, por cuanto en el Perú no hay delito de opinión y en el supuesto de que en virtud del derecho a la libertad de expresión se haya violado la ley –delito de prensa–, los juicios son siempre ante el fuero común y no ante el fuero militar, según el artículo 2 inc. 4 de la Constitución de 1979, reafirmado igualmente en la Constitución de 1993.

Finalmente, el hecho de que hubiese estado de emergencia en la provincia de Lima en la época en que se realizaron dichas declaraciones, no implicaba de ninguna manera que estuviese suspendido el derecho a la libertad de expresión, porque el artículo 231 inc. 1 de la Constitución de 1979, al igual que la actual Constitución, en su artículo 137 inc. 1<sup>(256)</sup>, no permiten que el estado de excepción suponga una

---

<sup>(256)</sup> *Constitución Política de 1993. Artículo 137:* “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En

suspensión de la libertad de expresión, sino únicamente una restricción taxativa y limitada a los derechos relativos a la libertad y seguridad personal, inviolabilidad de domicilio, derecho de reunión pacífica y libertad de tránsito.

#### 8.4. CASO DEL DERECHO DE INSURGENCIA DE LOS MILITARES DEL 13 DE NOVIEMBRE

##### 8.4.1. ANTECEDENTES

Producido el autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992 y quebrantado el orden constitucional, las Fuerzas Armadas quedaron sometidas a un proyecto político de tipo autoritario, camuflado detrás de las banderas de la lucha contra la subversión. A partir de la ruptura de la disciplina de las Fuerzas Armadas con relación al poder constitucional, se fue haciendo cada vez más evidente una politización de las instituciones castrenses a través de sus altos mandos, los que de pronto empezaron a asumir posturas deliberantes en asuntos típicamente políticos, como el famoso comunicado de apoyo emitido en respaldo del autodenominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”. No menos evidente fue, también, la presencia de un poderoso y cada vez más acrecentado poder informal proveniente del Servicio de Inteligencia Nacional, a través de personajes como el ex capitán Vladimiro Montesinos, cuya actuación hizo palpable una discordia entre las distintas armas y en particular en el seno del Ejército.

La postura deliberante de los miembros de las Fuerzas Armadas se fue incorporando asimismo y de modo indirecto, como consecuencia de la lucha antisubversiva llevada a cabo por el Estado en aquellos días y que, valga la pena aclarar, ya venía siendo proyectada desde hacía algunos años atrás. Al respecto, debe recordarse que en 1985, mediante la Ley N° 24150<sup>(257)</sup>, se crearon los

---

esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. / El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. [...]”.

<sup>(257)</sup> Ley que establece normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las fuerzas armadas asumen el control del orden interno, en todo o en parte del territorio (publicada en *El Peruano* el 07 de junio de 1985). Sobre el tema, *vid.* Talavera Delgado, Abraham: “Los estados

controvertidos comandos político-militares, transfiriéndoles funciones políticas propias de las autoridades electas y de los funcionarios del gobierno, a la par que facultándolos para conducir las acciones de desarrollo en la zona de emergencia bajo la jurisdicción donde controlaban el orden interno.

Producto de las circunstancias políticas e institucionales aquí señaladas, el Gral. Jaime Salinas Sedó y otros militares en actividad y en retiro fueron detenidos la noche del 13 de noviembre de 1992. El motivo de dicha detención se sustentaba en el hecho de haber realizado actos preparatorios para el restablecimiento del orden constitucional, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución de 1979, que señalaba lo siguiente: “Son nulos los actos de toda autoridad usurpada. El pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional”. Estos hechos, por cierto, dieron lugar a que el Presidente Alberto Fujimori y su familia se refugiaron preventivamente durante dicha madrugada, en la casa del Embajador del Japón.

La imputación general del gobierno contra los “militares constitucionalistas” fue entonces por el planeamiento del delito de rebelión, así como por la tentativa de homicidio contra el Ing. Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, este último en su condición de asesor presidencial en asuntos militares. Las pruebas sustentatorias de dichos cargos se circunscribían a la delación de uno de los iniciales conspiradores. Cabe, además, agregar que de manera conjunta a las citadas imputaciones también se incriminó por el supuesto delito de negligencia a una serie de militares que, sin participar en los hechos del 13 de noviembre, presuntamente tuvieron conocimiento de ello sin dar parte a sus superiores. Asimismo, se les denunció por los delitos contra la administración de justicia e insulto al superior.

#### 8.4.2. ANÁLISIS

Tras finalizar las investigaciones de los hechos aquí descritos, la Sala de Guerra condenó a los procesados de una manera genérica, imponiéndoles penas estandarizadas –altas o bajas–, sin atender necesariamente a la responsabilidad

---

de excepción en el Perú”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXVII-1, Bruxelles, 1988, págs. 109-114. Y desde una perspectiva supra nacional, *vid.* O’Donnell, Daniel: “Legitimidad de los estados de excepción, a la luz de los instrumentos de derechos humanos”, en *Derecho*, N° 38, Pontificia Universidad Católica del Perú, Diciembre, Lima, 1984, págs. 165-231.

en cada caso particular. Asimismo, se les condenó bajo un supuesto criterio de responsabilidad objetiva, sin las evidencias que hubiesen demostrado la culpabilidad y la tipicidad en la comisión de un delito. De esta manera, se llegó a condenar a los militares por haber realizado actos preparatorios del ejercicio del derecho de insurgencia y de defensa de la Constitución, previstos en los artículos 82<sup>(258)</sup>, 278<sup>(259)</sup> y 307<sup>(260)</sup> de la Constitución Política de 1979.

Otros militares fueron igualmente condenados por estar vinculados tangencial y accidentalmente con los hechos, como fue el caso de algunos oficiales superiores de algunos de los insurgentes, aun cuando aquéllos no hubiesen tenido ninguna participación en la elaboración de las hipótesis preparatorias para el restablecimiento del orden constitucional.

El proceso militar aquí referido puso en evidencia no sólo la falta de independencia, sino también, y por sobre todo, de competencia de los jueces militares de aquellos días. Basta con recordar el carácter marcadamente punitivo que lo caracterizó, buscando sancionar a los inculpados por la tentativa de un supuesto delito sin tomar en cuenta (o prácticamente ignorar) el ejercicio legítimo de un derecho tan fundamental como la insurgencia. Por otro lado, sancionando los delitos imputados con reparación patrimonial a favor del Ejército, no obstante su condición de juez y parte en el proceso, amén de la cuestionable imparcialidad de los juzgadores.

---

(258) *Constitución Política de 1979. Artículo 82*: “Nadie debe obediencia a un Gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen. Son nulos los actos de toda autoridad usurpada. El pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional”.

(259) *Constitución Política de 1979. Artículo 278*: “Las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales no son deliberantes. / Están subordinadas al Poder Constitucional”.

(260) *Constitución Política de 1979. Artículo 307*: “Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia. / Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. / Asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. / El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se les haya causado”.

En definitiva, en el presente caso entró en colisión el presunto delito de rebelión militar que reprimía el Código de Justicia Militar de 1980 con los actos preparatorios para el ejercicio del derecho de insurgencia garantizado por el artículo 82 de la Constitución de 1979 (“...el pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional”), para los supuestos de un gobierno usurpador o *de facto* como ocurría con el gobierno de Fujimori, a partir del 5 de abril de 1992. Por lo demás, cabe recordar que el artículo 307 de la Constitución de 1979 señalaba que: “Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone”, agregando incluso que “en estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

En una palabra, los jueces militares prefirieron comportarse como militares-jueces y optaron por aplicar la ley penal-militar por encima de la Constitución. De ahí que el intento frustrado del restablecimiento del orden constitucional haya puesto a los militares constitucionalistas a merced de una Justicia Militar vindicativa, sin posibilidad alguna de revisión de dicha sentencia por parte de un tribunal o sala civil encargada de asuntos constitucionales, que de haber existido hubiese actuado de acuerdo con: *a)* la naturaleza constitucional de los actos preparatorios para el restablecimiento del Estado de Derecho, *b)* el carácter cívico de las obligaciones o deberes constitucionales, y *c)* la subordinación del bien jurídico tutelado por la norma penal-militar a la norma constitucional.

Mas, por otra parte, la defensa judicial de los militares fue en su momento complementada con los pedidos ciudadanos y políticos en pro de la amnistía o el indulto, habiéndose logrado en un principio el indulto para nueve de los condenados y, posteriormente –aunque no sin resistencia de ciertos sectores autoritarios–, la libertad del Gral. Jaime Salinas Sedó y de otros militares institucionalistas y demócratas.

## **8.5. CASO DEL DELITO DE TERRORISMO DEL INGENIERO RUIZ- CONEJO**

### **8.5.1. ANTECEDENTES**

Durante el gobierno *de facto* del ingeniero Fujimori se dictaron diversos decretos leyes, conocidos en conjunto como *legislación penal de*

*emergencia*<sup>(261)</sup>. De acuerdo con los mismos se otorgó a las Fuerzas Armadas la responsabilidad de administrar justicia en todo lo referido a delitos de terrorismo, los mismos que para ser derivados al fuero militar fueron asimilados como variantes del delito de traición a la patria. A partir de esta legislación de emergencia, la práctica militar y policial se volvió altamente autónoma y, por ende, absolutamente discrecional para aplicar dichas disposiciones, evidentemente contrarias a los principios y derechos de la función jurisdiccional.

Por lo demás, dicha legislación vulneraba el derecho a no ser detenido por más de quince días en el caso de presuntos delitos de terrorismo para luego ser derivado al juez, así como el derecho a comunicarse, desde el momento de la detención, con un abogado. Una vez que la policía presentaba los cargos contra el detenido por traición a la patria, se obligaba al fiscal militar a formular necesariamente denuncia y el detenido era enviado a un tribunal militar para su juzgamiento; se prohibía apelar ante el Consejo Supremo de Justicia Militar las sentencias condenatorias, a menos que fuese de treinta años o más. Se prohibió también el derecho de recusar a los jueces militares, debido a que eran jueces anónimos también conocidos como jueces “sin rostro”.

De otro lado, se creó la posibilidad de condenar por delito de terrorismo a menores de quince hasta dieciocho años, se penalizó el delito de apología del terrorismo realizado en territorio de otros países por peruanos. Asimismo, se consagró la hostilidad y desconfianza en la defensa legal prohibiendo a un mismo abogado defender más de un procesado por delito de terrorismo y, finalmente, se permitía el juzgamiento y la condena en ausencia, entre otras disposiciones de emergencia. No se puede negar que con este marco normativo, típico de un gobierno *de facto*, la ofensiva militar y policial logró detener a importantes líderes de Sendero Luminoso. Sin embargo, el avance y los éxitos en la lucha antiterrorista también dieron lugar a que se cometieran una serie de excesos. Así, el 12 de septiembre de 1992 el Ing. Miguel Ruiz-Conejo fue detenido en Lima por la Dirección contra el Terrorismo (DINCOTE), incautándosele dos computadoras, dos impresoras, una camioneta y una videograbadora.

---

(261) *Vid.* Sandoval, Juan Carlos: “La legislación de emergencia y la especialidad del delito militar”, en Anuario Derecho Penal, Lima, 2001-2002, págs. 173-196.



El proceso penal contra Ruiz-Conejo duró quince días. La imputación formulada en su contra fue la del delito de traición a la patria, por ser supuesto miembro de la organización terrorista Sendero Luminoso, con responsabilidad dirigencial. Se le acusó, en particular, de haber tenido a su cargo la red de enlace entre la dirección de esa organización y los dirigentes de las diferentes instancias de apoyo organizativo. La prueba para tales aseveraciones se resumió en que Ruiz-Conejo había otorgado una garantía bancaria a pedido de su amigo el arquitecto Carlos Incháustegui, que no llegó a ser utilizada, pero que había servido para que éste, junto con Maritza Garrido-Lecca Risco, alquilara una casa en Lima, que se prestaba de guarida del líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán y su entorno principal, quienes también fueron capturados el 12 de septiembre de ese mismo año. Se dijo, asimismo, que en una de las computadoras incautadas a Ruiz-Conejo se encontró información sobre la organización subversiva, aun cuando después se verificaría que dicha máquina era utilizada exclusivamente por Carlos Incháustegui.

La detención policial duró quince días y sólo se permitió la presencia de su abogado durante su manifestación; posteriormente estuvo diez días absolutamente incomunicado y sin paradero conocido. La policía pasó el atestado a la justicia militar naval, que se inhibió a favor de la justicia militar del Ejército, disponiéndose la remisión del expediente y del detenido a la ciudad de Arequipa, el 1 de octubre de ese mismo año. Al día siguiente se inició el proceso y el detenido fue trasladado al cuartel Manco Cápac, en Puno. Su abogado sería notificado de la apertura de instrucción el día 5 de octubre, recibiendo al día siguiente otra notificación en la que se solicitaba su presencia para tomarle la instructiva a su defendido.

El día 7 de octubre, el juez militar condenó a Ruiz-Conejo a cadena perpetua, siendo confirmada dicha sentencia por el Consejo de Guerra de Arequipa el 9 de octubre. La Sala Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar, con fecha 15 de octubre, declaró haber nulidad, procediendo a reformar la pena de cadena perpetua por la condena de treinta años de pena privativa de la libertad.

### **8.5.2. ANÁLISIS**

Si se trata de analizar este proceso militar seguido sobre un civil, saltan a la vista diversas situaciones inconstitucionales. En primer lugar, se violó

flagrantemente el derecho constitucional al juez natural, al ser desviado el procesado de la competencia del juez de Lima para ser juzgado en Arequipa, así como por haber estado detenido en un cuartel militar de Puno, en razón a consideraciones y directivas del alto mando militar convirtiendo a la justicia castrense en un instrumento de las operaciones militares estratégicas, a la par que vulneraba el principio de independencia de la función jurisdiccional militar.

La defensa legal de Ruiz-Conejo fue otro de los derechos abiertamente vulnerados. Dicha situación se ve reflejada en más de una forma. Su abogado fue notificado en la ciudad de Lima, luego de diez días de encontrarse su patrocinado en la condición de desaparecido. Según dicha notificación, se le informaba que su paradero –la de su patrocinado– era la ciudad de Arequipa cuando en realidad se encontraba en Puno. Considerando el término de la distancia, consistente en cientos de kilómetros entre dichas localidades y desconociendo el paradero exacto del patrocinado, se le aplicaron criterios de extrema celeridad en la realización o puesta en ejecución de las diligencias judiciales militares.

Otra de las vulneraciones, harto escandalosa, tuvo que ver con el derecho a la prueba. En efecto, el derecho a defenderse en forma adecuada aportando pruebas que fundamentaran su inocencia también le fue restringido de una manera bastante grotesca, al punto que en los considerandos de la sentencia de primera instancia se señalaba que “...las pruebas ofrecidas, en esta instancia, por el denunciado M.F. Ruiz-Conejo M. aparte de ser extemporáneas, resulta materialmente imposible de actuar en esta etapa del proceso de carácter sumarísimo...”.

Por si ello fuese poco, el Consejo de Guerra que confirmó la sentencia de cadena perpetua, mencionó entre sus considerandos los objetivos políticos del gobierno de Fujimori en la lucha antisubversiva, como si ello fuese un argumento jurídico justificativo de una condena. Por lo demás, y aunque la susodicha resolución hacía mención de los derechos fundamentales de todo procesado y de algunos decretos leyes, no realizaba una sustentación racional de su decisión, basada en fundamentos de hecho y de derecho que justificaran la decisión judicial condenatoria. En cualquier estado donde una acusación se sustente en hechos graves y la pena eventual a imponerse sea la más grave (cadena

perpetua), no puede ser aceptable el desconocimiento de garantías elementales como las que corresponden al debido proceso legal y a la tutela judicial efectiva.

Posteriormente, y aunque como se ha dicho, la condena a cadena perpetua sería reformada por una condena a treinta años de pena privativa de la libertad, la respectiva resolución no se encontraría exenta de ciertos absurdos e incoherencias. En efecto, la sentencia emitida por el Consejo Supremo de Justicia Militar fundamentaba su resolución condenatoria a treinta años, en la existencia de supuestos “contactos subversivos” entre Ruiz-Conejo e Incháustegui, así como en la existencia de un archivo con información senderista en una computadora de su propiedad. Estos “contactos”, sin embargo, no serían otra cosa que relaciones de trabajo y la computadora, si bien era propiedad de Ruiz-Conejo, sólo era manejada por el Ing. Incháustegui como lo corroboraría este último.

Finalmente, en noviembre de ese mismo año, Ruiz-Conejo sería trasladado al penal de Yanamayo, en Puno, donde se encontraban reclusos los altos mandos senderistas (SL) y emerretistas (MRTA). En estas circunstancias, el propio Fiscal General Militar interpuso de oficio recurso extraordinario de revisión a favor de Ruiz-Conejo ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, donde sería absuelto, en los primeros días del mes de diciembre, del delito de traición a la patria. Sin embargo, y sin que existiera requisitoria judicial alguna contra él, nuevamente fue puesto a disposición de la justicia penal ordinaria por el delito de terrorismo sin aportar prueba alguna, pretendiendo juzgarlo nuevamente, en clara transgresión del principio constitucional *non bis in idem* (nadie puede ser procesado ni condenado dos veces por el mismo delito), así como el de la presunción de inocencia. Afortunadamente, la Fiscalía Provincial Penal no formalizó denuncia penal, siendo confirmada dicha decisión por la Fiscalía Superior Penal en enero de 1994, por considerar que no había mérito para la denuncia penal, tras lo cual Ruiz-Conejo recobraría su libertad conculcada arbitrariamente luego de casi año y medio de injusta detención, procesamiento y condena, así como de diversas marchas y contramarchas en el proceso, por demás arbitrario.

## 8.6. A MODO DE REFLEXIÓN ÚLTIMA

A esta altura de nuestro estudio, si tuviésemos que sintetizar la experiencia de la justicia castrense puesta en práctica a la luz de casos como los aquí glosados,

no dudaríamos en señalar que la evaluación arroja una severa censura y más de una preocupación frente a los peligros que encierra un acrecentamiento o superpotenciación de las facultades castrense en el ámbito jurisdiccional.

Pero en este punto, es preciso hacer una breve digresión. Ciertamente es que este análisis corresponde al de un tramo o período altamente sensible –el de un gobierno *de facto*–, lo cual podría llevar a la conclusión relativista de que no tendría por qué ser así en épocas de plena democracia, es decir, en una nueva etapa de la Justicia Militar, a la que denominamos “constitucional”. Sin embargo, hay que tomarlo con pinzas, ya que como lo analizaremos en otro apartado, han existido excesos incluso en estos últimos casos. En realidad, la experiencia vivida no deja de ser una clara advertencia –una especie de toque de clarín– de cara a concepciones opuestas al real espíritu de la Constitución y a la plena vigencia de los derechos fundamentales que ahí se reconoce. En razón de ello, este tema reclama ahora nuestra atención, y una futura reforma constitucional a fin de evitar el desarreglo institucional.

Guardando estrecha relación con el tema, Samuel Abad Yupanqui ha advertido que: “Uno de los problemas más serios que se han presentado contra aquellos magistrados que a través de un proceso constitucional se han enfrentado a las Fuerzas Armadas, han sido las posteriores amenazas de sanción que han recaído sobre ellos. Así sucedió en el Perú con los magistrados integrantes de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, pues se denunció a sus integrantes por haber cometido delito de prevaricato y porque se consideraba que habían interferido con el ejercicio de la jurisdicción militar. Todo ello por haber resuelto sendas demandas de Amparo y Hábeas Corpus contra los tribunales militares. Es más, el Fiscal de la Nación cuando consideró que quien estaba cometiendo delito era precisamente el Consejo Supremo de Justicia Militar al no acatar una orden judicial firme y definitiva, fue amenazado de ser demandado ante el Congreso de la República por el Presidente de dicho Consejo Supremo por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad”<sup>(262)</sup>.

---

<sup>(262)</sup> *Vid.* Abad Yupanqui, Samuel B.: “Garantías Constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar”, en *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*, N° 1, Setiembre, Lima, 1998, pág. 233.

## 9. SITUACIÓN DE LA NORMATIVIDAD MILITAR EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, MINISTERIO PÚBLICO Y DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL<sup>(263)</sup>

Dirijamos ahora nuestra atención a la actividad cumplida por tres instituciones democráticas. No quepa duda alguna que entre finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, la Defensoría del Pueblo<sup>(264)</sup>, el Ministerio Público y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima han jugado un rol muy importante con relación a la reforma de la justicia militar en el Perú. En cuanto respecta a la Defensoría del Pueblo, buena prueba de ello son:

- a) Informe Defensorial N° 6 (*Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú*, Lima, 1998).
- b) Informe Defensorial N° 6-64 (*Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú*, Lima, 2002).
- c) Informe Defensorial N° 66 (*¿Quién juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia Ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, 2003).
- d) Informe Defensorial N° 104 (*Inconstitucionalidad de la legislación penal, militar policial aprobada por la Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo 961*, Lima, 2006); y
- e) Serie Documentos Defensoriales. Documento N° 6 (*Justicia Militar e independencia judicial en el Perú. Normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2009).<sup>(265)</sup>

---

<sup>(263)</sup> Al respecto, *vid.* Donayre Montesinos, Christian: *Tribunales Militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente*, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima, 2006, págs. 23-27. Antecede Presentación de Antonio Millán Garrido y Prólogo de Iván Meini Méndez. De Meini Méndez, también *vid.* su artículo: “Objeciones al Código de Justicia Militar”, en *Legal Express*, Año 3, N° 36, Diciembre, Lima, 2003, pág. 10.

<sup>(264)</sup> Una síntesis expositiva de la labor realizada por la Defensoría del Pueblo se encuentra en Abad Yupanqui, Samuel: “La Defensoría del Pueblo y la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, *ob. cit.*, págs. 103-111.

<sup>(265)</sup> También, la Defensoría del Pueblo tuvo una activa labor en la defensa de los derechos fundamentales. Por ejemplo, entre las trabas para la adecuada penalización de las violaciones de derechos humanos, a propósito del trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la Defensoría del Pueblo destacó las siguientes: “La insistencia de la Justicia Militar por investigar

Precisamente, fue la Defensoría del Pueblo quien interpuso una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0023-2003-AI/TC) contra algunos artículos del Decreto Ley N° 23201 (Ley Orgánica de Justicia Militar), Decreto Ley N° 23214 (Código de Justicia Militar) y la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27860 del Ministerio de Defensa en la parte relativa al Consejo Supremo de Justicia Militar. Los resultados no se dejaron esperar. El Tribunal Constitucional con fecha 9 de agosto de 2004 declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad que presentó la Defensoría del Pueblo, exhortando al Congreso de la República a fin de que en un plazo no mayor de 12 meses, contado a partir de la publicación de dicha sentencia (30 de octubre de 2004), dictara la legislación correspondiente de acuerdo con los siguientes argumentos:

1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda; en consecuencia:
  - a) Inconstitucional el artículo II del Título Preliminar del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, en el extremo que dispone que: “Los tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley”.
  - b) Inconstitucional la frase: “y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía” del artículo III del Título Preliminar del Decreto Ley N.º 23201.
  - c) Inconstitucional todo el Capítulo III: El Ministerio Público, contenido en el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, así como todo extremo tanto de la mencionada ley, como del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar, en cuanto prevea la actuación de los fiscales a que se refiere el mencionado capítulo.
  - d) Inconstitucionales los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto Ley N.º 23201, que regulan la composición del Consejo Supremo de Justicia Militar.
  - e) Inconstitucionales los incisos 1), 6), 14), 15), 19) y 20) del artículo 12º del Decreto Ley N.º 23201, que regulan determinadas atribuciones del Consejo Supremo de Justicia Militar.

---

y procesar violaciones de derechos humanos y la demora injustificada en el envío de expedientes por parte del Fuero Militar cuando las contiendas de competencia se resuelven a favor del fuero ordinario”. Al respecto, *vid.* Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú: *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades, ob. cit.*, págs. 55-56.

- f) Inconstitucionales el inciso 2) del artículo 14°, así como los artículos 15°, 22°, 23° y 31° del Decreto Ley N.º 23201.
  - g) Inconstitucionales el segundo párrafo del artículo 32° y el artículo 38° del Decreto Ley N.º 23201.
  - h) Inconstitucionales los artículos 62°, 63°, 65°, 66°, 67° y 69° del Decreto Ley N.º 23201.
  - i) Inconstitucional la frase: “quien será abogado u Oficial. Al que rehusare o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial le nombrará defensor de oficio. En este caso la defensa es acto del servicio y no podrá excusarse de ella ningún Oficial de graduación inferior a Coronel o Capitán de Navío, cualquiera que sea el Instituto a que pertenezca, salvo los casos previstos por Ley”, del artículo 81° del Decreto Ley N.º 23201.
  - j) Inconstitucionales el segundo párrafo del artículo 374°, y los artículos 375°, 378° y 387° del Decreto Ley N.º. 23214, Código de Justicia Militar.
  - k) Inconstitucional el artículo 269° del Código de Justicia Militar.
2. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo que impugna la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, por haberse sustraído la materia.
  3. EXHORTAR al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia.

Luego, el 4 de noviembre de 2004 el Tribunal Constitucional emitió, en el mismo expediente, una resolución aclaratoria como consecuencia del pedido formulado por el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar sobre algunos alcances de la sentencia, la resolución fue publicada el 7 de enero de 2005. El Tribunal Constitucional aclaró que el plazo para que se expidiera la nueva legislación no vencía el 30 de octubre de 2005, sino el 7 de enero de 2006, es decir, en la fecha que fue publicada la resolución aclaratoria.

Como consecuencia de ello, el 7 de enero de 2006 se publicó la Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial)<sup>(266)</sup> y el 11 de enero del mismo año se publicó el Decreto Legislativo N° 961 (Código de Justicia Militar Policial). Del contenido

---

<sup>(266)</sup> Vid. *El Peruano*, Suplemento Jurídica, Año 2, N° 80, 7 de febrero de 2006. Incluye adenda. Se añade entrevista al actual magistrado del Tribunal Constitucional Fernando Calle Hayen.



de la lectura de estos dispositivos normativos se colegía que algunos contenían vicios de inconstitucionalidad. Como resultado de ello, la Fiscalía de la Nación (Exp. N° 0004-2006-PI/TC) y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima (Exp. N° 0006-2006-PI/TC), interpusieron, independientemente, sendas demandas de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 29 de marzo de 2006, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por la Fiscalía de la Nación, la misma que fue publicada el 18 de abril de 2006. Los argumentos fueron los siguientes:

1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos, en consecuencia, inconstitucionales las disposiciones de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, que a continuación se mencionan:
  - a) Inconstitucional el extremo del artículo 8º, que establece lo siguiente: “las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica”; quedando redactado del siguiente modo: “La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial”.
  - b) Inconstitucional, en parte, el artículo 30º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley N.º 28665, en el extremo que establece: “cuya conformación y Presidencia, se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “El trabajo jurisdiccional en materia Penal Militar Policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial”.
  - c) Inconstitucional el extremo de la Sexta Disposición Complementaria que establece: “la misma que, previa aprobación por la Sala Suprema Penal Militar Policial, es remitida al Poder Ejecutivo para que en el plazo de diez (10) días contados desde su recepción proceda a aprobarla mediante Decreto Supremo”, quedando redactado del siguiente modo: “La Sala Suprema Penal Militar Policial, a más tardar dentro de los cinco (5) días calendario de instalada, procede a designar a la Comisión encargada de elaborar, en el plazo de ciento veinte (120) días calendario, la propuesta de Reglamento de la presente Ley”.
  - d) Inconstitucional el extremo del inciso 1) del artículo 10º que establece: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco

(5) Vocales Supremos; tres (3) con formación jurídico militar policial; los mismos que pasan a la situación de retiro en la fecha de su nombramiento, con el grado militar o policial que ostenten; y dos (2) Vocales provenientes de la jurisdicción ordinaria”.

- e) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 10°.
- f) Inconstitucional el inciso 3) del artículo 12°.
- g) Inconstitucionales los extremos del artículo 14° que establecen lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial” y “para todos los efectos”, quedando redactado del siguiente modo: “Al asumir el cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el magistrado adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 10.1”.
- h) Inconstitucionales el extremo del inciso 6) del artículo 9°, que establece lo siguiente “las cuestiones de competencias, en relación, con los delitos de función, así como”, quedando redactado del siguiente modo: “Dirimir los conflictos sobre atribuciones que se presenten entre órganos de esta jurisdicción especializada; en los casos de cuestiones de competencias corresponde actuar como Vocal ponente a cualquiera de los Vocales Supremos proveniente de la Jurisdicción Ordinaria”, y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 6°.
- i) Inconstitucionales el inciso 7) del artículo 9°, el inciso 5) del artículo 17° y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 36°.
- j) Inconstitucional el inciso 7) del artículo 15°.
- k) Inconstitucionales el primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria.
- l) Inconstitucional el inciso a) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en el extremo que establece lo siguiente: “en la Junta Suprema de Fiscales del Ministerio Público”.
- m) Inconstitucionales el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en el extremo que establece lo siguiente: “Oficiales Judiciales en situación militar o policial de actividad que se desempeñan como”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Vocales Superiores, Territoriales, Jueces, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado, de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, así como el cuarto párrafo del artículo XII y el inciso 3) del artículo 81°, este último en los extremos que establece lo siguiente “en situación de actividad”.
- n) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 16°, en el extremo que establece lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del

siguiente modo: “El Consejo Superior está conformado por diez (10) Vocales Superiores”.

- o) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 24º, en el extremo que establece lo siguiente: “con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Cada Sala está conformada por tres (3) Vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial; son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende el título oficial que los acredita”.
- p) Inconstitucional el artículo 31º, en el extremo que establece lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Jueces Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende el título oficial que los acredita”.
- q) Inconstitucional la Cuarta Disposición Complementaria.
- r) Inconstitucionales los incisos 1) y 2) del artículo 33º, el inciso 1) del artículo 81º, el inciso 5) del artículo 15º, los artículos 23º y 28º, los incisos 1) y 2) del artículo 5º, y la Séptima Disposición Complementaria.
- s) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 55º en el extremo que establece lo siguiente: “entre los Fiscales Penales Militares Policiales, con el grado de General de Brigada o equivalente en situación de actividad”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende la resolución de nombramiento y entrega el título oficial que lo acredita”.
- t) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 55º que establece lo siguiente: “e integrar el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “Para ser nombrado Fiscal Supremo Penal Militar Policial se requiere tener necesariamente formación jurídico militar policial”.
- u) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 49º en los extremos que establecen lo siguiente: “e integran el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del Ministerio Público”, “a sus órganos de control; conforme” y “a lo dispuesto en la presente Ley; esto último, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, se encuentran sujetos a la Constitución y a la Ley Orgánica del Ministerio Público”.
- v) Inconstitucional el artículo 53º en el extremo que establece lo siguiente: “con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales Penales Militares Policiales se rigen conforme a las

disposiciones emanadas de los órganos de gestión contemplados en la Ley Orgánica del Ministerio Público”.

- w) Inconstitucionales el inciso 2) del artículo 56°, los incisos 1), 2) y 4) del artículo 82°, así como el último párrafo del artículo XII del Título Preliminar y el apartado 8 del inciso 1) del artículo 56°.
  - x) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 49°.
  - y) Inconstitucionales el inciso 3) del artículo 57°, los incisos 3) y 4) del artículo 58°, el inciso 2) del artículo 59°, el inciso 1) del artículo 60°, el inciso 2) del artículo 61°, el inciso 1) del artículo 62°, el inciso 2) del artículo 63°, y el inciso 3) del artículo 82°, en cuanto establecen lo siguiente: “en situación de actividad”.
  - z) Inconstitucional el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en los extremos que establecen lo siguiente: “Oficiales” y “en situación militar o policial de actividad”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales que se desempeñan como Fiscales Superiores, Territoriales, ante Juzgados, y los adjuntos, que actúan ante las diferentes instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”.
  - aa) Inconstitucionales la Segunda Disposición Transitoria que crea la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, así como la Cuarta y Quinta Disposición Transitoria.
2. Declarar que el inciso 1) del artículo 9) debe ser interpretado conforme a lo expuesto en los Fundamentos 54 a 58 de la presente sentencia.
  3. Declarar infundada la demanda en los extremos en que se cuestionan el artículo I, el inciso 1) del artículo 1°, los incisos 3) y 4) del artículo 15° y el artículo 80° de la Ley N.º 28665.
  4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en el Fundamento N.º 2 de la presente sentencia.
  5. Disponer que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665 surte efectos al día siguiente de la publicación de la presente sentencia.
  6. Disponer, respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales.
  7. Declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial.

Con fecha 25 de abril de 2006 el apoderado del Congreso de la República presentó ante el Tribunal Constitucional un escrito de aclaración, el mismo que

dio lugar a la resolución aclaratoria de fecha 13 de junio de 2006, precisando el Alto Tribunal que la fecha de sentencia no era el 29 de marzo de 2006 sino el 17 de abril de 2006, y estableció que el plazo de *vacatio sententiae* se computaría desde la fecha de notificación de esta resolución aclaratoria.

En cuanto respecta a la demanda interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima (Exp. N° 0006-2006-PI/TC), el Tribunal Constitucional también la declaró fundada en parte con fecha 13 de junio de 2006, sustentado los siguientes argumentos:

1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima; en consecuencia, inconstitucionales las disposiciones de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, que a continuación se mencionan:
  - a) Inconstitucional el extremo del tercer párrafo del artículo II del Título Preliminar, que establece: “y los reglamentos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, únicamente en lo referente a las aptitudes de capacidad psicosomática, aptitud física y cursos de instrucción”.
  - b) Inconstitucional el párrafo 78.2.
  - c) Inconstitucional el párrafo 81.4, en los siguientes extremos: “el ascenso en” y “previo cumplimiento de los requisitos de capacidad psicosomática, aptitud física y cursos de instrucción establecidos para cada grado, según la Institución a la que se pertenezca”.
  - d) Inconstitucional la Décima Disposición Transitoria.
  - e) Inconstitucionales el segundo y tercer párrafos de la Decimocuarta Disposición Transitoria.
  - f) Inconstitucional el tercer párrafo de la Decimoquinta Disposición Transitoria.
  - g) Inconstitucional la Primera Disposición Modificatoria y Derogatoria.
  - h) Inconstitucionales la Segunda y Tercera Disposiciones Modificatorias y Derogatorias.
  - i) Inconstitucional el artículo 73.
  - k) Inconstitucional el extremo del artículo 35, que establece lo siguiente: “y con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica”.
  - l) Inconstitucional el artículo IX del Título Preliminar.
  - m) Inconstitucional el párrafo 49.3.
  - n) Inconstitucional el párrafo 55.4, en el extremo que establece lo siguiente:

“con las mismas atribuciones que les corresponden a sus pares, los Fiscales Supremos; e integra la Junta de Fiscales Supremos”.

- o) Inconstitucionales los incisos 1 y 2 del párrafo 56.1.
- p) Inconstitucional el extremo del segundo párrafo del artículo X del Título Preliminar, que establece lo siguiente: “y los reglamentos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, únicamente en lo referente a las aptitudes de capacidad psicosomática, aptitud física y cursos de instrucción”.
- q) Inconstitucional el extremo de la quinta disposición modificatoria y derogatoria, que agrega un segundo párrafo al artículo 81 del Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, en cuanto establece lo siguiente: “conforme a lo normado en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”.
- r) Inconstitucional el extremo del artículo 74, por cuanto establece lo siguiente: “salvo lo regulado en la presente ley”.
- s) Inconstitucionales los extremos del artículo XI del Título Preliminar, que establecen lo siguiente: “operativa y vivencial” y “y en especial, interiorizarse con su organización en tiempo de paz, conflicto armado o régimen de excepción; conocimientos que se adquieren desde su asimilación a los Cuerpos Jurídicos Militares de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional; y durante el desarrollo en sus especialidades en el Cuerpo Judicial o Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial”.
- t) Inconstitucionales los párrafos 71.3 y 71.4.
- u) Inconstitucionales los párrafos 77.1 y 77.2.
- v) Inconstitucionales los extremos de la Primera Disposición Transitoria, que establecen lo siguiente:

“en el plazo de cuatro años y conforme al presente cronograma”.

“Al finalizar el primer año de vigencia de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura debe haber aprobado y publicado la Resolución que contenga el Reglamento de Concurso y el Balotario, para la selección y nombramiento de Vocales, Jueces y Fiscales de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial y de la Fiscalía Penal Militar Policial, conforme al perfil que en concordancia con la presente Ley dicho documento señale.

Al finalizar el segundo año de vigencia de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura debe haber convocado a concurso para cubrir las plazas de Vocales, Jueces y Fiscales con formación jurídico-militar policial, en todos los niveles jurisdiccionales y fiscales respectivamente.

Desde el segundo semestre del tercer año y hasta finales del cuarto año de entrada en vigencia de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura procede a realizar la evaluación, selección y nombramiento de la totalidad de los Vocales, Jueces y Fiscales con formación jurídico-

militar policial que se desempeñarán en y ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”.

- w) Inconstitucional el último párrafo de la Primera Disposición Transitoria.
- x) Inconstitucional el párrafo 17.2.
- 2. Declarar que la Decimosegunda Disposición Transitoria no es inconstitucional siempre y cuando sea interpretada conforme a lo expuesto en los fundamentos 55 y 56 de la presente sentencia.
- 3. Declarar que no cabe emitir pronunciamiento respecto de aquellas disposiciones cuya constitucionalidad haya sido examinada en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0004-2006-PI/TC.
- 4. Declarar infundada la presente demanda en lo demás que contiene.
- 5. Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales.
- 6. Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución.

Este abánico de afanes, más de pronto se complementó cuando el Colegio de Abogados de Lima interpuso una demanda de inconstitucionalidad (Exp. N° 0012-2006-PI/TC) ante el Tribunal Constitucional contra el Decreto Legislativo N° 961 (Código de Justicia Militar Policial), por considerar que los tipos penales que consagraba afectaban, entre otros bienes constitucionales, el principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y el principio de legalidad penal. El Tribunal Constitucional con fecha 15 de diciembre de 2006 sentenció lo siguiente, resaltando de por medio el fundamento de voto del magistrado Javier Alva Orlandini, especialmente por el recorrido histórico que realiza de la Justicia Militar en el Perú:

- 1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los artículos 68°, 70° (incisos 1 y 4), 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102°, 103°, 115°, 116°, 117°, 125°, 130° (inciso 1), 134°, 139° (incisos 1 y 2), 140°, 141° (incisos 1 y 2), 142°, 143°, 144°, 147°, 148° y 149° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, así como las siguientes disposiciones:



- a) El extremo del artículo 75° que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.
  - b) El extremo del artículo 82° que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.
  - c) El extremo del primer párrafo del artículo 121° que establece: “causándole lesiones leves”.
  - d) El extremo del inciso 1 del artículo 121° que establece: “o si se causa lesiones graves al superior”.
  - e) El extremo del inciso 2 del artículo 121° que establece: “o si se causa la muerte del superior”.
  - f) El extremo del artículo 123° que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior”.
  - g) El extremo del inciso 2) del artículo 130° que establece: “o causa la muerte”.
2. Declarar INFUNDADA la demanda en lo que se refiere al cuestionamiento de los artículos 66°, 67°, 71°, 72°, 73°, 74°, 76°, 78°, 79°, 80°, 81°, 106°, 107°, 108°, 109°, 110°, 111°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 132°, 135°, 136°, 137°, 138°, 145° y 146° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, y en lo demás que contiene.
  3. Precisar que los efectos de cosa juzgada que se produzcan como consecuencia de la presente sentencia se limitan a aquellas materias cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, que han merecido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.
  4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 59, 112 y 113.

Finalmente, el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima interpuso una demanda de inconstitucionalidad (Exp. 0001-2009-PI/TC) contra los artículos V primer párrafo, y VI del Título Preliminar; los artículos 9 primer párrafo, 10, 13 inc. 2), 15 segundo párrafo, 19 segundo párrafo, 21, 22 segundo párrafo, 23, 24, 25 incisos 1) al 5), 30, 33, 35, 38, 39, 56 primer párrafo, la Cuarta Disposición Transitoria, y en conexión con el artículo 39, todos dispositivos de la Ley N.º 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, para lo cual argüía las siguientes consideraciones:

- a) Los artículos constitucionales 139° inciso 1), 141° y 173°, no garantizan una reserva de organización autónoma de la justicia castrense o policial, tal como se hace de manera expresa en el caso del Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo.

- b) Se cuestionan los artículos 10°, 13° inciso 2) y 23° de la ley impugnada, porque estas normas establecen un régimen de nombramiento de jueces y fiscales en el ámbito de la justicia militar policial distinto al previsto por la Constitución que lo atribuye al Consejo Nacional de la Magistratura [artículo 150°, artículo 154° inciso 1)].
- c) Los artículos 9°, 15° y 19° de la ley impugnada disponen que los magistrados de la justicia militar policial debe contar con grados militares o policiales; el artículo 22° refiere lo mismo en relación a los fiscales en dicho fuero; y el artículo 39° regula lo pertinente al régimen de ascensos en el grado policial o militar y los cambios de colocación. Deviene en inconstitucional dicho régimen de ascensos en la “carrera” judicial militar policial, el cambio de colocación “por razones de servicio” y el régimen disciplinario que desconoce las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura y afecta la autonomía del Ministerio Público.
- d) Se demanda la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 9°, el primer párrafo del artículo 10<sup>a</sup>, el segundo párrafo del artículo 15°, el segundo párrafo del artículo 19° porque establecen que los magistrados de todas las instancias del Fuero Militar Policial son oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de actividad y por ello sometidos al régimen de grados castrenses y policiales. Asimismo, del artículo VI del Título Preliminar, porque establece que existe una relación entre el sistema de grados militar y policial y la función jurisdiccional y fiscal; del primer párrafo del artículo 39° que somete a los magistrados del Fuero Militar Policial al sistema de ascensos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; del artículo 56°, que somete a los magistrados del Fuero Militar y Policial al régimen laboral de los institutos armados y Policía Nacional del Perú de acuerdo al grado correspondientes; de la Cuarta Disposición Transitoria, porque ratifica el sometimiento de los jueces castrenses y policiales al sistema de grados y ascensos; del segundo párrafo del artículo 39° porque ratifica la condición de militar y policía de los jueces castrenses y policiales de todos los niveles y su consiguiente inserción en el sistema de grados y ascensos en estas entidades.

Por las mismas razones, también resultan inconstitucionales las normas que se refieren a los fiscales militares policiales, esto es, el artículo VI del Título Preliminar, el segundo párrafo del artículo 22°, el primer párrafo del artículo 23°, el segundo párrafo del artículo 391°, el artículo 56° y la Cuarta de las Disposiciones Transitorias, en conexión con el artículo 39° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

- e) Se afecta el principio-derecho a la igualdad y del acceso a la función pública, al limitarse el acceso a la función pública judicial y fiscal militar policial únicamente a los oficiales en actividad pertenecientes al cuerpo jurídico militar policial.

- f) Devienen en inconstitucionales los incisos a), b) y c) del artículo 22° y los artículos 22° y 24°, por crear un órgano distinto al Ministerio Público al que dotan de un estatuto jurídico que le es ajeno; el artículo V del Título Preliminar que establece que los Fiscales de todos los niveles del denominado Fuero Militar Policial proceden únicamente del “Cuerpo Jurídico Militar Policial” y deben contar con formación militar o policial; el artículo 21° y los incisos 1) al 5) del artículo 25°, por atribuirle al Órgano Fiscal Militar Policial las funciones que el artículo 159° de la Constitución atribuye en régimen de exclusividad o monopolio al Ministerio Público; el artículo 30° que establece el estatuto orgánico y funcional de los fiscales ante la Justicia Militar Policial, al margen de las reglas constitucionales del Ministerio Público y de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Con fecha 4 de diciembre de 2009 el Supremo intérprete sentenció de la siguiente manera:

1. Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del artículo 4° de la Ley N.º 29182, conforme a lo señalado en los fundamentos 5 y 6 de la presente sentencia.
2. Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 39° de la Ley N.º 29182, siempre que se entienda que el cambio de colocación se efectúa sólo a solicitud del interesado, salvo las necesidades del servicio, lo que debe interpretarse restrictivamente de manera que el “servicio” a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional, y “las necesidades” solo deben estar enmarcadas en los regímenes de excepción y en las zonas geográficas involucradas en él (fundamentos 58 al 60 de la presente sentencia).
2. Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad respecto a los demás artículos impugnados de la Ley N.º 29182.
3. EXHORTAR al Tribunal Supremo Militar Policial para que en un plazo de seis meses apruebe el Reglamento de ascenso en grado de los oficiales del Fuero Militar Policial (fundamento 70 de la presente sentencia).

Sea cual fuere la verdad, la referida sentencia validó la mayor parte de la Ley N° 29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial), modificando su propia jurisprudencia anterior, en virtud de que consideraba que el contexto histórico, social y político había cambiado sustancialmente, siendo necesario que la lectura de la Constitución se adecuara a estos cambios, en una interpretación constitucional dinámica y no anquilosada<sup>(267)</sup>.

---

<sup>(267)</sup> *Vid.*, las críticas y objeciones a la Ley N° 29182, a cargo de Pereira Chumbe, Roberto Carlos: “Tres problemas en torno a la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar

Con un Estado de Derecho consolidado –decía el Tribunal Constitucional en la Nota de Prensa N° 106-2009-OII/TC del 22 de diciembre de 2009– y con Fuerzas Armadas y Policía Nacional en lucha frontal contra el terrorismo y el narcotráfico, no cabe la desconfianza de la ciudadanía sino su respaldo, en tanto actúen en claro respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales. La Justicia Militar –añadía la Nota de Prensa– ha sido reconocida por la propia Constitución como un fuero independiente al jurisdiccional y al arbitral, y está destinado a juzgar tan sólo a los uniformados en tanto incurran en delitos propios de su función<sup>(268)</sup>.

## 10. A MODO DE RECAPITULACIÓN

Vistos los anteriores argumentos, se concluye que –como se viene diciendo– la Justicia Militar ha existido en el Perú desde antes de la República y, como tal, ha venido evolucionando hasta obtener los perfiles actuales. Durante el Virreinato, y dentro del sistema impuesto por la Corona española, rigieron las famosas Ordenanzas Militares españolas, cuyos aspectos penales eran muy casuísticos, con un excesivo margen de arbitrio judicial, no existiendo el principio de la proporcionalidad, entre otras características, y además contó con un sistema de penas muy rígido. Luego, la Constitución de Cádiz de 1812 le impone un sello característico, resaltándose en aquella época la expedición de las denominadas

---

Policial” (págs. 25-45); Gutiérrez Ticse, Gustavo: “Justicia Militar: Una posición en defensa de las competencias del Congreso de la República” (págs. 47-62); Carruitero Lecca, Francisco: “La reforma de la Justicia Penal Militar en el Perú: Una mirada a los límites a la libertad de configuración penal al legislador y los recientes cuestionamientos al Fuero Militar” (págs. 63-72); Donayre Montesinos, Christian: “La Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial: Una Ley emitida a espaldas de la Constitución y del Tribunal Constitucional” (págs. 73-124); y la entrevista realizada a Abad Yupanqui, Samuel B.: “Justicia Militar Policial: ¿Reiterado conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Congreso de la República?” (págs. 125-131), todos publicados en *JuS-Constitucional*, N° 4, Abril, Lima, 2008.

<sup>(268)</sup> En la década de los años noventa, la problemática terrorista también estuvo en la cresta de la ola en España, a tal extremo que se dio una legislación especial. Al respecto, *vid.* Millán Garrido, Antonio, Rey González, Carlos, García San Pedro, José, Blay Villasante, Francisco, Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, Gómez Calero Juan y Morales Villanueva, Antonio: “Comentarios a la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal” en el libro colectivo a cargo de Bajo Fernández, Miguel (Coordinador): *Comentarios a la Legislación Penal. Reforma Penal y Procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismos y rebelión*, t. XI, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, págs. 3-341, respectivamente. Antecede Presentación de Manuel Cobo del Rosal.

“Constituciones militares”, cuya recepción en el Perú no puede dejar de mencionarse. Y en la etapa Republicana, producto de los permanentes gobiernos *de facto* –como es conocido– se ha ido de menos a más. Con lo cual, lento pero seguro, la Justicia Militar se ha venido moldeando sobre los hombros de los criterios jurisprudenciales del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, con un perfil que garantice, entre otros rasgos definitorios, la tutela procesal efectiva.

Una consideración de conjunto lleva, a fin de cuentas, sostener que el Fuero Militar constituye en gran parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos un alto organismo de los institutos armados encargados de procesar y juzgar los delitos y faltas sometidas a la jurisdicción privativa. Es decir, en su verdadero concepto, está circunscrito al ámbito estrictamente castrense. Y comprende en su conjunto, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. A la vista de estas reflexiones, en el contexto histórico la presencia de los tribunales militares obedece entre los profesionales de las armas, a una razón de necesidad. Así, es un hecho evidente que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional han estado sometidos a una disciplina funcional y jerarquizada.

## CAPÍTULO V

# OBSERVANCIA DE LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

### 1. PLANTEAMIENTO PREVIO

Cabe observar que es bastante claro que cuando se elaboró la Constitución Política de 1979, la mayoría de los constituyentes aceptaron que el Fuero Militar sólo debería ser competente para juzgar a los militares y policías, y que tan sólo se procesaría a los civiles o paisanos cuando existiera acusación de traición a la patria en caso de guerra exterior (artículo 235)<sup>(269)</sup>, y cuando se infringiera la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio (artículo 282)<sup>(270)</sup>.

Es evidente, sin embargo, que el peso de esta norma, que así quedó redactada, fue objeto de consenso entre los constituyentes de 1978-1979<sup>(271)</sup>. En efecto, la experiencia

---

<sup>(269)</sup> *Vid.*, entre otros, Lindsay G. M.: *La guerra en los frentes civil y militar*, traducción del inglés de O. Durán d'Ocon, Ediciones Minerva, México, D.F., 1945. Desde la óptica internacional, *vid.* Descheemaeker, Jacques: *Le Tribunal Militaire International des grands criminels de Guerre*, Éditions A. Pedone, Paris, 1947. Préface de S.E. Vespasien V. Pella. Con anterioridad, se publicó en la *Revue Générale de Droit International Public*, 1946; Kunz, Josef L.: *La problemática actual de las leyes de la guerra*, Cuadernos de la Cátedra «Dr. James Brown Scott» de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1955. Antecede Prólogo de Alejandro Herrero; y García Arias, Luis: *La Guerra Moderna y la Organización Internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. Desde el punto de vista histórico, *vid.* Machado y López, Leocadio, *La guerra y el Derecho*, Imprenta de “El Mentidero”, Madrid, 1916. Tesis doctoral sustentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

<sup>(270)</sup> *Cfr.*, una vez más, Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, pág. 372. También, *vid.* Eto Cruz, Gerardo: *La Justicia Militar en el Perú*, *ob. cit.*, págs. 126-174; Fernández Segado, Francisco: “La reforma de la regulación vigente sobre el servicio militar obligatorio y su adecuación a los presupuestos de un Estado de Derecho”, en *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*, N° 1, Setiembre, Lima, 1998, págs. 173-197. Para un encuadre uniforme del tema, con diferentes enfoques, *vid.* Barroso, Cristino: “Funciones del servicio militar obligatorio”, en *Papeles para la Paz*, N° 38, Bilbao, 1990, págs. 51-66.

<sup>(271)</sup> Entre otros, *vid.* Bernalles Ballesteros, Enrique y Rubio Correa, Marcial: *Constitución: Fuentes e Interpretación*, Mesa Redonda Editores, S. A., Lima, 1988, págs. 79 y sgts. De los



del docenio militar había tenido un saldo negativo: cientos de civiles habían sido juzgados por fueros privativos militares con gruesas violaciones al debido proceso y con evidentes arbitrariedades<sup>(272)</sup>, todos por delitos vinculados a la seguridad del Estado y a diversas modalidades que la política criminal del régimen castrense imponía<sup>(273)</sup>.

Pero, por de pronto, adviértase que cuando se inauguró el segundo gobierno de Fernando Belaúnde Terry (1912-2002) en 1980 y entró también en vigor la Constitución de 1979, es probable que el gobierno militar haya dejado desactivada toda la información existente en el Servicio de Inteligencia, institución adscrita al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Los nuevos funcionarios, civiles y militares, debían empezar a reconstruir todo de nuevo, por lo menos en materia de seguridad del Estado. En ese contexto y con una inédita manifestación de violencia política que haya tenido el Perú, sin parangón en el mundo<sup>(274)</sup>, surgió el terrorismo como instrumento metodológico en los grupos

---

mismo autores: *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda Editores, S.A., Lima, 1985, pág. 430. También, *vid.* Rubio Correa, Marcial: “Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú. 1979-1988”, en AA.VV.: *La Constitución diez años después*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, págs. 250-258, antecede Presentación de Harald Klein; Pareja Paz-Soldán, José: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, 3ª. edición, Justo Valenzuela V. Editor, Lima, 1984. Antecede una nota y revisión técnica de Domingo García Belaunde; Chirinos Soto, Enrique: *La nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, S. A., Lima, 1979; y Ruiz Eldredge, Alberto: *La Constitución comentada de 1979*, Editora Atlántida, S. A., Lima, 1979.

<sup>(272)</sup> Un registro impresionante de las personas que fueron objeto de diversos procesos en el fuero privativo militar, se encuentra en DESCO, a través de sus *Cronologías Políticas*, Vol. I (1968-1973): págs. 54, 179, 231, 280; Vol. III (1968-1973): pág. 981; Vol. IV (1975): págs. 1166, 1223, 1235, 1250, 1296, 1423, 1459, 1489, 1579; Vol. V (1976): págs. 1886, 1887, 1931, 1952, 1953, 2178, 2206, 2274, 2329; Vol. VI (1977): págs. 2454, 2550, 2575, 2576, 2591, 2701, 2755, 2756, 2820, 2835, 2848; Vol. VII (1978): págs. 2941, 3028, 3129, 3185, 3266, 3374 y Vol. VIII (1979): págs. 3520, 3526, 3570, 3602, 3628.

<sup>(273)</sup> *Cfr.* Prado Saldarriaga, Víctor: *Derecho y Política Criminal. Política de la dictadura y democracia en el Perú*, Eddili, Lima, 1990.

<sup>(274)</sup> *Cfr.* Pareja Pflucker, Piedad: *Terrorismo y sindicalismo en Ayacucho (1980)*, Empresa Editora Ital Perú S.A., Lima, 1981, quien analiza el contexto político-social desde la época de la dictadura militar. También, *vid.* Ministerio de Guerra: *Las guerrillas en el Perú y su represión*, Imprenta Leoncio Prado, Lima, 1966; Bejar, Héctor: “Guerrilla, terrorismo: De 1965 a 1982”, en Debate, N° 16, Lima, 1982, págs. 54-57; y Fernández Salvatceci, José: *Terrorismo y guerra sucia en el Perú*, 2ª. edición, Impresiones Punto Rojo, Lima, 1986, con especial referencia a la guerra de guerrillas. *Idem*, Strong, Simón: *Sendero Luminoso. El movimiento subversivo más letal del mundo*, Perú Reporting, Lima, 1992. Y, los estudios en conjunto de Favre, Henri y Granados, Manuel



armados fundamentalistas del Partido Comunista Sendero Luminoso (SL)<sup>(275)</sup> y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), el 17 de mayo de 1980 en Chuschi, Ayacucho<sup>(276)</sup>.

Es importante apuntar a este propósito, que el accionar de estos grupos prácticamente encontró desactivado el aparato de inteligencia estatal. A ello debe sumarse una judicatura sin experiencia en menesteres procesales para afrontar su responsabilidad institucional. Fue en ese contexto que el Poder Judicial empezó a ser calificado por diversos sectores como un órgano lento, inseguro e incompetente para procesar y sancionar a los subversivos. De lo expuesto, se infiere que muchos años después –nos referimos al régimen del 5 de abril de 1992–, en la persona de Alberto Fujimori, se justificaba el autogolpe, entre otros motivos, por la conducta de los magistrados que resultaba incapaz para sancionar con el peso de la ley a los cientos de subversivos que eran juzgados en el Poder Judicial<sup>(277)</sup>.

---

Jesús: *Perú: Sendero Luminoso y horizontes ocultos. El PCP Sendero Luminoso. Aproximaciones a su ideología*, Imprenta de la Escuela Superior de Guerra, Lima, 1990.

<sup>(275)</sup> Por todos, *vid.* Degregori, Carlos Iván: *El surgimiento de Sendero Luminoso. Ayacucho 1969-1979*, 3ª. edición, primera reimpresión, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011; Maureci, Philip: *Militares: insurgencia y democratización en el Perú, 1980-1988*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1989; y Ambos, Kai: *Terrorismo y ley. República Federal Alemana. Gran Bretaña. Perú. Colombia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, págs. 60-76. Antecede Presentación de Diego García-Sayán.

<sup>(276)</sup> *Vid.* Ramírez Prado, Fidel: *Relaciones civil-militares y democracia*, Editorial Alas Peruanas, Lima, 2001, págs. 55-61. Desde el punto de vista jurídico sobre la base de criterios valorativos para afrontar el problema, *vid.* Domínguez, Carlos Horacio: *El terrorismo en el Estado de Derecho*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1983. Antecede Prólogo de Osiris G. Villegas. Y, “Comentarios a la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal”, a cargo de Millán Garrido, Antonio, Rey González, Carlos, García San Pedro, José, Blay Villasante, Francisco, Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, Gómez Calero, Juan y Morales Villanueva, Antonio en el libro colectivo de Bajo Fernández, Miguel (Coordinador): *Comentarios a la Legislación Penal. Reforma Penal y Procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismos y rebelión*, t. XI, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, págs. 3-341, respectivamente. Antecede Presentación de Manuel Cobo del Rosal.

<sup>(277)</sup> La preocupación desde el punto de vista internacional, no se dejó esperar. En tal sentido, se decía: “La competencia de los tribunales militares se ha convertido en poco más que una excusa para la total impunidad de los integrantes de esas fuerzas [...]. La debilidad y la incompetencia del Poder Judicial también sirve como pretexto ideológico para aquellos integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad que justifican el uso de métodos ilegales para atacar a quienes consideran subversivos”. *Vid. Informe de Americas Watch. Tolerancia frente a los*

## 2. ALCANCE SIGNIFICATIVO DE LAS DECLARACIONES

Pues bien, resulta necesario y preciso, para continuar encuadrando el tema, analizar el tono de las declaraciones políticas que diversos sectores enjuiciaban al fenómeno de la violencia terrorista, clamando ampliar la competencia del fuero castrense. Una de las primeras opiniones registradas fue la del Ministro del Interior, Tnte. Gral. FAP (r) José Gagliardi Schiaffino, quien criticó la morosidad del Poder Judicial en los juicios instaurados contra los terroristas<sup>(278)</sup>. Al respecto, sostenía:

“Hasta el momento, ningún terrorista sometido a la justicia ha sido sentenciado”. Y agregaba: “existen, en término globales, unos 250 terroristas capturados; de ellos los jueces han dado libertad al 50%, es decir, un número que fluctúan entre 120 a 130 individuos”. (Diario *El Observador*, Lima, edición del 14.12.1981).

Prácticamente, un año después del “inicio de la lucha armada”, según el argot de Sendero Luminoso<sup>(279)</sup>, el tema ya estaba planteado. Un pequeño muestreo que ya revelaba el tono significativo de las declaraciones en torno a la ampliación de competencia, se verificó en los primeros años del régimen de Fernando Belaúnde y se proyectó con mayor énfasis al final del gobierno de Alan García entre los años 1989-1990<sup>(280)</sup>. Veamos a continuación una brevísima muestra.

Entrevistado a fines de diciembre de 1983, el Gral. Luis Cisneros Vizquerra sostenía que si los jueces tenían miedo, los terroristas debían ser juzgados por *tribunales militares*; que se aprobara la pena de muerte y que debía expulsarse del magisterio y de la administración pública a todos aquellos que fueran propagandistas de Sendero. (Revista *Oiga*, Lima, N° 147, edición del 31.10.1983).

---

*abusos. Violaciones a los derechos humanos en el Perú*, Serie: Informes sobre Derechos Humanos, N° 4, Americas Watch-Comisión Andina de Juristas, New York, NY, Octubre, 1988.

<sup>(278)</sup> Cfr. Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, ob. cit., págs. 373-376.

<sup>(279)</sup> Vid. Grados, Manuel Jesús: “El PCP Sendero Luminoso: Aproximaciones a una ideología”, en Vento García, Raúl: *Juicio a Abimael. Sendero, Ideología y Realidad*, Agenda 2000 Editorial, Lima, 1993, págs. 35-148. Igualmente, vid. Oviedo V., Carlos: *Prensa y Subversión*, Mass Comunicación Editores, Lima, 1989.

<sup>(280)</sup> Para el caso argentino, entre los años 30 y 80 del siglo XX, nada mejor es el esclarecedor libro de García Martínez de Murguía, Prudencio: *El drama de la autonomía militar*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1995. Antecede Prólogo de Ernesto Sábato.

Tres años después, el propio Gral. Cisneros Vizquerra reafirmaba:

“Mientras gran parte de la ciudadanía pide y exige la pena de muerte y el *fuero privativo* para los terroristas, la representación parlamentaria se dedica a interpretar artículos de la Constitución del Estado, para llevar al fuero común a los militares y el Poder Judicial sigue liberando a terroristas”. (Cfr: Diario *Expreso*, Lima, edición del 21.10.1986).

La revista *Oiga* recogía en 1983, lo siguiente:

“Los analistas piensan que medidas tales como el estado de emergencia, si bien pueden contribuir a lograr avances en la lucha antisubversiva, tienen que ser complementadas con otras, tales como el traslado de los juicios de senderistas al fuero militar. Esto, debido a que el Poder Judicial, intimidado y carente de medios, se ha mostrado hasta la fecha inoperante, como lo prueba el hecho de que aún no ha sido juzgado ni uno solo de los más de dos mil terroristas encarcelados”. (Revista *Oiga* N° 128, edición del 27.08.1983).

Una vez más, la revista *Oiga*, en uno de sus editoriales, expresaba:

“Frente a una rebelión como la de Sendero, al margen del contenido social o histórico que esta pueda tener, el gobierno está en la obligación de aplastarla (...). Y para aplastar una rebelión, que es una guerra, se requiere emplear armas y poner en funcionamiento a los *tribunales militares*, para que se ocupen de castigar sumariamente a confidentes, informantes, tráfugas y otras variantes del quintacolumnismo”. (Revista *Oiga*, N° 190, edición del 27.08.1994).

El diario *El Comercio*, en un editorial de la época, sostenía:

“Reiteramos que es necesario revisar y ampliar la ley antiterrorista, para tipificar a los senderistas como traidores a la patria en el estado técnico actual de guerra interna, y para conferir atribuciones especiales en este campo a los *tribunales militares*”. (Diario *El Comercio*, Lima 10.07.1984).

Importa subrayar que, en el período gubernamental del APRA (1985-1990), las opiniones mantenían similar criterio. Así, por ejemplo, Manuel D’Ornellas Suárez, con cierta prudencia, sostenía en el diario *Expreso*:

“Valdría la pena examinar, con cuidado, los pro y los contra de pasar a los inculpados por estos delitos a la *justicia militar*”. (Diario *Expreso* del 26.02.1986).

Cuatro meses después, el mismo analista, en pocas palabras, opinaba:

“De lo que se trata no es de reimplantar la pena capital, sino de adoptar medidas inmediatas y eficaces para contener el avance de la violencia subversiva. Consiste en lo siguiente: 1) Sacar el estado mayor terrorista de (el penal) El Frontón. 2) Someter a los sospechosos de terrorismo al *fuero militar*. 3) Aumentar la penalidad a sus acreedores”. (Diario *Expreso*, 05.06.1986).

Pero también debemos llamar la atención, desde el ángulo militar. Como era obvio, la respuesta no se dejó esperar. A raíz del caso “Las Fosas de Pucayacu” (Acobamba, Huancavelica), la Corte Suprema de la República resolvió en 1985 un conflicto de competencia a favor del Fuero Privativo Militar, como consecuencia de que miembros de la Marina de Guerra habían asesinado a 50 personas no identificadas. La Fiscalía de la Nación solicitó que se hicieran las investigaciones correspondientes a fin de identificar y procesar a los marinos involucrados, recayendo la responsabilidad en el Jefe Político Militar de las provincias de Huanta y La Mar.

En este orden de ideas, la Marina de Guerra así informaba de los hechos:

#### “Las Fosas de Pucayacu

...

#### El Proceso Judicial

El Código de Justicia Militar, en su artículo 318 establece que la jurisdicción penal militar no es renunciable y, en consecuencia, no puede dejar de ejercer en los casos que él mismo determina.

Bajo esta imperativa disposición, el Consejo de Guerra Permanente de Marina resolvió abrir instrucción contra el Oficial enjuiciado ante el fuero común y plantear la respectiva contienda de competencia, para que el Juez de Huanta se inhiba de proseguir con las actuaciones judiciales que había iniciado.

Al recibir el Juez de Huanta el oficio del Consejo de Guerra Permanente de Marina, se inhibió de seguir conociendo la causa judicial. Sin embargo, el Fiscal observó el hecho y solicitó que el Tribunal Correccional de Ayacucho resolviera su impugnación.

El Tribunal ordenó al Juez de Huanta proseguir con las investigaciones judiciales y dispuso que se remitiera a la Corte Suprema la contienda de competencia planteada, para que dirima la competencia entre ambos fueros, el común y el militar.

#### La decisión de la Corte Suprema

La resolución de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 10 de abril de 1985, declaró que corresponde al Consejo de Guerra Permanente de Marina conocer la causa y dispuso que el Juez de Huanta remita a éste los actuados del proceso.

En la parte considerativa de la resolución, la Corte Suprema advierte que el procedimiento seguido por el Fiscal y el Tribunal Correccional de Ayacucho, que impidió al Juez de Huanta declinar oportunamente su jurisdicción a favor del fuero militar, «resulta incongruente, lo que originaría su nulidad».

La resolución que dirime la competencia a favor del fuero militar, en su parte considerativa, expresa la interpretación de las normas constitucionales y legales que tipifican los delitos de función militar. Interpretación de las leyes vigentes que constituye precedente, al ordenar se reconozca la competencia del fuero militar para el conocimiento de las causas que versan sobre los delitos de función en los que pudiera incurrir el personal militar.

La Constitución Política vigente prescribe en su artículo 282, [se refiere a la de 1979] que los miembros de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar.

La Corte Suprema discierne «que los militares pueden desarrollar actividades de orden particular o privado o bien de orden público o institucional, caso este último que se reputan actos de servicio propios de su función militar». En el caso de estos últimos la Corte Suprema asevera «que los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar, sino también a todos aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones; armadas, pues no se requiere exclusivamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función, basta la simple ocasionalidad».

### **El Precedente**

La Corte Suprema de Justicia de la República, al ejercer las atribuciones que le corresponden en la administración de la justicia, consolida la visión de las leyes vigentes, a la que las autoridades judiciales deben atenerse para a su vez ejercer, en las instancias jerárquicas respectivas, la justicia que reclaman los casos particulares.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la República ha llenado un sensible vacío, y perfeccionará la mejor aplicación del cuerpo legal nacional. Sus contenidos interpretativos salvaguardan el orden legal nacional y la administración de la justicia peruana, uno de cuyos soportes son los Tribunales de Justicia Militar, encargados por la Constitución y las leyes de mantener la moralidad, el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.

Enaltece a la Marina de Guerra del Perú haber promovido ante la Corte Suprema de Justicia de la República un caso judicial que, por el mérito de su resolución, crea un precedente que consolida la justicia militar y por extensión salvaguarda la competencia del Consejo Supremo de Justicia

Militar, de los Tribunales del Ejército, de la Fuerza Aérea y de los Institutos Policiales”<sup>(281)</sup>.

Por consiguiente, como se podrá apreciar, en aquella época el tema a nivel nacional ya estaba en la cresta de la ola. Empero, la Constitución de 1979 definitivamente cerraba el paso a cualquier posibilidad de ampliar la Jurisdicción Militar para procesar y sancionar a los civiles subversivos, por más que la situación, día a día, se tornaba crítica e incontrolable para el aparato estatal –está ya probado– producto de la violencia política<sup>(282)</sup>.

### 3. LA PROPUESTA DE ALAN GARCÍA PÉREZ: INTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN

Dirijamos ahora nuestra atención a Alan García Pérez. Una de las propuestas que tuvo mucha discusión se produjo a fines de su gobierno. Efectivamente, el 28 de julio de 1989, en su Mensaje a la Nación, propuso *ampliar* las atribuciones del fuero militar para juzgar a los civiles alzados en armas. Al ver que su planteamiento tuvo una inmediata acogida por diversos sectores, el mandatario relanzó su tesis a las dos semanas siguientes<sup>(283)</sup>.

Así, el 15 de agosto, informaba:

“Después de mi mensaje del 28 de julio he comprobado que la inmensa mayoría ciudadana apoya la sanción drástica, apoya el planteamiento de *tribunales militares*, pero también he escuchado algunas objeciones de tipo jurídico, algunos argumentos teóricos”.

Un punto a destacar es el de que, en dicha conferencia lo que él planteaba era *interpretar* la Constitución, a través de la legislación ordinaria. Contemplados en

---

<sup>(281)</sup> *Cfr.* la nota que lleva por título: “Justicia Militar: soporte de la justicia nacional”, en *Revista de Marina*, Año 78, N° 2, vol. 374, Mayo-Junio, Lima, 1985, págs. 229-231.

<sup>(282)</sup> Para un testimonio del estado de emergencia y de la violencia política en el Perú, entre los años 80 y 90, *vid.* Del Pilar Tello, María: *Perú: El precio de la paz*, Ediciones Petroperú, Lima, 1991. Antecede Prefacio de Jaime Quijandría Salmón. Además, incluye diversas entrevistas a connotados especialistas en la materia.

<sup>(283)</sup> *Cfr.* Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, pág. 376.

su significado sustantivo, los fundamentos esgrimidos por el Presidente eran los siguientes:

“Muchos peruanos creen equivocadamente que el Servicio Militar Obligatorio (SMO) es sólo el servicio en el activo que es el que cumplen los peruanos que son seleccionados y prestan servicios acuartelados durante un año a dos años. Pero esa es sólo una de las formas en que se cumple el Servicio Militar Obligatorio”.

“Esto quiere decir que todos, todos los peruanos, entre 18 a 50 años estamos en edad militar y estamos obligados a seguir cumpliendo con el Servicio Militar Obligatorio en la reserva, porque el SMO puede cumplirse en el activo cuando uno es seleccionado... pero además de eso se sigue cumpliendo en la reserva hasta alcanzar los 50 años de edad”.

“Si esto dice la ley, me pregunto y pregunto a todos los peruanos, ¿acaso no infringe el SMO quien pretende por la violencia destruir el sistema constitucional del que forman parte las Fuerzas Armadas?”

“Se trata de definir en una ley, en un solo artículo, que el delito de terrorismo y subversión infringen el servicio militar y de esa manera en adelante los terroristas serán rápidamente, drásticamente sancionados, se necesita, pues, de una reforma constitucional, se necesita interpretar debidamente la Constitución”<sup>(284)</sup>.

Una mención especial merece Valentín Paniagua. A raíz de tales declaraciones, de un modo realmente objetivo, pensaba de la siguiente manera:

“La propuesta presidencial entraña, en realidad, tres diferentes cuestiones: ¿Cuál es el rol de las Fuerzas Armadas y del Poder Judicial en el proceso de pacificación nacional? ¿Permite la Constitución que los civiles responsables de delito de terrorismo sean juzgados por Tribunales Militares? ¿Conviene modificar la Constitución para que los delitos de terrorismo sean juzgados por Tribunales Militares?”<sup>(285)</sup>

---

<sup>(284)</sup> Cfr. Instituto de Defensa Legal: *Perú 1989 en la espiral de violencia*, IDL, Lima, 1990, págs. 138-139. Actualmente, el Servicio Militar Obligatorio ha sido reemplazado por el Servicio Militar Voluntario por la Ley N° 29248, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008. Para Domingo García Belaunde, la posición de Alan García Pérez, era un poco forzada, y si se quería llevar a los terroristas al fuero militar se tendría que reformar la Constitución. Vid. Diario *El Nacional*, 16 de setiembre de 1989.

<sup>(285)</sup> Cfr. Paniagua Corazao, Valentín: “Terrorismo y Tribunales Militares”, en Themis, Revista de Derecho, Segunda Época, N° 15, Lima, 1989, pág. 71.



Luego, con criterio razonable, sostenía que: “Nadie duda que el juzgamiento de los delitos de terrorismo exige un tratamiento especial. Es preciso dotar a los jueces de la seguridad necesaria para el cumplimiento de sus funciones frente a la eventual agresión de que podrían ser víctimas. Requiere, por cierto, procedimientos ágiles y eficaces que impidan la impunidad de los responsables y demanda, desde luego, penas ejemplarizadoras. Se imagina que todos esos requerimientos están satisfechos, por anticipado, con jueces, procedimientos y penas de la jurisdicción militar. En parte es verdad, sin embargo, también es verdad que el Estado podría dotar de iguales o mayores garantías a la jurisdicción ordinaria sin sacrificar principios fundamentales que hacen legítima e inobjetable la justicia que administra. Precisamente, por ello, no parece que pueda o deba liberársele de esa responsabilidad ya que, al hacerla se favorece a quienes como consecuencia, podrían aparecer como víctima de un sistema irracional e injusto”<sup>(286)</sup>.

#### 4. LOS PROYECTOS DE REFORMA EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA<sup>(287)</sup>

Una vez precisado lo anterior, cabe hacer un análisis de algunas propuestas presentadas ante el Parlamento en la década de los años 80 del siglo XX. A raíz de la propuesta formulada por Alan García, en el Congreso se presentaron dos proyectos de ley, a fin de hacer efectivos los planteamientos del mandatario. Uno fue presentado por el Senador Andrés Quintana Gurt, quien sugirió reformar el artículo 321 del Código de Justicia Militar de 1980<sup>(288)</sup>, agregándole un inciso que

---

<sup>(286)</sup> *Ibidem*, pág. 72. También, *vid.* Basombrío Iglesias, Carlos: “Impunidad y castigo: Un dilema actual”, en Mora Zevallos, Daniel (*et al.*): *Las Fuerzas Armadas en la transición democrática del Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2001, págs. 83-94.

<sup>(287)</sup> *Cfr.* Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, Césary Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, ob. cit.*, pág. 377.

<sup>(288)</sup> Código de Justicia Militar de 1980:

“Art. 321. Son militares para los efectos de este Código:

1.- Los que, de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que rigen al personal de las distintas armas y servicios, tienen el grado militar o presten servicio militar;

2.- Los que, de acuerdo con las mismas leyes, forman parte de la reserva del Ejército Territorial, mientras se hallen prestando servicio;

incluyera dentro de sus alcances a “los ciudadanos que encontrándose en edad militar y formando parte de la reserva, sin prestar servicios, atenten contra la vida o la salud del personal militar y de la Policía Nacional en actividad o contra los bienes que éstos custodian”.

No menos significativo fue el otro proyecto que le correspondió a Enrique Chirinos Soto, quien planteó reformar el artículo 282 de la Constitución de 1979 en su parte final, en los siguientes términos:

“Quienes infringen el servicio militar están sometidos al fuero castrense y al Código de Justicia Militar. También lo están quienes atacan a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional”<sup>(289)</sup>.

Debe aludirse que a raíz de estas propuestas, la opinión pública virtualmente se dividió en tres frentes: *a)* Los que manifestaban su apoyo a la iniciativa presidencial; *b)* Los que apoyaban la iniciativa, pero acompañada de una reforma constitucional; y *c)* Los que la cuestionaban abiertamente, aun con reformas.

Indudablemente, los partidos políticos desarrollaron un papel importante en la discusión, a través de sus principales líderes, expresándose a favor o en contra. Al interior del APRA y el FREDEMO hubo posiciones contradictorias. Acción Popular, a través de su principal líder, Fernando Belaúnde Terry, y Mario Vargas Llosa apoyaba la iniciativa. Los sectores de la izquierda la rechazaban tajantemente. En sus líneas generales, los principales diarios como *Expreso* y *El Comercio*, así como la revista *Oiga*, suscribían las reformas; en cambio, el diario *La República* y las revistas *Sí* y *Caretas* se oponían<sup>(290)</sup>.

---

3.- Los asimilados militarmente; y

4.- Los prisioneros de guerra”.

<sup>(289)</sup> Cfr. Instituto de Defensa Legal: *Perú 1989 en la espiral de violencia*, ob. cit., pág. 139. También, vid. *El Comercio* del 2 de agosto de 1989. Al respecto, el texto constitucional de 1979 en su numeral 282 establecía: “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235. Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

<sup>(290)</sup> Cfr. Instituto de Defensa Legal: *Perú 1989 en la espiral de violencia*, ob. cit., págs. 140-141 y 143, respectivamente.

Alejado de los tonos politizados, con prudencia pero con firmeza, la iniciativa fue rechazada por el Fiscal de la Nación, el Decano del Colegio de Abogados de Lima, el propio Presidente de la Corte Suprema, así como el Ministro de Justicia y el Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados. Como se infiere en los proyectos esbozados, la mayoría coincidía que las limitaciones del Poder Judicial eran básicamente de carácter económico, pero que debería ser siempre el Poder Judicial el que conociera de los casos de terrorismo.

Con palabras muy aproximadas y a la vez expresivas, en realidad, tal era la situación de los escenarios que precedían al nuevo régimen político que, meses después, habría de inaugurarse con un presidente hasta hacía algún tiempo casi desconocido en la élite política del Perú: Alberto Fujimori Fujimori<sup>(291)</sup>.

## 5. LAS REFORMAS PLANTEADAS DURANTE EL GOBIERNO DE EMERGENCIA Y RECONSTRUCCIÓN NACIONAL

Contrariamente a la prédica triunfalista del régimen de Alberto Fujimori, en los tramos finales de su gobierno (1990-1995), al asumir el mando propuso una inusitada fórmula para pacificar el país: *el diálogo con los alzados en armas*. En efecto, en el mensaje del 28 de julio de 1990, después de un discurso sociológico sobre la etiología de la violencia, expresó, con asombro, que el Gobierno estaba dispuesto a dialogar con los subversivos<sup>(292)</sup>. Para una mejor inteligencia del asunto, recordemos su mensaje:

“No se interprete como debilidad *mi inclinación al diálogo, incluso con los grupos alzados en armas* siempre que estos las depongan. El pueblo me ha elegido, entre otras cosas, para buscar la unidad de los peruanos, incluidos los equivocados. Estoy intentando, de muy buena fe, y quiero que la comunidad internacional sea testigo de mi propósito ferviente de introducir, por fin, la paz por vía de la razón y el diálogo a este pueblo que vive la violencia desde hace diez años”.

---

<sup>(291)</sup> El primer dato bibliográfico y premonitorio lo dio José María Salcedo en un trabajo titulado: *Tsunami Presidente: Conversación privada con el Presidente, la madrugada de su elección*, Arte y Comunicación, S.A., Lima, 1990, publicado en plena efervescencia electoral. Posteriormente se ha publicado un singular libro a cargo de Luis Jochamowitz, titulado: *Ciudadano Fujimori. La construcción de un político*, Editorial Peisa, Lima, 1993.

<sup>(292)</sup> *Vid.*, Instituto de Defensa Legal (*et al.*): *Manual del sistema peruano de justicia*, 2ª. edición, Ali Arte Gráfico Publicaciones SRL, Lima, 2003, págs. 272-273, en donde se formula una crítica al régimen de Alberto Fujimori relacionado con la Justicia Militar.

Y, así, sostuvo:

“La lucha antisubversiva que emprenderá mi gobierno, se enmarcará y ejecutará conforme a los principios consagrados por la Constitución y las leyes de la República. Esta perspectiva será aplicada con equidad y justicia, tanto para aquellos que hoy agreden a nuestra sociedad como para los que la defienden”<sup>(293)</sup>.

Pero ahondando el análisis del problema, se observó que un año después de su primer gobierno, en el mensaje a la Nación en julio de 1991, el Presidente Alberto Fujimori sostuvo que el terrorismo había crecido territorial y políticamente. Por ello, aseveró:

“Mi gobierno ha adoptado una clara y definida posición acerca de la necesidad de abocarnos de inmediato a un proceso que implique tanto la construcción democrática de un ordenamiento social más justo y solidario, como también de la necesidad de derrotar en forma definitiva a los grupos alzados en armas”.

Es de observar también, que aún no se vislumbraba la *intencionalidad política* del autogolpe de Estado que nueve meses después, habría de perpetrar, sin titubeos, Alberto Fujimori, es decir, el 5 de abril de 1992<sup>(294)</sup>. Con anterioridad, el Congreso de la República, el 17 de junio de 1991 mediante Ley N° 25327, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, en ciento cincuenta días, a través de decretos legislativos distribuidos en tres materias: *a)* promoción de la inversión, *b)* fomento del empleo, y *c)* pacificación nacional<sup>(295)</sup>.

## 6. EL NACIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN ANTISUBVERSIVA

En su significado genérico, con el súbito autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, se dictó una frondosa legislación *de facto* que, conforme enseña la historia, significó poner en práctica nuevos mecanismos lesivos y atentatorios contra el

<sup>(293)</sup> Vid. Diario Oficial *El Peruano*, edición del 29 de julio de 1990.

<sup>(294)</sup> Vid. Gonzáles Manrique, Luis Esteban: *La encrucijada peruana: de Alan García a Fujimori*, vol. II, CEDAL, Madrid, 1993, págs. 435 y sgts. También, *vid.* Arias Quincot, César: *La modernización autoritaria. La nueva institucionalidad surgida a partir de 1990*, Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1994. Antecede Presentación de Dietmar Dirmoser.

<sup>(295)</sup> Vid. Vidal, Ana María (Coordinadora): *Los decretos de la guerra. Dos años de políticas antisubversivas y una propuesta de paz*, IDS, Lima 1993, págs. 57-93.

ejercicio de los derechos fundamentales<sup>(296)</sup>. En realidad, nos hallábamos frente a un conjunto de normas que constituyeron la parte principal de la respuesta legislativa<sup>(297)</sup>, aunque *de facto*, que el Estado asumió para frenar el fenómeno de la violencia política. Queda claramente indicado que así empezaba a ponerse en práctica lo que se denominaba terrorismo de Estado, en la inteligencia de que era entendido como: “... un sistema político cuya regla de reconocimiento permite y/o impone la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes”; medidas coercitivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, que obstaculizaban o anulaban la actividad judicial y convertían al gobierno en agente activo de la lucha por el poder<sup>(298)</sup>.

Desde luego, el tema no es exclusivo en el sistema jurídico peruano, pues el fenómeno también se ha presentado, y en parte se mantiene, en diversos países de América Latina, y en menor escala en Europa. De allí que, en el contexto de esta exposición, en dichos países lo han venido tratando con cierta sofisticada cirugía del Derecho. Y aun en dichos regímenes constitucionales, la imponente legislación antiterrorista edificada en Europa en los dos últimos decenios trastocó los principios fundamentales del Estado de Derecho que, como se sabe, son el corazón del ordenamiento penal, procesal y constitucional de los sistemas democráticos<sup>(299)</sup>.

---

<sup>(296)</sup> Cfr. Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, págs. 380-385.

<sup>(297)</sup> Cfr. Bobillo de la Peña, Francisco J.: “Constitución y legislación antiterrorista”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 48, Noviembre-Diciembre, Madrid, 1985, págs. 47-76.

<sup>(298)</sup> Cfr. Garzón Valdes, Ernesto: “El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad)”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 65, Julio-Setiembre, Madrid, 1989, pág. 39. Para una visión de conjunto de la situación actual, especialmente, lo relacionado al terrorismo global, el crimen organizado transnacional, las amenazas cibernéticas y la información en los conflictos bélicos, *vid.* Fernández Rodríguez, José Julio, Jordán Enamorado, Javier, Sansó-Rubert Pascual, Daniel (Editores): *Seguridad y Defensa hoy. Construyendo el futuro*, Plaza y Valdés Editores, Madrid-México, D.F., 2008. Antecede Prefacio de los editores y Prólogo de Enric Bas y Andrés Montero. Y más de pronto: Revilla Montoya, Pablo César: *Temas controvertidos del Derecho Internacional y las relaciones internacionales*, Grupo Time, Lima, 2011, págs. 13-42. Como antecedente resulta útil el ensayo de Roucek, Joseph S.: “La Sociología de la Guerra y de la Organización Internacional”, en Revista Mexicana de Sociología, Año XX, Vol. XX, N° 1, Enero-Abril, México, D.F., 1958, págs. 181-208.

<sup>(299)</sup> *Vid.* López Garrido, Diego: *Terrorismo, política y derecho. Legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Alianza Editorial,

Por de pronto, parece ser que, aun en los marcos de las democracias constitucionales europeas, la legislación antiterrorista acusa una “legislación de emergencia” y el aparato estatal se encarga de darle una durabilidad institucionalizada.

Y de continuo, en las actuales circunstancias, teniendo como problemática al terrorismo, Carlos Christian Sueiro sostiene que el discurso del Derecho Penal del Enemigo o Derecho Penal de la Tercera Velocidad, encuentra una configuración integradora del Derecho Penal de las siguientes características: parte de una Teoría de la Prevención General Positiva, encausada a nivel criminológico en la Escuela Sociológica de la Criminología, que configura los preceptos criminológicos que serán traspolados a la Dogmática bajo el Funcionalismo Sistémico, el cual probablemente será instrumentado bajo un Sistema de Enjuiciamiento Inquisitivo o Mixto y que desembocará en un Modelo político-criminal de corte autoritario, que buscará enmascararse bajo preceptos democráticos, tales como la Seguridad Ciudadana<sup>(300)</sup>.

Y añade Sueiro que el otro paradigma, en contraposición con el anterior, se denominará Derecho Penal del Ciudadano y su instrumento dogmático será conocido como el Autor por Convicción. Y encuentra como premisas a nivel Penológico, Teorías deslegitimantes, tales como el Agnosticismo, el Minimalismo y el Abolicionismo Penal, las cuales se encuentran en consonancia y concordancia con la Escuela Criminológica de la Reacción Social, Control Social, Teorías del Conflicto o Criminología Crítica, que se traduce en una Dogmática finalista

---

S.A., Madrid, 1987. Igualmente, *vid.* Fernández Segado, Francisco: “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 35, Septiembre-Octubre, Madrid, 1983, págs. 125-129; y del mismo autor: “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, en Revista de Derecho Político, N°s. 18-19, Verano-Otoño, Madrid, 1983, págs. 31-58.

<sup>(300)</sup> *Cfr.* Sueiro, Carlos Christian: “El terrorismo y sus dos discursos jurídicos de Derecho Penal del Enemigo al autor por convicción”, en su libro: *La política criminal de la posmodernidad. La contienda en los albores del S. XXI entre dos modelos político-criminales*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2010, págs. 279-304, en concreto, pág. 292. Antecede Presentación de James Reátegui Sánchez. También resulta de sumo provecho el libro de Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª. edición ampliada, Editorial EDISOFER S.L. - Euros Editores S.R.L.- B de F Ltda., Buenos Aires, 2011. Se incluyen las reseñas de Bernhard Kretschmer, Thomas Vormbaum, Ángel J. Sanz Morán, Alex van Weezel de la Cruz, Patricia Laurenzo Copello, Günther Jakobs y Vincenzo Militello.



que recepta el concepto Autor por Convicción y los somete a un Sistema de Enjuiciamiento Acusatorio de corte garantista bajo un Modelo político-criminal Igualitario o Jus Humanista o Modelo Político-criminal Alternativo<sup>(301)</sup>.

La Ciencia del Derecho Penal, como advierte Roxin, no deberá limitarse en el futuro, como lo ha hecho durante mucho tiempo y todavía hoy en parte lo hace, al Derecho positivo, la *lex lata*, sino impulsar la política criminal científica; esto significa que independientemente de las actuales orientaciones legislativas el Derecho Penal del futuro tendrá que diseñarse una y otra vez y, con ello, poner en marcha un proceso permanente de reforma<sup>(302)</sup>.

Para lo cual, debe existir un soporte o ropaje constitucional, especialmente cuando proviene del Tribunal Constitucional. ¿Por qué? No olvidemos que el Derecho Constitucional proporciona a la Ciencia del Derecho Penal una perspectiva desde la que podemos advertir que la tensión entre libertad y obligatoriedad que a la misma subyace, indica que estamos ante una característica de cualquier ciencia no formal: la Ciencia del Derecho Penal no está aislada sino que comparte su destino y representa sus problema básicos<sup>(303)</sup>.

En lo que respecta al Perú, la legislación excepcional y de emergencia se instauró a los pocos meses de haberse dado el autogolpe de Estado, significando este tipo de política criminal, que no tiene antecedentes en el país, expresas violaciones a los marcos preestablecidos por la Constitución de 1979. En efecto, el 13 de agosto de 1992, el gobierno de Alberto Fujimori dictó el Decreto Ley N° 25659

---

<sup>(301)</sup> Cfr. Sueiro, Carlos Christian: “El terrorismo y sus dos discursos jurídicos de Derecho Penal del Enemigo al autor por convicción”, en su libro *La política criminal de la posmodernidad. La contienda en los albores del S. XXI entre dos modelos político-criminales*, ob. cit., págs. 279-304, en concreto, pág. 300.

<sup>(302)</sup> Cfr. Roxin, Claus: “La Ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro”, en Eser, Albin, Hassemer, Winfried, Burkhardt Björn (Coordinadores de la versión alemana) y Muñoz Conde, Francisco (Coordinador de la versión española): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 390. Antecede Prólogo a la edición española de Francisco Muñoz Conde.

<sup>(303)</sup> Cfr. Hassemer, Winfried: “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias de su tiempo”, en Eser, Albin, Hassemer, Winfried, Burkhardt Björn (Coordinadores de la versión alemana) y Muñoz Conde, Francisco (Coordinador de la versión española): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, ob. cit., pág. 33.



que tipificaba en ley especial el delito de *Traición a la Patria*, complementado luego por el Decreto Ley N° 25708 (*Procedimiento para el juzgamiento por traición a la patria*) y el Decreto Ley N° 25744 (*Normas para la investigación policial y judicial en los delitos de traición a la patria*)<sup>(304)</sup>.

En este orden de consideraciones, no se puede olvidar que en el artículo 4 del Decreto Ley N° 25659 se dispuso lo siguiente:

“A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de Traición a la Patria serán de competencia del *Fuero Privativo Militar* tanto en su investigación como en su juzgamiento”.

En cierto modo análogo, el Decreto Ley N° 25880 estableció que consideraba como autor del delito de traición a la patria al que, valiéndose de su condición de docente, influyera en sus alumnos haciendo *apología del terrorismo*. En su numeral 2 normó, igualmente, que era competencia del *Fuero Militar* el conocimiento de los profesores incurso en esta modalidad delictiva. Sin lugar a dudas, la referida legislación vulneraba expresamente los principios de la función jurisdiccional que establecía el artículo 233 de la Constitución Política de 1979.

Posteriormente, y también durante el régimen autoritario de Alberto Fujimori, con un nuevo marco normativo se insistió en seguir aplicando una legislación de emergencia represiva excepcional, que contenía una deficiente técnica legislativa con que se había abordado la construcción de los tipos de injusto de traición a la patria<sup>(305)</sup>, lo cual significó haber dejado de lado los principios básicos y garantistas del sistema penal liberal contemporáneo.

---

<sup>(304)</sup> Cfr. Bustamante Oyague, Emilia: “El juzgamiento de civiles por los tribunales militares: Transgresión del derecho a ser juzgado por un Tribunal competente, independiente e imparcial. El caso Cantoral Benavides”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, N° 15, Mayo, Lima, 2002, págs. XXXV-XXXVI.

<sup>(305)</sup> Cfr. Peña Cabrera, Raúl (en colaboración con Bojórquez Padilla, Uldarico): *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L., Lima, 1994, pág. 141. Antecede Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Desde la perspectiva comparada, un testimonio elocuente es el que también se presentó en Colombia. Al respecto, *vid.* Cancino Moreno, Antonio José, Monroy de Posada, Marcela y Granados Peña, Jaime Enrique: *La legislación de emergencia y la justicia penal. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales*, Talleres Gráficos de la Empresa Editorial de la Universidad de Colombia, Bogotá, 1990.

El tratamiento legislativo se expresó sobre la base de tres áreas bien definidas que merecen ser tenidas muy en cuenta:

- a) Derecho Penal: (Decreto Ley N° 25475, del 6 de mayo de 1992, Ley de Terrorismo y Decreto Ley N° 25659, del 13 de agosto de 1992, Delito de Traición a la Patria).
- b) Derecho Procesal Penal (Inquisitivo): (Decreto Ley N° 25499 del 16 de mayo de 1993, que establecía los términos dentro de los cuales se concederían los beneficios de exención, remisión y atenuación de la pena a incursores en la comisión de delitos de terrorismo; Decreto Ley N° 25708, del 10 de setiembre de 1992, normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria; Decreto Ley N° 25744, del 27 de setiembre de 1992, normas que se aplicarán a la investigación policial, la instrucción y el juicio, así como el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N° 25659; Decreto Ley N° 25916, del 2 de diciembre de 1992, que precisaba que las prohibiciones de beneficios penitenciarios y procesales para los agentes de delitos de tráfico ilícito de drogas, de terrorismo y de traición a la patria mantienen su vigencia; Ley N° 26291 del 9 febrero de 1994, Ley de contiendas de competencia sobre jurisdicción civil o militar)<sup>(306)</sup>;
- c) Derecho Penal Premial: (Decreto Ley N° 25499 ya citado, más conocido como Ley de Arrepentimiento; su reglamento, el Decreto Supremo N° 015-93-JUS y la posterior Ley N° 26220 de 19 de agosto de 1993, donde se comprenden dentro de los alcances de la Ley de Arrepentimiento a las personas procesadas y sentenciadas por los delitos de terrorismo o traición a la patria).

En cierto y generalísimo sentido, las principales modificaciones se encuentran en el Decreto Ley N° 25475 (cuyo artículo 22 derogó los artículos 319 al 324 del Código Penal, así como la Ley N° 24700, modificada por la Ley N° 25031) y el Decreto Ley N° 25659. Veamos al respecto, algunas apreciaciones generales acerca de su alcance y contenido.

---

<sup>(306)</sup> Vid. Salas Villalobos, Sergio: “Planeamiento estratégico para la Reforma de la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, ob. cit., pág. 23, para quien la justicia y la justicia militar deben estar capacitadas para poder indentificar qué métodos, modelos y sistemas de despacho judicial se requieren.

A este propósito, en lo que concierne al Decreto Ley N° 25475 (Penalidad para delitos de terrorismo y procedimientos para la investigación, instrucción y juicio del delito):

a) *Penas*: Se amplía la punibilidad de figuras típicas de terrorismo a través de penas prácticamente tasadas. Se establecen penas privativas no menores de 20 años tratándose del *tipo genérico* de terrorismo, así como los actos de colaboración y delitos de asociación; así también, penas privativas de libertad no menores de 25 años hasta cadena perpetua para tipos calificados. La incitación se sanciona con pena de entre 12 y 20 años; y la apología, con pena de entre 6 y 12 años. Se introduce la pena de *pérdida de nacionalidad* para los peruanos que realicen actos de apología del terrorismo o de terrorismo fuera del territorio de la República.

b) *Investigación policial*: Existe una “administrativización” o, si se quiere, una “policialización” del proceso. A la Policía Nacional del Perú (PNP) se le faculta para intervenir “sin ninguna restricción que estuviere prevista en sus reglamentos”, detener a presuntos implicados, incomunicarlos y trasladarlos. No se habilita ni garantiza una decidida participación del Ministerio Público. Tampoco se regula la intervención judicial. Los abogados sólo pueden intervenir a partir del momento en que el detenido rinde su manifestación policial.

c) *Proceso penal*: En la instrucción, el procesado permanece detenido sin posibilidad de acogerse a algún tipo de libertad. El plazo es de 30 días naturales. Existe una *expansión* de la detención preventiva. En efecto, la detención resulta ser la regla en estos delitos. Se dispone que el mandato de detención sea obligatorio y que está prohibida toda forma de libertad anticipada. El juicio oral se realiza en el establecimiento penal y no en sede judicial a través de una “sala especializada”, cuyos miembros se designan en forma rotativa y secreta. Las resoluciones judiciales no llevan firma ni rúbrica de los magistrados intervinientes, ni de los auxiliares de justicia, para lo cual se utilizan códigos y claves secretas.

d) *Otras disposiciones*: Los magistrados asumen competencia a nivel nacional para conocer los delitos de terrorismo, sin observar el lugar de la comisión del hecho delictuoso. Los abogados sólo pueden defender a un procesado a nivel nacional. La

pena se cumple en establecimientos penales de máxima seguridad. Los procesados o sentenciados no pueden acogerse a ningún beneficio penal o penitenciario<sup>(307)</sup>.

Nótese bien, sobre todo, que estas normas en la práctica importaban reformar diversos principios propios del sistema penal, cuyo entronque con los principios y derechos de la función jurisdiccional provenientes de la propia Constitución quedaban sin efecto. Así, las garantías judiciales, el juez natural, excepcionalidad de la detención, cláusula de no incriminación, publicidad, excepcionalidad de la incomunicación, etc., prácticamente quedaron como letra muerta frente a la nueva legislación que reprimía drásticamente el fenómeno del terrorismo<sup>(308)</sup>.

Y en lo tocante al Decreto Ley N° 25659, ya citado, se tipificó el *Delito de Traición a la Patria*, cuyo núcleo básico deriva del delito de terrorismo agravado (artículo 2 del Decreto Ley N° 25475)<sup>(309)</sup>. Como complemento a dicha legislación, se dictó el Decreto Ley N° 25708, que establece las normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria, y el Decreto Ley N° 25744, cuyo contenido aborda la investigación policial y judicial en los delitos de traición a la patria<sup>(310)</sup>.

Nótese, además, que esta legislación tenía las siguientes reformas:

---

<sup>(307)</sup> ¡Y qué decir de los procesos constitucionales de la libertad, especialmente el Hábeas Corpus! Al respecto, *vid.* el estudio completamente satisfactorio de Abad Yupanqui, Samuel: “Justicia Militar y Hábeas Corpus”, en Antekirtta. Revista Jurídica editada por estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura, Año I, N° 1, Piura, 1999, págs. 133-138.

<sup>(308)</sup> Para mayor detalle, *vid.* Gamarra Herrera, Ronald (con la colaboración de Meza, Robert): *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1995. Antecede Presentación de Ernesto de la Jara y Prólogo de José C. Ugaz Sánchez-Moreno. Con relación al terrorismo internacional, *vid.* Fernández Puyana, David: “¿Separación de poderes en «tiempo de guerra»? : una respuesta al terrorismo internacional desde la Constitución de los Estados Unidos de América”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 88, Julio-Diciembre, Madrid, 2006, págs. 201-215.

<sup>(309)</sup> *Vid.*, los criterios jurisprudenciales que se adoptaron en el Fuero Militar durante la década de los años noventa con relación al delito de traición a la patria, en Alvarado González, Pepe: *Jurisprudencia militar. Penal. Parte especial*, Talleres de Imagen Publicidad y Marketing, Lima, 2002, págs. 21-26.

<sup>(310)</sup> Desde el punto de vista histórico-comparado, *vid.* Montull Lavilla, Eduardo: “Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición de Derecho Penal común”, en Revista Española de Derecho Militar, N°s. 25-26, Enero-Diciembre, Madrid, 1968, págs. 9-54.

a) Se aplica el *procedimiento sumario* establecido en el Código de Justicia Militar de 1980 para los juicios en el teatro de operaciones;

b) Se establecen términos perentorios al Juez Militar para que expida sentencia en el término máximo de 10 días, y, eventualmente, se aplica la sustanciación de los procesos contenidos en la Ley Antiterrorista;

c) En los delitos de traición a la patria, sólo procede el recurso de nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, cuando las penas impuestas son de *cadena perpetua* o privativa de libertad de 30 o más años;

d) La Policía Nacional del Perú (PNP) puede efectuar la detención con carácter preventivo de los presuntos implicados por un término mayor de 15 días, dando cuenta a la autoridad judicial del Fuero Privativo Militar. Incluso, se puede prorrogar por 15 días más; y,

e) Los abogados defensores no podrán patrocinarse simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional en ninguna de las etapas, sea la investigación policial, instrucción o el juicio oral.

A todo este marco represivo se sumó la denominada *Ley de Arrepentimiento sobre delito de terrorismo*, Decreto Ley N° 25499 y su Reglamento Decreto Supremo N° 015-93-JUS y la Ley N° 26220<sup>(311)</sup>, que establecen ciertos beneficios para las personas calificadas de “arrepentidos”. Aun cuando esta política haya tenido algunos efectos positivos, una revisión cuidadosa permite evidenciar que muchas personas fueron denunciadas por presuntos arrepentidos, involucrando a personas ajenas e inocentes con relación a las actividades subversivas. Paradójicamente, bajo dicha legislación salió una cuantiosa cantidad de subversivos al amparo del “arrepentimiento”; y muchos, como se tiene dicho, fueron detenidos por el solo hecho de haber sido sindicados sin ningún tipo de pruebas, por el presunto “arrepentido”. Así, en términos generales, se obligó al gobierno a precisar que la legislación antiterrorista tendría vigor hasta el 1° de noviembre de 1994<sup>(312)</sup>; pasada dicha fecha, ninguna persona se podía acoger a los beneficios.

---

(311) *Vid. Legislación peruana sobre arrepentimiento terrorista: Análisis y comentarios*, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 38, Lima, 1993, págs. 51-61.

(312) Así lo sostuvo el Presidente Alberto Fujimori Fujimori, en el Mensaje a la Nación del 28 de julio de 1994, y ha sido regulado por la Ley N° 26345 del 30 de agosto de 1994.

Por todo ello, haciendo un juicio ponderado sobre el tema del arrepentimiento, diremos que: "... no es conveniente la delación como forma de arrepentimiento, dado que contraría los principios de justicia y de equilibrio entre la defensa y el acusador, garantizado por la presencia del juzgador. Ahora bien, en la praxis peruana la utilización de este mecanismo ya de por sí discutible principistamente, ha acarreado irreparables injusticias, pues se ha dictado sentencias condenatorias de cadena perpetua tan sólo con los meros dichos de los supuestos arrepentidos, agravándose porque la declaración del arrepentido se convierte en la única prueba que solventa las penas severísimas, sin ser corroboradas por otras pruebas que aseguren la certeza y, por ende, la formación adecuada del criterio de conciencia"<sup>(313)</sup>.

Desde luego, aquí no se pretende hacer una evaluación crítica de la legislación que surgió en el marco del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a raíz del golpe de Estado del 5 de abril de 1992<sup>(314)</sup>. Empero, existe consenso en la doctrina, como muy bien apunta Fernández Segado, que la puesta en vigor de toda esta legislación debe ser lo más corta posible porque su prolongación en el tiempo supone una importante devaluación del Estado de Derecho<sup>(315)</sup>. Sin embargo, en

---

<sup>(313)</sup> Cfr. Peña Cabrera, Raúl (en colaboración con Bojórquez Padilla, Uldarico): *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, ob. cit., pág. 239. También, vid. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú: *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, Editorial Atenea EIRL, Lima, 2006, págs. 81-83. Antecede Presentación de Salomón Lerner Febres y Javier Ciurlizza Contreras.

<sup>(314)</sup> Un análisis sobre la crisis peruana de aquella época puede verse en AA.VV.: *Perú mil novecientos noventidós. La democracia en cuestión*, CEPES, IEP, Lima, 1992.

<sup>(315)</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco: "La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales", ob. cit., pág. 181. Del mismo autor: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978. Antecede Prólogo de Luis Sánchez Agesta. Asimismo, vid. Cruz Villalón, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984. Una panorámica histórica se encuentra en Schmitt, Carl: *La dictadura (Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria)*, traducido del alemán por José Díaz García, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1985. En el mismo sentido, vid. de Cruz Villalón: *El estado de sitio y la Constitución (La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado: 1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980. Y Sánchez Viamonte, Carlos: *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957. Antecede Prólogo de Emilio Frugoni. Un enfoque global se registra en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: "Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales", en *Revista Sistema*, N° 42, Mayo, Madrid, 1981, págs. 57-78.



la práctica se mantuvo la copiosa legislación antiterrorista, cargada con vicios de inconstitucionalidad, con el pretexto de que con ella, la lucha contra la subversión tenía réditos para la anhelada pacificación del país.

Y como era de esperar, las reacciones no faltaron. Efectivamente, tanto desde el orden internacional como también desde el plano interno, las críticas severas que se hicieron se ceñían a la luz de los instrumentos internacionales y de los preceptos constitucionales. Así, tenemos:

- a) El Informe de la Comisión de Juristas Internacionales sobre la administración de Justicia en el Perú, conocido como “Informe Goldman”. Tuvo su origen en un acuerdo de entendimiento entre el Gobierno de Estados Unidos y el Gobierno del Perú, habiendo sus integrantes visitado el país entre los días 4 al 17 de setiembre de 1993 con el propósito de determinar si la legalización antiterrorista era incompatible o no con los estándares internacionales sobre la administración de justicia.
- b) Segundo Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, aprobado el 2 de junio de 2000, correspondiente a la vista realizada al Perú entre los días 9 al 13 de noviembre de 1998.
- c) Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 49/00, caso 11.182 (Adolfo Gerbert Asencios Lindo, Rodolfo Dynnik Asencios Lindo y Marco Antonio Florentino Molero Coca Perú) del 13 de abril de 2000<sup>(316)</sup>.
- d) CIDH: Sentencia recaída en el caso María Elena Loayza Tamayo, del 17 de setiembre de 1997.
- e) CIDH: Sentencia recaída en el caso Cantoral Benavides, del 18 de agosto de 2000.
- f) Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (Informe Garretón), del 11 de enero de 1999. Y,

---

<sup>(316)</sup> Para mayor detalle, *vid.* el libro, redactado con independencia de criterio, de De la Jara Basombrío, Ernesto: *Memoria y batallas en nombre de los inocentes (Perú 1992-2001)*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011, págs. 144-186. Sobre el Estado de excepción en Colombia, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *vid.* Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*, Editorial Temis, S.A., Universidad Nacional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1999, págs. 159-219.



- g) Informe del Relator Especial ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, encargado de la cuestión de la Independencia de los Jueces y Abogados, Sr. Param Kumaraswamy (a partir de la visita *in loco* realizada al Perú entre el 9 y el 15 de setiembre de 1996).

Y el tiempo no engaña, por cuanto, haciendo un balance global al compás de los años, el resultado que se tendría que dar no es nada positivo. ¿Por qué? La respuesta, que en realidad es una enseñanza certera, la ofrece Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000), en términos rigurosos propiamente: “Combatir el fuego con el fuego, o sea la violencia con la violencia, no es inteligente; todo lo contrario. Sobre multiplicar los desastres, contribuirá al descrédito de los poderes públicos y del Derecho con que se procura legitimar su desatentado ejercicio, y enriquecerá y confirmará con nuevos argumentos aquellos de que ya dispongan los rebeldes. En vez de que amaine, así puede encontrarse la violencia. Por otra parte, tampoco es muy sabio confiar en darle fin mediante el empleo de una fuerza y una violencia mayores y más eficaces, porque resulta casi imposible exterminar cualquier violencia que discurra por espacios dilatados y difíciles y que, así como concita odios y resistencias, cuenta con ancestrales y solícitos sentimientos de simpatía y solidaridad, y, aun cuando se la derrotara, permanecerían vivas sus raíces y persistirían los problemas que le dan sentido, raíces y problemas que, tardando más o menos, ocasionarán nuevas oleadas o movimientos de violencia”<sup>(317)</sup>.

Por lo demás, “como es sabido, los delitos de terrorismo pretenden provocar *reacciones del Estado*, hasta alcanzar, como punto de llegada de su estrategia, la *rebelión popular*. Esta estrategia no sólo implica la acción hacia los *enemigos*, que deben ser intimidados, sino también frente a los *amigos*”<sup>(318)</sup>. Hasta aquí con esta mera alusión podemos colegir enseñanzas certeras que paulatinamente se van a ir replanteando.

---

<sup>(317)</sup> Cfr. Prólogo de Manuel Rivacoba y Rivacoba al libro de Peña Cabrera, Raúl (en colaboración con Bojórquez Padilla, Uldarico): *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, *ob. cit.*, págs. 10-11.

<sup>(318)</sup> Cfr. Cancio Meliá, Manuel: “Internacionalización del Derecho Penal y de la política criminal: Algunas reflexiones sobre la *lucha jurídico-penal contra el terrorismo*”, en Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinador): *Derecho Penal y modernidad*, *ob. cit.*, pág. 359.

## 7. EL DISEÑO ORGÁNICO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Corresponde tratar ahora el marco constitucional de la Jurisdicción Militar a tenor de la Constitución Política de 1993. A nuestro juicio, tres son los temas identificados plenamente con la Jurisdicción Militar *en el Perú*. El primero está relacionado con la Jurisdicción Militar *strictu sensu* y la ampliación para sancionar a los civiles y que se encuentra regulado en el artículo 173. El segundo es el tema de la *pena de muerte* para quien cometa determinados delitos calificados y normados en el artículo 140. Y, finalmente, el tercer tema es de la *casación*, prevista en el artículo 141, cuya competencia recae en el Poder Judicial para revisar los fallos provenientes del Consejo Supremo de Justicia Militar, limitando su potestad revisora. Había además otros aspectos colaterales que giraban en torno a la problemática de la Jurisdicción Militar, por ejemplo, los derechos del procesado, y los principios y derechos de la función jurisdiccional<sup>(319)</sup>. Veamos.

### a) Juzgamiento de los civiles<sup>(320)</sup>

Un breve seguimiento del *iter* constituyente de lo normado en el artículo 173 de la Carta Fundamental de 1993, lleva a sostener que, *ab initio*, uno de los objetivos que tuvieron en claro los miembros del Congreso Constituyente fue precisamente, y desde un comienzo, ampliar el ámbito competencial para que los

---

<sup>(319)</sup> Cfr. Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, págs. 385-393.

<sup>(320)</sup> La versión primigenia del artículo 173 se vio durante la 29ª. S-1-Sesión (vespertina) el miércoles 25 de agosto de 1993, bajo la presidencia de Jaime Yoshiyama Tanaka y Andrés Reggiardo Sayán, y se presentó como artículo 202:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar.

Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo para los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina, casos en los que la Corte Suprema conoce en casación las resoluciones del fuero militar.

Asimismo, quienes infrinjan las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

Al final fue rechazada la admisión a debate. Cfr. el texto en Congreso Constituyente Democrático: *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno-1993*, t. III, Lima, 1998, págs. 2370 y 2378, respectivamente.

civiles fueran juzgados por militares. Por lo menos, así se desprende de los *tres anteproyectos* publicados oficialmente en el diario *El Peruano* los meses de mayo, junio y julio de 1993<sup>(321)</sup>.

La primera versión establecía lo siguiente:

“Artículo. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo el caso de los delitos de traición a la patria, genocidio y de terrorismo determinados por la ley.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

Debe tenerse presente que, por lo general, a partir de allí, salvando algunas modificaciones gramaticales, se mantuvo en sustancia lo mismo, tanto en la segunda como en la tercera versión de los proyectos constitucionales publicados. Al final fue suprimido el delito de genocidio<sup>(322)</sup> y se reafirmó la competencia de los jueces militares para juzgar a civiles por terrorismo y traición a la patria.

La norma constitucional actual ha quedado redactada de la siguiente manera:

“Artículo 173. 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. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

---

<sup>(321)</sup> El primer Anteproyecto se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el 20 de mayo de 1993; el segundo el 22 de junio, y el tercero el 1º de julio del mismo año. Esta última versión, aparentemente la definitiva, sufrió inclusive gruesas modificaciones cuando apareció publicada la versión oficial de la Constitución. *Vid.* la versión oficial publicada el 25 de octubre de 1993, pocos días antes de ser consultada en referéndum, mediante Ley Constitucional, el 31 de octubre de 1993.

<sup>(322)</sup> *Vid.*, por todos, teniendo en cuenta el Tratado de Roma, el ensayo de Villavicencio Terreros, Felipe: “Actividad militar, derechos humanos, Derecho Penal”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, *ob. cit.*, págs. 66-78.

Ciertamente que, del contenido de este artículo, queda indudablemente claro que la voluntad política que primó en la mayoría de quienes redactaron el texto constitucional de 1993, fue la de constitucionalizar lo que ya *de hecho* había inaugurado el gobierno de Alberto Fujimori, al compás de una dictadura *de facto* producto del autogolpe de Estado. Es decir, a la Constitución de 1993 se llegó con una agenda ya anunciada, y que en un primer momento se implementó, atribuyéndole al fuero militar competencia para juzgar a los civiles o paisanos subversivos.<sup>(323)</sup> Tras lo expuesto, este artículo, como se ha afirmado, fue regulado vía Decreto Ley en el período *de facto* en que devino el gobierno de Fujimori, afirmar una institucionalidad al proyectarse luego a nivel constitucional; fue, sin lugar a dudas, el tema principal materia de discusión<sup>(324)</sup>.

Así, en tan poco tiempo, la opinión pública que en algún momento había auspiciado un apoyo a la ampliación de competencia del Fuero Militar, revelaría luego una gran preocupación. Por ejemplo, el editorial publicado por el diario *Gestión* señalaba que:

“Los tribunales militares no están preparados para impartir justicia en aspectos distintos a los que corresponden al fuero militar (...), la imparcialidad e independencia de la justicia militar se halla cuestionada no sólo para conocer

---

<sup>(323)</sup> Años después sucedió lo que se temía. En efecto, con ocasión de la supervisión de los casos presentados ante el Ministerio Público por la Comisión de la Verdad y Reconciliación y por la Defensoría del Pueblo, esta última, entre otras sugirió las siguientes recomendaciones:

“... ”

4. Recomendar al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar instruir a los jueces y fiscales militares a que se abstengan de iniciar o reabrir investigaciones paralelas en casos de violaciones a derechos humanos, dado que su competencia está referida exclusivamente a los delitos de función, conforme a lo establecido en el artículo 173° de la Constitución y en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0017-2003-TC, publicada el 24 de agosto de 2004”. *Cfr.* Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 86: *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, reimpresión, Lima, 2004, págs. 130-131.

<sup>(324)</sup> El tiempo no parece haber menoscabado la opinión de François Pierre Guillaume Guizot (1787-1874) acerca de la pena de muerte expuesta el año 1822. *Vid.* su libro *De la pena de muerte en materia política y De las conspiraciones y de la justicia política*, Editorial Cruz del Sur, Santiago de Chile, MCMXLIII.

el juzgamiento de civiles según lo previsto en la Constitución para delitos de traición a la patria y terrorismo, sino, incluso, para las faltas y delitos tipificados en el Código de Justicia Militar, en razón de la dependencia con el poder político para el nombramiento y los ascensos, y por la subordinación con los superiores de acuerdo a la jerarquía y disciplina militar. En realidad –agrega el editorial– la solución está en la reducción del espacio de actuación del fuero militar”<sup>(325)</sup>.

### **b) Pena de muerte**<sup>(326)</sup>

Ahora bien, en lo que respecta al tema de la *pena de muerte*, el *excurso* del debate en el seno del Congreso Constituyente fue ciertamente conflictivo. De ahí que el primer Anteproyecto quedó pendiente y sujeto a debate. En el segundo Proyecto, la mayoría oficialista registró la fórmula siguiente:

“La pena de muerte sólo puede aplicarse por los delitos de traición a la patria y de terrorismo, conforme a las leyes internas y a los tratados de los que el Perú es parte”.

Esta norma se mantuvo en el tercer Proyecto en forma íntegra. Al final, como es sabido, la Constitución, apartándose del sistema abolicionista, lo ha incorporado con la siguiente redacción:

---

<sup>(325)</sup> Vid. Diario *Gestión*, Lima, 7 de setiembre de 1995, pág. 24, citado por Azabache Caracciolo, César: “De nuevo sobre la justicia militar”, en AA.VV.: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II, Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, págs. 153-154.

<sup>(326)</sup> La versión primigenia del artículo 140 se vio durante la 29ª. Y Sesión del martes 3 de agosto de 1993, bajo la presidencia de Jaime Yoshiyama Tanaka, Víctor Joy Way Rojas y Luz Salgado Rubianes de Paredes, y se presentó como artículo 159, contenido en el dictamen en mayoría de la Comisión de Constitución y de Reglamento:

“La pena de muerte sólo puede aplicarse por los delitos de traición a la patria y de terrorismo, conforme a las leyes internas y a los tratados de los que el Perú es parte”.

Luego, se continuó el amplio debate durante la 29ª. Z Sesión (vespertina) del día martes 3 de agosto de 1993, bajo la Presidencia de Jaime Yoshiyama Tanaka y Víctor Joy Way Rojas, en donde luego del debate 55 votaron por el sí, 21 votaron por el no y 1 voto en blanco, quedando la siguiente redacción:

“Art. 159. La pena de muerte sólo puede aplicarse por delitos de traición a la patria del caso de guerra y de terrorismo, conforme a las leyes internas y a los tratados de los que el Perú es parte”.

Luego continuó el debate durante la 29ª. R-1 Sesión (vespertina) del martes 24 de agosto de 1993 bajo la presidencia de Jaime Yoshiyama Tanaka, en donde se solicitó una reconsideración. Al final fue rechazada la admisión a debate. Cfr. el texto en Congreso Constituyente Democrático: *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno-1993*, t. II, Lima, 1998, págs. 1427 a 1465 y 1467 a 1515, respectivamente; y t. III, Lima, 1998, págs. 2301, 2303, 2304 y 2305.

“Artículo 140. La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

¿Qué se colige de la lectura constitucional de este artículo? En realidad, no cabe la menor duda, pues, aquí hay algunos aspectos que no están del todo claro en el marco de una futura interpretación del artículo 140 del texto constitucional. Veamos: La pena de muerte, según el artículo 235 de la Constitución de 1979, sólo podía ser aplicada en el supuesto de confrontaciones bélicas con potencias extranjeras (entiéndase guerra exterior), pero no en los casos de insurrección interna o guerra civil. En este sentido, la Constitución de 1979 fue clara y afirmó en su plenitud la *tesis prohibicionista* en torno a la pena capital salvando, claro está, la existencia de una contienda internacional armada, en cuyo marco situacional ocurría la comisión del delito de traición a la patria.

Sin embargo, la actual norma constitucional de 1993, en sentido estricto, sí permite su eventual aplicación, por su anfibológica redacción al haber utilizado la expresión “guerra”<sup>(327)</sup> sin precisar que sea una “guerra convencional” exterior o internacional<sup>(328)</sup>. En vista de las anteriores consideraciones, al estar así prefigurada su regulación constitucional, no se descartaba la hipótesis de que, frente a eventuales y nuevas insurrecciones armadas de grupos terroristas o guerrilleros, el gobierno declarara vía decreto supremo, la existencia de una guerra. Y así, bajo el presupuesto de este marco jurídico, y con una aplicación del régimen de excepción que prevé el estado de sitio (“en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan...”,

---

<sup>(327)</sup> Al respecto, Carl von Clausewitz, quien ha tratado el tema, muy complejo y arduo, con tino, competencia y claridad, sostenía en el siglo XIX que: “Si la guerra es parte de la política, la política determinará su carácter. Cuando la política se hace más ambiciosa y enérgica lo mismo sucede con la guerra y se puede llegar al punto en el que la guerra alcanza su forma absoluta. Si contemplamos la guerra bajo este prisma no es necesario que perdamos de vista este absoluto: al contrario, debemos tenerlo constantemente en mente”. Cfr. su obra clásica *De la guerra, ob. cit.*, t. II, pág. 854. De referencia inexcusable es el reciente libro de Girard, René: *Clausewitz en los extremos. Política, guerra y apocalipsis*, traducido del francés por Luciano Padilla López, Katz editores, Buenos Aires, 2010. El contenido de la obra trata de las conversaciones que sostuvo Girard con Benoît Chantre.

<sup>(328)</sup> Cfr. Azabache Caracciolo, César: “Sobre la pena de muerte”, en AA.VV.: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, págs. 67-82. Antecede Presentación de Francisco Eguiguren Praeli.



artículo 137, inc. 2 de la Constitución de 1993), se viabilice mediante legislación ordinaria, la tipificación de la pena de muerte en los delitos de terrorismo y traición a la patria<sup>(329)</sup>.

Es más, coincidimos con Cándido Conde-Pumpido, en el sentido de que, en teoría, cabe la existencia de “tiempo de guerra”<sup>(330)</sup>. Y, a nuestro entender, de una declaratoria interna de “guerra” sin que se haya declarado el estado de sitio, como cabe también el estado de sitio sin que nos encontremos en tiempo de guerra, no obstante que en nuestra vida republicana no se haya todavía aplicado esta modalidad del régimen de excepción<sup>(331)</sup>.

Lo que sí está bien claro, conforme se desprende del texto constitucional, es que, independientemente de que el concepto de guerra sea de difícil determinación jurídica, lo cierto es que la actual norma prevista en el numeral 140 de la Carta Política de 1993, difiere totalmente del artículo 235 de la Constitución de 1979. Y no sólo ello, sino que, lo más delicado, es que la pena de muerte podría imponerse sin que en los hechos existiera una real confrontación interna. Pero puede ocurrir que formal y jurídicamente se declare la existencia de una situación ficticia de “guerra”<sup>(332)</sup> para

---

<sup>(329)</sup> Vid. Peña Cabrera, Raúl (en colaboración con Bojórquez Padilla, Uldarico): *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, ob. cit., págs. 255-290. También, vid. Valle-Riestra González Olaechea, Javier: “La jurisdicción supranacional y la pena de muerte”, en *Advocatus*, N° 15, Lima, 2006-2, págs. 83-93.

<sup>(330)</sup> Cfr. Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: “Estado de sitio y tiempo de guerra”, en AA.VV.: *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pág. 435. También, vid. García-Sayán Larrabure, Diego (Editor): *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987; del mismo autor resulta útil la lectura de su libro *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1998; y Valadés, Diego: *La dictadura constitucional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1974.

<sup>(331)</sup> Por todos, vid. Higuera Guimerá, Juan-Felipe: *La previsión constitucional de la pena de muerte (Comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978)*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1980, págs. 50-57. Antecede Prólogo de José Cerezo Mir.

<sup>(332)</sup> Desde el punto de vista internacional, vid. el libro del Profesor de Derecho Militar, Teniente Coronel de Servicio y Jefe de Redacción del Boletín Jurídico Militar de México, Ricardo Calderón Serrano: *Crímenes de guerra*, Ediciones Lex, México, D.F., 1949. También, vid. Pastor Ridruejo, José Antonio: “El Derecho actual de la guerra y sus perspectivas”, en AA.VV.: *Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra*, ob. cit., págs. 241-271, y los trabajos ahí también publicados de Alejandro Herrero Rubio, Eduardo de Nó Louis, José Luis de Azcárraga y Bustamante y Luis Tápia Salinas, respectivamente. Desde el punto de vista actual, vid. Pérez-León Acevedo, Juan Pablo: *La*



que, a la postre, culminen siendo ejecutadas las posibles personas involucradas en esta situación. ¿Y dónde queda el derecho a la vida? ¿Acaso se ha llevado a cabo un análisis criminológico del efecto intimidante?<sup>(333)</sup>

Si tomamos como referencia el modelo de España, que tanto influjo tiene en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, vemos que la Constitución de 1978, con orden y claridad, consagra en el artículo 15 lo siguiente:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”<sup>(334)</sup>.

A lo anterior debe añadirse que la regulación legal ordinaria de esta norma constitucional estuvo prevista en el artículo 25 del Código Penal Militar (L.O. 13/1985, de 9 de diciembre), que en realidad fue una ley penal militar temporal, por cuanto el legislador la abolió años después, mediante Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre. A este propósito, el artículo 25 señalaba:

“La pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencias extranjeras”<sup>(335)</sup>.

---

*responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2008. Antecede Prólogo de Diego Rodríguez-Pinzón y Presentación de Elizabeth Salmón Gárate.

<sup>(333)</sup> Vid. Carpio Marcos, Edgar: “La cláusula de la pena de muerte en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Violación de la Convención y responsabilidad internacional)”, en *Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica*, Año I, N° 1, Lima, 1996, págs. 281-301. También, Nahon, Jean-Pierre: “La pena de muerte aplicada a los terroristas”, en Cario, Robert (Compilador): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio (Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, págs. 213-215.

<sup>(334)</sup> Vid. el comentario al artículo 15 del Código Político español de 1978 a cargo de Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “Artículo 15: derecho a la vida”, en Alzaga, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 267-301. Por su parte, la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 ya establecía en su artículo 27 lo siguiente: “No se admite la pena de muerte más que en los casos previstos por las leyes penales militares de guerra”.

<sup>(335)</sup> Cfr. Higuera Guimerá, Juan-Felipe: “Clases y duración de las penas, y penas accesorias en el Código Penal Militar (Artículos 24 a 28)”, en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José

En consecuencia, con dichas normas no se constitucionaliza la pena de muerte. Es más, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la pena de muerte sólo debe imponerse cuando existan reales confrontaciones bélicas y no cuando exista una mera declaratoria de guerra. Esta situación es distinta en el Perú, no sólo porque no hay legislación ordinaria que precise los alcances del artículo 140 de la Constitución, sino, por la forma como ha sido concebida, dependerá en el futuro de la política criminal que aplique cada gobierno de turno, bajo la luz verde de que en el caso peruano se profesa la *tesis proteccionista* en torno a la pena capital. Lo más sensato y prudente sería buscar una determinada eficacia normativa desde el punto de vista constitucional para abolir o prohibir la pena de muerte, dejando así de lado la tesis ya superada de los *retencionistas*<sup>(336)</sup>.

### c) La casación ante la Corte Suprema de la República<sup>(337)</sup>

En lo que respecta a la potestad de *casación* del Poder Judicial, la primera versión del Anteproyecto quedó pendiente y sujeta al debate. El segundo Proyecto, por razones que se desconocen, simplemente fue omitido; y en la tercera versión se estableció lo siguiente:

“Artículo 160. Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia cuando conforme a ley la acción se hubiera iniciado ante una Corte Superior, y dirimir contiendas de competencia, en las materias que la ley señala”.

---

Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar, ob. cit.*, pág. 470. También, *vid.* Ruiz Funes, Mariano: *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, con especial referencia a los códigos castrenses hasta el primer tercio del siglo XX, págs. 73-77.

<sup>(336)</sup> Sobre el tema, *vid.* Barbero Santos, Marino: “La pena de muerte, problema actual”, en su libro *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, págs. 143-174. Y su libro, cargado de sugestivas ideas, que lleva por título *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985. Antecede Presentación del autor y de la obra por Elías Neuman.

<sup>(337)</sup> La versión primigenia del artículo 141 se vio durante la 29ª. Y Sesión (matinal) del lunes, 26 de julio de 1993, bajo la Presidencia de Jaime Yoshiyama Tanaka y Luz Salgado Rubianes de Paredes, y se presentó como artículo 160:

“Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia cuando conforme a la ley la acción se hubiera iniciado ante una Corte Superior, y dirimir contiendas de competencia, en las materias que la ley señala”.

Cfr. el texto en Congreso Constituyente Democrático: *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno-1993*, t. II, Lima, 1998, págs. 1279 a 1320, 1321 a 1330, 1427 a 1465, 1467 a 1515; y t. III, Lima, 1998, págs. 2300 a 2306, 2313, 2360, 2361, 2517, 2568, 2569, 2579 a 2584.

Finalmente, y en forma sorpresiva, en la Constitución de 1993 se aprobó una redacción totalmente discutible:

“Artículo 141. Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en *casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173*”.

Es decir, se prohíbe por expreso mandato constitucional, que el Poder Judicial, como órgano jurisdiccional por excelencia para impartir la justicia en el Perú, revise las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar. En efecto, así lo dispone el artículo 173 de la Constitución de 1993:

“...

*La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.*

...”.

Lo anterior significaba que cualquier pena privativa de libertad que impusieran los jueces militares, y que pudieran llegar hasta la aplicación de la *cadena perpetua*, tal como sucedió en los años 90, quedaba jurisdiccionalmente *consentida* en el Fuero Militar, sin posibilidad de que fuera revisada por el Poder Judicial. Y este peligro era no sólo para aquellos civiles alzados en armas, sino y fundamentalmente también, para el propio estamento militar. En efecto: ¿Qué sucede con aquellos militares o policías a los que se les imponen penas privativas de libertad extremadamente severas y no tienen acceso a la revisión de su caso por una instancia superior como sería, a la postre, el fuero común?<sup>(338)</sup>

Con toda sinceridad y sin exageración alguna, el artículo en mención, recogido en la actual Constitución de 1993, al igual que otros más, en consecuencia, más que una garantía reflejan un serio peligro. Lo más prudente y lógico sería plantear una reforma constitucional, tanto por su contenido seriamente cuestionado cuanto

---

<sup>(338)</sup> Por idénticas razones, como afirma Ángel Ossorio (1873-1946): “La justicia militar será tanto menos expuesta a riesgos cuanto más se aproxime al funcionamiento de la justicia civil”. Cfr. *La justicia poder (Conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en los días 24, 25, 26 y 28 de enero y 1º de febrero de 1927)*, Editorial Pueyo S.L., Madrid, 1927, pág. 68.

por su trascendencia en la sociedad civil. Mientras tanto, le corresponde actuar al Tribunal Constitucional en su condición de Órgano Supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

En tal sentido, Domingo García Belaunde señalaba por aquella época que: “el Fuero Militar no ofrece garantías sólidas y *seguras* para nadie”. Y, a renglón seguido, el reputado constitucionalista sostiene lo siguiente: “En primer lugar, porque sus miembros, aun cuando tengan una brillante foja de servicios castrenses, son militares que poco saben de Derecho; en segundo lugar, porque ellos dependen de su respectivo comando; y, por último, porque –al final– el gran decidido es el Presidente de la República (con lo cual la seguridad jurídica y la separación de poderes queda por tierra)”. “En el modelo sajón y el europeo-continental de Justicia Militar –añadía García Belaunde– se dan muchas variantes. Pero en todas, aun en los países que no tienen Justicia Militar permanente, sino sólo para determinadas causas la norma es que ella vigila y juzga tan sólo los delitos castrenses, y nunca los cometidos por paisanos”. “Además, en casos graves todas las sentencias finales –concluía García Belaunde– pueden apelarse ante la máxima autoridad civil, lográndose el doble propósito de una revisión por jueces comunes con formación jurídica y la reafirmación de la primacía del poder civil sobre el militar”<sup>(339)</sup>.

Recapitulando, en nuestro concepto, señalemos algunos rasgos característicos que perfilan la Justicia Militar en el Perú, a partir del encuadre y diseño que establece la Constitución Política de 1993. Veamos:

En verdad, una primera aproximación global es que el Congreso Constituyente –que nació como consecuencia del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992– tuvo entre sus metas y objetivos, en forma clara, tres o cuatro grandes aspectos para modificar la normatividad constitucional del país. Lo demás, en puridad, era recoger el grueso del texto fundamental de 1979. Una de las reformas que tanto insistió

---

<sup>(339)</sup> Cfr., su posición bastante realista en García Belaunde, Domingo y Planas Silva, Pedro: *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*, Seglusa Editores, Lima, 1993, págs. 246-247. Para el contexto de la judicatura en aquella época, en especial, entre los años 1992-1998, *vid.* el testimonio de Planas Silva, Pedro: *El fujimorato. Estudio político-constitucional*, Talleres Gráficos “Kelly”, Lima, 1999, págs. 217-233.

el Poder Ejecutivo fue precisamente el tema de la subversión cuyos casos debían pasar a ser juzgados por los militares, a fin de *pacificar el país*. El otro aspecto fue el de incorporar la *pena de muerte y la reelección presidencial*, amén de las reformas constitucionales para afirmar un *modelo liberal en la economía* de mercado del Estado peruano. Asimismo, la tendencia autoritaria de un *presidencialismo fuerte* y un Congreso subsumido en un régimen unicameral, con pocas posibilidades de fiscalización política<sup>(340)</sup>.

En cuanto concierne al objetivo del presente Capítulo, se pueden seguir anotando otros rasgos definitorios de la Justicia Militar que contiene la norma constitucional de 1993, y expresado durante la década de los años 90, recordando que en los umbrales del siglo XXI se han presentado nuevas situaciones que permiten darle a la Jurisdicción Militar otro perfil anatómico con caracteres garantistas, tal como se verá más adelante:

a) Se mantiene formalmente un reconocimiento excepcional a la Jurisdicción Militar (artículo 139, inc. 1). Esto significa que el fuero castrense no puede integrarse al Poder Judicial, ni a título de excepción o emergencia. Este aspecto se ve reforzado con el principio de la prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción o “comisiones especiales” (artículo 139, inc. 3).

b) Se afirma como principio que los sujetos sometidos a la Jurisdicción Militar son los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en caso de cometer delitos de función (artículo 173). Se deslinda de esta forma la Jurisdicción Ordinaria o Civil de la Militar. Así prefigurado, el Poder Judicial no podrá juzgar al personal de armas (militares y policías), en razón de la naturaleza de la comisión delictiva. Constituye, pues, una prerrogativa propia por la condición, no sólo de pertenecer a los institutos armados, sino porque se ha realizado la eventual comisión delictiva en el marco de una función (militar) profesional.

---

<sup>(340)</sup> Una apreciación global sobre la actual Constitución puede rastrearse en el libro colectivo: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, Lecturas sobre Temas Constitucionales*, vol. I, N° 10, Lima, 1994, en donde colaboran destacados especialistas en la materia.

c) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú tienen su propio “fuero” (artículo 173), pero se rigen por el Código de Justicia Militar. La Constitución reafirma y limita así lo que desde hace ya varias décadas existe en el país: cada instituto armado tiene su propia “zona judicial”, y en la mayoría de los casos, por el principio de pluralidad de instancias, puede culminar ante el único órgano jurisdiccional de instancia superior, es decir, el Consejo Supremo de Justicia Militar.

d) Si bien se afirma el principio de que los civiles no están sometidos a la Jurisdicción Militar, se admiten las siguientes excepciones: *i)* Cuando exista acusación de terrorismo; *ii)* Cuando exista acusación de traición a la patria; y *iii)* Cuando se infrinja la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio, hoy convertido en Servicio Militar Voluntario<sup>(341)</sup>.

e) En caso que civiles cometan delitos que violen bienes jurídicos propiamente de la esfera castrense<sup>(342)</sup> (salvando la excepcionalidad de los delitos de traición a la patria y de terrorismo), serán juzgados por el fuero común. Este principio, desde luego, fluye a partir de los diversos derechos del procesado (principio de unidad y de exclusividad del Poder Judicial, de prohibición de órgano jurisdiccional de excepción, derecho al juez natural, etc.)

f) Los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas (FF. AA.) y de la Policía Nacional del Perú (P.N.P.), que no sean de “función”, serán conocidos por el Poder Judicial (artículo 173); y,

g) Lo resuelto por el Fuero Militar no podrá ser revisado (casado) por el Fuero Común, salvo cuando la máxima instancia de la judicatura militar –el Consejo Supremo de Justicia Militar y Policial– imponga la pena de muerte. Esto significa que las penas privativas de libertad que se impongan a cualquier persona –incluyendo

---

<sup>(341)</sup> Una visión panorámica desde el punto de vista comparado se puede consultar en Fernández Segado, Francisco: *Aspectos generales de los sistemas de reclutamiento militar, con especial referencia a los casos de España y Guatemala*, Cuadernos de Derechos Humanos, Guatemala, 1995. Antecede Prólogo de Jorge Mario García Laguardia. Y, con especial referencia al Derecho Comparado, *vid.*, Blanquer, David: *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 73-122. Antecede Presentación de Miguel Íñiguez.

<sup>(342)</sup> En la práctica, no se descartaba que, en hipótesis, un civil pueda incursionar en delitos previstos en el Código de Justicia Militar de 1980, o vía la figura de un concurso real de delitos, o delitos cuyos bienes jurídicos tutelados sean de naturaleza pluriofensivos.



a los civiles o paisanos, propiamente hablando— aun cuando fueren desde las más leves a las más drásticas, como la cadena perpetua, constitucionalmente no podrán ser revisadas por el fuero común (artículos 141 y 173).

En función de la cuestión que nos atañe, esto presupone que el modelo constitucional, instaurado a partir de 1993, constituyó en la década de los años 90, un sistema atípico dentro de los clásicos modelos, tanto del anglosajón como del modelo europeo-continental de Justicia Militar. En efecto, en ambos sistemas, aun este último con sus diversas variantes, admiten que toda sentencia final del Fuero Militar debe ser apelable ante el Fuero Común. Por tanto, el espectro constitucional peruano de aquella época constituyó una singular rareza en el amplio mercado constitucional comparado. Al menos, a nuestro parecer, así lo demostró en la práctica<sup>(343)</sup>. En consecuencia, por las razones que fueran, el tema constituyó en su momento un problema sumamente delicado que paulatinamente se ha ido superando gracias a la toma de conciencia de los profesionales de las armas, al igual que de la ciudadanía en general.

## 8. LAS CONCLUSIONES DEL INFORME EMITIDO POR LA COMISIÓN DE ESTUDIO Y REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN EMITIDA DESDE EL 5 DE ABRIL DE 1992<sup>(344)</sup>

La Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 (en adelante, la Comisión), se constituyó mediante Resolución Suprema

---

<sup>(343)</sup> Compartimos la postura que asume Enrique Bernales Ballesteros, cuando sostiene que: “Los tribunales militares no pueden juzgar a los militares en situación de retiro por dos razones elementales: al no formar parte activa de los respectivos institutos, no cumplen ninguna función castrense, y su conducta y actos no se encuadran en los supuestos que configuran el delito de función y la aplicación del Código de Justicia Militar. La segunda razón es que estos oficiales al terminar el ejercicio activo de su carrera, recuperan la condición de civiles; es decir, son civiles”. *Cfr.* “La Constitución de 1993 y la Jurisdicción Militar”, en Themis, Revista de Derecho, Segunda Época, N° 31, Lima, 1995, pág. 204. *Vid.* también: “Justicia Militar del Perú”, edición especial del diario *Expreso* del 13 de agosto de 1995, en donde se incluyen diversos artículos relacionados con el tema.

<sup>(344)</sup> El resumen definitivo fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, 18 de mayo de 2001. *Vid.*, sobre el particular, Comisión de Estudio de las Bases de Reforma Constitucional del Perú: *Informe final de la Comisión de estudio y revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1993. Restituyendo el Estado de Derecho*, Ministerio de Justicia, Lima, 2001. Publicado también en la Revista Peruana de Derecho Público, Año 1, N° 2, Lima, 2001, págs. 187-198.



Nº 281-2000-JUS, de fecha 4 de diciembre de 2000, con la finalidad de realizar un detenido estudio de la legislación de rango legal vigente, con un diagnóstico e identificación de las normas contrarias a la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En tal sentido, la Comisión estuvo integrada por las siguientes personas: Diego García-Sayán Larrabure, Ministro de Justicia, quien la presidió; José F. Palomino Manchego, representante del Ministerio de Educación; Guillermo Miranda Arosemena, representante del Ministerio de la Presidencia; Samuel Abad Yupanqui, Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo; Domingo García Belaunde y Francisco Eguiguren Praeli, juristas designados por el Ministerio de Justicia. Por otro lado, en la Secretaría Técnica de la Comisión estuvieron: Oscar Gómez Castro, Director Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, y Oscar Quintanilla Ponce de León, abogado del Ministerio de Justicia. Y, finalmente, prestaron su colaboración profesional como asesores de la Comisión, Carlos Mesía Ramírez y Christian Guzmán Napurí.

¿Qué metodología empleó la Comisión? El trabajo efectuado por la Comisión contempló el análisis de las normas con rango de ley, verificando la compatibilidad constitucional de cada norma. La labor fue realizada en abstracto, utilizando los métodos y criterios más aceptados en materia de interpretación constitucional, como son los principios de unidad de la Constitución, armonización o concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y, en especial, el de la interpretación favorable a los derechos fundamentales (*favor libertatis*).

Bajo estas consideraciones, la Comisión determinó que existen normas que vulneran la Constitución en forma directa. Por otro lado, encontró que muchas normas que pueden resultar inconvenientes o erradas, pueden encontrarse formal o materialmente acordes con la Constitución. En ocasiones, la Comisión tuvo que enfrentarse ante situaciones poco claras sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. En la mayoría de estos casos, la Comisión no se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la misma, sino más bien sobre su inconveniencia, y propuso su derogación.

Debemos precisar también que la Comisión utilizó una metodología en la cual se tomó en cuenta el hecho de que muchas de las normas revisadas habían agotado sus efectos o ya se encontraban derogadas. De la misma forma, se hizo mención a las citadas normas, a fin de dejar constancia de su emisión. No obstante lo señalado en los párrafos anteriores, la Comisión no perdió de vista el hecho de que ciertos temas tenían una mayor importancia relativa que otros, en particular, por los efectos que generaron respecto a la sociedad civil y al propio Estado.

Además, es necesario reiterar que aun cuando se contó con la base de datos del Ministerio de Justicia, y pese a que se llevó a cabo un minucioso análisis de todas las normas dictadas desde el 5 de abril de 1992, habiéndose discutido en la Comisión cada una de las leyes, y que participaron activamente la ciudadanía y entidades gremiales y profesionales, es probable que no se haya agotado el estudio de toda la normatividad que pudiera vulnerar el principio de supremacía constitucional. En todo caso, la Comisión estimó que se había reunido una cantidad considerable de normas inconstitucionales que afectaban los aspectos básicos del ordenamiento jurídico del país.

El trabajo realizado por la Comisión fue arduo y tenía por objeto elaborar un diagnóstico integral del problema, que facilitara el desarrollo de una agenda en busca de restablecer el Estado de Derecho en el Perú, sin obviar la realidad militar tal como se ha realizado en el Derecho Comparado, y que permitiera garantizar la seguridad jurídica en el país<sup>(345)</sup>. Y es que, una vez determinadas las normas que vulneraban el articulado de la norma constitucional, debían establecerse mecanismos apropiados a través de los cuales las normas identificadas por la Comisión fueron modificadas o derogadas, a fin de permitir que el ordenamiento jurídico legal se encontrara en correspondencia con el ordenamiento constitucional.

---

<sup>(345)</sup> A modo de ejemplo, *vid.* los estudios de Rodríguez Ramos, Luis: “Fundamentos del orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático”, y Fernández-Flores, José L.: “Los fundamentos del orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 257-262 y págs. 263-274, respectivamente. Antecede Presentación y edición a cargo de Luis Prieto Sanchis y Carlos Bruquetas Galán.

Asimismo, debemos agregar que el Informe elaborado por la Comisión estaba conformado por dos partes bien definidas. Una primera parte constaba de un desarrollo de la metodología y criterios empleados por la Comisión, para pasar luego a un enfoque temático de la normatividad que se encontraba en contradicción con la Constitución. Los temas materia de dicho enfoque era:

- Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
- Autonomía Municipal.
- Autonomía Universitaria.
- Derechos laborales de los empleados públicos.
- Destitución de Magistrados y Funcionarios Públicos.
- Elecciones y Participación Ciudadana.
- Garantías Constitucionales.
- Legislación Penal.
- Nombramientos Inconstitucionales.
- Otros temas.
- Poder Judicial.
- Régimen Político.
- Régimen Previsional.
- Tribunal Constitucional.
- Tributación.
- Decretos de Urgencia.

Además, el Informe presentado por la Comisión constaba a su vez de una segunda parte, la misma que se encontraba conformada por cuadros explicativos, sistematizados temática y cronológicamente, que sintetizaban la información contenida en la primera parte del citado informe. En este orden de ideas, se resumieron las conclusiones a las que llegó la Comisión en cada uno de los rubros más importantes, efectuando un breve resumen de la argumentación que planteaba la inconstitucionalidad de normas que deberían ser materia de modificación o derogación. Entre las normas que la Comisión entendió que vulneraban la Constitución, y respecto de las cuales se recomendó al Poder Ejecutivo preparar los proyectos de ley, modificatorios y/o derogatorios, para su presentación al Congreso de la República; y para que se pudiera desarrollar una agenda nacional a fin de hacer viable la restitución del Estado de Derecho en el Perú, destaca la legislación penal.

En efecto, el tema de la legislación penal resultó ser delicado, y su revisión requirió de ser cuidadosa, dadas las implicancias sociales y políticas que podrían

generarse de su revisión y modificación. Sobre el particular, existen algunos puntos que la Comisión consideró necesario resaltar:

En primer lugar, el tema del juzgamiento de civiles<sup>(346)</sup> por parte del Fuero Militar, en el caso de traición a la patria, era de particular importancia, máxime si la Comisión Interamericana de Derechos Humanos era de la opinión de que el mismo vulneraba derechos fundamentales. El tema de las penas requería de ser revisado. La Comisión Interamericana interpretó que las penas muy altas podían resultar inconstitucionales o, por lo menos, inconvenientes. Asimismo, las leyes respecto a la contumacia y reincidencia, aún vigentes, deberían ser revisadas y modificadas.

Otro tema de particular importancia residía en la conceptualización errónea de los delitos de terrorismo especial como tales, incluyendo en dicho concepto delitos de distinta naturaleza. Dicha interpretación llevaba a violaciones contra derechos fundamentales y ciertas garantías de la administración de justicia, puesto que los delitos calificados como terrorismo especial, en puridad jurídica, resultaban ser delitos comunes. Asimismo, se habían eliminado beneficios penitenciarios en varios casos, a través de la aplicación de diversas leyes, en materia de delitos de terrorismo, terrorismo especial y tráfico ilícito de drogas. En este contexto, no cabían beneficios como la libertad provisional, la liberación condicional, el beneficio de semilibertad, la redención de la pena por el trabajo y la educación, la remisión de la pena e inclusive, el indulto a los procesados.

La Ley N° 26479, denominada Ley de Amnistía, concedía amnistía a personas que hubieran estado involucradas en delitos originados por la lucha contra el terrorismo. El carácter violatorio de derechos humanos de dicha ley, se encontraba corroborado por la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el Caso Barrios Altos. Vinculada con esta última, también estaba la Ley N° 26492, que impedía la revisión de la norma citada

---

<sup>(346)</sup> Sobre la proscripción del juzgamiento de civiles en el Fuero Militar, con especial referencia a Colombia, *vid.* Rueda Soto, Marco Antonio: *Fuerzas militares y delito*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.-Ediciones Ethos Ltda., Santa Fe de Bogotá, D.C., 2001, págs. 12-24. Antecede Prólogo de Jorge Alonso Flechas Díaz. A propósito, el artículo 213 *in fine* de la Constitución de Colombia de 1991 señala: "... En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar".

en el acápite precedente. La norma precisada era también materia de la sentencia de la Corte Interamericana, la cual ya hemos aludido. Existían ciertas normas de menor importancia relativa, que la Comisión consignó también en su Informe y cuyos efectos en su mayoría, o habían caducado, o habían sido corregidos a través de las normas derogatorias correspondientes.

En consecuencia, todo cuanto se acaba de decir con respecto a la Comisión, se complementó con diversas normas que vulneraban la Constitución Política de 1979; además, entre otros, en los siguientes temas:

- Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En este tema fue necesario señalar que se habían consignado diversos decretos leyes emitidos durante el año 1992, que modificaban la conformación de las Fuerzas Armadas y Policiales, en contravención a la Carta de 1979, vigente en ese entonces.
- Las garantías [procesos] constitucionales. La Comisión había identificado diversas normas vulneradoras del ejercicio del derecho de acción en cuanto a los procesos constitucionales de Amparo y Hábeas Corpus. Algunas de ellas, emitidas durante el año 1992. Otras, con posterioridad, en especial las relacionadas con la legislación penal.

## **9. EL INFORME FINAL DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ DE 2001**

Durante el Gobierno de Transición de Valentín Paniagua Corazao (1936-2006) se llevó a cabo la propuesta para dar inicio a un proceso de reforma constitucional que devolviera el pacto político fundamental, reforzara el respeto a los derechos y procesos constitucionales y ratificara el enfoque de seguridad jurídica indispensable para la vida en sociedad. En ese contexto, mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS, de 26 de mayo de 2001, se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, que fue presidida por Diego García-Sayán, actuando como vicepresidente Domingo García Belaunde. La Comisión de Estudio ... propuso tres productos concretos:

1. Las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas.

2. Las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas.
3. El procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

Luego del trabajo desarrollado se presentó el Informe Final, como un documento de bases constitucionales que no contenía un proyecto de articulado, sino lineamientos fundamentales que recogía un conjunto de ideas novedosas que buscaba rescatar la democracia, el principio de supremacía constitucional y la consolidación del Estado de Derecho, tal como lo sostuvo el Ministro de Justicia de aquella época, Diego García-Sayán.

En otro orden de cosas, en lo que respecta a la Justicia Militar y Policial, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional propuso razonablemente lo siguiente<sup>(347)</sup>:

#### “JUSTICIA MILITAR

##### **1. Instancia especializada autónoma de la judicatura ordinaria. Competencia**

El ámbito de la llamada justicia militar se mantendrá como una instancia especializada autónoma de la judicatura ordinaria la cual, bajo ningún concepto, juzga a civiles ni a militares en situación de retiro, limitándose únicamente a procesar a militares que hayan cometido delitos de función castrense. Los fallos de la máxima instancia a nivel militar pueden ser impugnados mediante recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la República, cuyas características y alcances serán determinados por la ley.

Esta propuesta se engarza con la reformulación antes planteada de los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, enmarcándose dentro del replanteamiento del rol y posición de las Fuerzas Armadas en el marco constitucional.

##### **2. Selección de jueces**

Los juzgadores en materia castrense deben ser designados por el Consejo Nacional de la Magistratura a propuesta del Comando Militar, por un plazo de tres años prorrogables, entre oficiales en retiro, abogados asimilados a las Fuerzas Armadas y oficiales en actividad.

Esta propuesta se inserta dentro del propósito general de someter al poder civil lo relativo a la designación de los jueces militares, asegurando su imparcialidad.

---

<sup>(347)</sup> Cfr. *Comisión de Estudio de las Bases de Reforma Constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima, 2001, págs. 69-70.

## JUSTICIA POLICIAL

### **Instancia especializada autónoma de la judicatura ordinaria. Competencia**

Se propone una organización jurisdiccional autónoma de la judicatura ordinaria encargada únicamente de conocer de los procesos a policías que hayan cometido delitos en el ejercicio de su función. Esta jurisdicción policial tampoco podrá juzgar a civiles y su composición se diseñará bajo pautas similares a las previstas para la jurisdicción militar en lo que le sea aplicable, dejándose a la ley el desarrollo correspondiente.

Se ha considerado que el juzgamiento de los delitos [cometidos por] policías en el ejercicio de sus funciones, debe tener autonomía respecto de la justicia militar”.

## 10. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DEL 5 DE ABRIL DE 2002

El debate acerca de la Jurisdicción Militar también fue materia de atención, una vez más, en el Congreso de la República. Como resultado del primer borrador, al amparo de la Ley N° 27600 se publicó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución<sup>(348)</sup>, con fecha 5 de abril de 2002.

Al respecto tenemos:

### CAPÍTULO VIII Poder Judicial

#### **Artículo 227.- Órganos especializados en materia militar**

Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses están bajo la competencia de los jueces militares, que constituyen órganos especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por los jueces militares.

## 11. EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE JULIO DE 2002

Tres meses después, en julio de 2002 el Congreso de la República publicó el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución<sup>(349)</sup>, que fue elaborado a partir

---

<sup>(348)</sup> Vid. *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución*, Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, Lima, 2002.

<sup>(349)</sup> Vid. *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*, Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, Lima, 2002.



del Anteproyecto de Reforma Constitucional, arriba mencionado. En ambos, Anteproyecto y Proyecto, la presencia de Henry Pease García en su condición de Presidente de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, fue decisiva para su debate y difusión a la ciudadanía. Sin embargo, el mensaje no alcanzó eco, quedándose en el tintero ambos textos.

Al respecto tenemos:

#### CAPÍTULO VIII Poder Judicial

Artículo 201.- Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por dichos jueces, en los casos que establezca la ley.

#### 12. HACIA UNA NUEVA ETAPA NORMATIVA: LOS PROYECTOS DE LEY N<sup>os</sup>. 0163/2001-CR, 1107/2001-CR, 1203/2001-CR, 4799/2002-CR, 11035/2004-CR, 13482/2005-CR Y 13623/2005-CR, REFERIDOS A LA NUEVA LEY DE ORGANIZACIÓN, FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN MATERIA PENAL MILITAR POLICIAL

Por tratarse de interés, y por tanto, uno de los motivos fundados por los cuales se ha venido rediseñando hasta el día de hoy el tema de la Jurisdicción Militar, a fin de darle el encuadre legal y constitucional que le corresponde, por parte del operador político, citemos los siguientes proyectos de ley referidos a la nueva Ley de Organización, Funciones y Competencias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, que se presentaron y debatieron durante el período anual de sesiones 2005-2006 del Congreso de la República, a la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra Drogas, para el dictamen correspondiente:

a) Proyecto N<sup>o</sup> 0163/2001-CR. Ingresado a trámite documentario el 29 de julio de 2001, presentado por el congresista Henry Pease García, que propone modificar el artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N<sup>o</sup> 017-93-JUS; agregar el inc. 4 al

artículo 4; modificar los artículos 6, 7, 12, 22 y 23 del Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar; *b*) Proyecto N° 1107/2001-CR. Proyecto actualizado por el congresista Marciano Rengifo Ruiz, con base en el Proyecto de Ley N° 1966/2000-CR, presentado por el Poder Ejecutivo, por el que propone la nueva Ley Orgánica de Justicia Militar; *c*) Proyecto N° 1203/2001-CR. Proyecto que contiene las modificatorias a la iniciativa que bajo el N° 1966/2000-CR presentó el Poder Ejecutivo, y que propone la nueva Ley Orgánica de Justicia Militar; iniciativa asumida por el congresista Daniel Estrada Pérez<sup>(350)</sup>; *d*) Proyecto N° 4799/2002-CR. Ingresado a trámite documentario el 02 de diciembre de 2002, presentado por la congresista Emma Vargas de Benavides, que propone la “Ley que establece la obligatoriedad de que los jueces militares tengan formación jurídica”; *e*) Proyecto N° 11035/2004-CR. Ingresado a trámite documentario el 27 de julio de 2004, presentado por el congresista Pedro Morales Mansilla, que propone modificar e incorporar diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar; *f*) Proyecto N° 13482/2005-CR. Ingresado a trámite documentario el 12 de agosto de 2005, presentado por la congresista Judith de la Mata de Puente, que propone la Ley Orgánica de Justicia Militar, y *g*) Proyecto N° 13623/2005-CR. Ingresado a trámite documentario el 6 de setiembre de 2005, recibido por la Comisión el 15 de setiembre, presentado por la congresista Rosa Yanarico Huanca, que propone la Ley Orgánica del Sistema de Impartición de Justicia en la Especialidad Penal Militar y Policial.

De todos estos proyectos, importa hacer un comentario de los siguientes, para este trabajo de investigación:

- A) Proyectos N° 1107/2001-CR y N° 1203/2001-CR referidos a la Ley Orgánica de Justicia Militar:
- a*) Ambos proyectos sugieren un tratamiento, ciertamente más judicializado de la llamada Justicia Militar, que el que ofrece la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980. Sin embargo, no alcanzan, a nuestro juicio, a cubrir todos los supuestos que demandaría desmilitarizar el fuero castrense. En lo esencial, sigue primando el criterio de que el administrador de

---

<sup>(350)</sup> Al respecto, *vid.* San Martín Castro, César: “Apuntes en torno a la jurisdicción castrense”, en Revista Jurídica del Perú, Año LII, N° 37, Agosto, Trujillo, 2002, págs. 218-219.

justicia militar debe ser un personaje más militar que letrado (Título II, Capítulos I a V), lo cual se percibe en las más altas instancias.

- b) Sin embargo, y ubicándonos en la lógica que manejan los dos proyectos, existen algunos aspectos interesantes que vale la pena resaltar, tales como el hecho de haber introducido desde la Ley Orgánica misma (artículo V del Título Preliminar) una precisión conceptual de lo que constituye el llamado delito de función, y de las características que le acompañan. Pues dicho tema ha sido desde hace mucho tiempo, preocupación constante de diversos analistas, en razón de la incertidumbre conceptual existente en la actual legislación<sup>(351)</sup>.
- c) En el extremo descrito, es acertado que se hayan señalado como características de los delitos de función: 1) Que sea cometido por personal militar o policial en situación de actividad (lo que echa por tierra la equivocada concepción de que el militar en retiro sigue vinculado de alguna forma a la vida castrense o policial). 2) Que el delito se haya cometido en acto de servicio (lo que de suyo excluye actos en los que no obstante existir militares o policías comprometidos, no tengan que ver en lo absoluto con la vida propiamente castrense o policial). 3) Que el bien o valor jurídico vulnerado sea propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, lo que impide invocar la libre discreción o conforme a criterios carentes de razonabilidad, protección respecto de bienes ajenos al quehacer castrense o policial. 4) Que el agraviado no sea civil, salvo en el caso de delitos culposos (criterio que sólo compartimos en parte, pues si bien resulta obvio que en un delito de función el sujeto activo debe ser militar o policía, no encontramos ninguna razón válida para efectuar la distinción, implícitamente promovida, entre delitos dolosos y culposos, que proponen los dos proyectos).
- d) Sobre el mismo extremo comentado, un aspecto que hubiese sido necesario precisar es que en la caracterización del delito de función, los elementos descritos deben asumirse de forma copulativa, lo que supone que de faltar alguno de ellos, no se estaría precisamente hablando de la figura comentada, sino de un delito común.

---

<sup>(351)</sup> Vid. al respecto, Ibáñez Carranza, Luz del Carmen: *El delito de función en militares y policías, atipicidad y efectos*, Tíme Publicidad, Lima, 2003. Antecede Presentación de Nelly Calderón Navarro. Se trata de la tesis para optar el grado de Maestra en Derecho Penal en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Sobre la problemática que acarrea el significado del delito de función, vid. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú: *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, ob. cit., pág. 112. También, Aliaga Castillo, César A.: “Nuevo enfoque del delito de función militar policial”, en *Humanitas et militaris*, N° 6, Dezembro, Florianópolis (Brasil), 2010, págs. 22-32.

- e) Un aspecto aparte, y que no vemos muy claro en términos netamente constitucionales, es el que consigna el artículo 74 de ambos proyectos y que se refiere a la defensa o patrocinio como acto de servicio. Por un lado, nos parece discutible que a una persona (en este caso, un oficial) se le imponga una obligación en la que mucho tienen que ver el ingrediente moral y la propia convicción de las cosas. Por otro lado, no sabemos cuál es el criterio por el que en todo caso se exime del cumplimiento de dicha obligación a quien tiene el grado de coronel o capitán de navío. Aun cuando la norma referida se remite a lo que disponga la Ley, creemos que hubiese sido necesario desarrollar ese aspecto en la propia norma que comentamos.
- B) Proyectos N° 1108/2001-CR y N° 1204/2001-CR, referidos al Código de Justicia Militar<sup>(352)</sup>:
- a) El Código de Justicia Militar suele ser un compendio de naturaleza mixta. Es decir, que a diferencia de la normativa penal común que tiene una parte sustantiva (Código Penal) y otra procesal (Código Procesal Penal), el Código de Justicia Militar contiene ambos tipos de normas. En este contexto, y al margen de algunos aspectos positivos que recogen los proyectos, creemos que un vacío bastante notorio viene representado por la no referencia expresa a un atributo de tanta importancia como es el debido proceso, tal como lo proclama la doctrina foránea<sup>(353)</sup>.
- b) Naturalmente, no es que no existan figuras procesales de vital importancia, como el juez natural (artículo 4), o el derecho de defensa (artículo 479), pero es un hecho incuestionable que la noción de “debido proceso” no se agota en dichas manifestaciones, sino que se extiende sobre un número bastante más amplio de variables que no pueden ser ignoradas, si de lo

---

<sup>(352)</sup> Cfr. San Martín Castro, César: “Apuntes en torno a la jurisdicción castrense”, *ob. cit.*, págs. 219-222. En su opinión: “Un problema, que sin duda rebasa la propia conformación del Proyecto de Código de Justicia Militar, está radicado en los precisos alcances de la Constitución. Ésta autoriza expresamente al legislador ordinario a dictar leyes para que la justicia castrense pueda juzgar civiles (delitos de traición a la patria y terrorismo). Es sintomático que la Exposición de Motivos del PCJM indique que «la justicia militar está orientada al mantenimiento de la moral, el orden y la disciplina castrense». Ello debe analizarse, y censurarse, desde la posible fractura con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la CIDH, en tanto que en el «Asunto Durand y Ugarte», del 16.8.2000, estipuló que: «En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar está encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas Militares»”.

<sup>(353)</sup> A modo de ejemplo, *vid.* Lastres Lens, Alejandro: “La tutela jurisdiccional en el ámbito castrense”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, *ob. cit.*, págs. 763-778.

que se trata es de impartir la justicia militar. Por ejemplo, presunción de inocencia, plazo razonable, motivación resolutoria, etc. No basta, a nuestro juicio, y al margen de la intención expuesta en la Exposición de Motivos, incorporar unas cuantas garantías procesales. Es preferible darle a dicha perspectiva un alcance abierto de modo tal que puedan asumirse diversas manifestaciones no escritas del debido proceso.

- c) Una buena prueba de que el Código de Justicia Militar (es decir, los proyectos analizados) no se encuentra muy a tono, desde una perspectiva constitucional; en concreto, el concerniente a la función del Juez que se propugna. Según el artículo 445: “El Juez practicará las diligencias de comprobación del delito y de las circunstancias en que haya sido cometido...”, criterio que sin lugar a dudas no se condice con la idea de que, por ejemplo, recoge el Código Procesal Penal (que superó el criterio del arcaico Código de Procedimientos Penales en materia de instrucción), en el sentido de que la investigación tiene por finalidad determinar si la conducta inculpada es delictuosa. Una cosa es orientar desde el principio a encontrar al autor del delito, y otra distinta es determinar la verdad respecto de una inculpada. El Código comentado (o mejor dicho, los proyectos analizados) se orienta por la primera perspectiva.
- d) Un aspecto a destacar, y que viene a cuento recordar, es la supresión de la reincidencia y la reiterancia como circunstancias agravantes a los efectos de determinar la pena a imponer, pues era evidente que una inclusión de tal naturaleza no sólo resultaba contraria al principio de no ser sancionado dos veces por la misma causa, sino el derecho a la igualdad ante la ley.
- e) Se ha insistido en el artículo 330 de los proyectos en mención, el mismo criterio recogido en la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980, en el cual no se percibe –de ahí nuestra discrepancia– el tema de los llamados delitos culposos, cuando el agraviado resulta ser un civil o paisano.
- f) Finalmente, creemos oportuno aunque no suficiente, que no se haya incluido la cadena perpetua como variable sancionatoria (artículo 28 de ambos proyectos). Sin embargo, hubiese sido preferible incorporar un precepto que proscriba toda posibilidad de aplicar penas crueles e infamantes, como lo proclaman los principales instrumentos internacionales relativos a la protección procesal de los derechos humanos.

### 13. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (CERIAJUS)

La CERIAJUS fue creada mediante Ley N° 28083, publicada el 4 de octubre de 2003 en el Diario Oficial *El Peruano*, con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, que contenga una propuesta

global y concertada de reforma de administración de justicia. El plazo para la elaboración del Plan Nacional fue de 180 días contados desde la instalación de la Comisión Especial el 24 de octubre de 2003. Este plazo venció el 23 de abril de 2004, fecha en que se aprobó el Plan Nacional por el Pleno de la CERIAJUS. El 6 de mayo de 2004 se presentó públicamente al país el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia<sup>(354)</sup> en ceremonia realizada en Palacio de Gobierno.

En lo que respecta a la Justicia Militar, la CERIAJUS propuso lo siguiente:

“...

## **2. Reforma constitucional**

Resulta indispensable que el Congreso de la República reforme la Constitución de 1993 diseñando un nuevo modelo destinado a que la función de impartir justicia se ejerza de manera autónoma, efectiva y predecible.

Los principales puntos contenidos en la propuesta aprobada por la CERIAJUS son los siguientes:

### **Poder Judicial**

La Justicia Militar se incorpora dentro del Poder Judicial para que no siga siendo una instancia judicial paralela exenta de control, evitándose así los excesos cometidos”.

En su propuesta de reforma constitucional, conforme observa Javier De Belaunde López de Romaña, la CERIAJUS plantea un modelo de Justicia Militar que asegura pleno respeto a los principios de la jurisdicción y al debido proceso, cuando señala que los militares y policías que incurran en delitos castrenses deben ser juzgados por jueces que conforman una competencia especializada del Poder Judicial. En efecto, entre todas las alternativas que existen, la CERIAJUS ha optado por la más garantista, incorporar la Justicia Militar como una competencia especializada dentro de la justicia cotidiana<sup>(355)</sup>.

---

<sup>(354)</sup> Para mayores detalles, *vid.* <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/presentacion.htm>. También *vid.* las observaciones atinadas de Eguiguren Praeli, Francisco: “Reforma Constitucional”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas* (15, 16, 22, 23 de junio de 2004), *ob. cit.*, págs. 80-85.

<sup>(355)</sup> *Cfr.* De Belaunde López de Romaña, Javier: *La reforma del sistema de justicia ¿En el camino correcto? breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Fundación Konrad Adenauer-Instituto Peruano de Economía de Mercado, Lima, 2006, pág. 103. *Vid.*, del mismo autor las apreciaciones y críticas adecuadas en su ensayo “CERIAJUS: Principales propuestas para la reforma de la justicia. La propuesta sobre Justicia Militar”, en AA.VV.:



Visto así las cosas, la modificatoria que se planteó en el Proyecto de Reforma Parcial de la Constitución, aprobado el 1º de marzo de 2004 por el Pleno de la CERIAJUS, fue el siguiente:

TÍTULO IV  
DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO  
CAPÍTULO VIII  
Poder Judicial

Artículo 138º.- El Poder Judicial ejerce la potestad de impartir justicia, de conformidad con la Constitución y las leyes. Su unidad y exclusividad no se afectan por las funciones que desarrollan el Tribunal Constitucional en materia constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad, que cometan delitos estrictamente castrenses, serán juzgados por jueces que conforman una competencia especializada del Poder Judicial.

**14. INFORME DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE EVALUAR LA SITUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL ESPECIALIZADA EN MATERIA PENAL MILITAR-POLICIAL Y PROPONER LAS RECOMENDACIONES Y PROYECTOS NORMATIVOS QUE RESULTEN PERTINENTES PARA DICHA FINALIDAD**

Mediante Resolución Suprema N° 362-2006-DE/DG publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 25 de agosto de 2006, como consecuencia de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0006-2006-AI/TC) en el Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial), se constituyó la Comisión encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial, presidida por Domingo García Belaunde.

Luego de cumplir su cometido, con fecha 30 de octubre de 2006, la Comisión presentó el Informe correspondiente, al Ministro de Defensa, Embajador Allan Wagner Tizón. En lo que respecta a las Consideraciones Finales, la

---

*III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004), ob. cit., págs. 112-123.*



Comisión consignó las siguientes consideraciones, a manera de resumen de lo expuesto<sup>(356)</sup>:

“ ...

25.

- a) Las sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 29 de marzo y 13 de junio de 2006, recaídas en los expedientes N° 0004- 2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, respectivamente, declararon inconstitucionales diversas disposiciones de la Ley N° 28665. Esta última quedó modificada en más del 80% de su articulado, con lo cual perdió sistematicidad y coherencia en su estructura y contenido.
- b) Como pauta metodológica, la Comisión procedió inicialmente a elaborar una propuesta normativa de la Ley N° 28665, concordada y depurada de conformidad con las sentencias antes mencionadas. El resultado obtenido se adjunta al presente informe (Anexo N° 2). Igualmente se adjunta como Anexo N° 3 un cuadro comparativo que contiene el texto de la Ley N° 28665, lo resuelto por el Tribunal Constitucional y el texto que resultaría de la adecuación entre ambos.

Visto lo anterior, puede constatarse que la Ley N° 28665 ha quedado seriamente afectada en su congruencia orgánica y consistencia técnica interna, pues algunas disposiciones han quedado «vigentes», al no haber sido expresamente derogadas o modificadas por las sentencias del Tribunal Constitucional, pero igualmente devienen en contradictorias con el sentido general de dichas sentencias, por lo que también deberían ser adecuadas en una eventual propuesta legislativa.

La Comisión, luego de analizar lo que sería la Ley resultante de su adecuación con las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, considera que ésta haría las veces de un mero «remiendo», cuyo contenido no resulta técnicamente coherente ni brinda una propuesta normativa deseable; por lo que la Comisión no la asume como propia.

- c) La Comisión también estima que la parte subsistente de la Ley N° 28665 adecuada con las sentencias constitucionales, no es factible implementarla y llevarla a la práctica en el breve lapso disponible hasta el 31 de

---

<sup>(356)</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo (Coordinador): *La Jurisdicción Militar en debate*, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, N° 7, Lima, 2008, págs. 43-44. Antecede Presentación de Luis Cervantes Liñán y Epílogo de José F. Palomino Manchego. Además, *vid.* la reseña bibliográfica de Antonio Millán Garrido, en la Revista Española de Derecho Militar, N° 91, Enero-Junio, Madrid, 2008, págs. 327-330. Importa destacar también la *Propuesta para una Agenda de Gobierno*, elaborada por el diario *El Comercio*, Lima, 2006, pág. 18, en donde se sugiere, en límpida redacción, lo siguiente: “Hacer que la justicia militar respete los límites de competencia, para que sólo vea delitos inherentes al ámbito castrense”.

diciembre del presente año. Las razones que sustentan esta apreciación, entre otras, son las siguientes: *i)* no se ha resuelto la base constitucional que fundamente sus disposiciones; *ii)* el tiempo para la instauración de un nuevo modelo organizativo de la Jurisdicción Militar es escaso; y *iii)* se presentan contingencias de orden administrativo, pues no existe presupuesto ni provisiones de infraestructura y de personal que garantice su eficiencia.

26. Por estas consideraciones, la Comisión sugiere se apruebe una Ley que contenga preceptos de carácter transitorio, de articulado muy breve, que sirva para operar a partir del 1º de enero próximo.

...”.

## 15. LA LEY N° 29548 Y EL NUEVO REDISEÑO E IMPLICANCIAS DE LA JUSTICIA MILITAR

Con fecha 3 de julio del año 2010 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley N° 29548, mediante la cual el Congreso de la República autorizaba al Poder Ejecutivo legislar en tres materias específicas que en lo fundamental, tenían directa incidencia en el ámbito y justicia castrense y policial. Lo que en rigor ha sido materia de la delegación, es básicamente lo siguiente: *a)* La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes; *b)* La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas dentro de los parámetros constitucionales vigentes, y *c)* La dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente con el personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos. Aunque desde su publicación, la citada norma ha venido siendo objeto de algunos comentarios, muchos de los cuales no han sido precisamente favorables, podemos anticipar, sin temor a equivocarnos, que la propuesta que trae consigo no es *prima facie* inconstitucional, salvo que eventualmente y a la luz de lo que pueda verse desarrollado, origine distorsión o desnaturalización en alguno de sus extremos.

En efecto, de los tres aspectos que se presentan como materias susceptibles de delegación puede decirse que los dos primeros resultan plenamente legítimos, en tanto y en cuanto es razonable que tras diversos pronunciamientos emitidos por

parte del Tribunal Constitucional, se expida legislación que de manera uniforme y sistemática desarrolle los principales criterios en torno a la justicia castrense y policial, así como en relación con el empleo y uso de la fuerza por parte del personal militar y policial. Incluso, mucho más en el primer caso que en el segundo, en tanto se ha producido, como bien se conoce, una evolución (o nueva toma de posición) en los criterios desarrollados por el Supremo Intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional. No ocurre lo mismo con el tercer aspecto materia de la delegación, ya que aunque el mismo tampoco es inconstitucional de primera intención, la indeterminación de sus alcances o la ausencia de límites en el mismo, sí puede generar, de no ser correctamente asumido, excesos en su aplicación.

De entrada, no está mal que mediante decretos legislativos puedan eventualmente regularse aspectos que tengan que ver con el procedimiento o la ejecución del sistema penitenciario de quienes hayan sido procesados o vengán sufriendo condena por determinada clase de delitos, así éstos impliquen la violación a los derechos humanos. Por ejemplo, podría regularse lo relativo al tipo de beneficios penitenciarios que por este tipo de delitos correspondan. Lo que sí puede parecer extraño y digamos, hasta peligroso, es que a tenor de dichas facultades se puedan poner en práctica o llevarse a efecto medidas que colisionen frontalmente con prohibiciones impuestas por el propio contenido de los derechos constitucionales.

Y, que puedan causar restricciones desconociéndose la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, o incluso, y con mayor razón, por los organismos contenciosos pertenecientes a la llamada jurisdicción supranacional, ya sean estos últimos de carácter regional (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos perteneciente al ámbito de la Organización de Estados Americanos), como también de carácter universal (como el Comité de Derechos Humanos perteneciente a la Organización de Naciones Unidas).

En el contexto descrito, nos queda claro que si vía decreto legislativo se pretendiera neutralizar el derecho a la verdad apelando a fórmulas como el indulto, el sobreseimiento u otra variable análoga, dicha postura resultaría manifiestamente inconstitucional por contravenir los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que como lo ha puesto de relieve (*Cfr.* STC N°

679-2005-PA/TC, entre otras), no se pueden contemplar medidas que supongan la enervación de la responsabilidad penal en beneficio de quienes cometieron delitos de *lesa humanidad* (como sucede, por ejemplo, con el secuestro, la tortura o la ejecución de personas).

Consecuentemente, en circunstancias actuales como las descritas, puede considerarse que el tercer aspecto contemplado como materia delegada, sería altamente riesgoso por las eventuales distorsiones que puedan acompañarle en su aplicación. Sin ser inconstitucional *per se*, podrían generar peligros a futuro que sería importante prevenir antes que lamentar. Siguiendo la más autorizada doctrina en la materia, podemos afirmar que todo esto evidencia que hay que ir reconstruyendo la nueva etapa de la Justicia Militar sin trastocar, mucho menos colisionar con los derechos fundamentales y la tutela procesal efectiva de los justiciables.

Y el tiempo, como juez de jueces no engaña. En efecto, al cierre del presente trabajo de investigación el Tribunal Constitucional con fecha 21 de marzo de 2011, ha expedido la Sentencia N° 0024-2010-PI/TC como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad que presentaron el 25% del número legal de congresistas contra el Decreto Legislativo N° 1097 que fue emitido por el Poder Ejecutivo en el marco de la delegación de facultades legislativas conferidas por el Congreso de la República, a través de la Ley N° 29548, arriba aludida.

El Tribunal Constitucional siguiendo la línea directriz de su jurisprudencia, al igual que de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional, pronunció el siguiente fallo<sup>(357)</sup>:

---

<sup>(357)</sup> A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, se publicaron diversos comentarios. Por todos, *vid.* los artículos publicados en Gaceta Constitucional, t. 40, Abril, Lima, 2011, de Montoya Vivanco, Iván: “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Legislativo N° 1097. Avances e insuficiencias”, págs. 21-26; Ruíz Molleda, Juan Carlos y Ponce Colque, Roger: “La STC Exp. N° 0024-2010-PI/TC, el Poder Judicial y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, págs. 27-34; Ninaquispe Gil, Karim: “El Tribunal Constitucional y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad: ¿fin de la impunidad?”, págs. 35-41; Medina Otazu, Augusto: “El control difuso de convencionalidad. A propósito de la sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097”, págs. 43-54; y Gutiérrez Canales, Mario Raúl: “La regulación de los delitos de lesa humanidad y la soberanía constitucional del Estado”, págs. 55-63.

1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, inconstitucionales las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1097:

- a) Artículo 3.2, literal a)
- b) La frase “que en el caso del personal militar y policial será el instituto armado o policial al que pertenece” del artículo 3.2, literal b)
- c) Artículo 3.4
- d) Artículo 4.2
- e) Artículo 6.2
- f) Artículo 6.3
- g) Artículo 6.4
- h) Primera Disposición Complementaria Final
- i) Segunda Disposición Complementaria Final
- j) Tercera Disposición Complementaria Final

2. Declarar, de conformidad con los Fundamentos Jurídicos Nos. 70 a 72 supra, la inconstitucionalidad, por conexidad, de la declaración contenida en el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998. De conformidad con los Fundamentos Jurídicos Nos. 74 a 76 supra, la interpretación de este Tribunal que determina la referida inconstitucionalidad, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82º del Código Procesal Constitucional, resulta vinculante para todos los poderes públicos, motivo por el cual estos se encuentran impedidos de aplicar el referido precepto jurídico en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes.

3. De conformidad con los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional, esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas, son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales.

## 16. BALANCE GLOBAL

En conjunto, podemos decir que, a partir del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, se dictó una copiosa legislación *de facto* que significó establecer nuevos mecanismos lesivos y atentatorios contra el ejercicio de los derechos fundamentales, justificándose que esto respondía para que el Estado a través del *ius puniendi* haga frente al fenómeno incontrolable de la violencia política. Sin embargo, haciendo un detallado análisis, estas normas en la práctica implicaban reformar diversos principios propios del sistema penal, en especial el principio de

legalidad, cuyo entronque con los principios y derechos de la función jurisdiccional provenientes de la propia Constitución quedaban sin efecto. Así, las denominadas garantías judiciales, tales como el juez natural, excepcionalidad de la detención, cláusula de no incriminación, publicidad, excepcionalidad de la incomunicación, etc., sucumbieron frente a la nueva legislación que reprimía drásticamente el fenómeno coyuntural del terrorismo.

En un Estado Democrático y Social de Derecho, la tutela penal no puede venir dissociada del presupuesto del bien jurídico, siendo considerada legítima, bajo la óptica constitucional, cuando sea socialmente necesaria. Eso vale decir: cuando sea imprescindible para asegurar las condiciones de vida, el desarrollo y la paz social, teniendo en cuenta el postulado mayor de la libertad –verdadera presunción de libertad (*Freiheits-venemutung*)– y de la dignidad de la persona humana <sup>(358)</sup>. Por eso es que, el debate doctrinal respecto de este asunto –la legislación antisubversiva– fue intenso, más aún considerando la particular situación de conflicto y violencia que atravesaba el Perú, para muchos fue un mal necesario. Sin embargo, la puesta en vigor de la legislación de esta naturaleza no fue tan corta, al contrario, su prolongación en el tiempo menoscabó el Estado de Derecho.

De este razonamiento resulta claro que la copiosa y viciada legislación antiterrorista, mantuvo una prolongada vigencia, con el pretexto de que a través de ella, la lucha contra la subversión obtendría réditos para la anhelada pacificación del país. Como se ha precisado por parte de la doctrina y reafirmado en la jurisprudencia, en el último tercio del siglo XX el Fuero Militar no ofrecía garantías sólidas y seguras para ningún justiciable, por cuanto sus miembros, aun cuando tenían una brillante hoja de servicio castrense, eran militares sin formación jurídica propicia, además porque dependían de su respectivo comando. Sin embargo, hay una importante salvedad que no podemos dejar de mencionar, es decir, tratándose de casos graves todas las sentencias podían ser

---

<sup>(358)</sup> Cfr. Prado, Luiz Regis: *Bien jurídico-penal y Constitución*, traducción del portugués de Luis Enrique Alvarez Aranda, ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2010, págs. 67-68. Antecede Prólogo de Carlos María Romeo Casabona.

apeladas ante la máxima autoridad civil, lográndose obtener de esta forma una revisión del caso por jueces comunes con formación jurídica y la reafirmación de la primacía del poder civil sobre el militar, que es parte esencial del Estado de Derecho<sup>(359)</sup>.

---

<sup>(359)</sup> Para mayores luces, *vid.* AA.VV.: *Poder civil y poder militar*, traducción del inglés de Valentina Basto, Editorial Hobbs-Sudamericana, Buenos Aires, 1970. Selección e Introducción de Harry L. Coles.



## CAPÍTULO VI

### EL ENCUADRE CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL (A PROPÓSITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR)

#### 1. FUNDAMENTO I: EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN

Abordar el tema de la función jurisdiccional y por tanto, de la Jurisdicción Militar, conlleva asumir como premisa el *reconocimiento del valor normativo que posee una Constitución*, o lo que es lo mismo, el papel que esta última cumple en cuanto norma jurídica<sup>(360)</sup>. Veámoslo. En efecto, no tendría ningún sentido que se postule una tarea de aplicación de parte de los operadores intérpretes del Derecho (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), si previamente no se definen el valor y los caracteres que se aparejan respecto de aquel instrumento que precisamente se desea interpretar. Cabe recordar que la Constitución es o representa la norma jurídica fundamental, la primera de las expresiones normativas que tiene un país: *Lex legum*.

Al margen de que la norma fundamental suela encontrarse tamizada de solemnidad y convencionalismo (no en vano se le tipifica como ley de leyes, ordenamiento fundamental, carta suprema, etc.), oportuno es precisar, porque así lo impone el Derecho Constitucional, las razones del porqué se invoca la característica de supremacía que le es consustancial.

Como se sabe, la Constitución es ante todo una norma tanto por y en cuanto su contenido vincula o pretende vincular jurídicamente tanto a los detentadores del poder estatal como a los destinatarios del mismo. Tiene, por consiguiente, una *orientación eminentemente bilateral*, como por lo demás lo suelen proclamar

---

<sup>(360)</sup> Para un planteamiento general, *vid.* García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1985; y Bidart Campos, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995, *in toto*. También hay coedición a cargo de Ediar-UNAM, México, D.F., 2003. Ambos autores se han ocupado profesionalmente del tema. Desde el punto de vista histórico, resulta fundamental el libro de Blanco Valdés, Roberto L.: *El valor de la Constitución*, 3ª. edición, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2006. Antecede Prólogo a la 1ª. edición de José Antonio Portero Molina y Prólogo a la nueva edición de Miguel Artola.

todos o la mayor parte de manuales de Derecho Constitucional<sup>(361)</sup>. La razón de ese valor normativo tiene, sin embargo, variantes que están más allá de la simple articulación formal del ordenamiento jurídico<sup>(362)</sup>, pues la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución sólo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido, como en el papel o rol que le corresponde cumplir en el mundo del Derecho.

Desde el punto de vista de su *origen*, una Constitución *es suprema*, y por ende, distinta de cualquier otra expresión normativa, en la medida en que aquella es producto o resultado no de la decisión de los poderes constituidos u ordinarios, sino de la voluntad del poder constituyente, creador por excelencia y único, extraordinario e ilimitado por naturaleza<sup>(363)</sup>. En la medida en que la Constitución es resultado de la intención popular, depositada en el poder soberano que la representa, su significado es mucho más relevante que el de cualquier otra expresión jurídica. Y sin equívoco alguno, ninguna otra norma puede equipararse en cuanto tal. En resumen, toda expresión del Derecho que no tenga su nacimiento en la voluntad constituyente, carecerá de los mismos supuestos de legitimidad que acompañan a una Constitución en cuanto norma fundamental.

Desde el punto de vista de la segunda de las características enunciadas, es distinta una Constitución porque su *contenido*, a diferencia del correspondiente a cualquier otro tipo de norma, pretende la regulación directa del poder en cuanto elemento fundamental del Estado. Recordemos que dicha regulación, por lo demás, se ve reflejada de tres maneras: *a)* organizando, *b)* limitando y *c)* justificando.

---

(361) La idea de bilateralidad de la norma constitucional ha sido desde siempre, o por lo menos, desde la aparición de nuestra materia, premisa básica a considerar en cualquier análisis constitucional. La doctrina suele considerar dos partes o sectores clásicos en toda Constitución, una parte dogmática y una parte orgánica. La bilateralidad no es una mera configuración dogmática, sino una auténtica expresión del sentido de toda norma constitucional.

(362) Bien ilustrativa a este respecto es la opinión de Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, 5ª. edición, traducción de la 2ª. edición del alemán por Roberto J. Vernengo, UNAM, México, D.F., 1986, págs. 205-208.

(363) Sobre las características del poder constituyente, *vid.* la excelente exposición de Sánchez Viamonte, Carlos: *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

Así entendida, la idea de *organización*, para ser más precisos, se encuentra vinculada a la configuración funcional de los órganos y sectores entre los cuales se distribuye el poder estatal. Toda Constitución, en suma, evita que el poder político se concentre. La manera más adecuada de hacerlo es distribuyéndolo, para eso existen órganos constitucionales y sectores descentralizados de gobierno.

Insistiendo en lo ya expuesto, signifiquemos que la idea de *limitación*, en segundo término, se encuentra referida al reconocimiento de los derechos fundamentales, los mismos que dentro de la estructura constitucional actúan como esferas o campos de libertad reconocidas sobre los individuos, ámbitos respecto de los cuales, el poder político no puede penetrar o cometer excesos.

Y, en atención al tercer criterio, la idea de *justificación*, por su parte, se encuentra directamente vinculada con los objetivos que el poder se traza como obligaciones o responsabilidades pasibles de cumplir. En este ámbito, cobra especial protagonismo el rol promotor del poder estatal, sea este directo (cuando es el mismo Estado el que asume las tareas), sea este indirecto (cuando el Estado encarga el cumplimiento de las metas en función de la responsabilidad de particulares u otras organizaciones distintas de aquél). En suma, cualquier norma fundamental estructura su contenido bajo un esquema o configuración típicamente tripartita, siendo esta una constante del constitucionalismo moderno<sup>(364)</sup>, y más de pronto, contemporáneo.

Como consecuencia de todo lo anterior, la tercera característica que también se ha enunciado y que permite justificar la razón de supremacía que acompaña a toda norma fundamental, así como la consecuencia de su carácter normativo, se encuentra ligada al *papel* o *rol* que a ésta corresponde cumplir. A ese nivel, la Constitución se identifica como la primera de las fuentes del Derecho, y fuente no sólo en términos formales sino también materiales<sup>(365)</sup>.

---

<sup>(364)</sup> El contenido de la Constitución enfocado desde la perspectiva de las tres variantes aquí señaladas, lo encontramos explicitado en García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 49; y en Bidart Campos, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, ob. cit., págs. 96-103, 139-145.

<sup>(365)</sup> Por su valor docente, *cf.* García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 49-50. Hay que mencionar también algunas exposiciones importantes, tales como las de Grimm, Dieter: “La Constitución como fuente del Derecho”, en Baratta, Alessandro; Grimm, Dieter y Rubio Llorente, Francisco: *Anuario de la*

En función de ello, se dice que la Constitución es *fuentes formal* en la medida en que establece el *modus operandi* en la creación del Derecho, o el modo como nacen o se generan las diversas expresiones normativas. En la misma línea, quiere decir que es la propia norma fundamental la que se encarga de delimitar, entre otras cosas, quiénes son los órganos legitimados para crear Derecho (Congreso, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, etc.), la estructura que poseen (unicameral para el caso del Congreso, bilateralidad para el caso del órgano Ejecutivo, pluralidad para el caso del órgano Judicial y sus instancias, etc.), la competencia que se les reconoce (leyes para el órgano Legislativo, decretos para el órgano Ejecutivo, jurisprudencia para el órgano Judicial, etc.) y, en último término, el procedimiento específico en la elaboración del derecho (votaciones por mayorías simples, absolutas o calificadas en el caso del Congreso, decisiones o acuerdos en el caso del Ejecutivo, debido proceso formal en el caso de la Judicatura, etc.)

Empero, se dice que la Constitución es también *fuentes material*, en la medida en que dicha norma representa, a su vez, el parámetro de validez jurídica del resto de normas integrantes del ordenamiento, de modo tal que ninguna otra expresión normativa, ninguna otra manifestación jurídica, podrá sustraerse del contexto marcado por la norma fundamental siendo que, por el contrario, sólo será válida una norma jurídica o cualquier otra expresión del Derecho en la medida en que no se salga de los cauces marcados o preestablecidos por la Constitución.

En otras palabras, y como lo ha subrayado Carlos Sánchez Viamonte: “... el círculo máximo trazado por el poder constituyente con el nombre de Constitución, traza la órbita de la juridicidad, cuyo ordenamiento debe abstenerse dentro de dicha órbita y condicionada por ella. Lo cual significa que, la sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el Estado de Derecho creado por ella, excluye todo el Derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación de voluntad colectiva o personal, de autoridad o de libertad es apta para crear Derecho

---

Facultad de Derecho de Lleida, Barcelona, 1983, págs. 13 y sgts. Número especial dedicado a *Las fuentes del Derecho*; Pérez Royo, Javier: *Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1985, págs. 27 y sgts.; y Otto Pardo, Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª. reimpresión, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1991, págs. 82-84.

que, de una o de otra manera, no tenga su origen en la voluntad constituyente expresada a través de la Constitución”<sup>(366)</sup>.

A la vista de su contenido, bien puede sostenerse que son, en consecuencia, estas tres razones, vinculadas al *origen*, al *contenido* y a la *función* de la Constitución, y no argumentaciones meramente formalistas, las que han permitido edificar la teoría de la supremacía constitucional, y por consiguiente, la correlativa necesidad de predicar su carácter indiscutiblemente normativo al interior del mundo jurídico<sup>(367)</sup>.

Se impone enseguida explicitar cómo es que se patentiza, la aplicación jurídica de la norma fundamental. Al respecto, conviene señalar que la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la Constitución viene representada por el hecho de su *aplicabilidad*. En la medida en que una Constitución se aplica, puede predicarse su valor normativo como premisa fundamental<sup>(368)</sup>. Tal es pues la regla general con la que se suele operar en la normativa constitucional y a la que, por supuesto, los operadores del Derecho le deben escrupulosa observación<sup>(369)</sup>.

---

<sup>(366)</sup> Cfr., la obra, rica en contenido, de Sánchez Viamonte, Carlos: *El constitucionalismo y sus problemas*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1957, pág. 54. Del mismo autor del Río de La Plata, *vid. El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino, ob. cit., in toto.*

<sup>(367)</sup> Por cierto, buena parte de estas razones fueron esbozadas por el histórico Juez John Marshall (1755-1835) desde el momento mismo en que se sentaron las bases del principio de supremacía constitucional durante la secuela del célebre “Leading case Marbury vs. Madison (1, Cranch, 137, 1803)”. *Vid.* el texto completo en Revista Mexicana de Derecho Público, vol. I, N° 3, México, D.F., 1943, págs. 317 y sgts. Publicado también en Varela Suanzes, Joaquín: *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 69-96. La traducción del inglés fue realizada por Ignacio Fernández Sarasola. Y, en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª. edición, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 99-121.

<sup>(368)</sup> Para tal fin, me remito a García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, ob. cit.*, págs. 63-65; Bidart Campos, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, ob. cit.*, págs. 19-22; Otto Pardo, Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, ob. cit.*, págs. 76-82; y Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª. edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, págs. 45-49.

<sup>(369)</sup> En esa línea explicativa, *vid.* Bidart Campos, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, ob. cit.*, págs. 88-89.

Sin embargo, esto que a primera vista resulta incontrovertible, requiere de ciertas precisiones adicionales, pues aunque nadie niega tal postulado, debe reconocerse que la consabida normatividad de la Constitución no supone tampoco que la aplicabilidad que le acompaña como consecuencia elemental opere o se manifieste de modo inmediato en todos los casos y en todas las circunstancias. Dicho de otro modo, el que se predique la aplicación de una norma fundamental, no sugiere que tal condición funcione inmediatamente y de manera uniforme en todas las hipótesis.

Con alguna razón se ha postulado desde hace buen tiempo que *a toda Constitución le acompañan peculiaridades especiales*<sup>(370)</sup>. Mientras que unas se manifiestan hacia afuera, es decir, frente a otras normas jurídicas (peculiaridades “de” la norma constitucional), otras, por el contrario, se manifiestan al interior de los mismos dispositivos que la integran (peculiaridades “en” las normas constitucionales).

Pues bien, cuando hablamos de estas últimas nos estamos refiriendo a un extremo necesario de esclarecer. Aunque todas las normas constitucionales se aplican, no todas ellas lo hacen de la misma forma. Así las cosas, un dispositivo de la carta que por ejemplo tiene que ver con el reconocimiento de una libertad individual, no es ni tiene por qué ser aplicado de manera semejante a uno que, en cambio, tenga que ver con el principio de pluralismo económico. Si bien el carácter normativo de ambos no puede ser colocado en tela de juicio, sus alcances operacionales difieren notoria o sustancialmente.

Precisamente, porque *no todas las normas constitucionales son semejantes*, y el nivel de aplicabilidad difiere en determinados casos, la doctrina postula la existencia de dos géneros principales al interior de toda Constitución: *a)* las normas operativas y *b)* las normas programáticas<sup>(371)</sup>.

---

<sup>(370)</sup> Cfr., el ensayo sucinto de Nieto, Alejandro, que ofrece una orientación segura: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, N°s 100-102, Enero-Diciembre, Madrid, 1983, págs. 371-415.

<sup>(371)</sup> Un planteamiento general lo encontramos en Pina, Rolando E.: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1973, págs. 13-27; Sagüés, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, 2ª. edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 92-94; y Bidart Campos, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, ob. cit.*, págs. 222-231.



Al propio tiempo, mientras que las normas *operativas* suelen asociarse a los derechos de tipo individual y político, así como a la mayor parte de dispositivos concernientes al funcionamiento orgánico del Estado, las normas *programáticas* en cambio suelen referirse a los derechos sociales, económicos y culturales, así como al conjunto de obligaciones cuya responsabilidad queda sujeta al cumplimiento del Estado y sus órganos de poder político.

Por decirlo de alguna manera, en el caso de las normas operativas el nivel de aplicación es directo o inmediato. En otros términos, no se aprecia dificultad de aplicación, en tanto su cumplimiento sólo depende de la voluntad de los titulares de dichas normas sin que pueda anteponerse ningún tipo de requisito previo.

En lo tocante a las normas programáticas, el consabido nivel de aplicación resulta semidirecto o mediato en tanto este último se encuentra condicionado a la creación de ciertas condiciones previas, las que, por otra parte, pueden variar en función de determinados supuestos. Puede tratarse de condiciones técnicas (legislativas, por ejemplo, cuando se trata de desarrollar un precepto, o administrativas cuando se trata de reglamentar o ejecutar un mandato, etc.) o puede tratarse de condiciones eminentemente políticas o discrecionales (cuando de lo que se trata es de crear contextos materiales o socioeconómicos que habiliten la operatividad de una norma considerada programática).

Ahora bien, aunque el espectro aplicativo de las normas programáticas resulte, como se ha dicho, mediato o semidirecto, ello no impide que bajo determinadas circunstancias, las mismas puedan ser aplicadas de manera similar a las operativas hasta en cuatro supuestos:

a) En la medida en que una norma programática se encuentra contenida en la Constitución y goza de la supremacía innata que a ésta le acompaña, puede anteponerse, y en ese sentido aplicarse sobre normas de inferior jerarquía que la desconozcan o vulneren<sup>(372)</sup>.

b) En la medida en que una norma programática puede ser ejercitada por específicos titulares en específicos casos (lo que acontece, por ejemplo, respecto

---

<sup>(372)</sup> Al respecto, *vid.* García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *ob. cit.*, págs. 68-71; y Otto Pardo, Ignacio de: *Derecho Constitucional*, *ob. cit.*, págs. 77-78.



del derecho al trabajo, y el goce que del mismo atributo pueden tener algunas personas en particular), cabe que frente a la hipótesis de su transgresión –mediante actos u omisiones– proceda la tutela y por tanto, la aplicación de la misma<sup>(373)</sup>.

c) En la medida en que la norma programática forma parte del contenido material de la Constitución, sirve como parámetro interpretativo de toda decisión jurisdiccional, y en ese sentido también es aplicable<sup>(374)</sup>.

d) Finalmente, y en tanto las normas programáticas que requieren específicamente de condiciones técnicas, no suponen otro esfuerzo que el derivado del cumplimiento de una función imperativa, su no habilitación justifica su exigencia jurisdiccional y, por tanto, su aplicación ante los órganos que conocen de la jurisdicción constitucional.

Para efectos de nuestro estudio, el valor normativo de la Constitución se da por el reconocimiento que es una norma jurídica fundamental, proveniente de la intención popular a través del poder constituyente, y su *eficacia*, como diría Paolo Barile, se expresa a través de: a) el efecto de prohibir; b) la función de servir de guía, y c) la vinculación al legislador y a todos los órganos de producción de normas<sup>(375)</sup>.

Es una de las primeras expresiones jurídicas normativas que busca vincular al Estado con los ciudadanos, para regular el poder del mismo. Muy en línea con lo anterior, la Constitución (*norma normarum*) es considerada como la primera fuente de Derecho, cuyas normas son aplicables, pero no todas de la misma forma.

En definitiva, por si hubiese alguna duda al efecto: “La fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío. La normatividad constitucional presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el

---

<sup>(373)</sup> Cfr. Pina, Rolando E.: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, ob. cit., págs. 63-68.

<sup>(374)</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit., págs. 68-71; y Otto Pardo, Ignacio de: *Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 77-78.

<sup>(375)</sup> Cfr. el libro clásico de Barile, Paolo: *La Costituzione come norma giuridica*, G. Barbèra Editore, Firenze, 1951, págs. 55-57.

punto de intersección entre la política y el Derecho –política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político– la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/ encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva”<sup>(376)</sup>.

## 2. FUNDAMENTO II: EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE (PODERES) FUNCIONES

En principio, destaquemos lo siguiente: “Para que la idea de democracia basada en la división de poderes no tenga que fracasar precisamente en el punto más delicado de la relación Estado-Ciudadano, ha de haber también un control sobre la justicia misma”<sup>(377)</sup>.

Las funciones del Estado tradicionalmente se han distinguido entre sí, de acuerdo con la concepción clásica de la división (separación) de poderes, mediante la cual, los órganos legislativo, ejecutivo y judicial realizan las funciones de producción de normas jurídicas, de ejecución de tales normas y de solución de controversias, respectivamente. Esta idea tuvo sus destellos en el pensamiento de Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.), luego fue esbozada por John Locke (1632-1704), y finalmente delineada con precisión por Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu (1689-1755)<sup>(378)</sup>.

La división tradicional de poderes, de carácter tripartito horizontal, atiende a un criterio formal a partir del cual lo que otorga el carácter legislativo, administrativo o jurisdiccional a determinado acto estatal, es precisamente el órgano que lo emite o del cual emana. Desde este ángulo visual, son claras las facultades constitucionales

---

<sup>(376)</sup> Cfr., también la vigorosa exposición de Revenga, Miguel: *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2010, pág. 40. Antecede Estudio Preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego y Epílogo de Domingo García Belaunde.

<sup>(377)</sup> Cfr., en ese sentido, el rico punto de vista de Schünemann, Bernd: “Función y límites de la ciencia jurídico penal en el siglo XXI”, en Armaza Galdos, Julio (Director): *El penalista de la América Austral. Ofrenda académica al Prof. E.R. Zaffaroni*, Editorial Pangea E.I.R.L., Arequipa, 2010, pág. 68.

<sup>(378)</sup> Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises: “La división de poderes y la función jurisdiccional”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Derecho Judicial*, N° 9, Enero-Junio, México, D.F., 2007, pág. 46.

asignadas a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Con base en el esquema clásico y/o tradicional, observamos que corresponde al órgano Legislativo crear las leyes, al órgano Ejecutivo le corresponde aplicarlas o ejecutarlas y al órgano Judicial dirimir las controversias jurídicas que se le planteen.

Desde un punto de vista material, considerando el contenido del acto estatal, tenemos que los órganos legislativo, administrativo y jurisdiccional desarrollan, en cierta medida, actos<sup>(379)</sup>. Pero en cuanto a lo que nos interesa, podemos señalar que lo que determina el calificativo a cada órgano del Estado es el tipo de acto que realiza preponderantemente. Así, el órgano legislativo si bien lleva a cabo actos administrativos y, de manera excepcional, jurisdiccionales, su principal actividad se centra en los actos legislativos. De similar manera ocurre con los órganos ejecutivo y jurisdiccional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo el pensamiento de Montesquieu, sostiene lo siguiente:

*“2.3. El principio de separación de poderes y el control y balance entre estos*

16. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2003-AA/TC que la doctrina de la separación de poderes tiene por esencia evitar, entre otros aspectos, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconozcan los derechos y las libertades fundamentales.

17. Asimismo, este Colegiado estableció que “Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos”, y además que “Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado”, lo que “sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado”.

18. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado

---

<sup>(379)</sup> Así, tenemos que el Ejecutivo expide Reglamentos, o el caso de las facultades jurisdiccionales de Parlamento en materia del juicio político, o las atribuciones legislativas del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, como es en el caso mexicano. *Cfr.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises: “La división de poderes y la función jurisdiccional”, *ob. cit.*, pág. 50.

Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

19. Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú “(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”.

Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73].

20. Es importante precisar además que si bien nuestra Constitución reconoce las aludidas funciones básicas del Estado (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional), no puede asumirse: *i*) que estas sean las únicas funciones; *ii*) que existan distinciones nítidas y rígidas entre tales funciones básicas del Estado; y *iii*) que se encuentren en un rango superior a las funciones de los órganos constitucionales.

21. En cuanto a lo primero, cabe mencionar que el principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43° de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201° y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176° y ss.), Ministerio Público (artículo 158° y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161° y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190° y ss.), entre otros.

Como se aprecia, el Poder Constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente. Como sostuvo Montesquieu: “Todo estaría perdido si un mismo hombre, o un mismo cuerpo de personas principales, o de nobles o de pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos [...] entre particulares”.

22. En cuanto a lo segundo, tal división no implica una rígida separación entre poderes, sino que se limita a excluir que un solo órgano acumule en sí más poderes, no rechazándose *a priori* la posibilidad de que –en función de moderación y freno– un órgano compartiese el ejercicio de más poderes. El principio de separación de poderes funciona también como regla de organización constitucional, la misma que se manifiesta, en una primera aproximación, en la necesidad que exista una ponderación entre una pluralidad de centros de poder, puestos en posición de independencia, pero también de recíproco control entre ellos, para así impedir los abusos. Asimismo, exige que, pese a compartir determinadas funciones, los poderes del Estado u órganos estatales se encuentren prohibidos de desnaturalizar las competencias de otros poderes u órganos. Así por ejemplo, si bien el Poder Ejecutivo puede expedir decretos legislativos, tal facultad de legislar se encuentra enmarcada en determinados límites (legislar sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa, entre otros), encontrándose vetado a tal poder invadir las competencias asignadas al Poder Legislativo y así legislar sobre otras materias que no fueron materia de la delegación o hacerlo fuera del respectivo plazo.

23. En cuanto a lo tercero, si se tiene en cuenta que el principio de supremacía normativa de la Constitución exige que la Norma Fundamental, en su conjunto, sea considerada como la norma que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, no puede estimarse que existe una jerarquía con relación a las competencias que desempeñan los poderes del Estado u órganos constitucionales. Ambos se encuentran en un mismo nivel jerárquico”.

STC N° 0005-2007-PI/TC, FJ. 16-23.

### 3. LA CONSTITUCIÓN EN LA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asimilar las categorías constitucionales es una tarea incompleta si no se toma en cuenta el desarrollo que de las mismas ha venido realizando nuestro Tribunal Constitucional. Desde dicha perspectiva, se puede afirmar que muchas de las categorías hasta aquí expuestas han encontrado eco en el pensamiento del supremo intérprete de la Constitución.

En cuanto al concepto y características de la Constitución, a partir de los roles que cumple, y siguiendo la tónica del Derecho Constitucional Comparado, el Alto Colegiado ha precisado lo siguiente:

“En efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que

se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)”.

STC N° 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC, *Acumulados*. FJ 19.

“La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)”.

STC N° 0030-2005-PI/TC. FJ. 40.

“La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y “lo constitucional” derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (...), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución”

STC N.º 0168-2005-PC/TC, fundamento 3.

“2. La Constitución es una norma jurídico-política *sui generis*. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, *prima facie*, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto”.

STC N° 0014-2003-AI/TC. FJ 2.

El agenciamiento constitucional, al fluir de la jurisprudencia, y si fuera preciso, producto de la creación jurisprudencial, el Tribunal Constitucional lo viene reafirmando paulatinamente, tal como se colige de la lectura de sus sentencias, y en más de una ocasión, a través de los precedentes constitucionales vinculantes.

#### **4. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: HACIA UNA NUEVA ETAPA CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR**

Como se tiene conocimiento, en un Estado existe un solo poder político que se manifiesta en órganos y que van a cumplir determinadas funciones<sup>(380)</sup>. Acaso por comodidad y por costumbre se suele denominar poderes del Estado al Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No obstante, es el poder político el que cumple diversas funciones estatales. Como expresa Xifra Heras: “Los órganos del Estado

---

<sup>(380)</sup> *Cfr.*, la exposición en conjunto de Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Germán J. Bidart Campos - José F. Palomino Manchego (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, págs. 394-404.



se mueven en el seno de un complejo institucional que asegura el cumplimiento de las funciones públicas”<sup>(381)</sup>. Y Manuel García-Pelayo (1909-1991) refiere que el Estado sólo manifiesta su existencia a través de sus funciones: “El Estado vive mediante sus funciones”<sup>(382)</sup>.

Es preciso confesar que atrás ha quedado, pues, la idea de los poderes del Estado y, por consiguiente, de la clásica concepción de la división de poderes. Georg Jellinek (1851-1911), a inicios del siglo, hablaba ya de una “división de competencias pero no de una división de poderes”<sup>(383)</sup>. Esta concepción ha sido confirmada, desde un marco más real, por la Ciencia Política en el entendido de que el poder político es uno solo.

Visto desde la perspectiva anteriormente descrita, la actividad del Estado, manifestada en la triárquica función legislativa, administrativa y jurisdiccional se ve normada y regulada por las constituciones, aun cuando en la actualidad ya no resulta serio afirmar una triada de funciones, pues hoy se admite la existencia de varios órganos constitucionales<sup>(384)</sup>.

---

<sup>(381)</sup> Cfr., la sucinta exposición de Xifra Heras, Jorge: *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1962, pág. 120.

<sup>(382)</sup> Cfr., la postura de alto calibre a cargo de García-Pelayo, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, 6ª. edición, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1961, pág. 104.

<sup>(383)</sup> Cfr., el vigoroso punto de vista de Jellinek, Georg: *Teoría General del Estado*, traducción de la 2ª. edición alemana y Prólogo de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pág. 377.

<sup>(384)</sup> En los últimos años, Domingo García Belaunde ha venido planteando en nuestro medio que no debe seguirse hablando seriamente de tres poderes (o funciones) del Estado pues, en la práctica, son muchos más. En el caso peruano, la dogmática constitucional establece cinco órganos más, aparte de los tres clásicos: Jurado Nacional de Elecciones (JNE), Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Contraloría General y Ministerio Público. Estos órganos han tenido regulación constitucional, tanto en el texto político de 1979 como en el actual. Vid. su ensayo: “Perfil del Parlamento Peruano”, en AA.VV.: *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1986, págs. 285-287. Igualmente, del mismo autor, *vid.*, y sus obras de madurez significativa: *Esquema de la Constitución Peruana*, Ediciones Justo Valenzuela, E.I.R.L., Lima, 1992, págs. 50-51; y su trabajo: “El Sistema Constitucional Peruano”, en García Belaunde, Domingo, Fernández Segado, Francisco y Hernández Valle, Rubén (Coordinadores): *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1992, págs. 702-703.

Pero, por otra parte, la Constitución peruana de 1993, en lo que atañe a la función jurisdiccional, ha aglutinado a su alrededor una serie de “principios y derechos de la función jurisdiccional”. En efecto, sentando toda una antigua tradición demoliberal, ha establecido en el artículo 138 lo siguiente:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

Con el principio antes citado, los autores del texto constitucional de 1993 han afirmado el principio de unidad del Poder Judicial. Empero, han establecido las dos excepciones que igualmente normaba la Constitución de 1979: “la jurisdicción militar” que incluye además, a la Policía Nacional, regida por la Ley Orgánica de Justicia Militar (ahora denominada Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Policial Militar) y el Código de Justicia Militar (ahora denominado Código de Justicia Militar Policial); y la “jurisdicción arbitral”. Interesa aquí desarrollar algunos aspectos en torno a la potestad jurisdiccional que tiene el Estado peruano y, a partir de la nueva Constitución de 1993, abordar los principios informadores de la función jurisdiccional que ella encarna, sin obviar la posición del Tribunal Constitucional, para evaluar de esa forma la problemática de la justicia y/o jurisdicción militar<sup>(385)</sup>.

#### 4.1. PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Como ya expusiera Arroyo Zapatero: “La Constitución contiene preceptos unos directa, otros indirectamente afectan y conforman el sistema punitivo. Se trata en realidad de un sistema complejo de relaciones. Pero más allá de las concretas referencias, la Constitución contiene principios generales que vinculan

---

<sup>(385)</sup> En España, Víctor Fairén Guillén, quien era de la opinión de que la Jurisdicción Militar debe ser conservada y reducida a los límites adecuados de un Estado de Derecho en situación de paz jurídica, recordaba hacia finales del régimen franquista que: “Desde el punto de vista orgánico, y resumiendo las preocupaciones doctrinales más extendidas, en los Tribunales Militares hallamos el fenómeno que se puede expresar –siempre con el debido respeto, naturalmente– con la frase «unidad de personas, dualidad de cargos, uno de ellos administrativo, con sujeción a los superiores, y otro independiente de las órdenes de aquéllos»”. *Cfr.* Fairén Guillén, Víctor: “Notas sobre jurisdicciones especiales (Tribunal de Orden Público y Jurisdicción castrense)”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 1, Enero-Marzo, Madrid, 1971, pág. 20.

al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento y lógicamente, también, el ordenamiento penal. Es más, son estos principios generales los que permiten captar adecuada y coherentemente el sentido de los preceptos concretos”<sup>(386)</sup>.

En tal sentido, es importante dejar establecido que la Jurisdicción Militar, si desea respetar criterios garantistas, no puede trastocar los principios constitucionales en materia penal, más aún si existe la idea de mantener incólume el principio de unidad de la jurisdicción, y seguir amoldándose paulatinamente a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, tal como viene sucediendo en la actualidad<sup>(387)</sup>.

¿Cuáles son esos principios constitucionales-penales? Al respecto, destacan con nitidez los siguientes:

a) Principio de protección de bienes jurídicos, que significa que el sistema punitivo sólo puede ser orientado hacia la prevención de las conductas socialmente dañosas, lesivas de esos intereses individuales y sociales.

b) Principio de intervención mínima, que a su vez se manifiesta en tres momentos: *b.1)* en la decisión de recurrir a la norma penal, que debe ser la *ultima ratio* en el sistema de protección social, y tan sólo para proteger los intereses sociales más esenciales frente a los ataques más graves: carácter fragmentario del Derecho Penal; *b.2)* en el momento de selección legislativa del concreto instrumento

---

<sup>(386)</sup> Cfr., la tesis extraordinariamente instructiva de Arroyo Zapatero, Luis: “Fundamento y función del sistema penal: El programa penal en la Constitución española” en Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinador): *Derecho Penal y modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, pág. 25. También, *vid.*, otros dos puntos de vista importantes a cargo de Arozamena Sierra, Jerónimo: “El principio de unidad jurisdiccional”, en Martín-Retortillo, Sebastián (Coordinador): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. IV, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, págs. 3017-3040. Antecede Presentación de Sebastián Martín-Retortillo. Y Ruiz Vadillo, Enrique: “Artículo 117. El Poder Judicial”, en Alzaga Villaamil, Oscar: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IX, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, págs. 318-321.

<sup>(387)</sup> Sobre el principio de unidad a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional, *vid.* Jimena Quesada, Luis: *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 31-48. Antecede Prólogo de José Díaz Delgado.

punitivo: clase de pena y grado de la misma (principio de intervención mínima como sufrimiento mínimo); y *b.3*) la concreta aplicación de la pena, esto significa que el delito cometido no es razón y fundamento suficiente de aplicación de la pena por cuanto se requiere, además, que la imposición y ejecución de la misma resulte necesaria para la protección social, lo que no ocurre cuando el delincuente, por las razones que sean, no ofrece peligrosidad alguna de la comisión de nuevos delitos y no concurren razones de prevención general que exijan su efectiva aplicación.

c) Principio de culpabilidad o de responsabilidad penal, en el sentido de atribuibilidad en donde se impone la exigencia de dolo o imprudencia como presupuestos de la responsabilidad criminal, y el correlativo rechazo de los supuestos de responsabilidad objetiva, tanto en sus manifestaciones expresas como en las ocultas.

d) Principio de resocialización, que alude al logro de que el delincuente, el sujeto ante quien fracasó el mensaje motivador preventivo general de la norma, no cometa en el futuro nuevos delitos. Este objetivo se pretende obtener a través de la imposición y la ejecución de la pena. El cómo obtener este fin es el problema a resolver; y,

e) Principio de legalidad, que constituye un principio suprapenal que vincula al propio legislador sobre la base del *nullum crimen*<sup>(388)</sup>.

Ahora bien, la Constitución peruana ha normado una serie de reglas que pretenden garantizar toda una actividad demoliberal en torno a lo que ella ha denominado “principios y derechos de la función jurisdiccional”, que la Constitución de 1979 mantenía con el anacrónico título de “garantías de la administración de justicia” (artículo 233)<sup>(389)</sup>. En lo que atañe al principio de la unidad o unicidad del Poder Judicial, en principio, ella en realidad ya se ha encontrado registrada en las constituciones anteriores<sup>(390)</sup>.

---

<sup>(388)</sup> Cfr. Arroyo Zapatero, Luis: “Fundamento y función del sistema penal: El programa penal en la Constitución española” en Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinador): *Derecho Penal y modernidad, ob. cit.*, págs. 27-34.

<sup>(389)</sup> *Vid.*, el punto de vista que suministra Doig Díaz, Yolanda: “La Justicia Militar a la luz de las garantías de la jurisdicción”, en Anuario Derecho Penal, Lima, 2001-2002, pág. 54. Para el caso peruano, *vid.* Lovatón Palacios, David: *Tribunal Constitucional y reforma de la Justicia Militar*, Palestra Editores, S.A.C., Lima, 2007, págs. 80-89. Antecede Prólogo de Samuel B. Abad Yupanqui.

<sup>(390)</sup> En nuestra historia constitucional, esta materia se ha reconocido de la siguiente manera: Constitución de 1823, artículo 95; Constitución de 1826, artículos 97 y 102; Constitución

El artículo 138 encuentra íntima vinculación con el inc. 1 del artículo 139 que establece:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

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

La unidad o unicidad, por otro lado, encuentra cauce institucional en el artículo 143 que alude a la estructura misma del Poder Judicial:

“El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración.

Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su Ley Orgánica”.

Este precepto, que queda inequívocamente puntualizado, es el homólogo del artículo 237 de la Constitución de 1979 que aludía en forma taxativa a la estructura funcional y jerarquizada del Poder Judicial. Al margen de la modificación en la redacción que contiene la Carta Política de 1993, ella no viene más que a confirmar la presencia de la unidad de la función jurisdiccional. Al respecto, Marcial Rubio y Enrique Bernalles han destacado que este principio permite prohibir la instauración de fueros privativos, especialmente importantes por su modernización de la administración de justicia, tanto en forma como en su contenido<sup>(391)</sup>.

Luis Sáenz Dávalos, por su parte, sostiene con superlativo vigor que: “... cuando se habla de la unidad de la función jurisdiccional, es porque la misma no se divide o delega hacia otros sectores institucionales, sino que constituye un todo organizado cuya actuación se puede distribuir por razones materiales, territoriales

---

de 1828, artículo 103; Constitución de 1834, artículos 107 y 124; Constitución de 1839, artículo 126; Constitución de 1856, artículos 124 y 129; Constitución de 1860, artículos 124 y 128; Constitución de 1867, artículos 121 y 126; Constitución de 1920, artículo 155 y Constitución de 1933, artículo 229.

<sup>(391)</sup> Cfr. Rubio Correa, Marcial y Bernalles Ballesteros, Enrique: *Perú: Constitución y Sociedad Política*, ob. cit., pág. 430. También, vid. Talavera Delgado, Abraham: *Nueva estructura del Fuero Privativo Militar en la reforma del Poder Judicial*, ob. cit., págs. 3-7.

o económico cuantificables, pero no dividir o desmembrar con la pretensión de crear un paralelismo funcional”<sup>(392)</sup>.

Explicando este principio, Ortecho Villena recuerda oportunamente que: “La unidad y exclusividad que consigna la Constitución como garantía se da en contraposición a una práctica que se ha venido realizando en nuestros países, desde hace varias décadas como los llamados fueros privativos y mediante los cuales el Poder Ejecutivo, bajo el pretexto de agilizar la administración de justicia y realizarla en función de sectores que merecían un tratamiento especial, fue creando juzgados administrativos o privativos, fuera del Poder Judicial, y que directamente los controlaba, tal el caso de Fuero Militar con sus privilegios y excesos...”<sup>(393)</sup>.

Dentro de este mosaico variopinto, una interpretación *desde* la Constitución obliga, pues, a señalar a simple vista que es el Poder Judicial el único órgano con la capacidad de *iuris dictio*: “decir el derecho”, y sólo se explica la presencia de la jurisdicción militar como un *fuero privativo*, en el que sólo estaría incurso el personal policial y militar, con las excepciones constitucionalmente previstas a los civiles que pueden ser objeto del juzgamiento privativo militar.

Este principio, sin embargo, se ve minado con las incongruentes fórmulas alojadas en los numerales 141 y 173, lo que marca una diferencia sustancial con la Constitución de 1979. En efecto, la actual normatividad no establece un control definitivo que debería corresponderle a la Corte Suprema para revisar los casos que resuelve el Consejo Supremo de Justicia Militar, más de pronto denominado Tribunal Supremo Militar Policial. La potestad de casación, como facultad para la Corte Suprema, sólo prospera en el caso extremo de la pena de muerte que impondría la justicia militar. Este hecho es el que quizá más desmoraliza

---

<sup>(392)</sup> Cfr. Sáenz Dávalos, Luis: “Jurisdicción común *vs.* jurisdicción militar (Reflexiones sobre la controversia funcional)”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, vol. 5, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, pág. 67. También, *vid.*, la descripción resumida de Alonso Díaz, Gabriel: “Acerca de la organización, competencia y procedimiento de la jurisdicción militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 37, Enero-Junio, Madrid, 1979, pág. 207.

<sup>(393)</sup> Cfr. Ortecho Villena, Víctor Julio: *Derechos y Garantías Constitucionales*, 2ª. edición, Marsol Perú Editores, S.A., Trujillo, 1990, pág. 460. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde, que lleva por título: “Sobre el movimiento constitucional peruano”.



por la forma como ha sido concebido por sus autores, pues cualquier tipo de pena privativa, incluso la cadena perpetua, no podría ser revisada, vía casación, por la justicia común. En consecuencia, así prefigurado, el sacro principio de la unidad de la función jurisdiccional se ve menoscabado por la propia estructura intrasistemática del nuevo texto constitucional<sup>(394)</sup>, tal como hemos podido apreciar con anterioridad.

En esta perspectiva, suscribimos lo esgrimido por el constitucionalista español Francisco Fernández Segado, en cuanto señala que: “la clave del principio de unidad reside en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una organización judicial ordinaria, entendiendo por tal, aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento”<sup>(395)</sup>. De allí que la Constitución de España de 1978, como la nuestra de 1993, prohíbe de modo absoluto los tribunales de excepción y circunscribe la Jurisdicción Militar a los delitos militares. Consecuentemente, a partir del artículo 117.5 del texto constitucional español se ha venido asentando el principio de unidad de jurisdicción, sin “... romper bruscamente con el orden constituido ni de dismantelar instituciones

---

<sup>(394)</sup> Aclaremos que el Poder Judicial no se quedó callado, pues hizo llegar una propuesta al seno de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente. Lamentablemente, no fue acogida, salvo algunos aspectos. Es de recordar que esta iniciativa fue de la Corte Suprema. Así, por Resolución Administrativa N° 045-92-P-CS del 30 de junio de 1992, publicada en el diario *El Peruano* el 4 de julio de 1992, se nombró una “Comisión de Reforma Constitucional del Poder Judicial”, a fin de preparar un Anteproyecto de reforma constitucional en lo referente al Poder Judicial. La Comisión estuvo presidida por Luis Ortiz Bernardini, magistrado de la Corte Suprema, y quedó integrada por Domingo García Belaunde como vice-presidente, Florencio Mixán Mass, Fernando De Trazegnies, Javier de Belaunde López de Romana, Juan Monroy Gálvez y Víctor Prado Saldarriaga. Como asesores externos nombraron a Arsenio Oré Guardia, Nelson Ramírez Jiménez y José F. Palomino Manchego. Las propuestas han sido reseñadas por García Belaunde, Domingo: “La reforma del Poder Judicial en el Perú”, en *Revista Ius et Veritas*, Universidad Católica, Año IV, N° 7, Lima, 1993, págs. 67-76. También ha sido abordado por García Belaunde, en su ensayo: “La judicatura en el Proyecto Constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 25, Junio, Lima, 1995, págs. 54-63.

<sup>(395)</sup> *Cfr.*, la descripción, fundamental en muchos aspectos, de Fernández Segado, Francisco: “El marco constitucional de la Jurisdicción Militar: Su organización y competencia”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 13-102, específicamente, págs. 23-25.



de profundo arraigo en el ámbito de la jurisdicción castrense, sino de operar los cambios normativos que aquel objetivo demanda”<sup>(396)</sup>.

Con una precisión, parecida a la de Fernández Segado, Doig Díaz ha dicho que en este marco teórico, en el que la unidad jurisdiccional se concibe como una necesaria uniformidad de garantías en todos los órganos judiciales que juzgan y ejecutan lo juzgado, la Jurisdicción Militar no debe constituir una excepción sino un ámbito más donde debe aplicarse<sup>(397)</sup>.

#### 4.2. PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Es opinión común que, conforme recuerda Doig Díaz, la exclusividad jurisdiccional debe ser examinada desde sus dos vertientes, la *positiva* y la *negativa*. La primera, supone que el monopolio estatal consistente en la resolución jurídica de los conflictos sólo puede ser ejercido por jueces y magistrados en juzgados y tribunales determinados por leyes y nunca por órganos del Poder Legislativo o Poder Ejecutivo. Se vulnera pues la exclusividad si se crean órganos con potestad jurisdiccional que no estuvieran servidos por jueces o magistrados. En un sentido

---

<sup>(396)</sup> Cfr., entre otros, las exposiciones precisas de Gómez Calero, Juan: “Ensayo sobre «Organización y Atribuciones de los Tribunales Militares» después de la Constitución”, en Revista General de Derecho, Año XLI, N° 489, Junio, Valencia (España), 1985, pág. 1758; García Ballester, Pascual: “Jurisdicción Militar y Constitución española”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 58, Julio-Diciembre, Madrid, 1991, págs. 153-174, en concreto, págs. 157-167; Navas Córdoba, Juan Antonio: “La Jurisdicción Militar: ¿Jurisdicción ordinaria o especial?”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 70, Julio-Diciembre, Madrid, 1997, págs. 195-237, en concreto, págs. 197-198; Canosa Usera, Raúl: “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, *ob. cit.*, págs. 25-32; y el extenso comentario redactado con amplio saber y profundidad de Fernández Segado, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1992, págs. 762-770. También es útil el libro de Peñarrubia Iza, Joaquín María: *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 361-377. Antecede Prólogo de Luis Cosculluela Montaner.

<sup>(397)</sup> Cfr. Doig Díaz, Yolanda: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2003, pág. 126. Antecede Prólogo de José María Asencio Mellado. También, *vid.* Eguiguren Praeli, Francisco José (Coordinador): *Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, págs. 110-115.

amplio, puede entenderse que esta garantía impide y prohíbe que el legislador pueda atribuir la potestad jurisdiccional al Poder Ejecutivo o al propio Poder Legislativo. En su faceta negativa, la exclusividad jurisdiccional pone como límite a la actuación de los órganos jurisdiccionales su propia función y la que por ley se les atribuya. De acuerdo con dicha limitación, el Juez no puede compartir, la función jurisdiccional con ninguna otra, su ejercicio es exclusivo<sup>(398)</sup>.

Yendo al caso peruano, constatamos que el artículo 139, inc. 1 de nuestro cuerpo normativo constitucional de 1993, alude igualmente la exclusividad de la función jurisdiccional<sup>(399)</sup>. Esto significa –y viene como corolario de la unidad de la jurisdicción común– que sólo los miembros del Poder Judicial y los órganos que lo conforman pueden administrar o impartir justicia, no delegándose ni estableciendo otros mecanismos de transferencia funcional, en razón al carácter exclusivo que ostenta la magistratura común. En el marco de esta exclusividad del Poder Judicial, Sáenz Dávalos anota: “La cobertura en la función jurisdiccional permite concentrar un universo de cuestiones litigiosas de modo prácticamente totalizador, en su trámite y resolución, sin que pueda invocarse su diversa naturaleza como mecanismo de traslación hacia mecanismos resolutorios distintos al fuero común”<sup>(400)</sup>. La exclusividad de la función jurisdiccional o exclusividad jurisdiccional, importa que la impartición de la justicia sea atribución de un solo órgano estatal que excluya a otros.

---

<sup>(398)</sup> Cfr. Doig Díaz, Yolanda: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, ob. cit., págs. 128-129. También, vid. Eguiguren Praeli, Francisco José (Coordinador): *Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial*, ob. cit., págs. 115-118.

<sup>(399)</sup> Vid., el ensayo ya citado de Doig Díaz, Yolanda: “La Justicia Militar a la luz de las garantías de la jurisdicción”, ob. cit., en concreto, págs. 54-55. También resulta útil la lectura de los siguientes artículos de Fernández Segado, Francisco: “La reforma en el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 9, Mayo-Agosto, Madrid, 1991, págs. 60-71 y “La Jurisdicción Militar en la doctrina constitucional”, en *Revista General de Derecho*, N°s. 562-563, Julio-Agosto, Valencia, 1991, págs. 5849-5852.

<sup>(400)</sup> Cfr., el meticuloso comentario de Sáenz Dávalos, Luis: “Jurisdicción común vs. jurisdicción militar (Reflexiones sobre la controversia funcional)”, ob. cit., pág. 52. Para el caso peruano, vid. Lovatón Palacios, David: *Tribunal Constitucional y reforma de la Justicia Militar*, ob. cit., págs. 80-96.

#### 4.3. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE EXCEPCIÓN

Sin perjuicio de profundizar en ello, la Constitución Política de 1993 ha normado lo siguiente:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (artículo 139, inc. 3).

En estricto rigor, la norma establece dos situaciones: *a)* el derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso; y *b)* la prohibición de ser juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción o por *comisiones especiales*. Esta norma se encontraba anteriormente en el artículo 2, inc. 20, párrafo 1 de la Constitución de 1979. El enunciado de la norma, de otro lado, guarda estrecha concordancia con los artículos 138, primera parte; 139, inc. 1, y el numeral 173 de la Constitución de 1993.

En lo que respecta a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948 da un tratamiento parcial pero implícito sobre este tema, en el artículo 10, regulando la garantía de que debe existir un “tribunal independiente e imparcial”<sup>(401)</sup>.

De igual modo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, regula en forma más orgánica el régimen de los tribunales de excepción en el numeral 26, al aludir la garantía judicial de los tribunales pre-establecidos y de acuerdo con las leyes pre-existentes<sup>(402)</sup>.

---

<sup>(401)</sup> Declaración Universal: “Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en contra de ella en materia penal”.

<sup>(402)</sup> Declaración Americana: “Artículo 26. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes e inusitadas”.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14.1, norma, aunque de manera no tan explícita, el debido proceso a un tribunal competente, independiente e imparcial<sup>(403)</sup>. El temperamento del *Comité de Derechos Humanos* ha sido renuente a considerar los tribunales especiales como intrínsecamente incompatibles con el artículo 14.1 del Pacto. Al respecto, el Comité ha señalado las siguientes observaciones:

“Las disposiciones del artículo 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean *ordinarios o especiales*. El Comité observa la existencia, en muchos países, de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles. Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe esas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el enjuiciamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena indicación de las garantías previstas en el artículo 14. En algunos países esos tribunales militares especiales no proporcionan las garantías estrictas para la adecuada administración de justicia, de conformidad con las exigencias del artículo 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos. Si los Estados parte deciden, en situaciones excepcionales, como prevé el artículo 4, dejar en suspenso los procedimientos normales requeridos en virtud del artículo 14, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exige la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones estipuladas en el párrafo 1º del artículo 14”<sup>(404)</sup>.

En este amplio espectro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>(405)</sup>, igualmente, consagra este principio en el artículo

---

<sup>(403)</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”.

<sup>(404)</sup> *Vid.* O’Donell, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, pág. 161.

<sup>(405)</sup> Convención Americana: “Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

8.1; y la doctrina de la Comisión Interamericana ha llegado a sostener que el enjuiciamiento a civiles por tribunales especiales sólo se justifica mediante la existencia de un estado de excepción originado en una verdadera amenaza a la vida de la Nación<sup>(406)</sup>. No obstante esta situación, aun cuando se decretase un *estado de emergencia o estado de sitio* por expreso mandato constitucional, no se podría crear ningún tribunal especial, salvo que ello signifique toda una ruptura con el orden constitucional pre-establecido y se instaure un régimen *de facto*<sup>(407)</sup>.

Massimo Donini, siguiendo a Ferrajoli, hace notar que “hay una tradición en todo el desarrollo del siglo XX que se coloca en una línea de rechazo de la posibilidad de disciplinar jurídicamente los ‘estados de excepción’. El hecho es que siempre son invocados para derogar la normalidad del Derecho existente. Por lo tanto, se entrevé una verdadera incompatibilidad entre el Estado de Derecho y el Derecho Penal de excepción, porque este último es expresión de la razón de Estado (subordinación de medios no predefinidos a los fines establecidos por el soberano), en lugar del principio de subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente preestablecidos”<sup>(408)</sup>.

En cuanto respecta a la protección procesal, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha establecido, en algunos de sus informes y observaciones que recomiendan a los *Estados parte*, que las violaciones de los

---

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>(406)</sup> Cfr. O’Donell, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., págs. 162-164.

<sup>(407)</sup> Por todos, *vid.* Fernández Segado, Francisco: “La función de las fuerzas armadas en el Estado de sitio, en el marco de la Constitución de 1978”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 203-252; y Carranza, Mario Esteban: *Fuerzas Armadas y Estado de excepción en América Latina*, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México D.F., 1978.

<sup>(408)</sup> Cfr., la reciente investigación de Donini, Massimo: “El control democrático y científico sobre los estados de excepción y las leyes de emergencia”, en su libro: *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de Derecho Penal*, ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2010, págs. 195. Antecede Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez.

derechos humanos de los ciudadanos correspondan a la competencia de los tribunales civiles<sup>(409)</sup>.

Por su parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas también se ha pronunciado tajantemente señalando que: “... no parece aceptable la escasa punibilidad del delito de tortura en el Código de Justicia Militar, la extensión de la jurisdicción militar para conocer de delitos comunes a través de un alcance inadmisiblemente del concepto de acto de servicio”<sup>(410)</sup>.

A su turno, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas manifestó, en uno de sus primeros informes, que: “las violaciones de los derechos humanos y de los derechos de las niñas y los niños deberán ser examinados siempre por tribunales civiles de conformidad con el derecho civil, y no por tribunales militares”.

Y en el sistema europeo de derechos humanos también se ha establecido la importancia de que cuando se encuentre involucrado un civil y haya afectaciones a los derechos humanos, deben ser las autoridades civiles las que conozcan del caso, sosteniendo que:

“... el Tribunal confiere gran importancia al hecho de que un civil haya tenido que apelar ante una corte compuesta de miembros de las fuerzas armadas. Observa

---

<sup>(409)</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observaciones y recomendaciones a Colombia*, 1992, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.2, de 25 de septiembre de 1992, párrafos 5 y 6: “El Comité recomienda que el Estado parte... elimine el fenómeno de la impunidad *limite la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina* y asuntos análogos, de manera que las violaciones de los derechos humanos de los ciudadanos correspondan a la competencia de los tribunales civiles”, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones y recomendaciones a Venezuela*, 1992, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.13, de 28 de diciembre de 1992, párrafo 10. El Comité ha recomendado: “velar por que todos los miembros de las fuerzas armadas o de la policía que hayan cometido violaciones de los derechos garantizados en el Pacto [de Derechos Civiles y Políticos] sean juzgados y sancionados por tribunales civiles”, y Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales a Libano*, 1997, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.76, de 5 de mayo de 1997, párrafo 34.

<sup>(410)</sup> Comité contra la Tortura, *Observaciones a Colombia*, Naciones Unidas, A/51/44, de 9 de julio de 1996, punto 4. Se recomendó: “revisar la jurisdicción de los tribunales militares y traspasar a los tribunales ordinarios la competencia de los tribunales militares en todas las causas relativas a civiles y todos los casos de violación de los derechos humanos por miembros del ejército”.



que el demandante pudo, legítimamente, experimentar temor en vista de que como uno de los jueces de la Corte era un juez militar, éste podía permitirse, indebidamente, ser influenciada por consideraciones ajenas a la naturaleza misma del caso...”<sup>(411)</sup>.

En ese orden de ideas, en el sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión Interamericana ha recomendado a los *Estados parte* al Pacto de San José de Costa Rica de 1969 que:

“... adopten de conformidad con el artículo 2º de la Convención [Americana], las medidas de derecho interno que sean necesarias para *limitar la competencia y jurisdicción de los tribunales militares solamente a aquellos delitos que tengan exclusivo carácter militar*, y en ningún caso se permite el juzgamiento de actos violatorios de los derechos humanos en cortes militares”<sup>(412)</sup>.

Pero interesa, por otro lado, reivindicar por qué no se debe, axiológicamente, establecer o normarse tribunales de excepción o fueros militares para otorgar competencia en el juzgamiento de hechos delictivos cometidos por civiles, aun cuando éstos acusen una deleznable conducta criminal. Por lo general, la Justicia Militar se ha tomado como una suerte de castigo para la delincuencia común, en la medida en que los jueces militares<sup>(413)</sup> van a castigar con más eficacia y severidad que los jueces comunes. Sin embargo, este planteamiento es de por sí falaz, pues bajo esta óptica, como comenta Bidart Campos, “podríamos decir que el ataque a la jurisdicción militar se sustenta en la sensación de que la exclusión

---

<sup>(411)</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Ciraklar c. Turquía*, sentencia de 28 de octubre de 1998; *caso Greger c. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 1999.

<sup>(412)</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1992-1993*, OEA/Ser. L/V/II.83, doc. 14, cap. V, 12 de marzo de 1993, pfo. 6.

<sup>(413)</sup> La problemática también fue materia de atención en Colombia. Al respecto, *vid.* Pérez, Luis Carlos: *La guerrilla ante los jueces militares*, Editorial Temis, Bogotá, 1987. Se trata de la defensa de los dirigentes del Movimiento 19 de abril, M-19, Iván Marino Ospina y Álvaro Ospina y Álvaro Fayad Delgado, detenidos en la Penitenciaría Central de Colombia, La Picota, llevada a cabo los días 21, 22 y 23 de diciembre de 1981, ante “la inadecuada Jurisdicción Castrense para los civiles”, como dice Luis Carlos Pérez, vulnerándose de esa forma el artículo 170 de la Constitución de 1886, vigente en aquella época: “De los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.



del Poder Judicial perjudica, y no favorece”<sup>(414)</sup>. “En otras situaciones –anota a renglón seguido el ilustre constitucionalista argentino– la perspectiva cambia, y cuando a las fuerzas armadas les preocupa mucho algún proceso contra uno o varios miembros de sus cuadros –más si se trata de un oficial superior que ha tenido o tiene papel político en los gobiernos que ellas establecen– no ocultan la inclinación a preferir que a ese sujeto lo juzgue un tribunal propio, y no los jueces de la Constitución. Y acá ya no es porque se piense –como en la otra hipótesis– que los últimos van a ser más suaves y porque se busque más rigor, sino porque el privilegio del juicio por los pares sirve para hacer menos escandaloso el proceso, o menos grave la condena, o cosas por el estilo”.

Concluye Bidart Campos, reflexionando de la siguiente manera: “Y así no se puede gobernar, fabricando fueros según conviene, peor si la conveniencia es ponderada por gobernantes que no tienen título válido legítimo conforme a la Constitución. Por eso, reivindicar a los jueces naturales, a los de la Constitución para todos, vale tanto como sostener su independencia, su inamovilidad, su estabilidad. Y que el fuero militar subsiste en todo caso, y estrictamente, como fuero real, de materia o de causa. Nada más”<sup>(415)</sup>.

En este sentido, y no obstante que la actual Constitución de 1993 igualmente prohíbe la presencia de órganos jurisdiccionales de excepción, preferimos rescatar el testamento histórico de la Carta constitucional de 1979, pues fraguó la tantas

---

(414) Cfr. Bidart Campos, Germán J.: *Para vivir la Constitución*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1984, pág. 450. Con relación a la postura de mantener la jurisdicción militar, Olga Gil García ha esgrimido con vigorosa riqueza que: “Se aducen en este sentido la mayor severidad y ejemplaridad que deben mostrar las resoluciones adoptadas en este ámbito; unido a ello parece que se exige a esta manifestación jurisdiccional un plus de agilidad, rapidez y movilidad en el funcionamiento de sus órganos detentadores de potestad jurisdiccional; por otro lado, para justificar su autonomía se aportan otra serie de razones: así la especificidad de las conductas militares, el conocimiento o no de la vida militar, preservar la disciplina, etc...”. Cfr. *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, ob. cit., pág. 17.

(415) Cfr., la obra de tanta repercusión en la literatura constitucional a cargo de Bidart Campos, Germán J.: *Para vivir la Constitución*, ob. cit., pág. 451. Del mismo autor, *vid. Los Tribunales Militares y la Constitución*, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1985, págs. 97-98. También, *vid. Blanquer, David: Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, ob. cit., págs. 720-746.

veces aludida prohibición de tribunales de excepción, pero consolidándola, a su vez, con los artículos 235 y 282<sup>(416)</sup>. Esto es, no aplicación del fuero militar a civiles y sólo en casos de traición a la patria en guerra exterior. La Constitución de 1993, si bien afirma el principio, éste se relativiza bajo el marco del precepto 173, al permitir el juzgamiento de civiles. Veamos:

“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. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

No puede quedar sin mencionarse, por último, que esta norma programada para la legislación penal, permite abrir amplias fisuras para los derechos fundamentales del procesado, tal y conforme lo hemos detallado. A ello agréguese los tipos penales de los delitos de terrorismo y traición a la patria, para afirmar que la norma constitucional no garantizaba nada y, por el contrario, permitía al legislador instaurar regímenes penales de excepción, en especial, en la década de los años noventa del siglo XX.

#### 4.4. PRINCIPIO DEL DERECHO AL JUEZ NATURAL

De acuerdo con la perspectiva adoptada, en el marco de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, y junto al principio de la prohibición de los órganos jurisdiccionales de excepción, se encuentra el principio del derecho al juez natural, consagrado en la actual Constitución, en la última parte del inc. 1 del artículo 139: “No hay proceso judicial por comisión o delegación”<sup>(417)</sup>. Este derecho, como

---

<sup>(416)</sup> *Vid.* Constitución de 1993: “Artículo 235. No hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior”.

“Artículo 282. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235. Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

<sup>(417)</sup> Entre varios, *vid.* Burgos Ladrón de Guevara: *El juez ordinario predeterminado por la ley*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba-Editorial Civitas, S.A., Madrid,

muy bien lo ha subrayado Aníbal Quiroga León, tiene dos alcances: uno, en forma amplia pero fundamental: la imposibilidad de ser sometido ante la autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción en su mejor sentido procesal), y para ello se prohíben no sólo los tribunales especiales y los juicios por comisión o delegación (tribunales *ad-hoc*, “tribunales revolucionarios” o “tribunales especiales”), sino también la imposibilidad de crear fueros especiales en razón de las personas por sus especiales calidades como en otras épocas.

El segundo alcance tiene como base un principio de legalidad: “Las órdenes competenciales de esos jueces y tribunales jerárquicamente integrados están o deben estar predeterminados por la ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona. Producido un conflicto de interés, el justiciable debe estar en posibilidad de saber de antemano cuál es ese orden jurisdiccional que ha de ventilar su causa con imparcialidad. Estas son las llamadas reglas de competencia en sus diversos órdenes: territorial, funcional, material, patrimonial, etc. Las reglas de competencia defienden el principio del acceso del justiciable al juez natural bajo un ineludible principio de legalidad, pues sólo las leyes las han de determinar con anterioridad”<sup>(418)</sup>.

Otra nota, en fin, que fundamenta la anterior es que a nivel de la Ley Orgánica del Poder Judicial se registran normas que proyectan la garantía misma del derecho al juez natural. Lo propio se presenta en el Código Procesal Penal y en el Código Procesal Civil. Y en consonancia con los tiempos que alborean, en el Código Procesal Constitucional. Este principio, de otro lado, dimana de diversos

---

1990; y Ruiz Ruiz, Gregorio: *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia-Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991. Antecede Prólogo de Eliseo Aja; desde el punto de vista de la Jurisdicción Militar, *vid.* págs. 60-70.

<sup>(418)</sup> *Cfr.* Quiroga León, Aníbal: “Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia”, en Eguiguren Praeli, Francisco (Director): *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1987, pág. 127. También, *vid.*, la posición, muy sugestiva, desarrollada por Ávila Herrera, José: *El derecho al debido proceso penal en un Estado de Derecho*, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004, págs. 300-303. Y, Bidart Campos, Germán J.: *Los Tribunales Militares y la Constitución*, *ob. cit.*, págs. 132-137 y 159-161, respectivamente.

instrumentos internacionales, como la propia Declaración Americana de Derechos del Hombre (artículo 26), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1), la Convención Americana (artículo 8.1) que perfilan una gama de garantías del procesado y que se concentran en el juez natural. No cualquier persona, investida de autoridad estatal, tiene las atribuciones jurisdiccionales, por más ley *sui generis* que se dictare. La experiencia histórica en el Perú es muy elocuente; en tal sentido, en el supuesto que se otorgaran facultades jurisdiccionales a personas o funcionarios que no forman parte del Poder Judicial, nos encontraríamos con una siniestra institución *de facto*, propia de regímenes autoritarios<sup>(419)</sup>.

En este sentido, no deja de tener razón lo que expone Oscar Schiappa Pietra: “La garantía del juez natural resulta fundamental. Sólo tiene tal carácter el magistrado u órgano judicial que expresa e inequívocamente tiene competencia previamente asignada por ley para conocer el caso concreto. Específicamente, si existe duda sobre competencia entre la justicia común y la justicia militar, la primera está llamada a prevalecer. En caso de inexistencia de regulación legal específica en favor de la segunda, debe prevalecer ineludiblemente la primera”<sup>(420)</sup>.

## 5. A MODO DE REFLEXIÓN

Como resumen final de todo lo dicho respecto a los principios y derechos de la función jurisdiccional, diremos que, con el nuevo enfoque

---

<sup>(419)</sup> Ampliando la perspectiva del tema, resulta de sumo interés el trabajo de Francisco Fernández Segado, escrito con ecuánime objetividad, intitulado: “Las garantías constitucionales del proceso penal militar”, en AA.VV.: *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones Penales y Procesales Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 21-60. De igual forma, *vid.* en el mismo colectivo, sin que podamos citarlos aquí todos, los artículos de Corrales Elizondo, Agustín: “Problemática del sobreseimiento provisional, y los derechos de tutela judicial efectiva y presunción de inocencia en la jurisdicción militar”, págs. 427-442; Mendoza Fernández, F. Javier de: “Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. El artículo 49.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar”, págs. 443-450 y Díaz Roca, Rafael: “Naturaleza sustantiva de las dilaciones indebidas en el procedimiento penal”, págs. 451-468.

<sup>(420)</sup> *Cfr.* Schiappa Pietra, Oscar: “Reflexiones sobre la guerra y los delitos de función dentro del régimen constitucional peruano”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, vol. 6, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, págs. 49-50.

que se le viene dando a la Jurisdicción Militar, es necesario dotarla de las garantías correspondientes dentro del proceso penal militar, máxime cuando en todo proceso penal están en juego bienes jurídicos tutelados de enorme trascendencia, como es el caso de la libertad física, individual o personal. Y qué mejor la función tuitiva que viene desarrollando el Tribunal Constitucional, conforme se ha demostrado líneas antes.

Por eso es que le asiste razón a Fernández Segado cuando sostiene que: “... aunque la singularidad de la Jurisdicción Militar se traduce en un conjunto de especialidades sustantivas y procesales, tal circunstancia no ha de ser en modo alguno óbice para que tanto el derecho sustantivo, penal y disciplinario, como también el Derecho Procesal Militar, hayan de encontrar su necesario acomodo a las previsiones y exigencias constitucionales”<sup>(421)</sup>.

Consiguientemente, preciso es recordarlo: “El legislador debería estar obligado a indicar los objetivos de sus incriminaciones, comenzando por la enunciación de los bienes jurídicos protegidos, que están relacionados con el conjunto de las intervenciones extrapenales que estén a su disposición. A tal obligación, después, debería corresponder un poder de control por parte de las Cortes constitucionales en razón de la racionalidad respecto a los objetivos así como en razón de la consecución, posible o no, de las consecuencias a las cuales los objetivos deberían conducir, en vez de circunscribir el control solamente respecto a los valores. Con estas condiciones quizás también los juristas podrían dejar de fingir que argumentan con la autopoiesis de consideraciones teleológicas o de valor, para empezar a dotarse de instrumentos aptos para verificar los resultados de la intervención punitiva”<sup>(422)</sup>.

Dos observaciones, finalmente de importancia capital ambas. Primera, la Jurisdicción Militar, si desea respetar criterios garantistas, no puede trastocar

---

<sup>(421)</sup> *Cfr.*, el punto de vista que ofrece Fernández Segado, Francisco: “Las garantías constitucionales del proceso penal militar”, en AA.VV.: *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones Penales y Procesales Militares*, *ob. cit.*, pág. 22.

<sup>(422)</sup> *Cfr.* Donini, Massimo: “Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI”, en su libro: *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de Derecho Penal*, *ob. cit.*, págs. 119-120.

los principios constitucionales en materia penal, más aún si existe la idea de mantener incólume el principio de unidad de la jurisdicción, y seguir amoldándose paulatinamente a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, tal como viene sucediendo en la actualidad, siendo estos: *a)* Principio de protección de bienes jurídicos, *b)* Principio de intervención mínima, *c)* Principio de culpabilidad o de responsabilidad penal, *d)* Principio de resocialización y *e)* Principio de legalidad.

Y, la segunda, el nuevo enfoque que se le viene dando a la Jurisdicción Militar, implica la necesidad de dotarla de las garantías correspondientes dentro del proceso penal militar, máxime cuando en todo proceso penal están en juego bienes jurídicos tutelados de enorme trascendencia, como es el caso de la libertad física, individual o personal. ¡Y qué mejor con la función tuitiva y orientadora que viene desarrollando el Tribunal Constitucional!

## CAPÍTULO VII

# LA JURISDICCIÓN MILITAR: ALCANCE Y CONTENIDO CONSTITUCIONAL EN LOS TIEMPOS ACTUALES<sup>(423)</sup>

### 1. CONCEPTO Y TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

En su contenido, en su concepción y en su ritmo, el vocablo *jurisdicción* (como también la *acción* y el *proceso*) es una noción harto conocida, y en término lato propende a significar el conjunto de atribuciones que tienen los magistrados que integran el Poder Judicial y que han sido debidamente nombrados para dichos cargos, a fin de impartir justicia en nombre del Estado<sup>(424)</sup>, sin cuya existencia no se puede explicar la causa de la jurisdicción<sup>(425)</sup>. Recuérdese que la jurisdicción es una función pública de justicia inherente al Estado.

Desde estos presupuestos, si la jurisdicción (*gerichtsbarkeit*, en alemán) deriva de *iuris dicto*, es decir, la potestad jurisdicente que tienen los jueces para decir el derecho, en forma más específica, la *jurisdicción penal*, como anotaba el recordado procesalista Florencio Mixán Mass (1935-2009), es un aspecto de la función coercitiva, necesaria, exclusiva y unitaria del Estado

---

<sup>(423)</sup> Cfr., los amplios puntos de vista, en conjunto, de Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, ob. cit., págs. 405-415.

<sup>(424)</sup> Vid. la voz: “Giurisdizione penale militare”, a cargo de Maggiore, Renato, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIX, Giuffrè Editore, Milano, 1970, págs. 405-413. La doctrina italiana también ha prestado desde el siglo XIX decisivas contribuciones sobre la jurisdicción penal militar. En vía de ejemplo, vid., especialmente, Nani, Alberto: *Diritto Penale Militare*, Parte Generale, vol. I, Tipografia della Pace Di F. Cuggiani, Roma, 1887, págs. 35-59; y, más de pronto, Landi, Guido, Veutro, Vittorio, Stellacci, Piero y Verri, Pietro: *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1976, págs. 501-518.

<sup>(425)</sup> Cfr., la concepción muy consistente de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, en su libro *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, t. I, Universidad Autónoma de México, México, D.F., 1992, págs. 29-60. Sobre el tema, también vid. el utilísimo libro de Lascano, David: *Jurisdicción y competencia*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1941.



que encarna la finalidad específica de preservar el orden jurídico penal preestablecido<sup>(426)</sup>.

En su más amplio sentido, la jurisdicción es la: “función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”<sup>(427)</sup>.

Por su parte, entrando al tema central, Néstor Gambetta Bonatti define a la Justicia Militar, vocablo que tiene estrecha relación con la Jurisdicción Militar, como la satisfacción del derecho y del deber dentro del Ejército<sup>(428)</sup>. Con el marco teórico antes expuesto, se puede afirmar que la *Jurisdicción Penal Militar*, denominada también *castrense* o de *guerra*, es la potestad de que se hallan investidos los jueces y tribunales militares que, aunque no forma parte del Poder Judicial<sup>(429)</sup>, constituye un fuero real para conocer las causas que se suscitan contra los individuos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y demás personas sometidas al fuero por

<sup>(426)</sup> Cfr. Mixán Mass, Florencio: *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1982, pág. 279. Miguel Antonio de la Lama (1839-1913), quien fuera Fiscal del Supremo Consejo de Guerra y Marina en 1899, estimaba que: “La jurisdicción penal militar es una de las más importantes de las especiales, y la que tiene menos afinidades con la jurisdicción común: se ejerce sobre delitos de naturaleza e índole propias, exige conocimientos técnicos y sin ella no puede haber Fuerza Armada”. Cfr. *Texto de Derecho Judicial (Derecho Orgánico)*, 3ª. edición, t. I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1902, pág. 136.

<sup>(427)</sup> Cfr., las consideraciones muy sugerentes, de Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, reimpresión inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 40. Antecede Prólogo de Santiago Sentís Melendo. También, *vid.* Kisch, W.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, traducción de la 4ª. edición alemana y adiciones de Derecho Español por Leonel Prieto-Castro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, págs. 31-45; y la obra de análoga envergadura de Montero Aroca, Juan: *Introducción al Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, 2ª. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1979, págs. 15 y sgts.

<sup>(428)</sup> Cfr. Gambetta Bonatti, Néstor: *Diccionario Militar*, voz: “Justicia Militar”, 3ª. edición, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1946, pág. 213. También, *vid.* Centurión Ortiz, Rodolfo Fabián: *Justicia Militar. Una aproximación al Derecho Penal y Proceso Penal Militar Paraguayo*, Servilibro, Asunción, 2004, págs. 55-62.

<sup>(429)</sup> Distinto es, por ejemplo, el sistema español en el cual se creó, en el Tribunal Supremo, la Sala Quinta de lo Militar (artículo 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, modificada por la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, incluyendo su artículo 22).

la comisión de delitos típicamente militares. Se sigue pensando, a la fecha, que la frase napoleónica: “La ley penal militar es la ley común con gorro de cuartel”, es de poquedad manifiesta en cuanto se la quiere esgrimir como argumento adverso a la sustantividad del Derecho Penal Militar<sup>(430)</sup>.

Con todo, esta noción estaría limitada a afirmar la existencia de una jurisdicción militar determinada por el *órgano* y no por la *materia*. De allí que, en sentido estricto, la jurisdicción militar no estaría determinada por el órgano (Fuero Privativo Militar), sino por la materia castrense que se ventila o halla involucrada. Bajo este criterio, en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisdicción militar *strictu sensu* la detenta el fuero militar; pero también cabe sostener que el fuero común, eventualmente, ejerce la Jurisdicción Militar al resolver problemas de orden procesal (contiendas y transferencias de competencia) o aspectos sustantivos (casación); esto es, la potestad revisora de las resoluciones que resuelve el máximo órgano jurisdiccional del Fuero Militar Policial: el Consejo Supremo de Justicia Militar (ahora denominado Tribunal Supremo Militar Policial). Y se halla corroborado por la propia legislación ordinaria de la materia: el artículo 4 de la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980, que concuerda con el artículo 361 del Código de Justicia Militar de 1980, y las disposiciones de la legislación común, a saber, el artículo 34, inc. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1993, y el artículo 21, inc. 6 del Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638).

Como advierte Millán Garrido: “... la Jurisdicción Militar, sin perjuicio de particularismos inevitables derivados de su especialidad, ha de responder plenamente a los principios constitucionales que informan la total actividad jurisdiccional del Estado”<sup>(431)</sup>. De otro lado, cuando se habla de jurisdicción militar, es necesario deslindar dos campos perfectamente diferenciados entre sí: a)

---

(430) Cfr. Colombo, Carlos J.: *El Derecho Penal Militar y la Disciplina*, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1953, pág. 32. También, *vid.* Brousset Salas, Ricardo: “El debido proceso, la seguridad ciudadana y la «Jurisdicción Militar» en el Perú”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 56, N° 2, Segundo Semestre, Lima, 1998, págs. 345-349.

(431) Cfr. Millán Garrido, Antonio: “Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de Julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, t. I, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989, pág. 118. También, *vid.* en la misma Revista, las reflexiones de Hernández Muntiel, Arturo: “En torno a la nueva Jurisdicción Militar”, págs. 175-185.

la Jurisdicción Militar *Disciplinaria* o competencia ejecutiva<sup>(432)</sup>, la que impone las sanciones disciplinarias; y *b*) la jurisdicción militar *penal*, la que juzga delitos e impone penas aplicando el Código de Justicia Militar Policial.

La jurisdicción militar disciplinaria, como ha anotado certeramente el maestro Bidart Campos, entra en la esfera del Poder Ejecutivo, cuyo titular es el Presidente de la República y, en tal condición, puede aumentar o disminuir e incluso perdonar las sanciones disciplinarias impuestas. En cambio, la jurisdicción militar penal o justicia militar está separada tanto de la órbita del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial; lo que no impide que éste defina, en última instancia, la revisión de los fallos expedidos por el más alto organismo de la justicia castrense<sup>(433)</sup>. Por lo demás, queda establecido que la justicia judicial es la dominante y general; la militar es excepcional, limitada a la disciplina del Ejército<sup>(434)</sup>.

Independientemente de lo hasta aquí expuesto, lo que preocupa hoy en día no es tanto el tema de la jurisdicción militar, que como ya se ha dicho, existe en casi todos los sistemas jurídicos, sea en tiempo de paz o de guerra; sino la problemática de su extensión misma<sup>(435)</sup>. Por lo pronto, debe reiterarse con ahínco que la jurisdicción militar –como la ordinaria–, en definitiva, debe impartir justicia

---

<sup>(432)</sup> *Vid.*, el libro de Rojas Caro, José: *Derecho Disciplinario Militar*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990; Martínez Muñoz, Ildefonso M.: *Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 187-245; y Jiménez Villarejo, José: *Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 1991, pág. 102. A modo de complemento, desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.* Tábara Carbajo, Zacarías: *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso-disciplinaria Militar*, Nueva Alcarria, S.A., Guadalajara (España), 2000. Antecede Prólogo de Jesús Alique López.

<sup>(433)</sup> *Cfr.*, el libro de alto significado científico, de Bidart Campos, Germán J.: *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1967, específicamente, págs. 284-288. También, *vid.* Fernández Segado, Francisco: “El marco constitucional de la Jurisdicción Militar: su organización y competencia”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Militar, ob. cit.*, págs. 26-35.

<sup>(434)</sup> *Cfr.*, el extenso libro de Bielsa, Rafael: *Derecho Constitucional*, 3ª. edición aumentada, Roque Depalma, Editor, Buenos Aires, 1959, pág. 758. Del mismo Bielsa, *vid.* *Caracteres jurídicos y políticos del Ejército. Su misión esencial*, Universidad Nacional del Litoral, Publicación N° 33, Santa Fe, 1937.

<sup>(435)</sup> *Cfr.*, las consideraciones de Núñez Barbero, Ruperto: “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIV, Madrid, MCMLXXI, pág. 716.

con arreglo, ante todo, a la Constitución y a la normatividad legal ordinaria<sup>(436)</sup>, y sólo debe afirmarse el principio que ella es competente para asuntos de naturaleza castrense. Así, en este marco situacional, resulta elocuente la redacción legislativa que contenía el artículo 14 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 638 del 25 de abril de 1991):

“La Justicia Militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial está sometido al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar [de 1980]”.

De otro lado, el Código de Justicia Militar de 1980 establecía, en su artículo 318, algunos principios en torno a la Jurisdicción Penal Militar, precisando que ella “no es prorrogable, ni renunciable y, en consecuencia, no podrá extenderse fuera de los límites que este mismo Código establece, ni dejar de ejercerse en los casos que el mismo determina”. No obstante, digámoslo con suma cautela: “Esta extensión extraordinaria de la jurisdicción militar se explica, sin embargo, fácilmente por motivo de las necesidades que el mismo estado de guerra impone, ya que de otro modo no sería posible proteger en forma eficaz todos los elementos que concurren a la acción bélica, a la vez que defender el orden y la paz pública contra las graves perturbaciones a que se hallan expuestos en medio de la confusión social producida por el peligro común, siendo insuficientes los recursos ordinarios para reprimir el pillaje, las devastaciones y, en general, los delitos contra las personas y los bienes de los habitantes”<sup>(437)</sup>.

---

<sup>(436)</sup> Cfr. Jiménez Villarejo, José: “La Jurisdicción Militar”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, t. I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, pág. 64. Antecede Presentación de Julián García Vargas y Prólogo de Pascual Sala Sánchez.

<sup>(437)</sup> Cfr., el libro, de elevado valor para su época, de Risso Domínguez, Carlos: *La Justicia Militar*, t. I, Imprenta Ferrari Hnos., Buenos Aires, 1939, pág. 230. Para el caso peruano, *vid.* Musso López, Mirtha Helenina: *La Jurisdicción Militar y el delito de función en el Derecho Penal Militar peruano*, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal Militar, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006. Para una visión de conjunto, *vid.* Mesa Angosto, Carlos Enrique: “La Justicia Militar en el Derecho Comparado: Delito de función en el sistema interamericano de derechos humanos y la organización de la Jurisdicción Militar en América y Europa”, en *Humanitas et militaris*, N° 6, Dezembro, Florianópolis (Brasil), 2010, págs. 60-69.

En España, el tema también es materia de atención desde hace buen tiempo atrás, tal como recuerda Calderón Susín: “La Jurisdicción Militar ha sido amplia y virulentamente discutida desde el siglo XIX, no solo en España, sino también dentro del ámbito cultural próximo al español, llegando a nuestros días viva la polémica en torno a la misma; existe sin duda una mala fama, productora de recelos y desconfianzas, no exenta de justificación pero, y no es menos cierto, nutrida de unas distorsionadas y de unos equívocos, consecuentes unos y otros a la visceralización del problema y [...] a la ignorancia, incomprensión y aun desprecio; todo ello [...] entorpece el correcto enfoque y la satisfactoria o cabal resolución del problema”<sup>(438)</sup>.

¿Y qué decir de Francia? No hay mejor testimonio que el que nos puede brindar el célebre pensador político francés de origen suizo, a saber, Benjamín Constant de Rebecque (1767-1830) en su famoso *Curso de Política Constitucional* que tanto influjo ha tenido en la América hispánica a partir de la traducción del francés que se realizó al castellano: “Si en un país libre el empleo de la fuerza militar contra los ciudadanos debe reducirse á casos muy raros, y tomarse para esto precauciones muy severas, sometiéndolo cuando las circunstancias lo han hecho indispensable á una investigación escrupulosa; con mucho mas motivo no puede jamas introducirse esta fuerza militar en el santuario de las leyes. Segun esto, solo los delitos que tienen relacion con la subordinacion á la disciplina, pueden ser juzgados por los tribunales sacados del seno del ejército. Los abusos que han cometido las comisiones militares durante el tiempo de la revolucion no se han podido olvidar por los franceses todavia...”<sup>(439)</sup>.

Y, ahondando precisiones, Constant revelaba que: “... Las jurisdicciones militares extendidas mas allá de sus límites, son en todo Estado efecto

---

<sup>(438)</sup> Cfr. Calderón Susín, Eduardo: “En torno a los límites constitucionales de la competencia de la Jurisdicción Militar”, en Revista Española de Derecho Militar, t. I, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989, págs. 81-82. Número monográfico dedicado a la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar 4/1987.

<sup>(439)</sup> Cfr., una de las obras maestras de Constant, Benjamín: *Curso de Política Constitucional*, traducción del francés libremente al español, de Marcial Antonio López, t. II, Imprenta de Lawalle Jóven y Sobrino, Burdeos, M. DCCC. XXI, págs. 68-69. Sobre su pensamiento, que ha tenido mucho influjo en América Latina, *vid.* Bastid, Paul: “Dos manuscritos de Benjamín Constant”, en Revista de Estudios Políticos, N° 143, Septiembre-Octubre, Madrid, 1965, págs. 5-31.

de un sistema ilegal y deplorable; pero en un pueblo conquistador, este sistema sin ser mas justo podria ser acaso no tan escandaloso, porque diria menos repugnancia con el todo de sus hábitos y costumbres. En un pueblo desengañado de conquistas y bajo un gobierno constitucional y pacífico, no podia alegarse la excusa de una armonía aparente entre el espíritu guerrero de la nacion y las fórmulas tomadas de los campos, y aplicadas á los hombres que habian consumido toda su vida en las expediciones militares. Jamas puede ser legítimo el aspirar á la conquista del mundo; pero este sucede por desgracia, parece menos culpable el emplear estos terribles medios para consolidar el despotismo interior. La gloria militar cuando no se comprende en los justos límites de la libertad de la patria, es una ilusion fatal pero seductora; no justifica el despotismo, pero le condena; es aborrecida de los hombres sabios, pero á los ojos del vulgo las cadenas parecen tanto menos vergonzosas, cuanto mas adornadas estan de los laureles”(440).

Mas, de esa forma, es importante transcribir las Recomendaciones aprobadas por la «Sociedad de Derecho Militar y Derecho de la Guerra» en el Seminario de Rodas (Grecia), llevado a cabo los días 10 al 14 de octubre de 2001:

- “1. La Jurisdicción Militar aspira a promover el orden y la disciplina militares.
2. Cada país debería disponer de un sistema de sanciones sumarias que permita sancionar las infracciones menores, a menos que los tribunales militares posean los medios necesarios para juzgar todos los tipos de delitos militares con celeridad.
3. Se debe garantizar a las personas inculadas un proceso equitativo. La equidad comprende principios tales como la publicidad, el establecimiento de plazos razonables, la independencia judicial y la imparcialidad, entre otros.
4. Un entendimiento adecuado de la vida militar es esencial para una buena administración de la Justicia Militar.
5. Todo sistema de enjuiciamiento de las infracciones militares debe tener la confianza tanto de los sectores militares como de lo civiles de la sociedad”(441).

---

(440) *Cfr.* Constant, Benjamín: *Curso de Política Constitucional*, t. II, *ob. cit.*, págs. 71-72.

(441) Citado por Rodríguez-Villasante, José Luis: “El Derecho Militar del siglo XXI (Segunda Parte): La organización de la Jurisdicción Militar. Diversos sistemas de Derecho y



En definitiva, conforme apunta con justo juicio Rinaldo Vassia: “Il Diritto Penale militare assume pertanto carattere di diritto speciale ni rapporto al Diritto Penale comune, da considerarsi generale, ed esso contiene soltanto le norme derogative ed integrative del Diritto Penale comune, materiale e formale”<sup>(442)</sup>.

## 2. SISTEMAS O MODELOS DE ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR

Teniendo en cuenta que toda clasificación es convencional, abordaremos tres clasificaciones que nos ofrecen en el Derecho Comparado<sup>(443)</sup> José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde.

En lo que respecta a Rodríguez Villasante y Prieto, la organización de la Justicia Militar se clasifica de la siguiente manera:

1. Sistema anglosajón (Reino Unido de la Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, y entre otros con mayores y menores peculiaridades, Israel, Australia, Filipinas, Nueva Zelanda, etc.)
2. Sistema latino o romanista (Italia, Bélgica, Portugal, Suiza, Países Bajos, Grecia, y otros más, tales como Luxemburgo, Túnez, Marruecos, etc.)
3. Sistema de los países comunistas (URSS, Rumania, Yugoslavia).
4. Sistema de Jurisdicción Militar excepcional (Francia, Alemania, Austria, Suecia).
5. Sistema de los países iberoamericanos (Argentina, Chile, Colombia, Venezuela, Brasil, México, etc.)<sup>(444)</sup>

Por su parte, Francisco Fernández Segado realiza una clasificación práctica:

---

legislación comparada”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 83, Enero-Junio, Madrid, 2004, pág. 96.

<sup>(442)</sup> Cfr. Vassia, Rinaldo: *Lineamenti istituzionali del Nuovo Diritto Penale Militare*, Cedam, Padova, 1943, pág. 14. Con Prefazione di Francesco Carnelutti.

<sup>(443)</sup> Vid., entre otros, Rojas Caro, José: *Derecho Procesal Penal Militar*, ob. cit., págs. 35-42.

<sup>(444)</sup> Cfr. Rodríguez Villasante y Prieto, José Luis: “Estudios de Derecho Comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar en diversos países”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989, págs. 57-74.



1. Modelo sajón.
2. Modelo europeo continental; y,
3. Modelo de situaciones excepcionales<sup>(445)</sup>.

Mas de pronto, Domingo García Belaunde ha diseñado una clasificación en la cual se encuentra un modelo latinoamericano de Jurisdicción Militar, que, en el fondo, no es original, sino derivado del modelo europeo; pero deformado a consecuencia de una dura experiencia histórico-política. Hace notar, dicho autor, que en el futuro el modelo latinoamericano tenderá a incorporarse al modelo europeo-continental, que es al que más se acerca por la comunidad de interés y la común herencia romanista. Por lo demás, el modelo latinoamericano, al tener subtipos, no permite hablar de “unidad de jurisdicción”<sup>(446)</sup>.

De todos los modelos señalados, más allá de los convencionalismos, creemos que sólo el modelo sajón y el modelo de Justicia Militar europeo-continental siguen vigentes a la fecha. Los demás, conforme se desprende de la propia experiencia, constituyen modelos derivados<sup>(447)</sup>. Realmente: “... la variedad de las soluciones adoptadas en los distintos sistemas jurisdiccionales con relación al campo de la organización y al de la competencia, variedad que no impide detectar un conjunto de principios, practicados o preconizados, de homogénea uniformidad: permanencia de los órganos jurisdiccionales, intervención del elemento civil en los mismos, pluralidad de instancias e integración orgánica en el esquema común a través de los posibles recursos ante el órgano supremo, en lo que respecta a las normas

---

<sup>(445)</sup> *Cfr.* Fernández Segado, Francisco: “La Justicia Militar en el Derecho Comparado”, en *Revista General de Derecho*, N<sup>o</sup>s. 568-569, Enero-Febrero, Valencia (España), 1992, págs. 335-361. También *vid.*, Lovatón Palacios, David: *Jurisdicción Militar. Una cuestión de principios*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1998, págs. 22-38.

<sup>(446)</sup> Al respecto, *cfr.* García Belaunde, Domingo: “La Jurisdicción Militar en América Latina. La unidad de jurisdicción en algunos países del área”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, N<sup>o</sup> 13, Octubre-Diciembre, Trujillo, 1997, págs. 121-128.

<sup>(447)</sup> En España, a inicios de la década de los 80 del siglo XX, Millán Garrido, Antonio: *El delito de desertión militar*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983, págs. 25-45 (antecede Prólogo de Miguel Polaino Navarrete), ya había desarrollado la siguiente clasificación: I. Sistema formalista: 1. Modelo francés. 2. Derecho italiano. 3. Legislaciones latinoamericanas. 4. Otras formulaciones objetivistas. II. Sistema espiritualista: 1. Derecho anglo-americano. 2. Derecho germánico. 3. Otras formulaciones espiritualistas. III. Sistema mixto. El contenido del libro, en realidad, fue su tesis para obtener el grado de doctor en Derecho.

sobre organización; limitación de las fuentes de atribución de competencias al delito, con paralela y fuerte restricción del concepto de delito militar, en lo que se refiere a las normas sobre competencia. En definitiva, se persigue o se postula la reducción de las atribuciones jurisdiccionales, manteniendo a la jurisdicción militar en sus justos límites, el reforzamiento de las garantías judiciales y la absoluta independencia e imparcialidad de los jueces, integrando a la jurisdicción castrense en los esquemas jurisdiccionales comunes u ordinarios”<sup>(448)</sup>.

### 3. RELATIVIZACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA COMPETENCIA <sup>(449)</sup>

La doctrina jurídico-militar le asigna un triple fundamento o zona de influencia a la Jurisdicción Militar, no obstante ello hay que reconocer que ha ido cediendo paso a nuevos criterios orientadores, especialmente desde el punto de vista jurisprudencial, tanto interno o doméstico como supranacional. En tal sentido, se aplica: *a)* por razón del delito; *b)* por razón del lugar; y *c)* por razón del estado de guerra<sup>(450)</sup>. A continuación, veamos cada una de ellas.

#### 3.1. POR RAZÓN DEL DELITO

Reparemos en algunos aspectos previos. En la competencia militar convergen dos elementos que van a perfilar la propia jurisdicción: el primero es el elemento subjetivo, o sea el de pertenecer a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional; el segundo elemento es el carácter objetivo militar del delito. Adviértase que la Constitución no establece más que la existencia objetiva de la comisión de un delito

---

<sup>(448)</sup> Cfr., el trabajo, con abundantes referencias bibliográficas, de Gómez del Castillo Gómez F., Manuel M.: “La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N<sup>o</sup>s. 2-3, Madrid, 1975, pág. 391. También, *vid.*, a modo de complemento, De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. II, *ob. cit.*, págs. 14-36; y Riondato, Silvio: *Diritto Penale Militare*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2008, págs. 44-114.

<sup>(449)</sup> *Vid.* por todos, el libro clásico de Manzini, Vincenzo: *Commento al Codici Penali Militari per L'Esercito e per la Marina (Procedura Penale)*, Fratelli Bocca Editori, Milano, Torino, Roma, 1916.

<sup>(450)</sup> Cfr. Schroeder, Francisco Arturo: *Concepto y contenido del Derecho Militar. Sustantividad del Derecho Penal Castrense y sus diferencias con el Derecho Criminal Común*, Editorial Stylo, México, D.F., MCLXV, págs. 5-23.

de función<sup>(451)</sup>; por tanto, no establece ningún otro lineamiento que el derivarlo a la legislación ordinaria. Por otro lado, el concepto de delito militar que el Código de Justicia Militar de 1980 tipificaba era puramente formal cuando señalaba en el artículo 2 que se consideran delitos y faltas militares: “las infracciones previstas en este Código”. Y agregaba a continuación en el artículo 4: “Lo son igualmente, en estado de guerra, las contravenciones a las disposiciones del Poder Ejecutivo y a las órdenes de los Comandos Militares dictadas con arreglo a sus facultades”. A partir de estas nociones generales, desde el artículo 78 hasta el 317 del Código de Justicia Militar de 1980, se van describiendo las morfologías de las conductas que, a juicio del legislador, tienen tal carácter<sup>(452)</sup>.

Situación distinta es la que ofrece el Código Penal Militar Policial vigente (Decreto Legislativo N° 1094) en el Título Preliminar, artículo II: “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”. Redacción que se complementa con el Título II (Del hecho punible de función), artículo 8: “Son delitos de función militar o policial las acciones u omisiones dolosas o culposas previstas por este código”. Todo esto se ha reafirmado también en el Título Preliminar, artículo III del Texto Único Ordenado de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (Ley N° 29182 - Decreto Legislativo N° 1096), en actual vigencia<sup>(453)</sup>.

De este modo, nos encontramos que el legislador ha seleccionado un conjunto de bienes jurídicos que, a su criterio, son de naturaleza militar, así como en qué medida y cómo deben ser protegidos penalmente. Ahora bien, si al delito

---

(451) *Vid.* las críticas agudas de Meini Méndez, Iván: “Reforma del Código de Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, *ob. cit.*, págs. 100-102.

(452) Para una visión panorámica, *vid.* Mendoza Troconis, José Rafael: *Curso de Derecho Penal Militar Venezolano*, t. I, *ob. cit.*, págs. 37-49.

(453) Recordemos que a nivel de Derecho Comparado, la legislación militar cubana en el Artículo 3 enunciaba lo siguiente: “Se reputa delito militar toda acción u omisión penada en esta ley”. *Cfr.* García Kohly, Mario: *Ley Penal Militar de 27 de enero de 1909*, Imp. y Librería “La Moderna Poesía”, La Habana, 1909, pág. 10.

militar<sup>(454)</sup> se le definía como cualquier infracción prevista en el Código de Justicia Militar de 1980 y éste se constituye en la tutela de los bienes jurídicos de los intereses castrenses, serán delitos militares los que lesionen los intereses de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Si esto es así, ¿deberá significar, en consecuencia, que sólo los militares pueden cometer delitos de naturaleza militar? también cabe cuestionar si ¿un civil puede incursionar en delito castrense? El legislador ha optado por derivar al fuero común la comisión delictiva aun cuando estuviere eventualmente normado en el Código de Justicia Militar de aquella época<sup>(455)</sup>.

Por principio, la doctrina, como refiere Francisco Fernández Segado, ha diferenciado los delitos exclusivos o propiamente militares que se configuran cuando el militar viola bienes jurídicos inherentes a la profesión de las armas, de aquellos otros delitos impropiedades militares, en el que se involucra a civiles que pueden ser sujetos activos directos de un ataque a un bien jurídico castrense, o por su propio carácter pluriofensivo daña simultáneamente bienes jurídicos comunes tutelados por el Código Penal común y bienes jurídicos de ámbito militar. En esta perspectiva, refiere Fernández Segado que: “mientras los primeros no guardan relación alguna con las conductas tipificadas en el Código Penal común, no sucede otro tanto con los segundos, muchos de los cuales describen un tipo común que, en atención a nuevas circunstancias, entiende debe quedar formalmente caracterizada como delito militar”<sup>(456)</sup>.

---

<sup>(454)</sup> El tema ya era materia de preocupación desde hace un buen tiempo atrás, como lo demostró Alejandro de Bacardí en su enjundioso *Diccionario de la Legislación de los Ejércitos de Mar y Tierra*, voz: “delito”, que forma parte de su *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, t. III, *ob. cit.*, págs. 428-431. También ha sido materia de serias reflexiones por el penalista italiano Manzini, Vincenzo: *Commento al Codici Penali Militari per L'Esercito e per la Marina (Diritto Penale)*, Fratelli Bocca Editori, Milano, Torino, Roma, 1916, págs. 11-13.

<sup>(455)</sup> Al respecto, *vid.*, entre varios, Colombo, Carlos J.: “Sustantividad del Derecho Penal Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 17, Enero-Junio, Madrid, 1964, págs. 18-31; López Lastra, Julio Emilio: “La «teoría jurídica del delito» en la dogmática penal militar (Su protagonismo en la literatura iuspenalista y en la ley argentina)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 16, Julio-Diciembre, Madrid, 1963, págs. 43-58; y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis: “El Derecho Militar del siglo XXI: Un Proyecto de Código Penal Militar complementario”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 77, Enero-Junio, Madrid, 2001, págs. 97-99.

<sup>(456)</sup> *Cfr.* Fernández Segado, Francisco: “Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, t. I, *ob. cit.*, pág.

Conforme recuerda Ricardo Calderón Serrano: “Las dificultades que se presentan para labrar un concepto completo e inmutable del delito militar, por fuerza habían de ser captadas por los legisladores con tanto más motivo, cuando que la conciencia de su función los advertiría de la trascendencia que una definición incompleta o deficiente adquiere en todos los demás casos de aplicación de los otros dictados de la ley, a los que llevaría el germen del error o de la insuficiencia o contradicción”<sup>(457)</sup>.

Nada más oportuno para citar la doctrina italiana representada por Pietro Vico, Vincenzo Manzini y Giuseppe Ciardi. En su opinión, el delito militar se caracteriza por la concurrencia de dos elementos: calidad de militar del culpable y calidad militar del hecho, o sea que este hecho importe lesión a un interés militar<sup>(458)</sup>. En ese orden de ideas, Massimo Nunziata explica que: “È reato militare quello che è previsto ed è punito come tale da una legge penale militare... Non si adottano criteri di carattere sostanziale perché ritenuti insufficienti. Invece, il criterio utilizzato è esclusivamente nominale. Il reato previsto da una legge penale militare è reato militare. Non vi sono altri criteri distintivi”<sup>(459)</sup>.

---

204. Con anterioridad, se publicó en la Revista Poder Judicial, 2ª. época, N° 36, Diciembre, Madrid, 1994, págs. 9-33.

<sup>(457)</sup> Cfr. Calderón Serrano, Ricardo: *Derecho Penal Militar* (Parte general), Ediciones Minerva, S. de R. L., México, D.F., 1944, pág. 63. Antecede Prólogo de Emilio Pardo Aspe. De igual forma, *vid.*, como complemento, Fernández Tejedor, Félix y Ferreiro Rodríguez, Fernando: *Derecho Militar. Estudio Doctrinal. Jurisprudencia. Instrucciones para el procedimiento. Formularios. Código de Justicia y Legislación complementaria*, 2ª. edición aumentada, Librería Santaren, Valladolid, 1940, págs. 73-84. Antecede Prólogo de José Bermejo Sanz.

<sup>(458)</sup> Citados por Astrosa Herrera, Renato: *Derecho Penal Militar*, 2ª. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974, pág. 85. En esa misma línea de pensamiento, *vid.* también, Astrosa Sotomayor, Renato: *Jurisdicción Penal Militar (Estudio crítico y comparativo)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973, págs. 70 y sgts. También, *vid.*, la postura de notable aportación, que suministra la doctrina italiana, a cargo de Venditti, Rodolfo: *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 57-92; Brunelli, David y Mazzi, Giuseppe: *Diritto Penale Militare*, IV edizione, Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2007, págs. 43-73.

<sup>(459)</sup> Cfr. Nunziata, Massimo: *Corso di Diritto Penale Militare*, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 37. También, *vid.* Sucato, Gaetano: *Istituzioni di Diritto Penale Militare (Secondo i Codici Penali Militari del 1941-XIX)*, vol. I, Stamperia Reale di Roma, Roma, 1941-XIX, págs. 104-129. *Idem*, Galasso, Nicola y Sucato, Gaetano: *Codici Penali Militari di Pace e di Guerra*.

Por su parte, Raúl Zaffaroni y Ricardo Juan Cavallero nos indican, con laudable esmero, que: “El delito militar –al igual que el común– es un fenómeno complejo, que no puede ser considerado en totalidad y simultáneamente, sino que, sin perder de vista el conjunto del mismo, lo que nos llevaría a ver en él una cosa diferente nos impone un análisis. A quien debe aplicar el Derecho Penal Militar se le presenta un hecho, un *factum*, y debe decidir si ese *factum* es o no un delito militar”<sup>(460)</sup>.

De otro lado, y de conformidad con lo que establecía el artículo 320 del Código de Justicia Militar de 1980: “Por razón del delito la Jurisdicción Militar conocía de las causas seguidas contra los miembros de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales y ... por las infracciones previstas en este Código”. Igualmente, dicho precepto regulaba la competencia de la Justicia Militar para procesar a “cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas en este Código”. Esto significaba que la jurisdicción militar no estaba investida para conocer de las infracciones que cometían los miembros del cuerpo militar y policial en casos de *delitos comunes*. Ahora bien, es verdad que el artículo 324 del aludido cuerpo de leyes militares prevía que la jurisdicción militar conocía también de los delitos comunes cometidos en acto de servicio cuando agraviado e inculpado eran militares, para lo cual se aplicaban las normas del Código Penal común.

Esta excepción parte, pues, del presupuesto de que el sujeto agente del delito, así como la propia víctima, sean militares o policías. En este marco, se comprende el artículo 340 del mismo Código cuando expresaba: “Si una infracción estuviese

---

*Completati con le disposizioni integrative del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale e Commentati*, II edizione, Stamperia Reale di Roma, Roma, 1941-XIX; en tiempo de paz, *vid.* págs. 35-60 y en tiempo de guerra, *vid.* págs. 420-428. Con Prefazione di O. Ciancarini.

<sup>(460)</sup> *Cfr.*, la extraordinaria obra conjunta de Zaffaroni, Eugenio Raúl y Cavallero, Ricardo Juan: *Derecho Penal Militar* (Lineamientos de la Parte General), Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, pág. 191. También, resulta útil la lectura del artículo de Cavallero, Ricardo Juan: “Notas sobre el delito militar”, en *La Ley*, t. 1975-D, Buenos Aires, págs. 598-602. En esa misma línea orientadora, *vid.* Balda Cantisani, Germán: *Derecho Penal Militar*, Editorial San Camilo, Caracas, 1948, págs. 95-104. Antecede una opinión por Luis Beltrán Reyes. De igual forma, Bayardo Bengoa, Fernando: *Derecho Penal Militar uruguayo*, Parte General, t. I, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1980, págs. 57-67.



comprendida en este Código y en el común, conocerá de la causa la Justicia Militar si ésta se encuentra expedita conforme a las reglas sobre jurisdicción y competencia contenidas en este mismo Código”. Al respecto, existe una serie de delitos que se encontraban previstos tanto en el Código de Justicia Militar como en el común. En este sentido, si el agente –militar o policía– infringe dicho precepto, es la justicia militar la competente para procesarlo y juzgarlo. Con todo, en la futura reforma del Código de Justicia Militar, se tenía que resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos de función militar o policial, como medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, tal como lo establece actualmente el Título Preliminar, artículo I del Código Penal Militar Policial<sup>(461)</sup>.

El problema se complicaba cuando en la vía de los hechos y respaldado por una legislación excepcional, la Fuerza Armada y la Policía Nacional del Perú, no obstante el contenido del espíritu del artículo 14 del Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638), como antes se indicó, subsistía la Ley N° 24150 que establecía un conjunto de normas que debían cumplirse en los estados de excepción en donde las Fuerzas Armadas asumían el control del orden interno, en todo o en parte del territorio. En el numeral 10 de dicha Ley se permitía sustraer al personal militar y policial, en las zonas de emergencia, de la jurisdicción común para el juzgamiento de delitos comunes, sobre todo por la interpretación indebidamente extensiva que se pretende conferir al término *delito de función*<sup>(462)</sup>.

---

(461) Esto fue, por ejemplo, lo que ocurrió en España con la reforma de la Justicia Militar cuyos orígenes fueron los Pactos de la Moncloa y, más específicamente, los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobada el 27 de octubre de 1977. Al respecto, consúltese la edición preparada por Antonio Millán Garrido: *Código Penal Militar y Legislación complementaria*, 5ª. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, págs. 17 y sgts. Hay 8ª. edición con el título *Justicia Militar*, Editorial Ariel, Barcelona, 2010. Al final, incluye una Bibliografía especializada (págs. 1069-1115). También del mismo autor *vid.*, su trabajo titulado: “La nueva legislación orgánico-procesal militar española: algunas consideraciones introductorias”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, t. I, *ob. cit.*, pág. 36.

(462) *Vid.* Oré Guardia, Arsenio: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativa, Lima, 1993, pág. 8. También, *vid.* Donayre Montesinos, Christian: *Tribunales Militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente*, *ob. cit.*, págs. 127-138; y Musso López, Mirtha Helenina: *La jurisdicción militar y el delito de función en el Derecho Penal*



Así, el artículo 10 de la acotada Ley expresaba que:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquéllas que no tengan vinculación con el servicio”.

Comentando los alcances del artículo 10 de la Ley N° 24150, Marcial Rubio Correa señalaba que se debían tomar en cuenta dos aspectos: “a) Los delitos de función del Código de Justicia Militar pueden ser considerados de manera distinta por el Código Penal. Así, matar a muchas personas desarmadas en una operación contrasubversiva puede ser un concurso real de homicidios y, eventualmente, de asesinatos en el Código Penal (con las consecuencias consiguientes en aplicación de la pena, etc.), en tanto que, en el Código de Justicia Militar, eso puede constituir solamente un exceso en el cumplimiento de las órdenes. Como los tribunales militares juzgan los delitos de función y el fuero común los demás, entonces, desde la tipificación del Código de Justicia Militar, este caso debiera ser juzgado por los tribunales militares y, desde la tipificación del Código Penal, por el fuero común. Y, b) Los casos en los que se produce conflicto de jurisdicción entre el fuero común y los tribunales militares son resueltos inapelablemente por la Corte Suprema de la República (que pertenece al fuero común). Esto se hallaba inequívocamente establecido en las disposiciones vigentes en aquella época y, por lo demás, así ocurrió en la realidad. Por consiguiente, si el objetivo castrense era el de llevar los casos al fuero militar, entonces, tenía que tratarse de definir como delito de función todo lo que no pertenezca a la vida exclusivamente privada del soldado. Ese y no otro parecía ser el objetivo del artículo 10 de la Ley N° 24150 y, por ello mismo, su redacción era poco explícita”<sup>(463)</sup>.

---

*Militar Peruano*, Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho con mención en Derecho Penal Militar, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006, págs. 159-174.

<sup>(463)</sup> Cfr. Rubio Correa, Marcial: “Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1978-1988”, en AA.VV.: *La Constitución diez años después*, ob. cit., págs. 252 y sgts. Del mismo autor, vid.: “Las fuerzas armadas en la estructura política peruana”, en Varas, Augusto (Coordinador): *La Autonomía Militar en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1988, págs. 109-127. De igual forma, vid. Morales Bermúdez, Francisco: “La democracia y las Fuerzas Armadas”, en Debate,

No obstante su manifiesta inconstitucionalidad, esta legislación se mantuvo en vigor, y más bien fue reforzada con el Decreto Legislativo N° 749 del 11 de diciembre de 1991, que regulaba las relaciones del Comando Político Militar de las zonas declaradas en emergencia con las autoridades civiles. Dicha legislación excepcional contenida en la Ley N° 24150 se llegó a modificar en lo concerniente a los incisos *b)* y *d)* del artículo 5; mejor dicho, adicionó otros aspectos en el ya mencionado Decreto Legislativo 749. Por tanto, la legislación penal excepcional se vigorizó a costa de violaciones expresas, trastocando de esa forma la normatividad constitucional.

Frente a todo esto: ¿Cuál es la posición del Alto Tribunal? Veamos. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha razonado de la siguiente manera:

“5. La competencia del fuero militar de acuerdo al artículo 173° de la Constitución Política del Perú, se encuentra limitada para los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto del concepto de delito de función señalando en la sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2003-AI/TC, que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo, en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte “(...) bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento jurídico, y que estén relacionados con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan”; añadiéndose que ello implica, básicamente, la “(...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley, además la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)”.

STC N° 00021-2010-PHC/TC, FJ. 5.

---

N° 16, Lima, 1982, págs. 25-29; y Osterling Parodi, Felipe: “El rol de las Fuerzas Armadas en una Democracia”, en la misma revista, págs. 30-31. Mayor información comparatista se puede consultar en el libro, muy bien estructurado, de López Ramón, Fernando: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Antecede Prólogo Eduardo García de Enterría.

### 3.2. POR RAZÓN DEL LUGAR

Si bien le corresponde al fuero militar, a través de sus organismos jurisdiccionales, la facultad de investigar los delitos, también lo es que, desde el punto de vista del lugar donde se comete el delito, el juez militar sea el competente para juzgarlo<sup>(464)</sup>. Así lo disponía el artículo 326 del Código de Justicia Militar de 1980: “Por razón del lugar, la jurisdicción militar es competente para conocer de las causas que contra cualquier militar se instruyan por delitos cometidos en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles, campamentos, maestranzas, fábricas, talleres, centro de instrucción militar y demás establecimientos militares”. En suma, mediante la *ratione loci* se trataba de limitar la esfera de competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros, establecimientos o lugares estrictamente militares.

El Código Militar Policial vigente (Decreto Legislativo N° 1094) es más explícito en su redacción cuando en el Capítulo III (La competencia por el territorio), artículo 186 reconoce que:

“La competencia por razón del territorio se establece en el siguiente orden:

1. Por el lugar donde se cometió el hecho delictuoso o se realizó el último acto en caso de tentativa, o cesó la continuidad o la permanencia del delito;
2. Por el lugar donde se produjeron los efectos del delito;
3. Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito;
4. Por el lugar donde fue detenido el imputado; y
5. Por el lugar donde presta servicios el imputado”.

### 3.3. POR RAZÓN DEL ESTADO DE GUERRA

El estado de guerra, a diferencia del tipo de guerra psicológica, fría o económica, constituye en sentido jurídico, la condición bélica en la que se encuentra un país con relación a otro u otros. Aquí, como expresa Charles Rousseau: “... el estado de guerra es, en gran parte, efecto de la *voluntad de los Estados en conflicto*, que

---

<sup>(464)</sup> El Código de Justicia Militar de 1980 precisaba en su artículo 33, que el lugar en donde el delito se cometa es aquel en donde se consuma y no en el que se inició o comenzó a ejecutarse.

han querido llegar a dicha situación con todas sus consecuencias jurídicas”<sup>(465)</sup>. El estado de guerra, que ya era materia de atención para Nicolás Maquiavelo (1469-1527) en su obra *El arte de la guerra*<sup>(466)</sup> aparecida entre 1519 y 1520, es la antípoda del estado de paz, pues aquél presupone el acto de recurrir a la fuerza material en condiciones de duración y generalidad, incompatibles con el mantenimiento del estado de paz.

En el estado de guerra se hallan sometidos a la jurisdicción militar, tal como lo puntualizaba el artículo 327 del Código de Justicia Militar de 1980:

“a) Los militares que incurren en cualquiera de las infracciones previstas en el Código de Justicia Militar, ya sea en el territorio nacional o en territorio enemigo ocupado; y los civiles, tratándose de traición a la patria.

b) Los militares que infrinjan las disposiciones y órdenes dictadas por el Poder Ejecutivo, y las órdenes de los Comandos Militares dictadas con arreglo a sus facultades”.

El actual Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094) al ocuparse de los Delitos contra la Defensa Nacional (Capítulo I, Traición a la patria) en sintonía con la Constitución, enuncia lo siguiente:

“Artículo 58. Traición a la patria

Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta pena perpetua, el militar o policía que durante conflicto armado internacional cometa alguna de las acciones siguientes:

1. Tomar las armas contra el Perú o sus aliados o formar parte en la organización militar de la parte adversaria.

...

---

<sup>(465)</sup> Cfr. Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Público*, 3ª. edición aumentada y corregida, de la versión castellana, con notas bibliográficas adicionales de Fernando Giménez Artigues, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1966, pág. 542. Antecedentes Palabras Liminares de José Mª. Trias de Bes. Del mismo autor, *vid. Derecho Internacional Público profundizado*, traducción del francés de Delia García Daireaux y supervisión de José María Álvarez de Toledo, La Ley S.A., Editora e Impresora, Buenos Aires, 1966, págs. 371 y sgts.

<sup>(466)</sup> *Vid.*, Maquiavelo, Nicolás: “El arte de la guerra”, en *Obras Políticas*, 2ª. edición, Librería “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1957, págs. 541-744.

En caso de guerra exterior podrá aplicarse la pena de muerte, acorde con nuestra legislación”.

Y a continuación apunta:

“Artículo 59. Traición a la patria en tiempo de paz

Cuando no exista conflicto armado internacional, las conductas del artículo anterior serán sancionadas con pena privativa de libertad no menor de veinte años, con la accesoria de inhabilitación”.

Interesa, finalmente, destacar algunas zonas grises que presenta la jurisdicción penal militar. Una de ellas es la relativa a su objetivo: ¿pretende mantener el valor del orden y disciplina o el valor justicia? Al respecto, el constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés expresa que la doctrina más actualizada se inclina por lo último, en verdad como única alternativa constitucional válida, desde el momento en que la disciplina debe ser justa, no injusta, en una Constitución que se propone igualmente como la peruana, afirmar la justicia<sup>(467)</sup>.

Otro aspecto que plantea el profesor Sagüés es el de la *naturaleza* de la jurisdicción militar: ¿es una función de mando, una justicia administrativa o una justicia diferenciada y plena, es decir, una judicatura “judicial”? “Probablemente, la respuesta a estas preguntas –expresa Sagüés– dependa, no sólo de un enfoque teórico conceptual, sino también de la forma en que efectivamente se la estructure por la ley”<sup>(468)</sup>. De acuerdo a como está estructurada tanto por la Constitución como por la proyección de su Ley Orgánica, la jurisdicción militar es una jurisdicción “privativa”; esto es, comprende en conjunto a las Fuerzas Armadas y a la Policía, limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, tal como lo establecía el tantas veces citado Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638):

---

<sup>(467)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, vol. 4, 4ª. edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2008; en especial, el Capítulo XXIV (Hábeas Corpus contra decisiones militares. Ley 23.042), págs. 513-534.

<sup>(468)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, ob. cit., págs. 513-534.

“Artículo 14. La jurisdicción penal común es improrrogable y se extiende a los delitos y a las faltas.

La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos el personal militar y policial están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar.”

Es más, constituye en estricto rigor, una justicia en sentido propio, aunque no integrante del Poder Judicial, pues “la justicia militar es autónoma” (artículo III del Título Preliminar del Código de Justicia Militar de 1980). En consecuencia, la jurisdicción militar se ubica como una justicia diferenciada y plena, un fuero real y privativo.

Según Vittorio Veuro: “Al problema de si la Jurisdicción Militar especial puede constituir un peligro para la libertad de los ciudadanos, mi respuesta es no, puesto que desde hace tiempo su competencia está constreñida dentro de los límites trazados para los tiempos de paz en razón de su propia esencia: la protección de las Fuerzas Armadas contra los atentados que provengan de sus cuadros. En tiempo de guerra, donde la libertad de todos los ciudadanos sufre fuertes restricciones y la seguridad de las Fuerzas Armadas se convierte en exigencia primordial, es normal una extensión de la competencia. En estas circunstancias, el juez militar es quien está mejor preparado para conocer de los delitos militares”<sup>(469)</sup>. A todo

---

<sup>(469)</sup> Cfr. Veuro, Vittorio: “La independencia de la Justicia Militar”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 37, Enero-Junio, Madrid, 1979, pág. 12. Sobre los fundamentos de la Jurisdicción Militar, *vid.* Jiménez y Jiménez, Francisco: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987, págs. 82-90. Entre las razones más importantes para justificar la existencia de la Jurisdicción Militar están: *a)* Necesidad, exigida por la disciplina, de que los propios jefes militares, que tienen la potestad de mando, posean, asimismo, la potestad disciplinaria y la Jurisdicción penal para castigar todos aquellos hechos (faltas o delitos) que signifiquen transgresiones a la disciplina. La intervención de autoridades extrañas en el conocimiento de esos hechos constituiría un factor de relajamiento de la disciplina, que es la base fundamental en que descansan las Fuerzas Armadas y sin la cual éstas no podrían existir; *b)* Necesidad de inspirar en los inferiores la indispensable confianza en sus jefes para obtener así la debida obediencia, confianza que se debilitaría en el caso de que una autoridad diversa de la militar tuviera que indagar e instruir una causa por cuestiones de disciplina; *c)* Necesidad de que las infracciones a la disciplina sean juzgadas por técnicos, y es indudable que los jefes militares están en mejor situación de apreciar el alcance de esas transgresiones; *d)* Necesidad de que hay de que donde vaya una Fuerza Armada, por razón de guerra, campaña o maniobra, la acompañe la autoridad que ejerza la jurisdicción penal militar; y

ello hay que añadir la tecnificación o profesionalización de la Jurisdicción Militar, conforme se deja notar en España<sup>(470)</sup>.

#### 4. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA POLICÍA NACIONAL

Tal como suele darse en otros Estados constitucionales, principalmente europeos, una fórmula razonable y adecuada para superar el déficit y la crisis de la Jurisdicción Militar es llevar a término la profesionalización de las armas y establecer las reglas de juego de las relaciones que suelen darse entre civiles y militares<sup>(471)</sup>. ¿En qué consiste esta tarea, ardua y delicada?

El antiguo catedrático compostelano Francisco Fernández Segado, tiene razón cuando sostiene que: "... la interacción entre civiles y militares tiene sus límites. Sus relaciones serán con frecuencia tensas y siempre agitadas, cambiantes, dinámicas, vivas, y, por lo tanto, conflictivas, pero el conflicto debe resolverse siempre en el dialogo abierto, en el espíritu de cooperación y en la identidad de fines: el mejor servicio a la Patria. Si se cumple estas tres condiciones todas las crisis se resolverán en la búsqueda en común de las soluciones más adecuadas para resolverlas"<sup>(472)</sup>.

---

e) Necesidad de un procedimiento rápido, lo que no puede obtenerse con autoridades judiciales diversas a las militares. Cfr. Astrosa Herrera, Renato: *Código de Justicia Militar comentado*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, págs. 2-3.

<sup>(470)</sup> Cfr. Jiménez Villarejo, José: "Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, t. I, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989, págs. 11-25. También, *vid.* Qunitas Magioli, Renaldo: "Uma justiça especializada, muito especial", en Guimarães Teixeira Rocha, Maria Elizabeth y Callado Fadul Petersen, Zilah Maria (Coordinadoras): *Coletânea de Estudos Jurídicos. Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*, Superior Tribunal Militar, Brasília, D.F., 2008, págs. 301-312.

<sup>(471)</sup> Cfr. Guimarães Teixeira Rocha, Maria Elizabeth y Costa Ribeiro Bastos, Romeu: "Uma visão das relações entre civis e militares", en Guimarães Teixeira Rocha, Maria Elizabeth y Callado Fadul Petersen, Zilah Maria (Coordinadoras): *Coletânea de Estudos Jurídicos. Bicentenário da Justiça Militar no Brasil, ob. cit.*, págs. 301-312. También, *vid.* Fernández Segado, Francisco: "El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 18 de mayo", en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 74, Julio-Diciembre, Madrid, 1999, págs. 11-53.

<sup>(472)</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco: "Sociología de la guerra: Sociedad, Fuerzas Armadas y Defensa Nacional", en Fernández Segado, Francisco (Editor): *La crisis del Golfo Pérsico*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1991, págs. 13-81, en concreto, pág. 81. También resulta provechosa la lectura de Blanco Ande, Joaquín: *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1987, págs. 185-209. Antecede Prólogo de



Completando la idea, Harold Klepak nos enseña que: "... la educación militar es importante no sólo para la formación de los profesionales vinculados a la defensa, sino también como pieza fundamental dentro de una sociedad democrática. En este sentido, el verdadero valor de la educación militar consiste en tres ideas básicas. Primero, es esencial educar a los militares para inculcarles los valores nacionales e institucionales dentro de la democracia, porque siempre podrán existir oportunidades y tentaciones para salir del sistema. Por lo tanto, si tienen un alto sentido del deber, podrán enfrentar esto de la mejor manera. Segundo, la educación militar deberá tomar siempre en cuenta los principios del deber, del valor, de la verdad y del servicio para el adecuado cumplimiento de las funciones que se le asignen al soldado. Esto implica un alto grado de amor hacia la patria. Y, tercero, es necesario que a lo largo del proceso educativo los militares puedan contar con las habilidades y los conocimientos necesarios para mantenerse aptos en el cumplimiento de sus roles asignados para la defensa nacional con el fin de asegurar la victoria para el país"<sup>(473)</sup>.

Como resumen de lo expuesto hasta ahora se puede inquirir lo siguiente: ¿Cuál es la situación de las relaciones entre la sociedad civil y la institución militar a comienzos del siglo XXI?<sup>(474)</sup> No solamente esto, sino también ¿cuál

---

Miguel Alonso Baquer; Alli Turrillas, Juan-Cruz: *El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico*, Editorial Aranzandi, S.A., Navarra, 2002, *in toto*. Antecede Prólogo de Ramón Parada Vásquez. Y, AA. VV.: *Fuerzas Armadas: Control civil y relaciones civiles-militares. A propósito de su reestructuración*, Instituto de Defensa Legal, Lima, ¿2002?

<sup>(473)</sup> Cfr. Klepak, Harold: "La educación militar en tiempo de transición democrática", en Obando, Enrique (Editor): *La gestión de la seguridad en tiempos de transición militar*, Instituto de Estudios Políticos y Estratégicos, Lima, 2002, pág. 90. También, *vid.* Chamarro González, Luis: "La institución militar: Selección y formación profesional", en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas, ob. cit.*, págs. 119-125; y Aleñar Ginard, Martín (Coordinador): *La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996.

<sup>(474)</sup> Cfr. Rospigliosi, Fernando: *Las Fuerzas Armadas y la democracia. La necesidad del control civil de las instituciones castrenses*, APRODEH, Lima, 2001. En Hispanoamerica, desde la emancipación los ejércitos son destacados *factores de poder*. *Vid.*, al respecto, Lozada, Salvador María: *Las fuerzas armadas en la política hispanoamericana*, Editorial Columbia, Buenos Aires, 1967, pág. 30. También, *vid.* las sugerentes investigaciones de Gerke Teitler, Samuel P. Huntington y Bengt Abrahamsson, en Bañón, Rafael y Olmeda, José Antonio (Compilación): *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985, págs. 161-184, 185-207 y 208-224, respectivamente.

es la convergencia civil-miliar?<sup>(475)</sup> Al respecto, se hace preciso indicar que luego de los procesos de cambio que se han presentado en el mundo globalizado y de la posmodernidad, siguiendo a Álvaro de Arce y Temes, el marco situacional en Iberoamérica es el siguiente:

- Las relaciones entre la sociedad civil y la institución militar son diferentes en cada una de las repúblicas iberoamericanas.
- Sin embargo, podríamos calificarlas, en general, como más o menos *renuentes* por la parte civil y en *situación de expectativa* por parte militar.
- Si las analizamos a través de los actores políticos, diríamos que:
  - a) Tratan de ser *comprensibles* para los gobiernos, tanto en el afianzamiento de su autoridad como a la hora de atender o dialogar sobre algunas *peticiones* por parte militar. Se desea que prevalezca el diálogo.
  - b) Desde los partidos políticos se buscan fórmulas para la *redefinición de sus misiones*, en colaboración entre ambas partes, desde el poder que la Constitución les permite a las agrupaciones políticas para proponer una política militar dentro del ordenamiento jurídico-constitucional.
  - c) Son *críticas* hacia la institución militar por parte de las organizaciones defensoras de los derechos humanos o grupos extraparlamentarios de izquierdas, y
  - d) También resultan *críticas y difíciles de mantener* con asociaciones de tipo político-social, entre ellas algunas organizaciones sindicales, comunales o vecinales, así como de grupos formados por asociaciones de “desaparecidos”.
- Si las contemplamos desde el punto de vista de la opinión pública, existe un claro distanciamiento entre ambas, debido a que nunca se ha puesto en práctica una *política de imagen* como la realizada en otros países occidentales después de una guerra o acontecimientos contrarios al sentir popular<sup>(476)</sup>.

---

<sup>(475)</sup> Vid. la muy importante obra de, sin que queramos decir que las demás no lo sean tanto, Cotino Hueso, Lorenzo: *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio antes las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 9-13. Antecede Presentación de Remedio Sánchez Ferriz. Del mismo autor, *vid.* una crítica concisa y excelente en su ensayo: “El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional”, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 17, Otoño, Valencia, 1997, págs. 89-136.

<sup>(476)</sup> Cfr. Arce y Temes, Álvaro de: “Introducción al estudio de las relaciones entre civiles y militares en Iberoamérica al comienzo del siglo XXI”, en Cuadernos de Estrategia, N° 114,

Entre los factores subyacentes en el profesionalismo militar, tal como lo describe Huntington, tenemos el crecimiento del Estado-Nación, el crecimiento de la población en los siglos XVIII y XIX, el desarrollo de la tecnología, los comienzos del industrialismo y el surgimiento del urbanismo. Otro factor que influyó en el crecimiento del profesionalismo fue el surgimiento de ideales y partidos democráticos. El profesionalismo, evidentemente distingue al oficial de hoy de los guerreros de épocas anteriores, el carácter profesional de la oficialidad responde a criterios que exige el mundo de la posmodernidad y globalizado, esto significa que es una creación reciente de la sociedad. Los orígenes de la verdadera profesión militar en Occidente, como lo recuerda Samuel P. Huntington, es el 6 de agosto de 1808. Ese día el gobierno prusiano emitió su decreto sobre la designación de oficiales que planteaba el patrón básico del profesionalismo con claridad indudable:

“El único título para la comisión de un oficial, en tiempos de paz, será la educación y el conocimiento profesional; en tiempos de guerra, el valor distinguido y la percepción. En consecuencia, todos los individuos de toda la nación que posean estas cualidades son candidatos o aceptables para los puestos militares más altos. Todas las preferencias de clase existentes antes en la institución militar quedan abolidas y todo hombre, sin importar sus orígenes, tiene iguales deberes e iguales derechos”<sup>(477)</sup>.

Giuseppe de Vergottini, voz autorizada en la materia, advierte que: “En primer lugar [...] la preeminencia civil sobre la institución militar no proviene de un principio lógico absoluto, sino, simplemente, de la opción política a favor de la preeminencia misma de la sociedad civil (pueblo o nación) como titular de la soberanía. Consecuencia de ello es que la organización militar viene considerada como tecnoestructura administrativa especializada en el ejercicio de la violencia bélica, pero carente de poderes de decisión política. Una segunda consideración

---

Junio, Madrid, 2001, pág. 48. Número monográfico especial, dedicado a las “Aportaciones a la relación sociedad-fuerzas armadas en Iberoamérica”. Para una visión panorámica, *vid.* Santa-Pinter, J.J.: “Las fuerzas armadas en la democracia latinoamericana”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. IV-4, VII-1, Bruxelles, 1965, págs. 449-461.

<sup>(477)</sup> *Cfr.* el extraordinario libro, lleno de sugestivas reflexiones, de Huntington, Samuel P.: *El soldado y el Estado. Teoría y política de las relaciones cívico-militares*, traducción del inglés de Cristina Piña, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1995, pág. 14. También, *vid.* Heller, Claude (Compilador): *El Ejército como agente de cambio social*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1980, *in toto*.

es la de que este principio de la preeminencia civil se integra en todo el proceso de racionalización de las estructuras estatales que singulariza al constitucionalismo europeo del siglo XVIII: sólo los órganos civiles son órganos políticos y entre ellos se distribuyen las funciones de orientación, normación, inspección y control político (poderes Legislativo y Ejecutivo); por el contrario, los órganos militares son instancias técnico-administrativas dotadas de funciones de información, consulta y ejecución”<sup>(478)</sup>.

Aparte de lo que acabamos de señalar, es oportuno recordar que el poder civil es precario y temporal; el poder militar es estable y continuado<sup>(479)</sup>. Puede concedérsele cierto crédito a esa estabilidad. Es incorrecto presentar a los llamados poderes civil y militar como una dicotomía o una disyunción; éstos no hacen referencia sino a dos formas de expresarse el poder según la circunstancia; y ambas habrán de ser acordes con el sentir popular <sup>(480)</sup>.

---

<sup>(478)</sup> Cfr. De Vergottini, Giuseppe: “La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, N° 6, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1982, págs. 30-31. Del mismo autor, *vid.* “El Estado Militar”, en Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, *ob. cit.*, págs. 233-252.

<sup>(479)</sup> Excusado parece añadir que existen dos obras claves para poder entender la problemática que se presenta a nivel de profesionalismo militar y de las relaciones entre civiles y militares. Al respecto, *vid.* Shils, Edward (*et al.*): *Los militares y los países en desarrollo*, traducido del inglés por Venancio Carullo, Editorial Pleamar, Buenos Aires, 1967. Anteceden Prólogo de Venancio Carullo y Prefacio de Hans Speier; y Harnes-Jenkins, Gwyn y Moskos Jr., Charles C.: *Las fuerzas armadas y la sociedad*, versión española de Manuel Gordo Gracia, revisión de Pablo Nosti Vallespín, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1984. Antecede Introducción de Miguel Alonso Baquer; ambos libros *in toto*.

<sup>(480)</sup> Cfr. Oehling, Hermann: *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 335. Antecede Prólogo de Luis Sánchez Agesta. *Vid.*, también Varas, Augusto: “La intervención civil de las Fuerzas Armadas”, en Frühling, Hugo, Portales, Carlos, Varas, Augusto: *Estado y Fuerzas Armadas*, Taller “El Gráfico”, Santiago de Chile, 1982, págs. 59-81. Desde el punto de vista nacional, *vid.* DESCO: *Democracia, defensa y Fuerzas Armadas en el Perú. Propuestas de cambio desde la sociedad civil*, USAID, Lima, s/f., págs. 16-17, 32-33, 59 y 64 respectivamente; y Masterson, Daniel: *Fuerza Armada y Sociedad en el Perú moderno: Un estudio sobre relaciones civiles militares. 1930-2000*, traducción del inglés de Jorge Ortiz Sotelo y Nancy Clarke Soldevilla, Instituto de Estudios Políticos y Estratégicos, Lima, 2001, *in toto*.

## 5. ¿QUÉ FUTURO LE DEPARA A LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL PERÚ?

Nos queda por dilucidar los nuevos tiempos que alborean a la Jurisdicción Militar, sobre la base de razones constitucionalmente validas. Teniendo al frente una legislación que ofrece garantías a los justiciables, tanto civiles como militares, complementado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el futuro de la Jurisdicción Militar en el Perú, sin sombra de dudas tiene que ser positiva. Para lo cual, el Tribunal Supremo Militar y la Fiscalía Suprema Militar Policial tendrán que ejercitar las más delicadas atenciones. La actual etapa, a la que hemos denominado “constitucional”, es propicia y alentadora, máxime si se cuenta con una nueva normativa de organización y funciones del Fuero Militar Policial conformado por la Ley N° 29182 y Decreto Legislativo N° 1096 (Texto Único Ordenado de la Ley de Organización y Función del Fuero Militar Policial) y el Decreto Legislativo N° 1094 (Código Penal Militar Policial), en concordancia plena con los criterios hermenéuticos del Tribunal Constitucional desarrollados a partir de la sentencia recaída en el expediente N° 0001-2009-AI/TC.

Tal como ha sostenido, con devoto empeño, el actual Presidente del Fuero Militar Policial, Carlos Enrique Mesa Angosto: “... el marco normativo del Fuero Militar Policial coadyuva al cumplimiento del deber primordial del Estado de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general, en concordancia con los artículos 44 y 163 de la Norma Fundamental. Estos factores son de innegable e inconfundible beneficio para el adecuado desarrollo de la sociedad, en un marco jurídico protector de los derechos humanos, gracias al rol tutelar que se le asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional”.<sup>(481)</sup> Es aquí donde, a nuestro juicio, radica el auténtico valor y garantía de la Jurisdicción Militar hacia los justiciables y a la sociedad civil, y de esa forma superar la tesis de la imposición militar frente al poder civil: presidente civil: predominio militar.

Antonio Millán Garrido, encumbrado valor del Derecho Penal Militar, nos recuerda lo siguiente: “Limitándonos a las leyes penales militares, su reforma integral requiere [...] una detenida fase de estudio y de investigación. Deben, en

---

<sup>(481)</sup> Cfr. Presentación al libro *Legislación del Fuero Militar Policial*, Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, Lima, 2011, pág. 5.

ella, ser objeto de un análisis minucioso las legislaciones extranjeras afines y más representativas, pero con la comprobación de su funcionamiento efectivo y no olvidándose en ningún momento la base sociopolítica, jurídica y criminológica sobre la que se mantienen. Ha de examinarse nuestro Derecho histórico y el positivo vigente en su totalidad, porque sólo partiendo del exhaustivo conocimiento de éste es factible iniciar con posibilidades de éxito el intento de reforma. Finalmente, resulta imprescindible investigar la realidad criminológica de nuestra delincuencia militar como única forma de establecer unos principios válidos sobre los que fundar los criterios de política legislativa a seguir en la reforma”<sup>(482)</sup>.

“Las fuerzas armadas, como observó en su momento oportuno Finer, poseen tres grandes ventajas políticas con respecto a las organizaciones civiles: una notable superioridad en la organización, una condición simbólica en la cual intervienen elementos sumamente emocionales y el monopolio de las armas. Constituyen una corporación o una orden prestigiosa, que goza de gran superioridad en cuanto a las maneras de emplear la fuerza. La duda, por lo tanto, no está en el motivo por el cual se rebelan contra sus amos civiles, sino en la razón por la cual los obedecen alguna vez”<sup>(483)</sup>.

Por lo que llevamos dicho hasta ahora, la Jurisdicción Militar, tan igual como la ordinaria, deben impartir justicia con arreglo, ante todo, a la Constitución y a la normatividad legal ordinaria, precisándose que la primera es competente para conocer asuntos de naturaleza estrictamente castrense. Esto no es aún todo. En efecto, de todos los modelos señalados, más allá de los convencionalismos, creemos que sólo el modelo sajón y el modelo de Justicia Militar europeo-continental siguen vigentes a la fecha. Los demás, conforme se desprende de la propia experiencia, constituyen modelos derivados y en franca retirada.

---

<sup>(482)</sup> Cfr. Millán Garrido, Antonio: “Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes Penales Militares por la Ley Orgánica 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 40 (Número especial), Madrid, 1982, pág. 231. También, *vid.* Fernández Segado, Francisco: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 67, Enero-Junio, Madrid, 1996, págs. 61-68, para quien las Fuerzas Armadas deben estar sujetas a los principios constitucionales. Con anterioridad, se publicó en Derecho, PUC, N° 49, Diciembre, Lima, 1995, págs. 68-75.

<sup>(483)</sup> Cfr. Finer, Samuel Edward: Los militares en la política mundial, traducción del inglés de Manuel Barberá, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969, pág. 17.



**CAPÍTULO VIII**  
**CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS,**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

**I. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS FORMULADAS**

**1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS**

**1.1. AÑO 2005**

**A) PROCESOS DE AMPARO**

- 1. EXP. N° 0099-2005-PA/TC, ICA, FÉLIX WILMER RODRÍGUEZ TINCOPA, 18 de febrero de 2005.**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**FUNDAMENTO 2**

De la Resolución Regional N.º 169-2002-VII-RPNP/OFIPER-SR, obrante a fojas 1 de autos, se advierte que el demandante pasó a la situación de disponibilidad por haber incurrido en faltas graves contra la moral policial (decoro), contra la disciplina (obediencia) y contra el servicio (deber profesional), al haber sido intervenido, junto con otros suboficiales, en actitud sospechosa, hallándoseles envoltorios conteniendo marihuana, PBC y clorhidrato de cocaína, por lo que fueron puestos a disposición de la autoridad judicial competente por ser presuntos autores del delito contra la salud pública - tráfico ilícito de drogas.

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

- 2. EXP. N.º 0741-2004-AA/TC, LIMA, WILLIAM JAVIER GONZÁLES DEL ÁGUILA, 17 de mayo del 2004.**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**FUNDAMENTOS**

1. La demanda tiene por objeto que se respete el derecho fundamental al debido proceso del recurrente supuestamente vulnerado por las siguientes resoluciones judiciales: 1) la Resolución del 17 de febrero de 1997, expedida por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, que lo condenó por el delito de desobediencia a la pena de prisión efectiva de 30 meses; y 2) la Resolución del 13 de febrero de 1998 expedida por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar, que declaró improcedente el



recurso “extraordinario” de revisión de sentencia presentado en contra de la mencionada Resolución del 17 de febrero de 1997.

2. ...

3. En cuanto al cuestionamiento de la Resolución del 13 de febrero de 1998 (fs. 1), de la revisión de ésta se advierte que uno de los integrantes de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar es el vocal de apellidos Catacora Santisteban, el mismo que también participó en la Sala Revisora que expidió la mencionada Resolución del 17 de febrero de 1997 (fs. 2 a 5), a pesar de que debió considerarse impedido para conocerla. En consecuencia, habiéndose acreditado la vulneración del principio de imparcialidad como elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso, debe estimarse este extremo de la demanda. (negrita y subrayado son nuestros)

#### **HA RESUELTO**

1. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo que se cuestiona la Resolución de fecha 17 de febrero de 1997.

2. Declara FUNDADA la demanda en el extremo que se cuestiona la Resolución de fecha 13 de febrero de 1998 expedida por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar; en consecuencia, NULA la precitada resolución, y ordena que la referida sala expida otra Resolución conforme al Fundamento N.º 3 de la presente.

3. **EXP. N.º 824-2004-AA/TC, CAÑETE, RAÚL ERASMO, GARCÍA LOMI, Lima, 3 de enero de 2005.**

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **FUNDAMENTOS**

3. ...se acredita que el demandante fue condenado a 6 meses de reclusión militar, por la Primera Sala de la II Zona Judicial del Consejo Superior de Justicia Militar, como autor del delito de abandono de destino,...

#### **HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda.

4. **EXP. N.º 976-2005-AA/TC, LIMA, MARCO ANTONIO GARCÍA OSORES, Zorritos, 17 días de marzo de 2005**

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **FUNDAMENTOS**

1. Consta en la Resolución Directoral N.º 514-99-DGPNP/DIPER-PNP, corriente a fojas 1 de autos, que el demandante pasó a la situación de retiro por encontrarse

incurso en la presunta comisión del delito contra el patrimonio - extorsión, en agravio de un civil; y que se negó a ser registrado durante la intervención, incurriendo con ello en faltas graves contra el decoro, la obediencia, el espíritu policial y la negligencia.

2. ...queda acreditado que el demandante fue condenado como autor del delito de desobediencia, es decir, por el mismo delito que originó su pase al retiro.

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

5. **EXP. N° 3207-2004-AA/TC, LIMA, OSWALDO ÁNGEL ESPINO ROJAS, 20 de enero de 2005.**

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

##### FUNDAMENTOS

1. De los considerandos de la Resolución Directoral N.º 974-2000-DGPNP/DIPER-PNP, obrante a fojas 2 de autos, se advierte que el demandante pasó a la situación de retiro, por la comisión de faltas graves contra la moral policial y la disciplina, al haber sido sindicado como extorsionador y al haberse hallado 2 libretas electorales y un certificado de estudios falsificados, siendo denunciado ante la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Tributarios y Aduaneros como presunto autor del delito contra la administración de justicia y, en la II Zona Judicial PNP por los delitos de abuso de autoridad, desobediencia y contra la fe pública.

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

6. **EXP. N° 1907-2004-AA/TC, AREQUIPA, ÁLVARO CORNELIO CHOQUE MOLLO, Lima, 26 de enero de 2005.**

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

##### FUNDAMENTOS

2. ...el Noveno Juzgado Penal de Arequipa, con fecha 22 de octubre de 1999, sentenció al recurrente a 6 años de pena privativa de la libertad y al pago de S/. 5000 de reparación civil, por ser autor del delito de tentativa de homicidio, resolución que al ser apelada fue revocada en parte por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con fecha 29 de noviembre del mismo año, imponiéndosele la pena de 4 años de privación de la libertad, con efectividad suspendida por el término de 3 años, y confirmándola en el extremo referido al pago de la reparación civil, por encontrarse culpable del delito de lesiones graves.

3. En consecuencia, no se aprecia la afectación de derecho constitucional alguno, ya que para cumplir con las finalidades establecidas en el artículo 166° de la Constitución Política del Perú, la Policía Nacional del Perú requiere contar con personal de conducta intachable que permita garantizar no sólo el cumplimiento de las leyes, sino mantener incólume el prestigio institucional; y ello porque la forma en que dichas funciones se ejercen tiene repercusión directa en la calidad de vida de los individuos y de la sociedad en su conjunto.

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADAS las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad.
2. Declarar INFUNDADA la demanda.

7. **EXP. N° 2322-2004-AA/TC, HUANCVELICA, GILMAR AGUIRRE LEÓN, Lima, 25 de noviembre de 2004.**

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

...se le instauró un proceso penal por el delito contra la administración de justicia, en la modalidad de delito contra la función jurisdiccional (apoyo para la evasión de preso) en agravio del Estado,...

#### FUNDAMENTOS

1. ...

2. ...

3. ...

4. ..., conforme lo ha sostenido este Tribunal en la STC 2050-2002-AA/TC, publicada con fecha 30 de mayo de 2003, dicho principio se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú, y tiene una doble dimensión: una dimensión procesal, en virtud de la cual se garantiza que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, y una dimensión material, según la cual nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, y expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto, por una misma infracción, cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho.

5. En ese sentido, el Tribunal considera que no se ha infringido el principio *ne bis in idem* ni en su aspecto procesal, pues no se formuló acusación contra el actor, archivándose el proceso penal, según se desprende de la sentencia de fojas 15 de autos; ni en su dimensión material, pues el hecho de que la administración policial haya aumentado la sanción originalmente impuesta de ocho días de arresto de rigor a quince días de

arresto de rigor, debido a la hipótesis de agravamiento de una sanción, incide en el *quántum* de esta y, por sí misma, no configura una nueva sanción por la infracción del mismo bien jurídico.

6. ..., el Tribunal Constitucional considera que, con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Policía Nacional del Perú, se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia, respecto del cual el Colegiado considera imprescindible pronunciarse.

7. Es aplicable al presente caso, *mutatis mutandis*, el criterio establecido por este Tribunal en la citada STC 2050-2002-AA/TC, en cuyo fundamento N.º 17 se consideró que el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no debe ser consecuencia de que al sancionado se le haya imputado (y no declarado judicialmente) la comisión de un delito (o falta), ya que así entendida la posibilidad de aplicar tal sanción disciplinaria, es violatoria del principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal, la cual no existe en el presente caso. Asimismo, se señaló que si la sanción disciplinaria de pase a la situación de disponibilidad se deriva del hecho de que, con independencia de la imputación de haber cometido un delito, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, que se encuentren previstos en la ley como faltas administrativas, es decir, que esos mismos hechos constituyan la infracción de otros tantos intereses y bienes jurídicos propios de la institución a la que pertenecen, entonces, cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial. (negrita y subrayado son nuestros)

8. Al respecto, el recurrente fue sancionado dos veces con arresto de rigor, basándose exclusivamente en la imputación de haber incurrido en la comisión de “faltas contra la obediencia y negligencia, al demostrar falta de celo en el cumplimiento de su servicio de seguridad posterior del Establecimiento Penal de Sentenciados de Huancavelica, Torreón N.º 03, 2do. Turno de 00:00 a 03:00 hrs, y como consecuencia se produzca la fuga de los internos (...); ocurrido el 26Jul2000, entre las 01.00 y 04.00 hrs. aprox. por la parte posterior de dicho establecimiento.” (fojas 2 de autos). Por los mismos hechos, fue sometido a un proceso penal por el delito contra la administración de justicia, en su modalidad de delito contra la función jurisdiccional (apoyo para la evasión de preso) en agravio del Estado; sin embargo, en dicho proceso se comprobó que a la hora en que ocurrió la fuga de los internos el actor ya no se encontraba prestando servicio de vigilancia en dicho establecimiento penal, por lo cual se ordenó archivar el proceso y anular los antecedentes judiciales y policiales del recurrente. A pesar de ello, la entidad emplazada sigue computando los días de arresto de rigor impuestos al demandante, hecho que lo incapacita para participar en los procesos de ascensos.

9. En consecuencia, se advierte que la emplazada, en el caso de autos, ha violado el principio de presunción de inocencia, razón por la cual la presente demanda debe ser estimada.

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la acción de amparo; en consecuencia, inaplicable al demandante el registro de la sanción de 8 días de rigor impuesta, con fecha 30 de julio de 2000, elevada a quince días de rigor, con fecha 7 de setiembre de 2000, no pudiendo ser considerada como antecedente en la calificación de los procesos de ascensos, ni en ningún otro acto administrativo.

## **B. PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS**

### **1. EXP N° 0275-2005-PHC/TC, LIMA. AQUILINO CARLOS PORTELLA NÚÑEZ, Lima, 9 de febrero de 2005.**

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por Aquilino Carlos Portella Núñez contra la sentencia de la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 170, su fecha 29 de octubre de 2004, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

##### **ANTECEDENTES**

Con fecha 9 de agosto de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la titular del Segundo Juzgado Especial de Lima, doctora Carolina Lizárraga Houghton; solicitando su inmediata libertad. Manifiesta que el 24 de enero de 2003, en forma arbitraria, se le abrió proceso penal ante el Primer Juzgado Especial Penal de Lima, causa que ha sido acumulada al expediente N° 044-2002, que se tramita ante la juez penal emplazada, no obstante que por los mismos hechos la Corte Suprema de la República dirimió una contienda de competencia que culminó con ejecutoria de fecha 11 de febrero de 1994, declinando su competencia a favor del fuero militar, agregando que la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar reservó su juzgamiento, por lo que la causa penal debe archivarse definitivamente.

### **3. ANÁLISIS DEL ACTO MATERIA DE RECLAMACIÓN CONSTITUCIONAL**

1. ...

2. A fin de determinar si la demanda es amparable constitucionalmente, es necesario hacer las siguientes precisiones: a) ante el Primer Juzgado Penal Especial a cargo de la magistrado demandada, se tramita el proceso N° 03-2003, por los hechos delictivos acaecidos en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán

y Valle La Cantuta, habiéndose abierto instrucción con mandato de detención, con fecha 24 de enero de 2003, en los seguidos contra el accionante y otros por la comisión de delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio calificado–, delito contra la libertad personal –secuestro agravado y desaparición forzada de personas–, en agravio de Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heraclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa, proceso penal en el cual se dictó mandato de detención, b) el 17 de diciembre de 1993, el Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima abrió instrucción contra el demandante por los hechos criminosos anteriormente mencionados; c) la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar abre instrucción contra el demandante con fecha 16 de abril de 1993 (emitiendo autos ampliatorios de fecha 7 y 13 de julio, y 13 de diciembre de 1993) por los mismos delitos incriminados; d) la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 11 de febrero de 1994, dirime una contienda de competencia a favor del fuero militar, por lo que el Decimosexto Juzgado Penal de Lima remite lo actuado al Consejo Supremo de Justicia Militar; e) la Justicia militar dicta sentencia contra los militares instruidos juntamente con el demandante, pero dispone la reserva de su juzgamiento hasta que sea habido.

3. Como se aprecia, los hechos que son materia del proceso penal seguido contra el recurrente forman parte de un conjunto de delitos atribuidos al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la comunidad nacional e internacional. El Estado Peruano no puede tolerar la impunidad de estos y otros graves crímenes y violaciones de los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos contraídos por el Perú ante la comunidad internacional.

4. La gravedad de estas conductas ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en la perpetración de graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas.

5. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que lleve a cabo el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial exige que los jueces dirijan el proceso de modo tal de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso *Bulacio versus Argentina*, Sentencia del 18 de septiembre del 2003).

6. Es dentro de esta línea de principios que resulta plenamente válido y legítimo el encausamiento penal del demandante, y su consecuente detención, ordenada por la Juez penal demandada, por cuanto el propósito del demandante es impedir que se le procese en el fuero ordinario, habida cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la República dirimió competencia a favor de la justicia militar, donde se dictó sentencia contra sus coprocesados, pero reservándosele el juzgamiento a él por su condición de reo ausente, siendo incluso ulteriormente beneficiado con el corte de la secuela del proceso en aplicación de las leyes de amnistía 26479 y 26492. Este tratamiento resulta incompatible con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de fondo en el caso denominado Barrios Altos, fallo que en virtud de la sentencia interpretativa dictada por la Corte con fecha 3 de setiembre de 2001, tornóse de alcance general, al ser aplicable a todos los casos de violaciones de derechos humanos en los que se aplicaron las referidas leyes de amnistía.

7. Siendo así, la cuestionada actuación jurisdiccional de la magistrada emplazada no contraviene los derechos constitucionales invocados en la demanda, resultando de aplicación el artículo 2º, a contrario sensu, de la Ley N.º 28237.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

## 2. EXP. N.º 1939-2005-PHC/TC, AYACUCHO, JOSÉ LUIS ISRAEL CHÁVEZ VELÁSQUEZ

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de mayo de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzáles Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Daniel Quispe Pérez, en representación de don José Luis Israel Chávez Velásquez, contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas 73, su fecha 22 de febrero de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus interpuesta.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 11 de febrero de 2005 don Daniel Quispe Pérez interpone demanda de hábeas corpus en favor de su patrocinado don José Luis Israel Chávez Velásquez



solicitando se deje sin efecto el auto de apertura de instrucción emitido por el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga en el Expediente N.º 2004-00792-0-0501, así como la orden de detención que contiene, alegando que vulnera el principio de intangibilidad de la cosa juzgada y la libertad individual del favorecido.

Especifica que a raíz de los hechos ocurridos en 1991 en la ciudad de Huancapi, se siguió un proceso penal contra su patrocinado por los delitos contra la libertad personal, abuso de autoridad y asesinato (Exp. N.º 30-95) el mismo que culminó mediante sentencia emitida por la Sala Penal de Ayacucho con fecha 23 de febrero de 1998, por la cual se le absolvió de los cargos imputados; que, pese a ello, el Juez ahora emplazado ha procedido a dictar auto apertorio por los mismos hechos sin tomar en cuenta la antes citada sentencia absolutoria, lo que evidentemente resulta inconstitucional; y que, con fecha 15 de enero, planteó la excepción de cosa juzgada, la cual no ha sido resuelta hasta la fecha, poniendo en inminente peligro la libertad de su patrocinado.

Practicadas las diligencias de ley se recibe la declaración del emplazado Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Ayacucho, doctor Willy Pedro Ayala Calle, quien señala que la persona en cuyo favor se interpone la demanda efectivamente viene siendo procesada en su Juzgado, pues de acuerdo con la Resolución Administrativa N° 463-2004-P-CSJA/PJ del 11 de octubre de 2004 se dispuso que su despacho conociera de los procesos por terrorismo y por los delitos de lesa humanidad, derivados de los casos judicializados de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Agrega que dentro de dicho contexto, el proceso seguido contra el recurrente tiene su origen en la ciudad de Huancapi (capital de la provincia de Víctor Fajardo), en la cual el Juez del Juzgado Provincial Mixto de Víctor Fajardo (doctor Percy Vargas Ayala), con fecha 7 de octubre de 2004 abrió proceso penal contra don José Luis Israel Chávez Velásquez por los delitos contra la humanidad en la modalidad de desaparición forzada en agravio de Zenón Huamaní Chuchón y otros, dictando mandato de detención contra la citada persona y otros integrantes del Ejército Peruano. Por otra parte señala que, efectivamente, se ha presentado por el citado procesado un escrito por el cual se deduce excepción de cosa juzgada, petición a la que se le ha dado el trámite de ley y se encuentra dentro de los plazos legales.

El Quinto Juzgado Penal de Huamanga, con fecha 12 de febrero de 2004, declara improcedente la demanda, fundamentalmente por considerar que el abogado recurrente ha deducido excepción de cosa juzgada, incidente que se encuentra pendiente de dictamen fiscal y posterior pronunciamiento jurisdiccional.

La recurrida confirma la apelada, aunque entendiendo como infundada la demanda, argumentando que en el presente caso se cuestiona una resolución judicial derivada de un proceso penal motivada en hechos distintos a los que fueron materia de anterior pronunciamiento, y por el cual la persona en cuyo favor se ha interpuesto el hábeas corpus, resultó absuelto. Por otra parte, en cuanto a la excepción de cosa juzgada, estima que esta deberá ser resuelta conforme a su naturaleza y dentro de los plazos legalmente establecidos, no advirtiéndose vulneración de los derechos reclamados.

## FUNDAMENTOS

1. El objeto del presente hábeas corpus es que se deje sin efecto el auto de apertura de instrucción emitido por el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga en el Expediente N.º 2004-00792-0-0501, así como la orden de detención que contiene, alegándose que vulnera el principio de intangibilidad de la cosa juzgada y la libertad individual del favorecido con la acción.

2. Independientemente de la discusión del tema de fondo, cabe advertir que, como lo reconoce el propio demandante, contra el auto de apertura de instrucción se ha deducido una excepción de cosa juzgada, la misma que incluso ha sido interpuesta con fecha anterior a la presentación de la presente demanda constitucional (25 de enero de 2005, según aparece de fojas 35 a 39 de autos). Bajo tales circunstancias es evidente que, tratándose de una resolución judicial que no tiene la condición de firme, y contra la cual el propio demandante reconoce haber recurrido mediante un mecanismo de orden procesal penal, la presente demanda debe desestimarse por improcedente, conforme a una interpretación a contrario sensu del artículo 4º, párrafo segundo, del Código Procesal Constitucional.

3. No está demás precisar que a pesar del carácter improcedente de la demanda interpuesta, tampoco se aprecia de las instrumentales acompañadas que se estén vulnerando en forma manifiesta los derechos constitucionales reclamados, pues si bien la sentencia expedida con fecha 23 de febrero de 1998 por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho absolvió a don José Luis Israel Chávez Velásquez de la acusación fiscal por los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de asesinato en agravio de Zenón Huamaní Chuchón y otros (Expediente N.º 30-95), el auto de apertura de instrucción derivado del proceso penal con Expediente N.º 2004-00792-0-0501 y que cuestiona el recurrente, se encuentra motivado en la comisión de delito de lesa humanidad en la modalidad de desaparición forzada, lo que supone la presencia de un tipo penal diferente que tiene carácter imprescriptible, el cual debe ser investigado y sancionado, conforme lo reconocen los instrumentos internacionales y particularmente la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita y ratificada por nuestro Estado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

## HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la demanda interpuesta.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZÁLES OJEDA.

GARCÍA TOMA.

VERGARA GOTELLI.

3. **EXP. N.º 2798-04-HC/TC, LIMA, GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso Extraordinario interpuesto por don Gabriel Orlando Vera Navarrete contra el Auto de la Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 190, su fecha 10 de mayo de 2004, que declara infundada la acción de hábeas corpus de autos.

**ANTECEDENTES**

El accionante, con fecha 15 de abril de 2004, interpone acción de hábeas corpus contra las magistradas que despachan el Primer, Segundo y Quinto Juzgados Especiales de Lima, por considerar que sufre una detención arbitraria. Alega que se encuentra internado en el Penal para Procesados Primarios de Lima Ex “San Jorge” desde el 14 de abril de 2001, y que a la fecha se encuentra con más de 36 meses de detención efectiva sin que haya sido objeto de sentencia condenatoria en ninguno de los procesos que se le sigue. En consecuencia, solicita se ordene su inmediata libertad.

Las magistradas accionadas niegan y rechazan la presente acción de garantía, alegando que los procesos bajo su conocimiento en los que está comprendido el accionante se encuentran sujetos a los plazos de detención determinados por Ley, no existiendo detención irregular.

El 42º Juzgado Penal de Lima, con fecha 27 de abril de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que se ha dado la prolongación del plazo de detención dentro los términos fijados por el artículo 137º del Código Procesal Penal, modificado por Ley N.º 27553 y posteriormente por Ley N.º 28105, no materializándose el presupuesto de viabilidad previsto en el artículo Segundo de la Ley N.º 23506.

La recurrida revocó la apelada, y reformándola la declaró infundada por considerar que el plazo máximo se ha duplicado automáticamente, por ser el proceso de naturaleza compleja, dado que es seguido contra más de diez imputados y que el plazo máximo de detención previsto en el artículo 137º del Código Procesal Penal no ha vencido, por cuanto no se ha vulnerado algún derecho constitucional del accionante.

**FUNDAMENTOS**

1. En el presente caso, el recurrente solicita que se ordene su inmediata excarcelación alegando que se ha vencido el plazo máximo de detención, previsto en el artículo 137º del Código Procesal Penal.

2. A fin de determinar si lo alegado por el recurrente resulta amparable, es preciso describir de manera sucinta los procesos que se le siguen ante los órganos jurisdiccionales emplazados.

a) Por ante el Primer Juzgado Penal Especial, se tramita el proceso N.º 03-2003, por los hechos delictivos acaecidos en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, habiéndose abierto instrucción con mandato de detención, con fecha 24 de enero de 2003, en los seguidos contra el accionante y otros en su calidad de miembros del denominado “Grupo Colina”, por delito contra la vida, el cuerpo y la salud -Homicidio Calificado-, Violación de la Libertad Personal -Secuestro Agravado y Desaparición Forzada de Personas-, en agravio de Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortíz Perea, Richard Armando Amaro Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heraclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa, proceso en el cual se le dictó mandato de detención, habiéndose declarado proceso complejo. La causa actualmente se encuentra en la Sala Penal con los informes de ley, y el plazo de la detención vencerá el 24 de enero de 2006.

b) Por ante el Segundo Juzgado Penal Especializado Penal de Lima, el accionante se encuentra comprendido en dos causas penales, los procesos N.ºs 44-2002 y 01-2003, por delitos de Secuestro y Homicidio Agravado. que a continuación se procede a detallar:

i) En cuanto al mandato de detención preventiva dictado en el proceso N.º 44-2002, por auto de fecha 4 de octubre de 2002, debido a su presunta participación como miembro del denominado Grupo Colina, en calidad de coautor de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud -Homicidio Calificado- y contra la libertad -violación de la libertad en la modalidad de Secuestro-, en agravio del periodista don Pedro Herminio Yauri, hechos ocurridos en la ciudad de Huacho, proceso que fue declarado complejo y que aun continúa vigente el plazo de 36 meses de detención provisional, plazo que vencerá recién el 4 de octubre de 2005.

ii) Asimismo, en el Proceso N.º 01-2003 se decretó mandato de detención por auto de fecha 14 de febrero de 2003, por su presunta participación en hechos delictivos cometidos por el denominado Grupo Colina en la localidad de El Santa-Chimbote, habiéndosele encausado como presunto coautor de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud -Homicidio Calificado- y la violación de la libertad personal -Secuestro Agravado- en agravio de Carlos Alberto Barrientos Velázquez, Roberto Barrientos Velázquez, Denis Atilio Castillo Chavez, Federico Coquis Vázquez, Gilmer Ramiro León Velázquez, Pedro Pablo López González, Jesús Manfredo Noriega Ríos, Carlos Martín Tarazona More y Jorge Luis Tarazona More; se deduce de los instrumentales en autos que el plazo de 36 meses de detención preventiva aun no ha vencido y que, en todo caso, vencerá el día 14 de febrero del 2006.

c) Por ante el Quinto Juzgado Penal Especial, el accionante es procesado por su participación como miembro del Grupo Colina en la llamada “Matanza de Barrios

Altos” y que corre en el Expediente N.º 32-2001, por los delitos de -Homicidio Calificado- y otros, en agravio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astoivilca, Octavio Benigno Huamanyuri Nolasco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo, y por delito contra la vida, el cuerpo y la salud -Lesiones Graves- en agravio de Natividad Condorcahuna Chicana, Felipe León, Tomas Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitez y por delito contra la tranquilidad pública -Agrupación Ilícita- en agravio de la Sociedad, dictándosele mandato de detención preventiva el 14 de abril de 2001, proceso que fue declarado de naturaleza compleja, disponiéndose la prolongación de la medida con fecha 24 de julio de 2002 por el plazo máximo, según el artículo 137º del Código Procesal Penal.

Es de observarse que en varios de los procesos que se siguen contra el recurrente, la detención aún no ha llegado a su plazo máximo previsto por ley, y que ello es de su conocimiento, tal como consta en su propia declaración indagatoria a fojas 14 y 15. Al tener mandatos de detención todavía vigentes, en caso de decretarse la libertad en algún otro proceso, ésta no podría hacerse efectiva.

3. Sin embargo, es preciso señalar que mediante Oficio N.º 06-2004-2º JPE/AMR/mpm, proveniente del Segundo Juzgado Penal Especial, este colegiado ha tomado conocimiento de que por resolución de fecha 18 de julio de 2003 se decretó la acumulación de los Procesos N.ºs 01-2003 y 03-2003 al Expediente N.º 044-2002 y que, mediante resolución de fecha 21 de diciembre de 2004, el proceso N.º 044-2002 fue acumulado al proceso N.º 32-2001 que se tramita ante el Quinto Juzgado Penal Especial. En consecuencia, todos los procesos que se siguen contra el recurrente, por su presunta participación en los hechos delictivos cometidos por el Grupo Colina, han quedado acumulados en un único proceso, el cual actualmente se tramita ante el Quinto Juzgado Penal Especial.

4. Dada la trascendencia de los procesos penales que actualmente se siguen por los hechos atribuidos al Grupo Colina, este Tribunal considera necesario efectuar algunas consideraciones sobre la necesidad de investigar y sancionar los hechos que son materia de dichos procesos penales.

#### **Las obligaciones del Perú en materia de derechos humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional.**

5. Los hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional.

6. En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.

7. El Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

8. Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito.

9. En este sentido, es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27° y 53° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.° 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000.

10. Las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

11. La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988 (párrafo 164), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.



### **El derecho a la tutela o protección judicial**

12. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y otros órganos de control internacional, se han manifestado uniformemente respecto de las graves implicancias que tiene la falta de sanción de graves violaciones a los derechos humanos. Esta omisión implica, además, una violación adicional del derecho a la tutela judicial que tiene cualquier ciudadano que se sienta violado en sus derechos.

13. En efecto, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, y que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. De igual manera, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, y que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

14. La protección judicial, así entendida, implica una doble dimensión. Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables.

### **El Derecho Internacional Humanitario**

15. Cabe mencionar, además, que el Derecho Internacional Humanitario expresa obligaciones relevantes para el presente caso. En efecto, los instrumentos de esta rama internacional aplicables a conflictos armados internos se encuentran en el artículo 3° común de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional de dichos Convenios. El Perú ha ratificado estos instrumentos centrales, mediante las resoluciones legislativas N.os 12412 (1956) y 25029 (1989), respectivamente.

16. Las normas señaladas en el punto anterior se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares. La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario no sólo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra (Corte Internacional de Justicia, sentencia de fondo en el caso del estrecho de Corfú - 1949; de igual manera en la sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua - 1986). Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no sólo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera



absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar.

17. Tanto en el artículo 3° común como en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II existen normas expresas que prohíben conducir actos que configuren la desaparición de una persona. El artículo 3° común prohíbe, además, los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. Privar a una persona de la garantía de la ley y ordenar o ejecutar actos deliberados que buscan desaparecerlo, implica pues una grave infracción del Derecho Internacional Humanitario que el Estado debe sancionar.

18. Finalmente, cabe precisar que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad. Así lo ha señalado, por ejemplo, el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja.

#### **La improcedencia de los obstáculos procesales para sancionar graves crímenes contra el derecho internacional humanitario y violaciones a los derechos humanos y su relación con la tutela judicial**

19. La gravedad de estas conductas ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas.

20. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso *Bulacio versus Argentina*, Sentencia del 18 de septiembre del 2003).

21. El artículo I del título preliminar de nuestro Código Penal establece que la finalidad de la legislación penal es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad. Esta disposición orienta al conjunto de las normas sustantivas y procesales, y deben ser interpretadas a la luz de las consideraciones hasta aquí anotadas. Sería un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impunidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad.

### **El delito de desaparición forzada de personas**

22. Uno de los delitos que son materia de imputación en los referidos procesos penales es el de desaparición forzada. El Código Penal promulgado en 1991, mediante el Decreto Legislativo N.º 635, en su capítulo II del título XIV del libro segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323º, tipificó con precisión el delito de desaparición forzada de personas. Este capítulo fue posteriormente derogado mediante el Decreto Ley N.º 25474, promulgado el 6 de mayo de 1992. La figura típica de desaparición forzada de persona fue reintroducida mediante el Decreto Ley N.º 25592, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley N.º 26926, del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la humanidad.

23. Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], éste Tribunal señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la lex previa derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

24. La desaparición forzada de personas es un delito pluriofensivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

25. En efecto, la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho

Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos.

26. Ahora bien, cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad. Al respecto, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos. Tal como lo expresa la juez del Segundo Juzgado Penal Especial en el auto apertorio de instrucción del proceso signado con el número 01-2003, la organización de la desaparición de los campesinos del Santa hubiera sido imposible sin la consecución de recursos logísticos significativos, razón por la cual han sido considerados como responsables los altos mandos a cargo de las labores de inteligencia de esos años, incluyendo el procesamiento del ex-presidente de la República.

27. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

28. Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la Resolución N.º 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4, “Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994.OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.).

### **El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a la tutela judicial**

29. La determinación de plazo máximo de la detención en el caso deberá realizarse de conformidad con el derecho a la razonabilidad del plazo de la detención. Asimismo, como ya lo ha señalado este tribunal, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello

implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. [Expediente N.º 2915-2004-HC/TC].

30. Asimismo, la determinación del plazo razonable de la detención no puede dejar de tomar en cuenta la especial obligación estatal de investigar y sancionar los hechos denunciados, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, a fin de no convalidar estrategias de impunidad respecto a graves crímenes y violaciones a los derechos humanos.

31. Es necesario tomar en cuenta que cada uno de los procesos abiertos contra el recurrente reviste complejidad, dado el número de procesados y de víctimas, por lo que el plazo de detención en cada uno de ellos por separado, de conformidad con lo señalado en el artículo 137 del Código procesal Penal, es el máximo previsto en la ley.

32. De otro lado, las normas procesales, entre las que se encuentra la que señala el plazo límite de la detención sin sentencia, no sólo implican una garantía para el imputado, sino que constituyen también un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la forma y modo en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso. Si existe peligro procesal, requisito indispensable para imponer una medida de detención, el órgano jurisdiccional deberá llevar a término el proceso antes de que dicho plazo límite haya vencido, a fin de no poner en peligro el éxito del proceso. Caso contrario, se verá obligado a revocar el mandato de detención que pesa sobre el imputado, y en caso subsista el peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, ello podrá en peligro la culminación del proceso, y, con ello, la especial obligación de esclarecimiento que este tipo de crímenes conlleva.

33. Por lo tanto, este Tribunal considera que la acumulación de procesos decretada no puede tener como consecuencia que, para efectos de contabilizar el cumplimiento del plazo máximo de la detención, se tome en cuenta únicamente el mandato de detención dictado en el proceso más antiguo, sino más bien que deben ser tomados en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se siguen en su contra.

34. Es necesario recalcar que, tal como ya lo señaló este Tribunal [Expediente N.º 2915-2004-HC/TC], una vez vencido el plazo máximo de la detención, éste podrá ser prolongado en caso la demora en el proceso sea atribuible al imputado, a través de una defensa obstruccionista, atentatoria de la celeridad y éxito judicial.

35. De conformidad con el artículo VI in fine del Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N.ºs 13, 17, 31, 32 y 38, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

## HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la acción de hábeas corpus de autos.
2. Declarar que los fundamentos jurídicos N.ºs 13, 17, 27 y 32, son de observancia obligatoria para todos los operadores jurídicos

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LATIRIGOYEN.

GONZÁLES OJEDA.

GARCÍA TOMA.

## 4. EXP. N.º 3194-2004-HC/TC, LIMA, NICANOR CARREÑO CASTILLO

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, García Toma y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

#### I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra la Resolución de vista expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, de fojas 106, su fecha 21 de junio de 2004, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

#### II. ANTECEDENTES

##### a. Demanda

Con fecha 13 de abril de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza, alegando que el beneficiario de la presente demanda se encuentra detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao.

Sustenta su demanda en que se le ha juzgado dos veces por la misma causa, vulnerando las garantías del debido proceso previstas en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, afectándose, además, la presunción de inocencia. De otro lado, afirma que a través de la Resolución N° 0076-2004 la Comandancia General del Ejército dispuso su pase a la situación de retiro por la causal de ‘medida disciplinaria’; y que, consecuentemente, debe ponerse a disposición del fuero común a fin de que asuma competencia en su calidad de civil.

### **b. Declaración del Titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina**

Realizada la sumaria investigación se toma la declaración del titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, quien afirma que la presente acción de garantía interpuesta en su contra carece de fundamento.

Señala que el beneficiario de la misma se encuentra sometido a un proceso judicial en el fuero militar por la presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos cuando se encontraba en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en una unidad de la Marina de Guerra del Perú; y que, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y el Código de Justicia Militar, está obligado a conocer y tramitar la causa, agregando que los hechos imputados constituyen delitos de función cometidos por personal militar en actividad, aun cuando los procesados hayan pasado a la situación de retiro.

### **c. Resolución de primera instancia**

Con fecha 21 de mayo del 2004, el Noveno Juzgado Penal de Lima declara improcedente la demanda, estimando que la decisión de la justicia militar se ajustó a un proceso regular, pues los delitos de función cometidos por personal militar en situación de actividad corresponden ser juzgados en el fuero militar.

### **d. Resolución de segunda instancia**

Con fecha 21 de junio del 2004, la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

## **III. CUESTIONES PRELIMINARES**

### **A. Datos Generales**

#### **◊ Supuesto daño constitucional**

Este proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza.

El acto lesivo se habría producido con la expedición de una resolución que ordena la detención del recurrente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao, por haber sustraído galones de petróleo de los tanques de combustible del BAP Callao.

#### **◊ Reclamación constitucional**

El demandante ha alegado afectación de los derechos constitucionales a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, literal b), a la presunción de inocencia personal (artículo

2, inciso 24, literal e) y al debido proceso (artículo 139, inciso 3, titución), al principio *ne bis in ídem* (artículo 139, inciso 3,) y al juez natural (artículo 139, inciso 2,).

Se ha solicitado lo siguiente:

- El cese de la afectación de sus derechos constitucionales producida a través de un acto arbitrario.
- Su inmediata libertad.

### **B. Materias constitucionalmente relevantes**

A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado deberá pronunciarse sobre lo siguiente:

- Independientemente de la existencia de un proceso regular y a fin de analizar la supuesta afectación al debido proceso, ¿la sanción disciplinaria impuesta es consecuente con la sanción judicial militar? Para responder tal interrogante debe analizarse:
  - ¿Cómo se llega a configurar una afectación a la presunción de inocencia?
  - ¿Cuál es el sentido del *ne bis in ídem* constitucional?
- ¿Existe un proceso penal militar dentro de los cánones constitucionales? En tal sentido:
  - ¿Cuál es la naturaleza del delito de función en el marco de la justicia militar como parte de un proceso regular?
  - ¿Cómo se configura su ámbito subjetivo?
  - ¿De qué manera debe entenderse el ámbito objetivo del delito de función castrense?
- ¿Es razonable el mandato de detención?

## **IV. FUNDAMENTOS**

### **1. El pronunciamiento sobre el fondo**

Pese a que en el Poder Judicial este proceso ha concluido en el ámbito de la improcedencia, es necesario que este Colegiado fije algunos criterios sobre la base del petitorio de la demanda; más aún si se considera pertinente analizar algunas cuestiones fácticas para poder resolver sobre la existencia o no de un proceso regular.

El proceso constitucional previsto por nuestro ordenamiento jurídico como adecuado para la tutela de la libertad frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física por mandato judicial es el hábeas corpus reparador, que busca reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho<sup>[1]</sup>.

Por tal razón, se debe analizar en sede constitucional si es arbitraria la resolución emitida contra el favorecido:

---

[1] Artículo 1 de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.



“SE RESUELVE: Dejar sin efecto la resolución de este Despacho Judicial de fecha trece de enero del año dos mil cuatro el mismo que corre a fojas setenta y seis de autos en el extremo en que resuelve que el inculpado Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor CARREÑO Castillo continúe en libertad, por la de Detención Provisional, la misma que cumplirá en el Centro de Reclusión Naval”<sup>[2]</sup>.

En esa medida, el Tribunal Constitucional es competente para conocer sobre la razonabilidad de una limitación de la libertad, en la medida en que el juez constitucional cumple una función tutelar de la libertad, bajo el canon de interpretación constitucional del *in dubio pro libertate*, que únicamente puede ser restringido en atención a una detención preliminar en sede judicial, siempre que sea de carácter subsidiaria, provisional y proporcional.

## 2. Los límites a la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de la presente sentencia, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004,

“las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

De lo que se observa en el presente caso, es de preferencia la utilización de la Ley 23506 por ser el Código Procesal Constitucional más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales cuya protección se pretende, sobre todo en referencia al tipo de resolución judicial que puede ser recurrida, según lo establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional:

“El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, es de preferencia, como ya se señaló, la Ley 23506.

## A. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO Y PROCESO JUDICIAL MILITAR

### 3. La relación entre dos tipos de procesos

El proceso, en el término amplio, es toda fórmula de solución de controversia que tienen dos partes en contraposición. Cuando el órgano competente para resolver es de naturaleza judicial, se denomina proceso propiamente, y es básicamente el que está expuesto a lo largo de la Constitución. Pero, cuando es otro órgano el que decide, se denomina procedimiento, siendo de aplicación las normas procesales constitucionales, según la naturaleza de su actividad.

---

[2] Resolución del titular del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

En este marco, debe entenderse el proceso judicial militar para resolver sobre la base de un delito de función, y el procedimiento administrativo interno que actúa sobre cánones de conducta para los miembros de una determinada institución. Sobre el tema, es interesante analizar las relaciones entre estos dos tipos de proceso para analizar el caso materia de análisis en sede constitucional.

### §1. *Ne bis in ídem*

#### 4. Según la demandante, afectación al principio *ne bis in ídem*

Tomando en cuenta que se le ha sancionado en sede administrativa y que está siendo juzgado por la justicia militar, la demandante alega que

“al haberse sancionado dos veces por la misma causa en un acto abusivo, el demandado ha vulnerado el principio Non Bis in Ídem que resulta un elemento inmanente al debido proceso formal”<sup>[3]</sup>.

#### 5. El *ne bis in ídem* constitucional

Como bien señala la demandante, el principio *ne bis in ídem* fluye del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), pero es a partir del derecho a la certeza judicial<sup>[4]</sup> y de los instrumentos internacionales<sup>[5]</sup> cuando asume su verdadero sentido en el ámbito jurisdiccional.

Según el fundamento 19 de la Sentencia del Expediente 2050-2002-AA/TC, que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito incluye, aparte de una dimensión material sancionadora, una dimensión eminentemente procesal, según la cual

“se garantiza que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’; es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”.

Sin embargo, una afirmación de este tipo debe ser entendida en su verdadera dimensión: como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2868-2004-AA/TC, Caso José Antonio Álvarez Rojas, si no le relaciona con “la necesidad de garantizar a los ciudadanos un

---

[3] Fundamento de hecho 1 de la demanda (f. 2 del Expediente).

[4] Expresada constitucionalmente como motivación de las resoluciones [artículo 139, inciso 5], y relacionada con la prohibición de revivir procesos fenecidos [artículo 139, inciso 13].

[5] Son dos las normas básicas. De un lado, “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país” [artículo 14 punto 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].

En segundo término, “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” [artículo 8 punto 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

De ahí que se considerase que ‘el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido’”.

## 6. El procedimiento administrativo y el *ne bis in idem* con el proceso judicial

De lo expresado en las líneas anteriores, debe quedar en claro si se está en un supuesto en el cual se ha sancionado a la persona favorecida con el presente hábeas corpus con una sanción administrativa y está siendo juzgada por el mismo hecho por un delito de función castrense.

Si bien existe una competencia de la justicia militar para los delitos de función, de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución, esta se encuentra restringida a analizar la responsabilidad penal de una persona sujeta a la competencia del órgano juzgador. Sobre la base de un análisis personal en la comisión de un delito, se le puede sancionar según la tipología previamente establecida, tal como sucede con la justicia militar en el presente caso.

De otro lado, se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que “las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”,

lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad.

Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú<sup>[6]</sup>, se sancionará por faltas graves

“independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la ley”.

Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos<sup>[7]</sup>. Además, ya el Tribunal ha señalado en una demanda

[6] Ahora prescrito como Decreto Supremo 019-2004-DE-SG, en Texto Único Ordenado.

[7] Se sanciona al favorecido “sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar” [Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del Expediente)].

de inconstitucionalidad (Sentencia del Expediente 0023-2003-AA/TC, fundamento 87.b) que

“si entre las instituciones ‘administración’ y ‘justicia’ militar no existe equiparidad, entonces la calificación y enjuiciamiento de conductas de esa naturaleza no puede estar confiada a un órgano al cual se ha encargado el juzgamiento y la sanción de los delitos de función”.

Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in idem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado.

## **7. Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal**

Sobre el tema, se debe decir que la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativa es una sola.

Pero cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal.

## **§2. La presunción de inocencia**

### **8. Según la demandante, vulneración de la presunción de inocencia**

Configurando un delito de abuso de autoridad, para la accionante, el juez militar ha afectado la presunción de inocencia

“pues no habiéndose declarado judicialmente su responsabilidad penal mediante resolución judicial, se tomó la presunta comisión de dichos ilícitos penales como determinante para disponerse la sanción de pase a la situación de retiro de operado”<sup>[8]</sup>.

### **9. El sentido constitucional de la presunción de inocencia**

La presunción de inocencia es a la vez un principio y un derecho fundamental, previsto en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, según el cual

“toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”<sup>[9]</sup>.

De la mano con el derecho a la contradicción correcta y transparente se encuentra el cumplimiento real y la observancia de la presunción de inocencia. Esta presunción,

---

[8] Fundamento de hecho 4 de la demanda (f. 2 del expediente).

[9] Sobre este mismo tema, también artículos 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

nacida del principio *pro homine*, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como para no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria.

Consecuente con ello, cabe reparar la existencia de la presunción de inocencia administrativa, según la cual se debe considerar que no se puede tener en cuenta que el funcionario o servidor público ha cometido infracción a menos que la autoridad administrativa haya determinado su responsabilidad.

### 10. El procedimiento disciplinario de pase a retiro

En el ámbito militar, siguiendo el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, el pase a la situación de retiro a los técnicos, suboficiales y oficiales de mar de las Fuerzas Armadas del Perú por medida disciplinaria<sup>[10]</sup>

“se producirá por faltas graves contra el buen servicio y/o cuando la mala conducta del personal afecte gravemente el honor y el decoro militar [...] previa recomendación de la Junta de Investigación, la que deberá oír al personal”.

Sobre esta base, y cumpliendo todos los requisitos formales, la Comandancia General de la Marina, decide

“pasar a la situación de retiro por la causal de ‘medida disciplinaria’ al Oficial de Mar 3° Man. Nicanor CARREÑO Castillo, CIP: 01923560, a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar”<sup>[11]</sup>.

Pero, queda un punto por dilucidar. ¿Cuál es el hecho que motiva la afectación al honor y decoro militar? En la misma resolución se deja sentado que esta se fundamenta en la investigación del beneficiario, al igual que de otras personas,

“por estar involucrados en la sustracción de SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO (7,284) galones de petróleo Diesel-2 de los tanques de combustibles de la citada unidad”<sup>[12]</sup>.

---

[10] La sanción por medida disciplinaria se encuentra expresada en el artículo 51 inciso f del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú.

[11] Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del expediente).

[12] Considerando de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 6 del expediente).

## **11. Pase a retiro y presunción de inocencia**

Tal como constitucionalmente está prevista la presunción de inocencia, el juzgador no puede presumir la responsabilidad de una persona si es que antes no se ha demostrado y verificado sobre la base de los hechos.

Sin embargo, hay que saber diferenciar la naturaleza de las responsabilidades que pueden existir sobre la base de un mismo hecho, sin que ello venga a suponer un *ne bis in ídem*, tal como se ha venido a sostener anteriormente. En el caso concreto, si bien el hecho de la sustracción del petróleo supone una investigación judicial que se está llevando a cabo, no puede soslayarse la investigación administrativa que paralelamente tiene que realizar la propia institución con el fin de mantener la incolumidad de la propia organización.

No es que esta última se está basando en una responsabilidad no determinada para el caso de la primera, sino que el mismo hecho determina una intervención administrativa concurrente y paralela a la judicial. De lo expuesto, se desprende que no ha existido afectación alguna a la presunción de inocencia administrativa.

## **B. Delito de función y jurisdicción militar**

### **12. El *iura nóvit curia* constitucional y delito de función**

Corresponde al Tribunal Constitucional conocer y aplicar el derecho pertinente, para resolver el conflicto constitucional, aun cuando este no haya sido demandado por la parte.

Por ello, pese a que no se han cuestionado aspectos básicos acerca del delito de función y la competencia de justicia militar a través de la demanda de hábeas corpus, es menester de la presente sentencia analizarlas para un mejor resolver.

Este Colegiado ya ha señalado en el fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 0905-2001-AA/TC, que el ámbito contradictorio del proceso y la congruencia de la sentencia no se ven

“afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del *iura nóvit curia* en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel”.

Por tanto, este Colegiado considera pertinente entrar a analizar el carácter del proceso judicial militar para ver su congruencia constitucional y analizar su conveniencia de considerarlo como ‘proceso regular’.

### **§1. Naturaleza del delito de función**

### **13. La justicia militar**

Recientemente, por un criterio de defensa democrática, el Tribunal Constitucional ha venido a delimitar el contenido de la justicia constitucional (Sentencias de los

Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC).

Adicionalmente, la justicia militar ha sido concebida como una extensión del poder de mando castrense y policial, aun cuando explícitamente se haya reconocido en el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar que

“los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas la Moralidad, el Orden y la Disciplina”.

No obstante, resulta fundamental que, en un sistema democrático e independientemente de la institución que juzgue a los militares, esta deberá contar con competencias y atribuciones estrictamente delimitadas y deberá estar subordinada a la vigencia del ordenamiento constitucional, expresado en el respeto de los derechos fundamentales de las personas procesadas y la garantía del orden jurídico definido para la esfera castrense. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia militar debe contener diversos aspectos que deben desarrollarse en una clave más congruente con la Norma Fundamental.

#### **14. La competencia de la justicia militar**

En primer lugar, conviene resaltar que actualmente, como parte de los principios jurisdiccionales previstos en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución de 1993 (coincidente con artículo 233, inciso 1, de la Constitución de 1979), se ha señalado que

“no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Entonces, la justicia militar aparece como una forma de jurisdicción distinta a la judicial con reconocimiento constitucional<sup>[13]</sup>. De este modo, tomando en consideración el fundamento 25 de la Sentencia del Expediente 0023-2003-AI/TC,

“la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.

No obstante, no es exacto llamar jurisdicción a la justicia militar. La jurisdicción es única para el Estado, como función que le compete en tanto división y relación entre los poderes. En el caso del tribunal militar, lo que existe es un órgano que tiene ‘competencias’ para ejercer actos jurisdiccionales propios y distintos de los señalados para el Poder Judicial. Tomando en cuenta los principios de unidad constitucional y corrección funcional, la exclusividad de la jurisdicción recaerá en el Estado, y este podrá crear ámbitos de aplicación de ella: así, los asuntos ordinarios en el Poder Judicial, los asuntos constitucionales en el Tribunal Constitucional, o los asuntos castrenses en la justicia militar.

#### **15. Los delitos de función castrense en la justicia militar**

Constitucionalmente, se ha prescrito en el artículo 173 que

---

[13] Según la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, la justicia militar “constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial” [fund. 126].



“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. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

Por tal razón, el delito de función entrañará, según el fundamento 132 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

“aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Sin embargo, para considerar que un delito es de función o no, y que por lo tanto es materia de la competencia de la justicia militar, es necesario que concurren dos elementos: uno personal, referido al tipo de personas que están sujetas a su autoridad, y otro objetivo, respecto a los bienes jurídicos tutelados a través del tipo penal. Y estos temas son los que este Tribunal pasa a revisar a fin de analizar si en el caso concreto la sustracción de petróleo constituye o no un delito de función.

## **§2. El ámbito subjetivo del delito de función**

### **16. Según la demandante, al ser el detenido un militar en retiro no le corresponde la justicia militar**

Con toda claridad, la demandante ha argüido que

“don Nicanor Carreño Castillo está detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión más de 30 días, y es más, dicho Centro de Reclusión donde se encuentra detenido solamente es para personal militar que ha sido sentenciado por delito de traición a la patria, y delito de función, pero sigue en situación en actividad, y no para personal que se encuentre en situación de retiro, lo que se tiene, que se ha debido poner a disposición del fuero común y sea este ente que asuma competencia, sin embargo, nunca se efectuó”<sup>[14]</sup>.

### **17. Según el demandado, el proceso es regular**

Frente a tal argumento, a la hora de brindar su declaración, el emplazado alega que la demanda carece de fundamento

“en razón [de] que el accionante se encuentra debidamente sometido a un proceso judicial [en] el fuero militar por su presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos encontrándose en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en una unidad de la Marina de Guerra del Perú”.

En tal sentido, corresponde analizar cómo se configura el delito de función con respecto al ámbito subjetivo.

---

[14] Fundamento de hecho 5 de la demanda (f. 2, 3 del expediente).

## 18. Responsabilidad personal en los delitos de función

Solamente podrán ser plausibles de proceso ante la justicia militar los militares en ejercicio de su función, es decir ‘en actividad’, tal como se encuentra considerándolo el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso. Estos serán los únicos que se consideren ‘sujetos activos del ilícito castrense’.

La salvedad que existe hoy en día con respecto a los delitos de terrorismo y traición a la patria (artículo 173 de la Constitución) debe quedar desvirtuada. Este tema también levantó polémica jurisdiccional. Ante ello este Colegiado ha señalado, en la Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, que

“la autorización para que los tribunales militares juzguen civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural”<sup>[15]</sup>,

Es decir, de acuerdo con el fundamento 134-B de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, es un requisito de la configuración de un delito como de función castrense que sea cometido por un militar:

“el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho”.

## 19. Delitos de función y retirados

Los que no ostentan la calidad de militar, en ningún supuesto pueden ser juzgados por la justicia militar, pues, como lo analiza prospectivamente el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso

“el ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles”.

En esencia, como bien lo ha señalado la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci, de 1999,

“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 ese carácter”.

Por lo tanto, lógicamente no se debe incluir a los militares en situación de disponibilidad (desarrollo de este tema en el artículo 70 del Decreto Legislativo 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea) ni deberían estar incurso los que están en estado de disponibilidad. Tampoco aquellos sujetos al régimen de servicio militar, en tanto no son militares, a diferencia de lo que se prescribe en la actualidad (artículo 173 de la Constitución)

---

[15] Por esta razón se ha venido pidiendo su modificación [Informe correspondiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Año 1996].

## **20. Los sujetos activos de los delitos de función**

Según este Colegiado, como parte del fundamento 129 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

“la justicia castrense no constituye un ‘fuero personal’ conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un ‘fuero privativo’ centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

De ello se colige que no todo ilícito penal cometido por un militar o policía se juzgará en la justicia militar, ya que si el ilícito es de ‘naturaleza’ común, el procesamiento corresponderá al Poder Judicial, independientemente de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

## **21. La comisión del delito en acto de servicio**

Adicionalmente, según ya ha venido señalando este Colegiado, en el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

“cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él”.

En el caso concreto, cuando se realizó la supuesta sustracción del petróleo, el beneficiario de la presente acción se encontraba en ejercicio de sus funciones castrenses, y se aprovechó de su ocupación para desviar de su trabajo a quien estaba custodiando el petróleo:

“En dicho puesto de guardia se encontraba de guardia en la facción de 00:00 a 04:00 horas el Cb2 art. David Quispe Rivas, quien fue propuesto por el OM3 Man. Carreño Castillo para que se vaya a dormir a cambio de que le traiga una (01) taza de café, el cual fue aceptado por dicho tripulante, quien abandonó su puesto de guardia dejando su armamento en el portalón a cargo del OM de guardia”<sup>[16]</sup>.

## **22. La situación de retiro como consecuencia de los hechos materia de investigación**

Independientemente del motivo de la separación del servicio activo de la Marina, en la actualidad el beneficiario se encuentra en situación de retiro. Sin embargo, su juzgamiento se refiere a hechos que él cometió en el momento en que se encontraba en situación de actividad, y con ocasión del servicio.

Por tal razón, es perfectamente posible que la justicia militar se avoque a causas en que los sujetos activos no estén como militares en actividad en la actualidad, es decir, en el momento en que están siendo procesados, pero que lo estuvieron en el momento de la supuesta comisión del delito.

---

[16] Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

### §3. El ámbito objetivo del delito de función

#### 23. Delitos materia de intervención de la justicia militar

Debe quedar establecido con claridad cuáles son los delitos que pueden ser materia de análisis de la justicia militar. Parece ser que el listado que presenta el Código de Justicia Militar en algunos aspectos se contradice con los delitos contemplados por el Código Penal. Se deberá someter a revisión la decisión de que la justicia militar se ejerza por razón del delito o por razón del lugar, tal como se encuentra señalado en el artículo 319 del Código de Justicia Militar.

En la actualidad, la justicia militar es competente por diversos criterios, y no todos correctos:

- formalmente, si el delito está tipificado previamente (artículo 2 del Código de Justicia Militar);
- subjetivamente, si la persona es un militar en actividad (artículo 324 del Código de Justicia Militar), tal como se analizó *supra*;
- causal, y ocasionalmente, si los hechos tienen relación con el ámbito militar;
- por el lugar de la comisión del hecho, tal como sucediera para los casos de zonas de emergencia (Ley 24150, de 1985, y Decreto Supremo 006-86-JUS, de 1986), y
- materialmente, si el delito es de función.

#### 24. La naturaleza de los delitos de función

Lo más correcto sería reconducir todos los criterios antes enunciados hacia una nueva definición de lo que es un delito de función. Este se presenta cuando la conducta del militar o del policía en actividad pone en riesgo o atenta contra la actuación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

En la práctica se ha desnaturalizado lo que se entiende por delitos de función. Por tal motivo, se sugiere hacer una revisión de los tipos penales que deberían quedar establecidos como delitos militares, en tanto estos sean ‘de función’, según el artículo 173 de la Constitución, o ‘estrictamente castrenses’, según el artículo del Artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso, es decir, realizados en tanto y en cuanto son militares o policías.

Sobre la base de esta concepción de los delitos de función, en estricta relación con los principios de legalidad y tipificación por el Código de Justicia Militar, solamente podrían ser considerados copulativamente como tales<sup>[17]</sup>:

- los relacionados directamente con el ámbito funcional militar o policial;

---

[17] Según Informe Defensorial N° 66 ¿Quién juzga Qué?: Justicia militar vs. Justicia ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- los que afectan bienes jurídicos estrictamente castrenses, y
- los que reconocen un nexo causal entre los delitos cometidos en el ámbito castrense y la función encomendada al sujeto activo militar.

## **25. El bien jurídico tutelado**

Constitucionalmente, en el artículo 165, las Fuerzas Armadas

“tienen por finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”.

Es decir, si existe un delito de función, este debe estar en estricta relación con las funciones antes explicadas. De esta manera, según el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

“se trata de afectaciones 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 [de la] organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses”<sup>[18]</sup>.

## **26. Denuncia por el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones**

En el caso del beneficiario de la presente acción, este ha sido denunciado por haber sido presunto autor del delito contra el deber y dignidad de la función<sup>[19]</sup>, pese a que posteriormente no se le abriera instrucción por tal delito, que según el Código de Justicia Militar se refiere a lo siguiente en su artículo 200:

“Cometen delito contra el deber y dignidad de la función los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que en ejercicio de su función o con ocasión de ella incurrir en cualesquiera de las infracciones siguientes: [...].

2. Aceptar regalos, promesas o cualquier otra ventaja a sabiendas de que les son hechas con el fin de violar sus obligaciones”.

Sin embargo, ¿este tipo penal puede ser considerado como un delito de función? Como bien este Colegiado ha venido señalando, para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de ‘función’ o ‘militar’, se necesita, aparte de que el sujeto activo sea militar en actividad, que

“i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo

---

[18] Es decir debe poseer un “carácter de interés institucionalmente vital” [fund. 133 de la misma sentencia].

[19] Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal”<sup>[20]</sup>.

Tal como está previsto en el caso general, una figura como la expresada en el Código de Justicia Militar podría encajar en un tipo penal previsto para cualquier funcionario público, entre los que se puede encontrar a los militares<sup>[21]</sup>. De hecho, el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública es la protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a la consideración de tal investidura. De esta forma se debe analizar, entre otros, el tipo de cohecho propio (artículo 393 del Código Penal <sup>[22]</sup>) que señala que

“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal [...]”.

La ética pública (como contradicción a la corrupción de funcionarios) no es un bien jurídico tutelado que debe ser expresado de manera distinta en las diversas instituciones del Estado. De esta forma, el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones no tiene relación alguna con el rol constitucional de la actividad de las Fuerzas Armadas. La ética pública pertenece tanto a las instituciones castrenses como al resto de instituciones públicas, pues como bien señala el artículo 138 de la Constitución

“todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

## **27. Apertura de instrucción por delito de enajenación y pérdida de objeto y prendas militares y material del Estado**

Como parte de la apertura de instrucción, el juez ha creído conveniente abrir proceso

<sup>[20]</sup> Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, fund. 134-A.

<sup>[21]</sup> Para efectos penales, se consideran funcionarios o servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional” [artículo 425, inciso 5, del Código Penal].

<sup>[22]</sup> Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 28355.

“Contra el Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor Carreño Castillo por delito de ‘Enajenación y Pérdida de Objeto y Prendas Militares y Material del Estado’ en agravio del Estado – Marina de Guerra del Perú”<sup>[23]</sup>.

Según este delito previsto en el artículo 276 del Código de Justicia Militar,

“los militares que enajenen, pignoren o pierdan armas, municiones, combustibles, lubricantes, animales destinados al servicio, aparatos o efectos de buques de guerra, aeronaves militares, medios de comunicación, prendas militares, víveres, forrajes u otros materiales, sufrirán la pena de prisión o reclusión militar, cuando su valor exceda de diez mil soles oro. Si no excediere de dicha suma se reprimirá como falta”.

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, un tipo de estas características no tiene conexión alguna con los fines que deben cumplir las Fuerzas Armadas según la Constitución. Por ende, al igual que en el caso anterior, no pueden ser juzgados los militares por actos que son considerados como delitos comunes.

Por más que en el caso de las normas penales militares la referencia directa sean bienes jurídicos castrenses, la acción de la persona tiene de por sí un carácter particular, como puede ser cometido a través de un hurto<sup>[24]</sup> o una omisión de deberes funcionales<sup>[25]</sup>.

## **28. La sustracción del petróleo y los delitos en sede ordinaria**

Aparte de que la falta de congruencia [...] puede constituir entre el tipo penal denunciado y aquel por el que se ha abierto instrucción no tienen coherencia, que puede constituir una afectación al derecho al debido proceso de la persona (Artículo 139, inciso 3, de la Constitución), en ninguno de los dos casos, es posible que la justicia militar se considere competente para analizar actividades de los militares en actividad.

De esta manera, no podrá considerarse un proceso como regular cuando un proceso se sustente en normas constitucionalmente reprochables, como son, en el presente caso, los delitos antes mencionados. Por lo tanto, debe declararse tales normas como inaplicables al caso concreto.

Sobre la base de los hechos ocurridos en la sustracción de petróleo del barco de la Marina de Guerra, aparte de la intervención del beneficiario de la presente acción para evitar la custodia de los galones de petróleo, es importante recalcar qué es lo que el principal involucrado en el delito refiere ante las autoridades que lo investigaron:

---

[23] Resolución N° 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

[24] Artículo 185 del Código Penal (“el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra”).

[25] Artículo 377 del Código Penal (“el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo”).



“Asimismo refiere que este dinero fue repartido... al OM3 Man. Carreño Castillo, doscientos (S/. 200,00) con 00/100 nuevos soles, con la finalidad de que no informara los hechos” [26].

Por tanto, lo más conveniente es que estos procesos sean nuevamente analizados en sede ordinaria, y se declare nulo el proceso penal militar abierto en contra del favorecido.

## C. MANDATO DE DETENCIÓN Y JUSTICIA MILITAR

### 29. Privación de libertad y mandato de detención

El hecho que sustenta la privación de la libertad del favorecido se centra en el mandato de detención emitido en su contra, tal como se pudo observar *supra*. Independientemente de las conclusiones a las que este Tribunal acaba de arribar, es necesario pronunciarse sobre este extremo.

A entender de este Colegiado, es menester analizar la racionalidad y razonabilidad del tal mandato, motivo para lo cual es necesario nuevamente recurrir al *iura nóvit curia* constitucional, por no ser este hecho un fundamento de la demanda.

### 30. El carácter del mandato de detención en la justicia militar

Partiendo de que, según el artículo 520 del Código de Justicia Militar, solamente podrá haber detención en caso de que

“haya suficientes datos para considerar responsable al denunciado”,

se debe señalar que solamente se podrá llegar a ella si es que previamente se ha mandado comparecencia en un supuesto como el establecido en el artículo 522 del Código de Justicia Militar:

“La orden de comparecencia será dictada bajo apercibimiento de detención, la que se hará efectiva si el inculpado no concurre a la citación”.

Tras la instructiva, el juez militar debe determinar finalmente si ordena mandato de detención definitiva o simplemente comparecencia.

Este es el marco procesal en el que se ha debido resolver el caso. Sin embargo, también debe quedar claro que la discrecionalidad que el Código de Justicia Militar brinda al juez no debe ser entendida como arbitraria. Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

---

[26] Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del expediente).

### **31. La variación del mandato de comparecencia por el de detención**

En la apertura de instrucción, el juez determinó mandato de comparecencia al beneficiario de la acción<sup>[27]</sup>.

Sin embargo, posteriormente se resuelve la variación de tal mandato por el de detención. Para fundamentarlo el juez militar señaló lo siguiente:

“VISTOS; estando la razón del Secretario curso, por la que informa que el Oficial de Mar Tercero Maniobrista no desea rendir su declaración instructiva sin la presencia de su abogado defensor de elección, asimismo tiene conocimiento que se ha resuelto dictar orden de detención definitiva contra el Técnico Tercero Electricista César Espinoza Miranda, en consecuencia: a efectos de cautelar la correcta administración de justicia”<sup>[28]</sup>.

De tal manera que el juez ha debido observar la incomparecencia del inculcado a la citación, o tomando en consideración algún elemento que demande la necesidad de que el supuesto sujeto activo del delito requiera ser detenido.

Es más, el propio Código señala al respecto, en su artículo 525, que

“el auto de detención definitiva deberá ser fundada, refiriéndose de modo concreto a las piezas del expediente de las que resulte la comprobación de la existencia del delito y la presunción de ser el inculcado responsable del mismo. La falta de fundamento producirá la nulidad del auto”.

### **32. La proscripción de la arbitrariedad en cualquier acto de la Administración**

Para este Colegiado, no puede consentirse que la decisión que se tome, menos aún de un juez, esté sustentada en un libre criterio que pueda llegar a ser arbitrario.

Ello porque

“desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”<sup>[29]</sup>.

---

[27] Resolución 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

[28] Resolución del juez del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

[29] Sentencia del Expediente 0090-2004-AA/TC, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, fund. 13. Además, “en ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como ‘discrecionales’, no pueden ser ‘arbitrarias’, por cuanto son sucesivamente ‘jurídicas’ y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la ‘crítica racional’” [fund. 12].

Sobre la base de una norma como aquella según la cual es un principio de la función jurisdiccional, tal como lo prevé el artículo 139, inciso 5, de la Constitución,

“la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”,

no puede permitirse que el mandato de detención emitido sea contrario a las reglas judiciales de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, más aún si una norma como esta exige que la disquisición jurídica del juez sea coherente con los hechos y el derecho con respecto a lo que se está resolviendo.

Es más, según la propia Constitución, en su artículo 2, inciso 24, acápite f,

“nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez”.

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente 0090-2004-AA, Caso Juan Carlos Calleghari Herazo, es

“una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad”.

### **33. Incongruencia del mandato de detención**

De lo expuesto, queda claro que el mandato de detención emitido no cumple los requisitos básicos de coherencia resolutive, pues a través de él se señalan dos motivos para que sea dictado.

En primer lugar, si se ha determinado el mandato de detención de otro de los involucrados en el proceso penal, esto no tiene relación alguna con el beneficiario de esta acción. Tomando en cuenta que existe el principio de responsabilidad personal en materia penal, que se use este argumento como motivación de la detención es irracional.

De otro lado, que no se permita que se ejerza un verdadero derecho a la defensa con asesoramiento letrado es un acto contrario a la Constitución, la misma que señala en su artículo 139, inciso 14, como un derecho el “comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

Por tales razones, se declara nulo el mandato de detención emitido, y se debe ordenar la inmediata liberación del detenido.

### **34. Validez constitucional de los requisitos del mandato de detención**

Independientemente de lo señalado en los párrafos anteriores en los que se ha admitido el marco normativo para analizar el caso concreto, es necesario realizar un estudio de la conveniencia constitucional de los requisitos para emitir el mandato de detención.

Como se observa, el nivel de discrecionalidad con que cuenta el juez para determinar el mandato de detención en el proceso penal militar es sumamente alto. Esto motiva que se debe reconducir tal normatividad hacia parámetros más precisos de protección de los derechos a la libertad de la persona.

Por tal razón, se considera pertinente tratar de avanzar hacia un nivel como el expresado en las normas procesales ordinarias que, habiendo sido promulgadas, aún se encuentran en *vacatio legis*, pero que puede servir de marco normativo para el mandato de detención militar. Según esta norma (exactamente, artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal<sup>[30]</sup>),

“1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad”.

De tal manera, se requiere con urgencia una norma de naturaleza similar en el proceso penal militar para que sean constitucionales sus mandatos de detención y no se mantengan los abusos en su emisión, tal como se han mostrado en el presente caso.

## V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

## HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda de hábeas corpus de autos.

Por tanto:

1. Ordena la inmediata libertad del detenido.
2. Son inaplicables al caso concreto los artículos 200 y 276 del Código de Justicia Militar.

---

[30] Decreto Legislativo 957, que aún no se encuentra vigente.

3. Exhorta al Congreso a emitir las normas adecuadas respecto a la detención en un proceso militar, asimilándolas a las detenciones en los procesos ordinarios.

4. Dispone la remisión de los actuados al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI.

GARCÍA TOMA.

LANDA ARROYO.

5. **EXP. N.º 6081-2005-PHC/TC, LIMA, ALONSO LEONARDO ESQUIVEL CORNEJO**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 29 días del mes de agosto de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Melquiades Antonio Camayo Ramírez contra la sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 417, su fecha 17 de junio de 2005, que declara infundado el hábeas corpus de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 25 de abril de 2005, el recurrente interpone hábeas corpus a favor de don Alonso Leonardo Esquivel Cornejo, cuestionando la apertura de instrucción en el Fuero Militar por los delitos de insulto al superior e insubordinación, proceso signado con el N.º 2003-0042-52000. Según alega, al beneficiario se le abrió instrucción a pesar de que el Fiscal de la Vocalía de Instrucción resolvió que no había mérito para formalizar denuncia fiscal, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 375º del Código de Justicia Militar. Ello, sostiene, vulnera el debido proceso, toda vez que, de acuerdo al artículo 159º de la Constitución, el ejercicio de la acción penal es una actividad que corresponde únicamente al Ministerio Público. Agrega que el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia N.º 0023-2003-AI/TC, declaró inconstitucional el precitado artículo 375º del Código de Justicia Militar.

Realizada la investigación sumaria, se tomó la declaración del General de Brigada del Ejército del Perú Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, quien refiere que cuando se desempeñaba como vocal instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar conoció del referido proceso a través del incidente de consulta por el que fue elevado el auto apertorio de instrucción. Señala que el proceso se está llevando a cabo de acuerdo al debido proceso y la tutela procesal efectiva.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 3 de mayo de 2005, declaró fundado el hábeas corpus por considerar que se abrió instrucción sin que medie denuncia fiscal, y que no se llevó a cabo un juicio justo dentro de las garantías del debido proceso.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que si bien el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 375° del Código de Justicia Militar, ha suspendido los efectos de inconstitucionalidad de la norma.

#### FUNDAMENTOS

1. El demandante solicita que se deje sin efecto el proceso seguido ante la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Coronel EP Alonso Leonardo Esquivel Cornejo, signado con el N.º 2003-0042-52000. Alega que se le abrió proceso a pesar de que el fiscal militar dispuso no haber mérito para formalizar denuncia.

2. A la fecha de la interposición de la demanda, el recurrente ya se encontraba condenado en primera instancia a una pena de 6 meses de reclusión suspendida condicionalmente, la misma que fue anulada con fecha 18 de abril de 2005 por la Sala Suprema de Justicia Militar, ordenándose ampliar la instrucción. Este Colegiado considera que la referida anulación no impide emitir resolución de fondo, en aplicación del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, ya que la misma se produjo con posterioridad a la sentencia.

3. Por otro lado, si bien de lo expuesto en el párrafo anterior se deduce que la condena impuesta al demandante no tenía, al momento de interponerse la demanda, carácter de firme, y por lo tanto no se estaría cumpliendo uno de los requisitos para cuestionar mediante hábeas corpus una resolución de carácter jurisdiccional previsto en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, no corresponde declarar la improcedencia de la demanda, toda vez que la resolución cuestionada es el auto apertorio de instrucción, contra el cual no procede ningún medio impugnatorio mediante el cual se pueda cuestionar lo alegado en el presente hábeas corpus. De acuerdo al artículo 375° del Código de Justicia Militar, el auto apertorio de instrucción fue elevado en consulta, la misma que se resolvió en el sentido de aprobar la referida apertura de instrucción.

4. El auto apertorio de instrucción en el presente caso se dictó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 375° del Código de Justicia Militar, que establece que en caso el Ministerio Público se abstuviese de formalizar denuncia, el tribunal o el juez podrá dictar el auto apertorio de instrucción. Este Colegiado considera que dicha disposición aplicada al presente caso resulta violatoria de la autonomía del Ministerio Público prevista constitucionalmente, y que establece que el Ministerio Público es el titular de la acción penal, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 158° y 159° de la Constitución. Por tanto, resulta inválido un auto apertorio de instrucción dispuesto sin la correspondiente denuncia. Ello resulta congruente con lo señalado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 023-2003-AI/TC, que declara la

inconstitucionalidad de determinadas normas que rigen el proceso judicial en el fuero militar, entre ellas el artículo 375° del Código de Justicia Militar, en virtud al cual se puede abrir instrucción aun sin que medie denuncia del fiscal.

5. Es preciso indicar que si bien el Tribunal Constitucional, en la precitada sentencia, moduló los efectos de la misma, estableciendo una *vacatio sententiae* de un año a partir de su publicación en el diario oficial, no impide que emita pronunciamiento en el marco de un proceso constitucional de la libertad, aplicando control difuso respecto de las normas que se cuestionan. La referida *vacatio* tiene por efecto prolongar la vigencia de las normas declaradas inconstitucionales, mas no impedir que los jueces, en todo tipo de procesos, de conformidad con lo establecido en el artículo 138° *in fine* de la Constitución, puedan efectuar un control concreto de constitucionalidad de las mismas.

6. Por otro lado, es necesario señalar que la citada *vacatio sententiae* tuvo objeto fijar un plazo breve y razonable para que, declarada la inconstitucionalidad del procedimiento establecido en el Código de Justicia Militar, el legislador regule un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de nuevos procesos penales militares para los sentenciados por la jurisdicción militar [Fundamento N.º 89 *in fine* de la Sentencia]. No obstante, el fundamento N.º 7 de la Resolución de Aclaración de dicha sentencia, de fecha 4 de noviembre de 2004, precisa que “(...) este Tribunal considera que la organización y funcionamiento de representantes del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación *ad hoc*”. Asimismo, en el fundamento N.º 3 de la mencionada resolución se exhorta al Ministerio Público para que “(...) en el más breve plazo, designe a sus representantes ante la jurisdicción militar”.

Finalmente, debe enfatizarse que una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece que no hay mérito a formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADO el hábeas corpus.
2. Dejar sin efecto el proceso seguido ante la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar signado con el N.º 2003-0042-52000 respecto del Coronel EP Alonso Leonardo Esquivel Cornejo.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN.

GONZÁLES OJEDA.

VERGARA GOTELLI.



## 1.2. AÑO 2006

### A) PROCESOS DE AMPARO

#### 1. EXP. N.º 4587-2004-AA/TC, LIMA, SANTIAGO MARTÍN RIVAS

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli

#### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Santiago Martín Rivas contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 6 de agosto de 2004, de fojas 69 del segundo cuaderno, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de amparo.

#### ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo con fecha 11 de agosto de 2003, y la dirige contra la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, solicitando se deje sin efecto las resoluciones de fechas 1 de junio y 4 de junio de 2001, mediante las cuales se anuló la resolución que confirma el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados en la causa N.º. 494-94 (Barrios Altos), así como la que anula la resolución de sobreseimiento definitivo de la Sala de Guerra, por considerar que se viola sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, seguridad jurídica, cosa juzgada, debido proceso y la prohibición de revivir procesos fenecidos.

Alega que en el proceso penal (Exp. N.º. 494-94) que se le siguiera ante los tribunales militares por los delitos derivados de los hechos conocidos como Barrios Altos, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar dictó, en julio de 1995, una resolución de sobreseimiento definitivo, al amparo del artículo 559º, inciso 3º, del Código de Justicia Militar. Refiere que una vez que dichos actuados se elevaron a la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante resolución de fecha 26 de julio de 1995, ésta confirmó dicha resolución, alcanzando el carácter de cosa juzgada. Sostiene que, pese a que en dicha resolución no se hizo aplicación de las leyes de amnistía (Nos 26479 y 26492) y, por tanto, que no le alcanza los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, posteriormente, con fecha 4 de junio de 2001, la misma Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró nula aquella resolución y se inhibió del conocimiento de la causa a favor del fuero común, violando de esa forma la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica.

Con fecha 21 de agosto de 2003, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente, *in limine*, la demanda, tras considerar que la resolución que se cuestiona se dictó con el propósito de cumplir la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que mediante el amparo no se puede cuestionar lo resuelto por un organismo supranacional de protección de los derechos humanos.

La recurrida, por su parte, confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

### §1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto las resoluciones de fecha 1 de junio de 2001 y 4 de junio de 2001, expedidas por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante las cuales se anuló la resolución que confirma el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados en la causa N°. 494-94 (Barrios Altos) por considerar el actor que se viola sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, tutela jurisdiccional, cosa juzgada, seguridad jurídica y la prohibición de revivir procesos fenecidos.

### §2. Aspectos formales

#### 2.1. Rechazo liminar de la demanda

##### Apreciación de las instancias judiciales ordinarias

2. Tanto la resolución recurrida como, en su momento, la apelada, liminarmente declararon improcedente la demanda tras considerar que la resolución que se cuestiona se dictó con el propósito de cumplir la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos y que mediante el amparo no se puede cuestionar lo resuelto por un organismo supranacional de protección de los derechos humanos.

##### Apreciación del demandante

3. Al interponerse el recurso de agravio constitucional, el recurrente ha sostenido que el objeto de su demanda es obtener una resolución que se pronuncie en torno a si, en el caso de autos, se lesionó la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada.

Frente a lo afirmado por la recurrida, ha sostenido que

“(…) en el caso que dio origen a la presente Acción de Amparo; no se trata de una simple irregularidad sino de una agresión al derecho constitucional”<sup>[1]</sup>.

---

[1] Escrito de 3 de noviembre de 2004, folios 81 del segundo cuaderno.

En ese sentido, aduce que su

“(…) acción está basada en el artículo 5 de la Ley N°. 23506, el cual dispone que las acciones de garantía son pertinentes si una autoridad judicial emite una resolución, o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional; como es de su conocimiento, el suscrito está pidiendo el respeto de la Cosa Juzgada prevista en el Art. 139° inciso 13, derecho que viene siendo vulnerado mediante diversas resoluciones judiciales.<sup>[2]</sup>”

3. Posteriormente, con fecha 9 de junio de 2005, el recurrente presentó ante este Tribunal copias de las STC 2492-2003-AA/TC y 0410-2003-AA/TC, indicando que ambas

“(…) admiten a trámite las demandas de Acción de Amparo cuyo fundamento es el respeto *‘al principio de la Cosa Juzgada y el ne bis in ídem’*, tal y como se trata en la acción de amparo interpuesta por el suscrito.<sup>[3]</sup>”

#### **Apreciación del representante de la entidad emplazada**

4. Por su parte, el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha sostenido que mediante el proceso constitucional de amparo, el recurrente aspira

“(…) imponer un criterio personal para no ser juzgado en el fuero competente que en su caso es el Ordinario, y no como pretende el de ser juzgado en el Fuero Militar, por todo esto, clara y meridianamente se concluye que las Ejecutorias Supremas cuestionadas por el accionante tienen la razón y el sustento legal ordenados por una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), por lo que dichas Ejecutorias ahora cuestionadas, se han dado teniéndose a bien todas las garantías procesales y con la observancia a las normas y leyes establecidas para la materia. De lo que se deduce, es que el accionante pretende vía Acción de Amparo, la revisión de resoluciones firmes dictadas dentro de un proceso regular y con la observancia legal y expedida por un órgano jurisdiccional competente, cuya autonomía está plenamente garantizada por la Constitución Política.<sup>[4]</sup>”

#### **Apreciaciones del Tribunal Constitucional**

5. El artículo 14° de la Ley N°. 25398, aplicado por las instancias judiciales precedentes para rechazar liminarmente la demanda, disponía que

“Cuando la acción de garantía resultase manifiestamente improcedente por las causales señaladas en los artículos 6 y 37 de la Ley, el juez puede rechazar de plano la acción incoada (...).”

A su vez, el artículo 23 de la misma Ley N°. 25398, establecía que:

---

[2] Escrito de 3 de noviembre de 2004, folios 82 del segundo cuaderno.

[3] Escrito de 9 de junio de 2005, folios 3, del cuaderno del Tribunal Constitucional.

[4] Escrito de fecha 6 de agosto de 2004, a folios 49 del segundo cuaderno.

“Cuando la Acción de Amparo resulte manifiestamente improcedente por la causal señalada en el Artículo 27 de la Ley y no fueran aplicables las excepciones del Artículo 28 de la Ley, el juez denegará de plano la acción”.

6. La doctrina sentada por este Tribunal en torno a los alcances de dichas disposiciones, actualmente derogadas, esencialmente, era la de considerar que el rechazo liminar de una demanda se encontraba sujeto al principio de legalidad, de manera que sólo podía efectuarse por cualquiera de las causales establecidas en los artículos 6, 27 y 37 de la Ley N°. 23506.

7. A su vez, tratándose de la causal establecida en el inciso 2) del artículo 6° de la Ley N°. 23506, según el cual

“No proceden las acciones de garantía:

(...)

2) Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular”,

la jurisprudencia de este Tribunal era uniforme en exigir que ésta se aplicase sólo en aquellos casos donde la pretensión resultaba “manifiestamente” improcedente, ya sea porque los hechos y la pretensión no estaban referidos a un derecho directamente reconocido en la Constitución o porque era notoriamente manifiesto que mediante el amparo se pretendía que el juez constitucional se superponga y sustituya al juez ordinario en el ejercicio de sus competencias.

8. En todos los demás casos, y particularmente en aquellos donde se había alegado la violación de un derecho fundamental de orden procesal, este Tribunal fue de la opinión que el supuesto de “manifiesta improcedencia” de la demanda, como supuesto para el rechazo liminar, era una cuestión que sólo podía determinarse con un pronunciamiento sobre el fondo, lo que presuponía, como es obvio, la admisión de la demanda, así como la realización de un mínimo de debate en torno a la lesividad o no del acto reclamado.

Así, por ejemplo, en la STC 0757-2004-PA/TC sostuvimos que

“(…) es necesario hacer una primera precisión respecto del rechazo liminar dictado por las instancias precedentes, en cuanto a que toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial requiere, necesariamente, la admisión a trámite de la demanda y su correspondiente traslado a los emplazados, con el objeto de que estos expliquen las razones que habrían motivado la supuesta agresión, así como la actuación de todos los medios probatorios que coadyuven a verificar la regularidad de la actuación jurisdiccional (...)” (Fund. Jur. N°. 3).

9. Dicho criterio, por cierto, ha sido acogido por el artículo 47° del Código Procesal Constitucional, el mismo que, si bien ahora no contempla explícitamente la hipótesis del rechazo liminar de la demanda dirigida a impugnar resoluciones judiciales, sin embargo, establece que:

“Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá

rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código (...).”

10. Una revisión de los supuestos contemplados en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, al que reenvía su artículo 47°, permite constatar que, si bien ya no existe una disposición semejante al inciso 2) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, sin embargo, esto no quiere decir que no pueda rechazarse liminarmente un amparo cuando se impugna una resolución judicial, puesto que el supuesto para declararlo ahora se encuentra previsto en el inciso 1) del artículo 5° del referido Código Procesal Constitucional<sup>[5]</sup>.

En efecto, el juez podrá declarar liminarmente improcedente una demanda de amparo contra una resolución judicial, ya sea cuando de una evaluación de los hechos y el petitorio se infiera que éstos no están referidos a un derecho reconocido en la Ley Fundamental, o cuando habiéndose alegado la lesión de un derecho constitucional procesal, sin embargo, es evidente que el acto reclamado no incide sobre el ámbito constitucionalmente protegido del mismo.

11. En el caso, si bien el recurrente, en diversos escritos, ha expresado diversos juicios de valor en torno a la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos –y ello podría interpretarse como que mediante el presente amparo se está cuestionando la sentencia de dicho órgano supranacional–, lo cierto es que se tratan de apreciaciones formuladas colateralmente a su pretensión, que no es otra que denunciar que los órganos de la jurisdicción militar lesionaron diversos derechos fundamentales tras la aplicación de dicha sentencia de la Corte Interamericana a su caso.

En efecto, en el petitorio de la demanda, el recurrente expresó:

“Interpongo Acción de Amparo contra las resoluciones emitidas por la demandada anulando su Resolución que confirma (el) sobreseimiento definitivo que alcanzó el carácter de cosa juzgada en la causa N°. 494-94 (Barrios Altos) del 01 de junio 2001 y contra la resolución del 04 junio 2001 que anula la resolución de sobreseimiento definitivo de la Sala de Guerra (...)”<sup>[6]</sup>.

12. Por tanto, no encontrándose en discusión la validez de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino las resoluciones emitidas por los órganos emplazados, la demanda debió admitirse y, en su momento, resolverse mediante una sentencia de fondo.

Dado que no se ha hecho así, la cuestión que ahora es preciso esclarecer es si, pese a ello, podemos dictar una sentencia sobre el fondo; o, por el contrario, si tal rechazo

---

[5] Complementado por el artículo 38° del mismo Código Procesal Constitucional, en cuanto establece que: “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

[6] Escrito de demanda, de 11 de agosto de 2003, folios 136 del primer cuaderno.

liminar debe llevar a este Tribunal a declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar que se admita la demanda.

## 2.2. Competencia para expedir una sentencia de fondo

13. Frente a casos como el que ahora nos toca decidir, esto es, si pese al rechazo liminar de la demanda este Tribunal podría (o no) dictar una sentencia sobre el fondo, nuestra jurisprudencia es constante, uniforme y consolidada.

14. Si hemos de atenernos a la diferencia que formuláramos en la STC 0569-2003-AC/TC, entre actos procesales defectuosos, inválidos y nulos<sup>[7]</sup>, la aplicación del segundo párrafo del artículo 20º del Código Procesal Constitucional y, por tanto, la anulación de todo lo actuado tras un indebido rechazo liminar de la demanda sólo podría decretarse tratándose de la eventual formulación de un acto nulo; entendiéndolo como aquel

“(…) que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados”<sup>[8]</sup>

15. Desde esta perspectiva, la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar.

16. Tal construcción jurisprudencial, realizada incluso antes de que entrara en vigencia el Código Procesal Constitucional, se ha sustentado en diferentes principios propios a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, en los de *a) economía, b) informalidad y c) la naturaleza objetiva* de los procesos de tutela de derechos fundamentales.

17. a) Por lo que hace al principio de economía procesal, tenemos dicho que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido.

---

[7] “(…) Los actos defectuosos son aquellos que se realizan sin que concurren todos los presupuestos, requisitos y condiciones que determinan su admisibilidad, pero que no generan afectación de principios o de derechos procesales constitucionales de relevancia y, por ese hecho, son inocuos. Por su parte, los actos inválidos son aquellos que se realizan incumpliendo los requisitos y condiciones que la ley prevé, dando lugar, a su vez, a la afectación de derechos o principios constitucionales, pero que, sin embargo, pueden ser subsanados o reparados por sí mismos, o eventualmente por medio de la intervención del juez (Binder, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000. Pág. 96). Finalmente, los actos nulos son aquellos que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados” STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.

[8] STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.

Con ello, no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

18. b) Por lo que hace al principio de informalidad, este Tribunal tiene dicho que si en el caso existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, éste se expedirá respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal,

“en la sustanciación de cualquier acusación penal, formulada contra ella[s], o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”<sup>[9]</sup>,

entonces, una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el sólo hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal incompatible con el “(...) logro de los fines de los procesos constitucionales”, como ahora establece el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

19. c) Finalmente, y no en menor medida, el rechazo liminar de la demanda tampoco ha impedido que este Tribunal, después de percatarse que los derechos de las partes hayan quedado salvados, expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían al caso concreto.

20. Así por ejemplo, en la STC 4549-2004-PC/TC, donde después de advertirse lo innecesario que resultaría declarar la nulidad de todo lo actuado, tras el impertinente rechazo liminar de la demanda, el Tribunal afirmó que su competencia para expedir sentencias sobre el fondo obedecía a

“(...) la necesidad de pronunciamiento inmediato justificada en la particular naturaleza de los hechos discutidos en el presente proceso, los que por otra parte y dado que revisten importancia e incidencia en el ordenamiento, precisan ser abordados de manera prioritaria por este Tribunal en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución” (Fund. Jur. N°. 2).

21. En el caso, como se ha expuesto antes, los jueces de las instancias precedentes debieron admitir la demanda. Y, si bien no lo hicieron, una evaluación de los actuados evidencia:

a) en primer lugar, que existen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; y,

b) en segundo lugar, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados, quienes fueron notificados<sup>[10]</sup>, y si bien no participaron directamente, sí lo hicieron mediante el procurador público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar <sup>[11]</sup>.

---

[9] Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[10] *Cfr.* Oficio de 11 de junio de 2004, folios 44 del segundo cuaderno.

[11] Escrito de 6 de agosto de 2004, folios 46 del segundo cuaderno.



c) por último, es innegable la importancia y trascendencia del caso por las cuestiones que el conlleva, particularmente en lo relativo al cumplimiento de sentencias expedidas por órganos internacionales en materia de derechos humanos y su incidencia en la comprensión y delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser objeto de una doble persecución penal.

Por tanto, este Tribunal es competente para resolver el fondo del asunto.

### §3. Aspectos de fondo

#### 3.1. Alegación de violación del derecho de igualdad en la aplicación de la ley

22. El recurrente ha alegado la lesión del derecho de igualdad<sup>[12]</sup>. Sin embargo, no ha expresado concretamente las razones por las cuales dicho derecho habría sido lesionado, ni acreditado la existencia de un *tertium comparationis* a partir del cual este Tribunal pueda determinar que el tratamiento realizado con él, al no tener justificación, afecte el derecho alegado.

En efecto, en la STC 0031-2004-AI/TC, este Tribunal sostuvo que

“(...) para plantear un supuesto de tratamiento discriminatorio basado en la diferencia de personas es preciso que se proponga un *tertium comparationis* válido, esto es, un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y razonables que lo legitimen [STC N.ºs 0015-2002-AI; 0183-2002-AA/TC; 0552-2002-AA/TC, entre otras]”<sup>[13]</sup>.

No satisface dicha carencia que el recurrente, al exponer las razones por las cuales considera que se ha violado un derecho distinto (cosa juzgada), haya expresado que los órganos emplazados sí respetaran la autoridad de cosa juzgada de resoluciones dictadas en los casos “Loayza Tamayo”, “El Frontón” y “La Cantuta”<sup>[14]</sup>. No sólo porque una afirmación como la contenida en la demanda no acredita la existencia del término de comparación que se exige en estos casos, sino también porque la exigencia de la referida acreditación no se satisface mediante la presentación de recortes periodísticos que hacen alusión al tema.

Por ello, el Tribunal es de la opinión que este extremo de la pretensión debe desestimarse.

#### 3.2. Alegación de violación del derecho a la tutela jurisdiccional

##### Apreciación del demandante

23. A juicio del demandante, los actos practicados por los órganos de la jurisdicción militar lesionan su derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.

[12] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 145.

[13] Cfr. también, STC 1337-2004-AA/TC, Fund. Jur. N° 2 y STC 0435-2004-AA/TC, Fund. Jur. N° 3.

[14] Cfr. también el agravio expresado al interponer el recurso extraordinario en el escrito de 3 de noviembre de 2004, a folios 81 del segundo cuaderno.

Tal lesión se habría producido en la medida que este derecho

“(…) no sólo comprende la admisión de demandas o denuncias si no además la protección de la parte durante todo el proceso y el cumplimiento de resoluciones que han alcanzado el carácter de cosa juzgada, por cuanto la tutela jurisdiccional significa la obligación que tiene el Estado de proteger al ciudadano en todo lo que la ley como derecho otorga”<sup>[15]</sup>.

### **Apreciación del representante de los emplazados**

24. El procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha sostenido que las resoluciones cuestionadas respetan el derecho alegado, puesto que fueron expedidas en

“(…) razón y sustento legal ordenada por una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo internacional al que el Estado Peruano se encuentra circunscrito y cuyos efectos son de carácter vinculante y por ende de cumplimiento obligatorio, la misma que ordena al Perú investigar hechos para determinar a las personas responsables de violaciones de derechos humanos; por lo que, dichas Ejecutorias ahora cuestionadas, se han dado teniéndose a bien todas las garantías procesales y con la observancia a las normas y leyes establecidas para la materia.”<sup>[16]</sup>

### **Apreciaciones del Tribunal Constitucional**

25. El Tribunal Constitucional constata que la alegación formulada por el recurrente en torno a la violación del derecho a la tutela jurisdiccional reproduce el mismo agravio que se expone en relación al derecho al respeto de la cosa juzgada.

En ese sentido, considera pertinente recordar su doctrina según la cual, en nuestro ordenamiento constitucional, la tutela jurisdiccional es un derecho “continente” que engloba, a su vez, 2 derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste “(…) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (…)”.

26. También tiene dicho este Tribunal que, al igual que lo que sucede con el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho al debido proceso es un derecho que tiene la propiedad de albergar en su seno una serie de derechos fundamentales de orden procesal.

Uno de esos derechos es el derecho a que no se revivan procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

27. Por tanto, el Tribunal es de la opinión que, en la medida que el derecho a la tutela jurisdiccional no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma,

---

[15] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 146.

[16] Escrito de 6 de agosto de 2004, del segundo cuaderno, folios 49-50.

sino que su lesión se produce como consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el respeto de la cosa juzgada, un pronunciamiento sobre el fondo en relación a aquel derecho presupone, a su vez, uno en torno al derecho reconocido en el inciso 13 del artículo 139° de la Constitución.

De modo que la determinación de si el derecho a la tutela jurisdiccional resultó lesionado (o no) en el presente caso, habrá de reservarse para el momento en que nos pronunciemos sobre el derecho a no ser objeto de una doble persecución penal.

#### **§4. Alegación de violación del derecho a la cosa juzgada y a la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada**

##### **Apreciaciones del demandante**

28. El recurrente sostiene que tras culminar la etapa de investigación del proceso penal abierto por los hechos conocidos como “Barrios Altos”, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró el sobreseimiento definitivo de los actuados al no encontrársele responsabilidad penal. Recuerda que dicha resolución fue confirmada por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante resolución de 26 de julio de 1995, la misma que, por ese hecho, considera que

“(…) alcanzó el carácter de cosa juzgada y por tanto estando a la santidad de la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica es inamovible”<sup>[17]</sup>.

29. Igualmente, refiere que en 1995 el Congreso de la República,

“(…) al amparo de su derecho reconocido por la Constitución Política concordante con el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a Conflictos Armados sin carácter internacional y Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgó las leyes de Amnistía N°. 26479 y 26492<sup>[18]</sup>.”

Recuerda que contra dichas leyes se interpuso una demanda de inconstitucionalidad, la misma que fue declarada improcedente por este Tribunal mediante sentencia de fecha 9 de mayo de 1997,

“(…) alcanzando también esta resolución el carácter de cosa juzgada por imperio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>[19]</sup>”

30. No obstante ello, señala que, se interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que “(...) maliciosamente omitieron (...) hacer de conocimiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los citados hechos dieron origen al proceso 494-V-94 seguido ante la Justicia Militar contra algunos miembros del Ejército –entre ellos el recurrente– y que dicho fuero había

[17] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 137.

[18] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 137.

[19] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 137.

dictado Resolución de Sobreseimiento Definitivo por NO HABERSE PROBADO LA RESPONSABILIDAD DE LOS MILITARES INCULPADOS (...) [20]”. [Destacado en el original].

31. A su juicio, esta deliberada omisión,

“(…) se debió a que la Justicia Militar en el aludido proceso N°. 494-V-94 no aplicó las leyes de amnistía N.º 26479 y 26492; por tanto cual fuere el resultado de la aludida denuncia formalizada ante los organismos internacionales citados, en lo más mínimo afectaría la Resolución de Sobreseimiento Definitivo en mención, debido a la santidad de la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica” [21].

32. Sostiene que, con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió sentencia condenando al Estado peruano y declaró incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos las referidas leyes de amnistía Nos. 26479 y 26492, ordenando que se investigue y sancione a los responsables por no ser de aplicación las citadas leyes de amnistía.

33. No obstante que la resolución de sobreseimiento definitivo dictada en el proceso penal que se le abrió no se fundó en la aplicación de las leyes de amnistía, refiere que la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar

“(…) ilegalmente anula esta resolución sin respetar la cosa juzgada que ha generado ya un derecho adquirido; y remite el expediente N°. 494-V-94 al Fuero o Jurisdicción común” [22].

A su juicio, la anulación de la resolución del sobreseimiento definitivo se efectuó

“(…) fuera del procedimiento requerido para poder anular una resolución con carácter de Cosa Juzgada, que sólo procede por un Recurso de Revisión interpuesto por el condenado o cuando éste ha obtenido una resolución supranacional que protege uno de sus derechos, esto es, de conformidad con el artículo 29 literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido a que nadie puede interpretar la Convención en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes; la indicada Sala Revisora irregularmente se valió del uso de un procedimiento que cabe sólo para los casos citados líneas arriba, pero que no puede ser utilizado para anular una resolución con carácter de Cosa Juzgada, que no sólo no guardaba relación con el fallo del 14 de marzo-2001 emitido por la Corte Interamericana, sino que contiene un derecho adquirido como es la santidad de Cosa Juzgada. [23]”

### **Apreciaciones del representante de los emplazados**

34. El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha señalado que

---

[20] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 138.

[21] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 138.

[22] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 142.

[23] Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 145.

“(…) los hechos imputados (Caso Barrios Altos) y por el que se apertura en el Fuero Castrense, en contra del ahora accionante y otros fueron materia de Leyes de Gracia (amnistía), razón por la cual se dispuso el sobreseimiento de la Causa Militar en su contra y la de otros, pero conforme a la Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dichas normas de gracia, que motivaron el sobreseimiento de la Causa Militar en contra de los inculpados y que posteriormente fueron declarados nulos ya que eran contrarios e incompatibles a los dispositivos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que conforme a dicha sentencia Suprnacional el Fuero Castrense se inhibe a favor del Fuero Común que es el competente para conocer y juzgar los delitos imputados tanto al ahora accionante y otros”<sup>[24]</sup>.

35. A su juicio,

“(…) las ejecutorias supremas cuestionados por el accionante tienen la razón y el sustento legal ordenada por una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), la misma que ordena al Perú investigar hechos para determinar a las personas responsables de violaciones de Derechos Humanos”.

### **Apreciaciones del Tribunal Constitucional**

36. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional, “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada*, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)” [cursivas añadidas].

37. Dicha disposición constitucional debe interpretarse, por efectos del principio de unidad de la Constitución, conforme con el inciso 13) del mismo artículo 139° de la Ley Fundamental, el cual prevén que

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

38. En opinión del Tribunal Constitucional, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de

---

[24] Escrito de 6 de agosto de 2004, folios 49.

todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó.

39. La determinación de si una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho, a la luz de dichas disposiciones de derechos fundamentales, debe absolverse por este Tribunal en sentido afirmativo. No solamente porque en la dicción de dichas disposiciones se ha evitado circunscribir el ámbito de protección sólo al caso de las sentencias, y se ha comprendido también a los autos que ponen fin al proceso (al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa)<sup>[25]</sup>, sino también porque ese es el sentido interpretativo que se ha brindado a una disposición aparentemente más limitativa de su ámbito de protección, como puede ser el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los órganos de protección de los derechos humanos en nuestra Región.

40. En efecto, el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

41. En relación a los alcances del concepto de “sentencia firme” que utiliza la referida disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

“(…) la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada”<sup>[26]</sup>.

42. Del mismo criterio ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en el Caso Loayza Tamayo (Sentencia del 17 de septiembre de 1997), consideró que el Estado peruano lesionó el derecho reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos al iniciar un proceso penal ante la jurisdicción ordinaria contra María Elena Loayza Tamayo, después de haberse sobreseído la causa ante un tribunal militar por un delito (traición a la patria) cuya conducta antijurídica era semejante a la que sirvió para abrirse el nuevo proceso penal en la jurisdicción ordinaria.

---

[25] *Cfr.* artículo 139, inciso 13, de la Constitución.

[26] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 1/95 (Caso 11.006, Alan García Pérez c/ Perú).

43. En tal ocasión, la Corte Interamericana consideró

“(…) en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana” (párrafos 76 y 77).

44. Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia.

Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

45. Así, por ejemplo, en el caso de Crespo Bragayrac (STC 0217-2002-HC/TC), este Tribunal sostuvo que

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.

46. Pues bien, despejada la duda en torno a si una resolución de sobreseimiento definitivo puede alcanzar la cualidad de cosa juzgada, ahora es preciso remarcar que, en



el ámbito penal, uno de los efectos que se deriva de haberse alcanzado dicha autoridad de cosa juzgada es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona.

Esa eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado 2 veces por el mismo fundamento (*ne bis in ídem*).

En relación a este derecho, el Tribunal tiene declarado que, si bien el *ne bis in ídem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso.

47. Por su parte, en la STC 2050-2002-AA/TC este Tribunal señaló que el contenido constitucionalmente protegido del *ne bis in ídem* debe identificarse en función de sus 2 dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su vertiente sustantiva o material, el *ne bis in ídem* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En tanto que en su dimensión procesal o formal, el mismo principio garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho.

48. A su vez, en la STC 0729-2003-HC/TC precisamos que la vertiente procesal del principio *ne bis in ídem*

“(…) garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que en base a la V Enmienda de la Constitución Norteamericana se denomina *double jeopardy*, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona. Este principio contempla la (...) proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.”

49. En el caso, el recurrente ha sostenido que los emplazados lesionaron su derecho constitucional alegado, pues luego de realizarse la investigación judicial en el proceso penal que se le inició ante los tribunales militares, se sobreseyó la causa iniciada en su contra. En ese sentido, sostiene que, en la medida que la resolución de sobreseimiento no se sustentó en la aplicación de las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492, la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001, resulta, por así decirlo, inaplicable a su caso.

50. Entre tanto, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha sostenido que dicha decisión de anular la resolución que sobreseyó la causa seguida contra el recurrente, tiene como fundamento la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001, que dispuso que se dejara sin efecto las resoluciones judiciales donde se hayan aplicado las leyes de amnistía, de manera que no se

habría producido una lesión del derecho a no ser juzgado dos o más veces por un mismo hecho<sup>[27]</sup>.

51. A efectos de esclarecer si en el caso se lesionó el derecho del recurrente a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho, este Tribunal debe advertir que, pese a que se ha alegado que las resoluciones que sobreseyeron la causa penal que se le siguiera al recurrente ante los tribunales militares no se dictaron en aplicación de las leyes de amnistía N<sup>os</sup> 26479 y 26492, sino como consecuencia de no haberse encontrado responsabilidad penal, sin embargo, éstas no se han adjuntado como prueba anexa a la demanda por el demandante.

52. Tal hecho, si bien impide que este Tribunal pueda emitir un pronunciamiento sobre la veracidad de tales afirmaciones, sin embargo, no restringe la posibilidad de que pueda emitir un pronunciamiento sobre el fondo, habida cuenta que, con la demanda se ha adjuntado la resolución expedida por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 4 de junio de 2001, en cuya parte resolutive se declara

“(…) NULAS las resoluciones de sobreseimiento expedidas por la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y seis de julio de mil novecincio [sic] (…)”<sup>[28]</sup>

53. Por tanto, no estando en cuestión la preexistencia de las resoluciones de sobreseimiento a las que se refiere el recurrente, y obedeciendo su expedición a

“(…) que, del estudio de autos se aprecia que los agraviados en el caso ‘Barrios Altos’ acudieron ante la jurisdicción regional americana reclamando, tanto contra la afectación a sus derechos cuanto contra la forma como se procesó y archivó las investigaciones correspondientes, pedido que fue acogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos iniciándose el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que con fecha catorce de marzo del dos mil uno falló, entre otros extremos relevantes, por la responsabilidad internacional del Estado Peruano al haber violado el derecho a las garantías y protección judiciales (...); disponiendo que el Estado del Perú investigue los hechos de ‘Barrios Altos’ para determinar las personas responsables de las violaciones de los Derechos Humanos derivados de este caso, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables (...)”<sup>[29]</sup>

motivo por el cual, de conformidad con el artículo 151<sup>o</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

“(…) que dispone que las sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales, constituidas según Tratados de los cuales es parte el Perú, son remitidas al órgano jurisdiccional en que se agotó el proceso para la ejecución de la sentencia supranacional por el órgano judicial competente; que en virtud de la citada obligación internacional,

[27] *Cfr. supra*, fundamentos N<sup>os</sup> 29 al 36 de esta sentencia.

[28] Anexo 1-C a la demanda, folios 5.

[29] Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 3.

el Estado peruano debe dar estricto cumplimiento al fallo supranacional, de modo que se haga real y efectiva en todos sus extremos la decisión que ella contiene, anulando todo obstáculo de derecho interno que impida su ejecución y total cumplimiento, en este sentido la sentencia internacional constituye el fundamento específico de anulación de toda resolución, aún cuando ésta se encuentre firme, expedida por órganos jurisdiccionales nacionales que esté en contradicción a sus disposiciones”<sup>[30]</sup>.

el Tribunal considera que la absolucióndel cuestionamiento formulado por el recurrente pasa por esclarecer:

a) Si la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos comprende (o no) las resoluciones de sobreseimiento dictadas por las instancias de la jurisdicción militar en las que se hayan aplicado (o no) las leyes de amnistía N<sup>os</sup>. 26479 y 26492.

b) Si las comprendiera, si el principio del *ne bis in ídem* resulta lesionado cuando, pese a existir una resolución de sobreseimiento definitivo, la iniciación de una nueva investigación judicial es consecuencia de la ejecución, en el ámbito interno, de una sentencia dictada por un tribunal internacional de justicia en materia de derechos humanos.

b.1) Para esto último, a su vez, será preciso delimitar los alcances de la prohibición del doble enjuiciamiento, lo que comporta establecer los elementos constitutivos del principio, así como los supuestos que se encuentren excluidos de él.

54. Por lo que hace al primer aspecto, esto es, si la orden de investigar y sancionar decretada en la parte resolutive de la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos comprende a las resoluciones de sobreseimiento dictadas por las instancias de la jurisdicción militar, incluso de aquellas en las que no se hayan aplicado las leyes de amnistía N<sup>os</sup>. 26479 y 26492, el Tribunal considera que la cuestión debe absolverse en términos afirmativos.

55. En efecto, conforme se desprende del primer párrafo de la Sentencia del 14 de marzo de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la denuncia presentada por la Comisión Interamericana tenía por objeto que

“(…) la Corte decidiera que hubo violación, por parte del Estado del Perú (en adelante “el Perú”, “el Estado” o “el Estado peruano”), del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo”.

---

[30] Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 4.

56. Asimismo, que la Corte decidiera:

“(…) que el Estado violó el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez (…).

“(…) que decidiera que el Estado peruano violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Finalmente, solicitó a la Corte que determinara que, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los derechos señalados, el Perú incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

57. Por ello, después de una serie de sucesos, entre los cuales se encontró el restablecimiento pleno de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano, mediante su representante, en escrito de 19 de febrero de 2001, y en la audiencia pública del 14 de marzo de 2001, reconoció la responsabilidad internacional por los hechos descritos en el fundamento precedente<sup>[31]</sup>, señalándose como parte de la agenda la consecución de

“(…) tres puntos sustanciales: identificación de mecanismos para el esclarecimiento pleno de los hechos materia de la denuncia, incluyendo la identificación de los autores materiales e intelectuales del crimen, viabilidad de las sanciones penales y administrativas a todos aquellos que resulten responsables, y propuestas y acuerdos específicos relacionados con los asuntos vinculados a las reparaciones” así como

“(…) fórmulas integrales de atención a las víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación”.

57. Asimismo, el referido representante del Estado peruano expresó que:

“(…) ...La fórmula de dejar sin efecto las medidas adoptadas dentro del marco de la impunidad de este caso, es en nuestra opinión una fórmula suficiente para *impulsar un procedimiento serio y responsable de remoción de todos los obstáculos procesales vinculados a estos hechos y, sobre todo, la fórmula que permite, y es este nuestro interés, reivindicar las posibilidades procesales y judiciales de responder conforme a la ley a los mecanismos de impunidad que se implementaron en el Perú en el pasado reciente*, y abre la posibilidad... de poder provocar en el derecho interno una resolución de homologación de la Corte Suprema, que permita que los esfuerzos que... “se están haciendo para impulsar ... esos casos, se puedan cumplir...” [subrayado añadido].

---

[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos, párrafo 34.

58. Tal impulso de realizar un procedimiento serio y ponderado que culminara con la sanción de los responsables de la violación de derechos humanos se propuso después de reconocerse que el Estado peruano, había

“(…) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (…)”

59. Los términos en los que se formuló tal allanamiento fueron aceptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, al resolver la petición conforme al artículo 52.2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo:

“38. Con base en las manifestaciones de las partes en la audiencia pública de 14 de marzo de 2001, y ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Perú, la Corte considera que ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso.

39. En consecuencia, la Corte tiene por admitidos los hechos a que se refiere el párrafo 2 de la presente sentencia. La Corte considera, además, que tal como fue expresamente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana (...). Además, el Estado es responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Finalmente, es responsable por el incumplimiento de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados anteriormente”<sup>[32]</sup>.

60. En mérito de ello, la Corte Interamericana decidió por unanimidad:

“1. Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.

2. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, que éste violó:

a) el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...);

b) el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...); y

c) el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492.

---

[32] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos, párrafo 38-39.

3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

6. DISPONER QUE LAS REPARACIONES SERÁN FIJADAS DE COMÚN ACUERDO POR EL ESTADO DEMANDADO, LA COMISIÓN INTERAMERICANA Y LAS VÍCTIMAS, SUS FAMILIARES O SUS REPRESENTANTES LEGALES DEBIDAMENTE ACREDITADOS, DENTRO DE UN PLAZO DE TRES MESES CONTADO A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE SENTENCIA”. [Subrayado añadido].

61. En opinión del Tribunal Constitucional, las obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos por el caso “Barrios Altos” ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordinal 5 del fallo de la sentencia, no se circunscriben, como ha sido interpretado por el recurrente, sólo a los supuestos contemplados en los ordinales 3 y 4 de dicho fallo; es decir, en relación a aquellas resoluciones judiciales que se dictaron aplicando las leyes de amnistía dejadas sin efecto. Comprende, también, al ordinal 2, en todos los aspectos que allí se desarrollan; esto es, la declaración de que el Estado peruano violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías y protección judiciales de las víctimas y sus familiares.

62. En efecto, como se precisó en la Sentencia de 3 de septiembre de 2001, sobre “Interpretación de la sentencia de fondo”, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

“[...] el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías” [párrafo 17, negritas añadidas].

63. En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y

sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente.

64. Ese también ha sido el criterio de la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 4 de junio de 2001, quien

“(…) al analizar la sentencia internacional, observa que los sobreseimientos dictados por la Sala de Guerra de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y seis de julio de mil novecientos noventa y cinco, a favor del General de División Nicolás de Bari y otros por el caso ‘Barrios Altos’, colisiona con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena al Estado peruano investigar los hechos para determinar a los responsables de estos execrables delitos ocurridos el pasado tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en forma efectiva y agotando todos los medios de esclarecimiento e identificación, procediendo a sancionar a las personas responsables de estas violaciones a los derechos humanos; que, como se puede apreciar en los autos de sobreseimiento dictados por la Sala de Guerra, éstos apartan definitivamente a los imputados del proceso penal, lo cual viene a constituir un impedimento que es necesario levantar para desarrollar el proceso de investigación que cumpla la decisión del fallo internacional basado en los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos (...).<sup>[33]</sup>”

65. El problema, por tanto, no es si la resolución judicial que declaró nulo el sobreseimiento del proceso penal iniciado contra el recurrente es ilegítima, porque no constituye una ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino si la declaración de nulidad de dichas resoluciones afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho.

Esto es, si el principio del *ne bis in ídem* resulta lesionado cuando, pese a existir una resolución de sobreseimiento definitivo, la iniciación de una segunda investigación judicial es consecuencia de la ejecución, en el ámbito interno, de una sentencia dictada por un tribunal internacional de justicia en materia de derechos humanos.

66. Como se sugirió en el ordinal b.1) de dicho fundamento N°. 52, para absolver esta segunda cuestión es preciso que este Tribunal delimite los alcances de la prohibición del doble enjuiciamiento, lo que comporta establecer: a) los elementos constitutivos del principio, así como b) los supuestos que se encuentren excluidos de su contenido constitucionalmente protegido.

67. a) Por lo que se refiere a los elementos constitutivos de la dimensión procesal (o adjetiva) del *ne bis in ídem*, de la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal es posible señalarse que estos son:

---

[33] Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 4.



- a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto;
- b) La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme;
- c) La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena<sup>[34]</sup>.

68. De idéntico criterio es la Comisión Interamericana de Derechos, la que, al interpretar los alcances del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que

“(…) los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:

- 1. el imputado debe haber sido absuelto;
- 2. la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme; y
- 3. el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.

69. Por ello es que para que la prohibición de doble enjuiciamiento por la infracción de un mismo bien jurídico pueda oponerse a la segunda persecución penal, es preciso que se satisfaga irremediamente una triple identidad:

- a) Identidad de persona física;
- b) identidad de objeto y,
- c) identidad de causa de persecución.

70. b) Por otro lado, por lo que se refiere a la delimitación de aquellos supuestos no protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, este Tribunal debe de recordar que el contenido constitucionalmente protegido de todo derecho no puede extraerse únicamente en atención al significado de las palabras con las cuales una disposición constitucional enuncia un determinado derecho fundamental; esto es, atendiendo sólo a su formulación semántica, sino en atención al *telos* o finalidad que con su reconocimiento se persigue.

Una finalidad que, por cierto, no se reconduce solamente a la que es propia del momento histórico en el que se produce el reconocimiento del derecho, sino también –y acaso especialmente– tomando en cuenta las nuevas e imperiosas necesidades del hombre actual. En efecto, la Constitución y, con ella, las cláusulas que reconocen derechos fundamentales, no pueden ser entendidas como entelequias o realidades petrificadas, sino como un instrumento vivo y dinámico destinado a fortalecer al Estado Constitucional de Derecho, que está sujeto a un plebiscito de todos los días.

71. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si con el *ne bis in ídem* se persigue impedir el ejercicio *arbitrario* del *ius puniendi* estatal, no todo doble enjuiciamiento penal que el Estado pueda realizar contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido.

---

[34] *Cfr.* por todas, STC 2050-2001-AA/TC.

72. Dentro de sus límites internos, esto es, aquello que queda fuera de su ámbito protegido, se encuentran aquellos supuestos en los que el doble juzgamiento no es compatible con los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, ya sea porque es extraño o ajeno a aquello que éste persigue garantizar; porque forma parte del contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental, o porque así resulta de su interpretación con otras disposiciones constitucionales que contienen fines constitucionalmente relevantes.

73. En ese sentido, y por lo que al caso de autos importa, el Tribunal Constitucional considera que es ajeno a la naturaleza del derecho, es decir, a los intereses jurídicamente protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, que se pretenda oponer una resolución o sentencia (absolutoria) expedida en un primer proceso penal que resulta manifiestamente nulo.

74. Dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, el Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que éste último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia *fáctica* de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido.

### **Análisis del caso concreto**

75. Bajo tales consideraciones es que este Tribunal debe juzgar si, en el caso, la resolución cuestionada, mediante la cual se declaró la nulidad, a su vez, de las resoluciones que declararon el sobreseimiento definitivo del proceso penal por los hechos conocidos como “Barrios Altos”, y ordenó que se remitieran los actuados al ámbito de la jurisdicción ordinaria para que se investigue judicialmente por la comisión de determinados delitos, amenaza con violar (o no) el derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho.

76. Como se ha expuesto, la garantía que ofrece este derecho no opera por el sólo hecho de que exista fácticamente un primer enjuiciamiento en el que se haya dictado una resolución firme que sobresea la causa, sino que es preciso que ésta se haya dictado en el seno de un proceso jurídicamente válido.

77. La determinación de si el primer proceso seguido al recurrente (y, por tanto, de las resoluciones que en su seno se hayan podido expedir) es jurídicamente válido, debe efectuarse conforme a los criterios establecidos en el Fundamento N°. 75 de esta sentencia. Es decir, tras analizarse si en el caso concreto el primer proceso penal seguido tuvo (o no) el propósito de sustraer al recurrente de la responsabilidad penal, o no hubiere sido instruido por un tribunal de justicia que respete las garantías de independencia, competencia e imparcialidad.

78. A juicio del Tribunal, existen numerosos elementos objetivos que demuestran que el juzgamiento realizado al recurrente por los delitos de lesa humanidad en el caso que se ha venido en denominar “Barrios Altos”, no tuvo el propósito de que realmente se le investigara y sancionara en forma efectiva.

79. a) En primer término, porque pese a tratarse de un delito común la realización de ejecuciones extrajudiciales y, por tanto, perseguible judicialmente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, el recurrente fue juzgado inicialmente por órganos de la jurisdicción militar, cuya competencia *ratione materiae* está circunscrita al juzgamiento y sanción de los denominados delitos de función, cuyos alcances han sido fijados por este Tribunal en las STC 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC.

80. Tal circunstancia fue puesta de manifiesto por la emplazada, quien en su resolución de 4 de junio de 2001, cuestionada mediante el presente proceso, sostuvo

“(…) siendo una de las garantías fundamentales del debido proceso, la sustentación del proceso ante el ‘Juez Natural’, es decir, ante el órgano jurisdiccional del Estado, legítimamente constituido y competente para intervenir en el proceso de que se trate, de acuerdo a la legislación vigente, ello es una garantía para el justiciable, ya que a través de ella se propone asegurar la imparcialidad del juzgador e impedir que el recto curso de la justicia sea alterado; que, los hechos de ‘Barrios Altos’, por el tipo penal imputado, los agentes intervinientes y las circunstancias que rodearon su ejecución delictiva, corresponde su conocimiento, investigación y juzgamiento al Fuero Común y no al Privativo Militar como órgano jurisdiccional de excepción (...)”<sup>[35]</sup>

81. b) En segundo lugar, el Tribunal considera que, en atención a las circunstancias del caso, existen evidencias que el proceso penal iniciado en el ámbito de la jurisdicción militar tuvo el propósito de evitar que el recurrente respondiese por los actos que se le imputan.

Esas circunstancias se relacionan con la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad en materia de violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, particularmente de los actos cometidos por los del Grupo Colina, al cual se vincula al recurrente.

Expresión de ese plan sistemático, en efecto, lo constituyen:

82. (i) El deliberado juzgamiento de delitos comunes por órganos militares, como antes se ha dicho.

83. (ii) La expedición, en ese lapso, de las leyes de amnistía 26479 y 26492. Y si bien éstas no se aplicaron al primer proceso penal que se le siguiera al recurrente, tomando en cuenta el contexto en que se dictaron, y el propósito que las animaba, el Tribunal Constitucional considera que ello demuestra palmariamente que sí hubo ausencia de una voluntad estatal destinada a investigar y sancionar con penas adecuadas a la

---

[35] Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 5.

gravedad de los delitos cometidos a los responsables de los hechos conocidos como “Barrios Altos”.

84. Como sostuviera el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Informe del 2000, sobre el Perú, la expedición de las referidas leyes de amnistía

“(…) contribuyen a crear una atmósfera de impunidad”<sup>[36]</sup>,

puesto que normas de esta naturaleza hacen

“(…) prácticamente imposible que las víctimas de violaciones de los derechos humanos entablen con alguna posibilidad de éxito acciones jurídicas para obtener indemnización. La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos (...)”<sup>[37]</sup>.

85. (iii) El retiro (nulo) de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha conocer a dicho órgano supranacional mediante la entrega de la Nota N<sup>o</sup>. 5-9-M/49, de 24 de agosto de 2000, y que fuera aprobada por la también nula Resolución Legislativa de fecha 8 de julio de 1999.

Dicho acto tuvo el propósito de asegurar que también en el ámbito internacional el Estado no respondiese por las violaciones de derechos humanos y de esa forma se garantizase que sus autores no fueran sometidos a la acción de la justicia, fomentándose la impunidad.

86. Tales elementos objetivos evidencian que el proceso penal militar que originalmente se siguió contra el recurrente era nulo y, por tanto, que carecía de efectos jurídicos las resoluciones que en su seno se hubieran dictado, entre ellas, la que declaró el sobreseimiento de dicho proceso.

87. Por ello, en la medida que dicha resolución de sobreseimiento carece de efectos jurídicos, el Tribunal Constitucional considera que la iniciación de un nuevo proceso penal, esta vez ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, no viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada.

88. Finalmente, en mérito de las razones expuestas en los fundamentos precedentes, tampoco considera el Tribunal Constitucional que la iniciación de un nuevo proceso penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria pueda comprometer el derecho a la libertad del recurrente, tras haberse dictado allí (y hecho efectivo) un mandato de detención.

Al no encontrarse transgredida la libertad física como consecuencia de haberse dictado dicho mandato de detención, el régimen jurídico de la detención preventiva de la que

---

<sup>[36]</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000, párrafo 9.

<sup>[37]</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julio de 1996, párrafo 9.

es objeto el recurrente ha de sujetarse a la doctrina establecida por este Tribunal en la STC 2915-2004-HC/TC.

89. En dicho precedente sostuvimos que la eventual afectación del derecho al plazo razonable de la detención preventiva ha de determinarse en función no sólo a las características de dicha medida cautelar (excepcional y subsidiaria), sino en base a ciertos criterios, como son la actuación de los órganos judiciales, la complejidad del asunto así como la actividad procesal del detenido.

Por ello, entre otras cosas, en la referida STC 2915-2004-AA/TC dejamos establecido que la eventual ampliación del plazo de 36 meses contemplado en el artículo 137º del Código Procesal Penal

“(…) sólo podría tener fundamento en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta `complejidad del asunto`”

90. Dicha interpretación,

“(…) en base a la cual pueda prevalecer la razonabilidad de un plazo de detención dilatado, se desprende de una interpretación sistemática del mismo artículo 137º (del Código Procesal Penal), cuando en su sexto párrafo establece que `no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculgado o a su defensa`”.

De ahí que,

“(…) toda resolución judicial que pretenda prolongar el plazo de detención provisional por un periodo superior a 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, so pena de vulnerar el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional más allá de un plazo razonable”

91. De modo que el Tribunal considera no sólo que la emplazada (ni los órganos de la jurisdicción ordinaria) no vulneraron los derechos fundamentales de orden procesal que se han alegado con la demanda, sino tampoco la libertad personal del recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

#### **HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI.

GONZÁLES OJEDA.

GARCÍA TOMA.

VERGARA GOTELLI.

LANDA ARROYO.

**B) PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS**

**1. EXP. N.º 2703-2005-PA/TC, LIMA, MARGARITA DEL CAMPO VEGAS**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 7 días del mes de setiembre de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados García Toma, Alva Orlandini y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Margarita del Campo Vegas contra la sentencia emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 268, su fecha 30 de noviembre de 2004, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

La recurrente, con fecha 10 de abril de 2003, interpone demanda de amparo contra el comandante de la Policía Nacional del Perú, Julián Castro Jiménez; el fiscal de juzgados de la II Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú, Rubén García Velázquez, así como contra todos los que resulten responsables. Aduce que se ha vulnerado su derecho de acceso a la jurisdicción con respeto de las normas procesales, contemplado en el numeral 16) del artículo 24 de la Ley N.º 23506. Solicita, por tanto, que se declare la invalidez de la investigación fiscal realizada en mérito de la denuncia interpuesta por ella, investigación que –a su juicio– fue seguida indebidamente en el fuero castrense, ya que considera que el bien jurídico que debió ser tutelado en este caso debió ser el delito contra la administración de justicia-tráfico de influencias, propio del ámbito de la justicia penal ordinaria. Asimismo, solicita se ordene la realización de una nueva investigación fiscal en el fuero ordinario, a cargo del Ministerio Público, en vista de que la investigación seguida en el fuero militar se realizó desvirtuando la naturaleza de la justicia castrense, además de haberse seguido a sus espaldas y con inobservancia del debido proceso.

El Quincuagésimo Sétimo Juzgado Civil de Lima, con fecha 19 de agosto de 2003, declara improcedente la demanda por considerar que en toda investigación fiscal no existe cosa juzgada, dado que esta calidad sólo la adquieren las resoluciones judiciales que cumplen con los requisitos de ley, y que por ello la demandante se halla en condiciones de recurrir a la vía ordinaria a fin de interponer su denuncia penal, ya que obrar de otro modo importaría vulnerar el principio de autonomía del que está revestido el Ministerio Público. Considera, por tanto, que en el presente caso no se verifica la invocada vulneración del derecho al debido proceso.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

### **& Materias constitucionalmente relevantes**

1. La actora pretende que se declare la invalidez de la investigación fiscal que culminó con la expedición de la Resolución 43-03, de fecha 18 de marzo de 2003. Aduce que debió haberse tutelado el delito contra la administración de justicia de tráfico de influencias, propio de la justicia penal ordinaria, y que por ello debe ordenarse la realización de una nueva investigación a cargo del Ministerio Público en la vía mencionada. Asimismo, manifiesta que la investigación fiscal fue llevada a cabo sin respetarse las garantías del debido proceso.

2. Al respecto, este Colegiado debe discernir cuál es la norma procesal aplicable al caso concreto; si el Ministerio Público era competente para seguir el procedimiento de investigación fiscal y si se afectó el derecho al debido proceso invocado por la demandante.

### **& Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional**

3. De autos se tiene que la demanda de amparo fue interpuesta con fecha 10 de abril de 2003; es decir, bajo el imperio de lo normado en la Ley N.º 23506 y su complementaria, la Ley N.º 25398. Sin embargo, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, dispone que “las normas procesales previstas en el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

4. En tal sentido, para emitir pronunciamiento sobre el caso de autos, el Tribunal Constitucional aplicará el Código Procesal Constitucional, en virtud del principio de aplicación inmediata de las leyes y por no existir vulneración de los derechos procesales del demandante (STC 3771-2004-HC/TC).

### **& Sobre la investigación fiscal en el ámbito castrense**

5. Este Colegiado ha reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (STC 1268-2001 HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1.º de la Constitución, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

6. Así, en la sentencia recaída en el expediente N.º 6167-2005-PHC/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverry, este Tribunal definió el principio de interdicción de la arbitrariedad, definiéndolo como aquel en virtud del cual el grado de discrecionalidad atribuido al



fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad, y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

7. Tal como aparece en autos, a fojas 66, con fecha 26 de abril de 2002 la actora interpuso denuncia ante el titular de la Dirección Nacional de Policía del Ministerio Público (DIRPOMIP), contra el capitán Víctor Ortiz Aguirre, de la DIVCOOR, por la presunta comisión de delito de abuso de autoridad en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, tipificado en el artículo 377 del Código Penal, denuncia en virtud de la cual se elaboró el Parte N.º 28-02-DIREPOMINP-INSP, de 11 de junio de 2002, que corre a fojas 46, en el que se concluyó que existían suficientes elementos probatorios que vinculaban al denunciado con la comisión del delito imputado, por lo que dicho capitán fue sancionado con la imposición de cuatro días de arresto simple, sugiriéndose además que se formulara la denuncia ante la II Zona Judicial del Ministerio Público de la Policía Nacional del Perú.

8. Sin perjuicio de ello, con fecha 11 de diciembre de 2002, según consta a fojas 60, el Consejo de Investigación de Capitanes de la Policía Nacional del Perú, mediante Acta de Pronunciamiento N.º 296-2002-CONINV-CAP-PNP, concluyó que los capitanes Ortiz Aguirre y Mesta Rebaza eran presuntamente responsables y habían incurrido en faltas contra la disciplina y la administración de justicia, delitos tipificados en los artículos 302, inciso 4), y 374 del anterior Código de Justicia Militar, por lo que ratificaron la sanción de cuatro días impuesta a ambos capitanes, y dispusieron la remisión del caso a la Segunda Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú.

9. Por tanto, dado que el Fiscal Superior de la Segunda Zona Judicial de la PNP se avocó al conocimiento de un expediente que le remitió el Consejo de Investigación de Capitanes en vía de denuncia por la presunta comisión de un delito contemplado en los artículos 302, inciso 4), y 374 del Código de Justicia Militar, se tiene que dicho procedimiento fiscal se tramitó en forma regular en el fuero militar. Sin embargo, resulta pertinente señalar que esto no constituye impedimento alguno para que la actora haga uso de los mecanismos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público, y por ende acuda ante el titular de la acción penal y denuncie la comisión del delito de tráfico de influencias en la vía ordinaria.

#### **& Sobre la alegada afectación al debido proceso**

10. La recurrente interpone demanda de amparo argumentando que la investigación fiscal seguida ante la Segunda Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú se habría sustanciado a sus espaldas, sin que se le haya puesto en conocimiento de lo que se estaba investigando y sin cursársele notificación alguna, todo lo cual operó en su perjuicio al no haber podido participar en la investigación que culminó con el pronunciamiento que declaró No Haber Mérito para procesar a los capitanes Ortiz y Mezta.

11. Al respecto, tal como se ha precisado en el fundamento 7 de la presente sentencia, en el caso de autos el Fiscal Superior de la Segunda Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú se avocó al conocimiento del expediente que le remitió el Consejo de Investigación de Capitanes en vía de denuncia por los presuntos delitos contemplados en los artículos 302, inciso 4), y 374 del Código de Justicia Militar, proceso seguido por la Fiscalía dentro de su potestad autónoma, y en la cual la actora no tenía por qué participar; máxime cuando por los hechos que fueron materia de denuncia por parte de ella se impuso sanción de cuatro días de arresto simple al denunciado capitán Ortiz Aguirre, conforme se aprecia a fojas 109, por lo que la presente demanda deviene en infundada en este extremo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA.

ALVA ORLANDINI.

VERGARA GOTELLI.

## **2. EXP. N.º 2073-2005-PHC/TC, LIMA, GABRIEL VALERIANO SEGUIL FERIL**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de setiembre de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

#### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gabriel Valeriano Seguil Feril contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 155, su fecha 22 de febrero de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 9 de diciembre de 2004, don Gabriel Valeriano Seguil Feril interpone demanda de hábeas corpus contra el juez militar Luis Martínez de Pinillos León. Alega que se viene vulnerando su derecho constitucional a ser juzgado por el juez natural y el principio básico de que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, lo que incide en su libertad individual. Precisa que el demandado se ha avocado al conocimiento de hechos que configuran delito común de

hurto. Señala que la sustracción de los visores nocturnos que se le imputa es un delito común, y no de función, por lo que solicita que se declare la nulidad del proceso militar que se le sigue en la zona judicial de la FAP y que, consecuentemente, se ordene que los actuados sean puestos a disposición del Ministerio Público como titular de la acción penal, para que proceda de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales.

Realizada la investigación sumaria, el accionante se ratifica en el contenido de su demanda, en tanto que el emplazado precisa que el recurrente viene siendo procesado por delito de pérdida de material del Estado por negligencia, dado que de la investigación realizada por el fiscal se tiene que la sustracción de los visores ocurrió cuando don Gabriel Valeriano Seguil Feril se desempeñaba como jefe de Almacén, y que por tanto era válido el emplazamiento de parte del Fuero Castrense.

El Decimoctavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 30 de diciembre de 2004, declara infundada la demanda, por considerar que los actos por los que se viene procesando al recurrente son de naturaleza castrense.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

#### FUNDAMENTOS

1. El demandante alega que se lesiona su derecho constitucional al juez natural, toda vez que el ilícito que se le imputa no constituye delito de función sino delito común y, por ende, es competencia de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, lo que se debe llegar a determinar en el presente caso es si el proceso penal militar seguido contra el demandante se tramita con arreglo a los preceptos constitucionales, esto es, si se desarrolla en la jurisdicción previamente asignada por la Constitución.

2. La competencia del fuero militar, de acuerdo con el artículo 173.º de la Constitución, se encuentra limitada para los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Este Tribunal se ha pronunciado respecto del concepto de delito de función, señalando en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC, que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo, en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte “(...) 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”; añadiéndose que ello implica, básicamente, la “ (...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)”.

3. En el caso de autos, el recurrente viene siendo procesado ante el Consejo de Guerra de la FAP por la presunta pérdida de visores nocturnos cuando se desempeñaba como

Jefe de Almacén del Servicio de Material de Guerra (Semag), Unidad de la Fuerza Aérea del Perú – Base Aérea Las Palmas. Es decir, al demandante no se le imputa la comisión del delito de hurto que alega en la demanda; por el contrario, se le atribuye la comisión de un delito de función, consistente en el incumplimiento de una responsabilidad funcional relativa al deber de custodia de material militar. Huelga decir que la pérdida de material militar, dada su naturaleza, compromete las funciones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas. Por tanto, se trata de una infracción a un deber de naturaleza militar, consistente en proteger la posesión y custodia de material militar encargado a las Fuerzas Armadas, y cumplir las funciones encomendadas por la Constitución (artículo 165.º), relativas a garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. En consecuencia, no se acredita la alegada vulneración, toda vez que el Fuero Militar es competente para conocer los hechos que se le imputan. (las negritas y subrayados son nuestros)

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda.

SS.

ALVA ORLANDINI.

BARDELLI LARTIRIGOYEN.

LANDA ARROYO.

**3. EXP N.º 2310-2004-HC/TC, LIMA, AQUILINO CARLOS PORTELLA NUÑEZ**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 21 días del mes de junio de 2004, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Landa Arroyo, pronuncian la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Aquilino Carlos Portella Núñez contra la sentencia de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 212, su fecha 16 de abril de 2004, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

**ANTECEDENTES**

El recurrente, con fecha 13 de febrero de 2004, interpone demanda de hábeas corpus contra la Juez del Primer Juzgado Anticorrupción, doctora Magaly Bascones-Gómez Velásquez, quien con fecha 24 de enero de 2003 abrió instrucción al recurrente por la supuesta comisión de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio

calificado, violación de la libertad personal en la modalidad de secuestro agravado y desaparición forzada de personas. Sostiene que tanto el Decimosexto Juzgado en lo Penal de Lima como la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, con fecha 17 de diciembre de 1993 y 16 de abril de 1993, respectivamente, le abrieron proceso penal por la comisión de los mismos delitos antes señalados, lo que dio lugar a que se entable una contienda de competencia, la misma que fue dirimida mediante la Ejecutoria Suprema de fecha 11 de febrero de 1994, en la que se declaró que el Consejo Supremo de Justicia Militar debía continuar con el conocimiento de la causa; que, sin embargo, la Juez penal emplazada se ha avocado al conocimiento de dicha causa, situación que vulnera sus derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela jurisdiccional y a la libertad personal.

Realizada la investigación sumaria, el recurrente ratificó la demanda. Por su parte, la Juez emplazada manifestó que el proceso principal se encuentra para ser elevado a la Sala Penal Especial y que el accionante ha ejercitado los medios de defensa como son el corte de secuela y la declinatoria de jurisdicción

El Quincuagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 20 de febrero de 2004, declaró improcedente la demanda, argumentando que el recurrente debe hacer prevalecer su derecho, supuestamente conculcado, en el proceso judicial que se le sigue.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

### § 1. PETITORIO DE LA DEMANDA

1. Mediante la presente demanda, el accionante pretende que se disponga la remisión de lo actuado en el expediente penal N.º 03-03, que le sigue la emplazada juez del Primer Juzgado Anticorrupción, al fuero militar, y que, siendo ilegal su detención, debe ser puesto de inmediato a disposición del juzgado correspondiente.

### § 2. ANÁLISIS DEL ACTO MATERIA DE RECLAMACIÓN CONSTITUCIONAL

2. A fin de determinar si la pretensión del demandante resulta objeto de protección constitucional, es necesario efectuar las siguientes precisiones: a) ante el Primer Juzgado Penal Especial a cargo de la magistrada demandada se tramita el proceso N.º 03-2003, por los hechos delictivos acaecidos en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, habiéndose abierto instrucción con mandato de detención, con fecha 24 de enero de 2003, en los seguidos contra el accionante y otros por la comisión de delito contra la vida, el cuerpo y la salud -homicidio calificado-, y delito contra la libertad personal -secuestro agravado y desaparición forzada de personas-, en agravio de don Hugo Muñoz Sánchez, doña Bertila Lozano Torres, doña Dora Oyague Fierro, don Luis Enrique Ortiz Perea, don Richard Armando Amaro Córdor, don Robert Edgar Teodoro Espinoza, don Heráclides Pablo Meza, don Felipe Flores Chipana, don Marcelino Rosales Cárdenas y don Juan Gabriel Mariños Figueroa,

proceso penal en el cual se dictó mandato de detención; **b**) el 17 de diciembre de 1993, el Decimosexto Juzgado Penal de Lima abrió instrucción contra el demandante por los hechos criminosos anteriormente mencionados; **c**) la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar abrió instrucción contra el demandante con fecha 16 de abril de 1993 (emitiendo autos ampliatorios de fecha 7 y 13 de julio, y 13 de diciembre de 1993) por los mismos delitos reseñados; **d**) la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 11 de febrero de 1994, dirimió una contienda de competencia a favor del fuero militar, por lo que el Decimosexto Juzgado Penal de Lima remitió todo lo actuado al Consejo Supremo de Justicia Militar; **e**) la Justicia Militar dictó sentencia contra los militares instruidos conjuntamente con el demandante, pero dispuso la reserva de su juzgamiento hasta que sea habido.

3. La comisión de los hechos que son materia del proceso penal seguido contra el recurrente ha sido atribuida al autodenominado Grupo Colina, cuyo siniestro accionar delictivo ha motivado el rechazo y la condena de la comunidad nacional e internacional. El Estado peruano no debe tolerar la impunidad de estos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la comunidad internacional.

4. Como “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (art. 55° de la Constitución), es del caso recordar que la jurisdicción internacional establece plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones que hubiesen sido cometidas y que estuviesen pendientes de juzgar.

5. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial exige que los jueces dirijan el proceso con el imperativo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003). Es dentro de esta línea de principios que resulta plenamente válido y legítimo el encausamiento penal del demandante, y su consecuente detención, ordenada por la Juez penal demandada, pues es evidente su propósito de enervar o impedir que se le procese en el fuero ordinario. Es conveniente precisar que en el itinerario de la causa seguida al demandante, la Corte Suprema de Justicia de la República dirimió competencia a favor de la justicia militar, donde inclusive se dictó sentencia contra sus coprocesados, pero a éste se le reservó el juzgamiento por su condición de reo ausente, siendo incluso ulteriormente beneficiado con el corte

de la secuela del proceso en aplicación de las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492; este tratamiento resulta incompatible con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de fondo en el caso “Barrios Altos”, fallo que, en virtud de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 3 de setiembre de 2001, tornóse de alcance general, por lo que es aplicable a todos los casos de violaciones de derechos humanos en los que se aplicó las referidas leyes de amnistía.

6. Siendo así, la actuación jurisdiccional de la magistrada emplazada no contraviene los derechos constitucionales invocados en la demanda, resultando de aplicación el artículo 2º, aplicable por temporalidad y concordante con el Código Procesal Constitucional, que consagra el instituto de no ser desviado de la jurisdicción predeterminada, el mismo que se deriva del principio constitucional de que ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (art. 139º, inciso 1 de la Constitución) (las negritas y subrayados son nuestros) Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN.

GARCÍA TOMA.

LANDA ARROYO.

#### **4. EXP. N.º 4909-2005-PHC/TC, LIMA, BERNARDO RISCO OCHOA**

##### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 8 días del mes de agosto de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzáles Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

#### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Bernardo Risco Ochoa contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 143, su fecha 11 de abril de 2005, que declara infundada la acción de hábeas corpus de autos.

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 6 de diciembre de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el funcionario del Ministerio de Defensa FAP y titular del Primer Juzgado



Sustituto de la Fuerza Aérea del Perú, Jhonny Juárez Suasnábar, por vulnerar el derecho al juez predeterminado por la ley. Manifiesta ser Técnico Inspector de la FAP en actividad, perteneciente a su Servicio de Mantenimiento (Seman); que en el mes de enero de 2001, se produjo el hurto agravado de material del Estado, consistente en la sustracción de 195 álabes de turbina de avión valorizados en 64.924 dólares americanos. Alega que, a pesar de que se trata del ilícito penal de hurto agravado, que es un delito común, y no de función, el emplazado se avocó al conocimiento y la tramitación de la causa seguida en su contra, vulnerando sus derechos constitucionales a ser juzgado por un juez natural y a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley.

Sostiene que el emplazado no puede ejercer la función de juez porque su designación es inconstitucional, dado que es militar en actividad; que no obstante que la justicia militar solo puede conocer los delitos de función en los que incurren los policías y militares, se le está procesando por el mencionado delito pese a que la sustracción de material de avión es un delito común. Por lo tanto, solicita que se declare la nulidad de lo actuado en el fuero militar y que dicho proceso sea puesto a disposición del Ministerio Público, para que proceda conforme a sus atribuciones.

Realizada la investigación sumaria, el demandante se ratifica en el contenido de su demanda. Aduce que por el robo de los álabes fue sancionado con ocho días de arresto simple por la Comisión de Investigación de la FAP. A su turno, el emplazado manifiesta que no se han vulnerado los derechos del demandante; que el proceso seguido en su contra se inició en el año 2003, y que en aquel entonces no cuestionó la competencia del fuero militar. También refiere que se avocó al conocimiento de la causa en el mes de febrero de 2004, al haber sido nombrado juez instructor militar. Alega que si bien es cierto existe una sentencia expedida por el Tribunal Constitucional que declara inconstitucionales algunos artículos de la ley militar, los fundamentos 88 a 92 de la referida sentencia declaran una *vacatio sententiae* por el término de 12 meses.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar se apersona en el proceso y solicita que se declare improcedente la demanda aduciendo que el delito por el que se procesa al demandante está tipificado como delito de función por el Código Militar.

El Juzgado Penal del Módulo Básico de Justicia de San Juan de Miraflores, con fecha 5 de enero de 2005, declara fundada la demanda considerando que el fuero militar, al avocarse al conocimiento de un delito común, vulnera los derechos constitucionales del demandante.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, argumentando que, siendo el demandante un efectivo militar e imputándosele la comisión de un delito de función, no se evidencia la vulneración de derechos invocada.

## FUNDAMENTOS

1. El demandante alega que, al ser procesado por el delito de función, se lesiona su derecho constitucional al juez natural, toda vez que el ilícito que se le imputa es un delito común y, por ende, de competencia de la jurisdicción ordinaria.

2. El recurrente aduce que se ha violado el derecho al juez natural. Sin embargo, del contenido de la demanda se infiere que el derecho vulnerado es el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, el cual forma parte de los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos por el artículo 139.º de la Constitución.

3. Al respecto, es oportuno precisar que cuando este Tribunal se ha referido al derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.º como si se tratara del “derecho al juez natural”, siempre lo ha hecho asumiendo que “[...] bajo la nomenclatura de ese derecho (juez natural), en realidad, subyace el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley” (cf. STC. 1934-2003-HC, fund. 6).

#### § *Determinación del acto lesivo*

4. Entonces, la controversia en el presente caso, fundamentalmente, gira en torno a determinar si el proceso penal militar seguido contra el demandante se tramita con arreglo a los preceptos constitucionales, esto es, si se desarrolla en la jurisdicción previamente asignada por la Constitución. El demandante alega, al respecto, que el ilícito que se le imputa es un delito común.

#### § *El delito de función y la justicia militar*

5. El artículo 173.º 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 terrorismo y traición a la patria que la ley determina”. De ahí la importancia de establecer la naturaleza del delito materia de investigación y la necesidad de diferenciar el delito de función del delito común; más aún cuando a quien se le imputa el delito de función, tiene la condición de miembro activo de las Fuerzas Armadas.

6. Con respecto al delito de función, este Tribunal ha señalado (*vid.* STC 0017-2003-AI, fund.132): “[...] el delito de función entraña aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o un policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Sin embargo, para considerar si un delito es de función y, por ende, es materia de competencia de la justicia militar, es necesario que concurren dos elementos: uno personal, referido al tipo de personas que están sujetas a su autoridad, y otro objetivo, respecto a los *bienes jurídicos tutelados* a través del tipo penal.

7. Al tomar en cuenta la concurrencia de los elementos mencionados, también ha dicho este Tribunal (cf. STC. 3194-2004-HC, fund. 24):

“[...] El delito de función se presenta cuando la conducta del militar o del policía en actividad pone en riesgo o atenta contra la actuación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en el cumplimiento de sus funciones constitucionales”.

“[...] Sobre la base de esta concepción de los delitos de función, en estricta relación con los principios de legalidad y tipificación por el Código de Justicia Militar, solamente podrían ser considerados copulativamente como tales:

- a) los relacionados directamente con el ámbito funcional militar o policial;
- b) los que afectan bienes jurídicos estrictamente castrenses, y
- c) los que reconocen un nexo causal entre los delitos cometidos en el ámbito castrense y la función encomendada al sujeto activo militar”.

8. El delito de función no protege un interés militar o policial del Estado como tal. Se trata de un delito por el que se incumple un deber, y solo puede ser cometido por quien ostenta una posición determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial.

Cuando la infracción o delito es cometido por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, no se trata de un delito de función, en tanto que el deber solo es propio de quien pertenece a cualquiera de estas instituciones.

9. En este orden de ideas, en el delito de función se presenta una doble condición subjetiva y objetiva; esto es, se trata de un sujeto activo, militar o policial, que comete un delito de función militar o policial (es decir, hechos que real y estrictamente dañan a la organización castrense o policial), no resultando posible extender la competencia a casos con civiles o con delitos comunes.

Se trata de hechos en los que se quebranta un deber inherente a la profesión militar o policial, que importa lesiones o la puesta en peligro de bienes jurídicos estrictamente castrenses, en la medida en que ello pueda afectar la defensa nacional u otras funciones asignadas por la Constitución a las Fuerzas Armadas.

10. Por ello, en la STC 0017-2003-AI/TC, este Colegiado ha precisado que, de conformidad con el artículo 173.º de la Constitución Política del Perú, el ámbito de la justicia militar está estrictamente restringido al juzgamiento de los denominados “delitos de función”.

En efecto, allí enfatizó [cf. funds. 110 ss.] que lo que caracteriza al delito de función no es solo la condición de militar del agente activo, sino la afectación de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.

#### § Análisis del caso concreto

11. De autos se advierte que el Técnico Inspector de la Fuerza Aérea Peruana, Risco Ochoa, viene siendo procesado ante el Primer Juzgado de Instrucción Permanente de la FAP por la presunta comisión de los delitos de negligencia, desobediencia y fraude, como resultado de la pérdida de kits de alabes, es decir, de repuestos para aviones de dicha institución, los cuales constituyen material militar, y que dada su naturaleza, forman parte del bien jurídico militar, por lo que su pérdida afecta directamente a las naves destinadas a garantizar la seguridad, soberanía e integridad del espacio aéreo,

función que está asignada de manera específica a dicho instituto castrense por la Norma Suprema.

A mayor abundamiento, el demandante, por su condición de militar, se desempeñaba como Jefe de la División de Recepción y Despachos en el Departamento de Abastecimientos del Servicio de Mantenimiento de la FAP (Seman), razón por la cual cumplía funciones administrativo-militares, y estaba a cargo del material militar perdido.

12. En consecuencia, las copias certificadas que obran en autos acreditan que al demandante no se le imputa la comisión del delito de hurto agravado que alega en la demanda; por el contrario, se le atribuye la comisión de un delito de función, consistente en el incumplimiento de una responsabilidad funcional relativa al deber de custodia de bienes militares. Ello no constituye un atentado contra el patrimonio o la integridad personal, derechos cuya protección no le compete a la justicia militar; sino que se trata de una infracción a un deber de naturaleza militar, consiste en proteger la posesión y custodia de material militar encargado a la Fuerza Aérea del Perú, que es parte de las Fuerzas Armadas, y cumplir las funciones encomendadas por la Constitución (artículo 165.).

13. En consecuencia, no se acredita la alegada vulneración, toda vez que el proceso penal militar en el que está inmerso el demandante se tramita con arreglo a la Constitución.

14. Por otro lado, el Tribunal considera importante puntualizar cuáles son los delitos que pueden ser materia de análisis por parte de la justicia militar. Sobre el particular, ha dicho: “[...] Parece ser que el listado que presenta el Código de Justicia Militar en algunos aspectos se contradice con los delitos contemplados por el Código Penal, pues, en la actualidad, la justicia militar es competente por diversos criterios, y no todos correctos” (cf. STC. 3194-2004-HC).

Es más, estima este Tribunal que “ [...] Un sentido constitucionalmente adecuado para entender los fines que debe cumplir la jurisdicción militar no puede desvincularse del juzgamiento y eventual sanción de los denominados delitos de función; es decir, del juzgamiento de aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses” (cf. STC. 023-2003-AI, fund. 81).

15. Por ello, la necesidad de que el Poder Legislativo observe los parámetros de constitucionalidad indicados por este Tribunal en la STC 023-2003-AI, expedida con motivo de la acción de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo, pronunciamiento que en cierto modo se encuentra vinculado a la normativa que apruebe el Legislativo a efectos de garantizar que tanto la justicia militar como los asuntos que en ella se ventilen, coincidan con la Norma Suprema; toda vez que, al observarse en la legislación próxima a expedirse los principios constitucionales de independencia, inamovilidad, imparcialidad y unidad de la jurisdicción, señalados en la jurisprudencia mencionada, se garantizará la primacía de la Constitución por una parte; y, por otra, se permitirá una mayor predecibilidad de las decisiones, situaciones que redundan en la seguridad jurídica del país.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI.

GONZÁLES OJEDA.

GARCÍA TOMA.

**C) PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

- 1. EXP. N° 0012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Decana del Colegio de Abogados de Lima. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.° 961, Código de Justicia Militar Policial.**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**FALLO:**

1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los artículos 68°, 70° (incisos 1 y 4), 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102°, 103°, 115°, 116°, 117°, 125°, 130° (inciso 1), 134°, 139° (incisos 1 y 2), 140°, 141° (incisos 1 y 2), 142°, 143°, 144°, 147°, 148° y 149° del Decreto Legislativo N.° 961, Código de Justicia Militar Policial, así como las siguientes disposiciones:

- a) El extremo del artículo 75° que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.
- b) El extremo del artículo 82° que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.
- c) El extremo del primer párrafo del artículo 121° que establece: “causándole lesiones leves”.
- d) El extremo del inciso 1 del artículo 121° que establece: “o si se causa lesiones graves al superior”.
- e) El extremo del inciso 2 del artículo 121° que establece: “o si se causa la muerte del superior”.
- f) El extremo del artículo 123° que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior”.
- g) El extremo del inciso 2) del artículo 130° que establece: “o causa la muerte”.

2. Declarar INFUNDADA la demanda en lo que se refiere al cuestionamiento de los artículos 66°, 67°, 71°, 72°, 73°, 74°, 76°, 78°, 79°, 80°, 81°, 106°, 107°, 108°, 109°, 110°, 111°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 132°, 135°, 136°, 137°, 138°, 145° y 146° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, y en lo demás que contiene.

3. Precisar que los efectos de cosa juzgada que se produzcan como consecuencia de la presente sentencia se limitan a aquellas materias cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, que han merecido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 59, 112 y 113.

### 1.3. AÑO 2007

#### A) PROCESOS DE AMPARO

1. EXP. N.º 04441-2007-PA/TC, LIMA, NICOLÁS DE BARI HERMOZA RÍOS.  
Lima, 9 de enero de 2008

#### RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

##### VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Nicolás de Bari Hermoza Ríos a través de su abogada, contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 170 del tercer cuaderno, su fecha 12 de abril de 2007, que declara infundada la demanda de autos; y,

##### ATENDIENDO A

1. Que con fecha 28 de agosto de 2001 el recurrente interpone demanda de amparo contra la resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM), de fecha 1 de junio de 2001, así como contra la resolución expedida por la Sala revisora del mismo Consejo, de fecha 4 de junio de 2001, en el marco del proceso penal militar N° 494-V-94. Según refiere, mediante las aludidas resoluciones se declaró la nulidad del auto de sobreseimiento dictado en su oportunidad por la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 21 de octubre de 1994, así como el auto confirmatorio de la Sala Revisora del referido Consejo, de fecha 28 de octubre de 1994.

El recurrente refiere que al declarar la nulidad de las resoluciones que en su oportunidad declararon el sobreseimiento de la causa en su contra y reabrir el proceso de investigación sobre los mismos hechos se violan sus derechos a la cosa juzgada que genera el sobreseimiento de una causa penal, así como el derecho a no ser sometido a un doble proceso sobre los mismos hechos. Considera además que la anulación de las resoluciones de sobreseimiento se basa en la aplicación de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proceso en el que no ha sido parte, y sobre

todo que la referida sentencia no juzgó el acto de sobreseimiento definitivo de la causa en la que estuvo comprendido, sino la incompatibilidad de las Leyes de Amnistía N.ºs 26479 y 26492 con la propia Convención Americana de Derechos Humanos. Concluye en que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede declarar la nulidad de una resolución judicial que adquirió calidad de cosa juzgada.

2. Que luego de haber sido rechazada la demanda por las instancias judiciales, sin ser admitida a trámite, mediante resolución de fecha 20 de abril de 2004 este Colegiado declaró la nulidad de todo lo actuado, ordenando su admisión a trámite conforme a ley. Luego de admitida a trámite la demanda a fojas 209 se apersona el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar, deduce las excepciones de caducidad, de falta de legitimidad para obrar de los demandados y de litispendencia, y contesta la demanda argumentando básicamente que la resolución de la Justicia Militar que se cuestiona ha sido emitida en el marco de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional y en cumplimiento de las obligaciones supranacionales asumidas por el Estado peruano, en la medida que se trataba de dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que había dispuesto la obligación del Estado peruano de investigar los hechos y sancionar a los responsables de la “Matanza de Barrios Altos” a la que se vincula al recurrente en su condición de Comandante General de las Fuerzas Armadas de aquel entonces.

3. Que con fecha 5 de septiembre de 2005 la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundadas las excepciones interpuestas e igualmente infundada la demanda de amparo. Entre los argumentos más saltantes la Sala estableció que las resoluciones materia del presente amparo se dictaron en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso “Barrios Altos”, en la que se había establecido la responsabilidad del Estado peruano en la violación de los garantías de protección judicial de los derechos contenidos en los artículos 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de los derechos contenidos en los artículos 1.1º y 2º de la misma Convención de la que el Perú es parte. Agrega que por ello las resoluciones cuestionadas no puede decirse que han sido emitidas violando los derechos del recurrente, sino al contrario su expedición responde a un mandato inexorable de una instancia supranacional de tutela de derechos fundamentales. La recurrida confirmó la apelada con similares argumentos, precisando además que las resoluciones judiciales que se cuestionan han sido expedidas en cumplimiento de lo que establece el artículo N° 55º de la Constitución que establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

4. Que tal como se advierte el presente proceso fue iniciado en el marco de la legislación procesal anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional, por lo que conviene establecer, antes de responder a las cuestiones planteadas, el marco normativo procesal aplicable al presente caso. Sobre el particular este Colegiado ha establecido que las normas del Código Procesal Constitucional son aplicables incluso a procesos en trámite, conforme a la Segunda Disposición Final del referido Código, siempre que de su aplicación no se desprenda afectación a la tutela jurisdiccional efectiva (STC N°



3771-2004-HC/TC). En consecuencia, el presente proceso se registrará, en esta instancia, por la reglas del referido Código Procesal Constitucional.

5. Que tal como se desprende de autos, mediante el presente proceso el recurrente solicita se declare inaplicable tanto la resolución de Sala Plena del CSJM de fecha 1 de junio de 2001 como la resolución de la Sala Revisora de fecha 4 de junio de 2001, que declararon nulos el auto de sobreseimiento definitivo del proceso penal seguido en su contra (Exp. N.º 494-V-94) dictado por la Sala de Guerra del CSJM con fecha 21 de octubre de 1994 y el auto confirmatorio de la Sala Revisora del CSJM de fecha 28 de octubre de 1994, inhibiéndose del conocimiento de la causa y ordenando que los actuados se remitan al fuero común. Alega que las resoluciones cuestionadas vulneran sus derechos al debido proceso y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Al sustentar los agravios y de manera reiterada a lo largo del trámite del presente proceso el recurrente ha sostenido que en su caso el auto de sobreseimiento no respondió a la aplicación de las Leyes de Amnistía N.º 26479 y 26492 declaradas nulas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por el Estado peruano, sino que se trataba de un *“sobreseimiento definitivo como consecuencia de la insuficiencia notoria de pruebas para continuar con el proceso penal”* (escrito de demanda, en el mismo sentido en su escrito de apelación), de manera que al anular una resolución de sobreseimiento definitivo se estarían violando sus derechos a la cosa juzgada y a la prohibición de doble juzgamiento por los mismos hechos.

6. Que no obstante, conforme se desprende tanto de las propias resoluciones cuestionadas como también de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Barrios Altos”, los efectos de la decisión de la Corte no se contraen solamente a quienes hayan resultado beneficiados de manera directa con las leyes de amnistía aludidas, sino que comportan la obligación del Estado peruano de investigar los hechos y establecer la responsabilidad de los culpables de tan execrables delitos, que por cierto, no constituyen materia de competencia del fuero militar al tratarse de violaciones a los derechos humanos y no de delitos de función.

7. Que en tal sentido la Resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 1 de junio de 2001, que es materia del presente proceso, estableció que *“los sobreseimientos dispuestos cerrando las investigaciones de los graves hechos que dieron lugar a la intervención de la Justicia Militar y excluyendo definitivamente a los procesados de la instrucción materia del presente proceso, vulnera claramente la Quinta decisión de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ordena al Estado investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos”*. Dicha investigación desde luego debe hacerse por jueces competentes y dentro de los parámetros y exigencias mínimas para el esclarecimiento de los hechos, la individualización de los responsables y la imposición de las sanciones penales que correspondan conforme a la legislación penal.

8. Que en esta misma línea de razonamiento este Colegiado ha establecido de manera concluyente con relación a los argumentos del recurrente, en el caso Santiago Martín Rivas (Exp. N° 4587-2004-AA/TC), que: “(...) *las obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos por el caso “Barrios Altos” ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordinal 5 del fallo de la sentencia, no se circunscriben, como ha sido interpretado por el recurrente, sólo a los supuestos contemplados en los ordinales 3 y 4 de dicho fallo; es decir, en relación a aquellas resoluciones judiciales que se dictaron aplicando las leyes de amnistía dejadas sin efecto. Comprende, también, al ordinal 2, en todos los aspectos que allí se desarrollan; esto es, la declaración de que el Estado peruano violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías y protección judiciales de las víctimas y sus familiares*”.

9. Que en tal sentido en la misma sentencia este Tribunal estableció que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las Leyes de Amnistía N.º 26479 y N.º 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también de toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente (STC 4587-2004-AA/TC fundamento 63).

10. Que siendo esto así la demanda resulta improcedente toda vez que los hechos invocados en la demanda no forman parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados como violados por el recurrente, resultando de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú

#### RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ.

VERGARA GOTELLI.

BEAUMONT CALLIRGOS.

CALLE HAYEN.

ETO CRUZ.

ÁLVAREZ MIRANDA.

2. EXP. N.º 03938-2007-PA/TC, LIMA, JULIO ROLANDO SALAZAR MONROE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Julio Rolando Salazar Monroe contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha 24 de abril de 2007, de fojas 92 del segundo cuaderno, que, confirmando la Sentencia apelada, declaró infundada la demanda de amparo.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo con fecha 28 de agosto de 2001, y la dirige contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, solicitando se deje sin efecto las resoluciones de fechas 1 de junio y 4 de junio de 2001, mediante las cuales se anuló la resolución de sobreseimiento definitivo de los hechos investigados en la causa N.º 494-V-94 (Barrios Altos), así como la Resolución que confirma el sobreseimiento definitivo de la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, por considerar que se viola sus derechos constitucionales al debido proceso y a no ser procesado dos veces por el mismo hecho.

Afirma que en el proceso penal (Exp. N.º 494-V-94) que se le siguiera ante los tribunales militares por su participación en el denominado Grupo Colina, por los delitos derivados del caso Barrios Altos, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar dictó, el 6 de julio de 1995, una resolución de sobreseimiento definitivo, al amparo del artículo 559º, inciso 3º, del Código de Justicia Militar. Refiere que una vez que dichos actuados se elevaron a la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante resolución de fecha 26 de julio de 1995, la Sala confirmó dicha resolución, alcanzando la resolución el carácter de cosa juzgada. Sostiene que en dicha resolución no se hizo aplicación de las leyes de amnistía (N.ºs 26479 y 26492); sino que se sobreseyó la causa por considerarse insuficientes los medios probatorios y que, por tanto, no le alcanza los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos. Añade que posteriormente, la Resolución de Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar, del 1 de junio de 2001, declaró nula aquella resolución y la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, con fecha 4 de junio de 2001, la confirmó y se inhibió del conocimiento de la causa a favor del fuero común, nulidad realizada sin existir procedimiento legal establecido en el Código de Justicia Militar, violando de esa forma el Debido Proceso y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Con fecha 30 de marzo de 2006, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda, por considerar que “*es obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía...sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción... entre las que se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo*”, en lo referido a la presunta vulneración al principio *ne bis in ídem* adujo que “*es ajeno a los intereses jurídicamente protegidos...que se pretenda oponer una Resolución manifiestamente nula... tras constatar que se realizó por autoridad jurisdiccional incompetente*” (1) (Resolución del 30 de marzo de 2006, fojas 48 del segundo cuaderno)

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que las resoluciones están motivadas y fueron dictadas “*en cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo que en modo alguno constituye vulneración al derecho constitucional de debido proceso y al principio de ne bis in ídem*” (2) (Resolución del 24 de abril de 2007, folios 94 del segundo cuaderno)

## FUNDAMENTOS

### A. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto las resoluciones de fecha 1 de junio de 2001 y 4 de junio de 2001, expedidas por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante las cuales se anuló la resolución que confirma el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados en la causa N.º 494-V-94 (Barrios Altos), por considerar el actor que se viola sus derechos constitucionales al debido proceso y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

### B. Aspectos de fondo

Es pertinente recordar que, según la doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho “continente” que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste

(...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)

2. También tiene dicho este Tribunal que, al igual que lo que sucede con el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho al debido proceso es un derecho que tiene la propiedad de albergar en su seno una serie de derechos fundamentales de orden procesal.

Uno de esos derechos es el derecho a que no se revivan procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

3. El instituto de la Cosa Juzgada, derecho reconocido en el inciso 13 del artículo 139° de la Constitución establece:

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

4. Otro de esos derechos es el derecho a la observancia del procedimiento previamente establecido en la ley, derecho reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, que establece:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto a los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Entonces, al pronunciarnos sobre la vulneración del derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y la vulneración a la forma procesal establecida para la emisión de resoluciones, por el Consejo Supremo de Justicia Militar, estaremos haciendo referencia, en estricto, a la vulneración al derecho al Debido Proceso.

### **C. Sobre el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.**

#### **Apreciaciones del demandante**

5. El recurrente afirma que fue procesado ante la jurisdicción militar y que tras culminar la etapa de instrucción, “*no se habían acumulado suficientes medios probatorios que justificaran el ingreso a la fase de Juicio Oral*”) (Escrito de 28 de agosto de 2001, fojas 33 del Segundo Cuaderno), de esta manera, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró el sobreseimiento definitivo de los actuados al no encontrarse responsabilidad en el Proceso Penal Militar abierto por los hechos conocidos como “Barrios Altos”. Resolución que fue confirmada por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante resolución de 26 de julio de 1995.

6. De esta manera, la Resolución adquirió la calidad de cosa juzgada, no así por la aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y 26492, entonces, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no afectaría la Resolución que declara el sobreseimiento definitivo, en aplicación del principio de seguridad jurídica, no pudiendo reaperturarse los procesos penales militares que concluyeron, e incluso, considera que le causa perjuicio, “provocando nuevamente el peligro a mi libertad con una nueva persecución penal...” (3) (Escrito de 28 de agosto de 2001, fojas 37 del Segundo Cuaderno)

7. Sostiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia condenando al Estado peruano y declaró incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos las referidas leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492, ordenando

que se investigue y sancione a los responsables por no ser de aplicación las citadas leyes de amnistía. No obstante que la resolución de sobreseimiento definitivo dictada en el proceso penal que se le abrió no se fundó en la aplicación de las leyes de amnistía, refiere que la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, ilegalmente, declaró la nulidad de las resoluciones de sobreseimiento definitivo, sin que el Código de Justicia Militar estableciera un procedimiento para declararla, vulnerando así el debido proceso.

A su juicio, la anulación de la resolución del sobreseimiento definitivo se efectuó fuera del procedimiento establecido para anular una resolución que adquirió el carácter de cosa juzgada, para la cual sólo existen dos formas “*la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y el recurso de revisión*.” (4) (Escrito de 28 de agosto de 2001, fojas 26 del Segundo Cuaderno)

### **Apreciaciones del representante de los emplazados**

8. El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha señalado que “*la sentencia Supranacional constituye motivo específico de anulación de toda resolución, así fuere firme como en el caso de la causa militar N.º 494-V-94 respecto de la ejecutorias de Sobreseimiento expedidas...*” (5) (Escrito de 28 de diciembre de 2004, fojas 204); por tanto, la Resolución fue emitida en cumplimiento de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **Apreciaciones del Tribunal Constitucional**

9. El Tribunal Constitucional reitera que mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que ponen fin al proceso judicial no puedan ser recurridas por medios impugnatorios, porque ha transcurrido el plazo para impugnarla o porque estos han sido agotados; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó.

10. El inciso 2) del artículo 139º de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de *cosa juzgada*, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)

11. Esta disposición constitucional debe interpretarse, acorde al principio de unidad de la Constitución, conforme con el inciso 13) del mismo artículo 139º de la Ley

Fundamental, el cual prevé que

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

12. Este Tribunal absuelve en sentido afirmativo a la luz de las disposiciones de derechos fundamentales, la determinación de si una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho. No solamente porque en la dicción de dichas disposiciones se ha evitado circunscribir el ámbito de protección sólo al caso de las sentencias, y se ha comprendido también a los autos que ponen fin al proceso (al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa), sino también porque ese es el sentido interpretativo que se ha brindado a una disposición aparentemente más limitativa de su ámbito de protección, como puede ser el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los órganos de protección de los derechos humanos en nuestra Región, el cual prevé que

El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos

13. Respecto a los alcances del concepto de “sentencia firme” que utiliza la referida disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

(...) la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada” (6) (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 1/95 (Caso 11.006, Alan García Pérez c/ Perú).

14. Respecto al valor que pueda tener la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su importancia.

Cabe recordar que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales; con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución); sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



Este Tribunal reitera que el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte, de acuerdo a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos, reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Así lo sostuvo en la STC 0217-2002-HC/TC, caso de Crespo Bragayrac

De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.

15. Entonces, considerando que una resolución de sobreseimiento definitivo puede alcanzar la calidad de cosa juzgada, ahora es preciso remarcar que, en el ámbito penal, uno de los efectos que se deriva de haberse alcanzado dicha autoridad de cosa juzgada es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona.

Esa eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo fundamento (*ne bis in ídem*).

El Tribunal tiene declarado que, si bien el *ne bis in ídem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso.

16. En la STC 2050-2002-AA/TC este Tribunal señaló que el contenido constitucionalmente protegido del *ne bis in ídem* debe identificarse en función de sus 2 dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su vertiente sustantiva o material, el *ne bis in ídem* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En tanto que en su dimensión procesal o formal, el mismo principio garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho.

17. A su vez, en la STC 0729-2003-HC/TC precisamos que la vertiente procesal del principio *ne bis in ídem*

(...) garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que en base a la V Enmienda de la Constitución Norteamericana se denomina *double jeopardy*, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona. Este principio contempla la (...) proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.

18. En el presente caso, el recurrente ha sostenido que los emplazados lesionaron su derecho constitucional alegado, pues luego de realizarse la investigación judicial en el proceso penal que se le inició ante los tribunales militares, se sobreseyó la causa iniciada en su contra al no haberse hallado elementos probatorios que lo vincularan en la comisión del delito mencionado. En ese sentido, sostiene que, en la medida que la resolución de sobreseimiento no se sustentó en la aplicación de las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492, la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001, resulta inaplicable a su caso.

19. La resolución materia de controversia, expedida por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 4 de junio de 2001, en cuya parte resolutive se declara

(...) NULAS las resoluciones de sobreseimiento expedidas por la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y seis de julio de mil novecincio [sic] (...)” (7) (Copia de Resolución de 4 de junio de 2001, folios 11)

20. Entonces, no estando en cuestión la preexistencia de las resoluciones de sobreseimiento a las que se refiere el recurrente, y obedeciendo su expedición a

(...) los agraviados en el caso `Barrios Altos´ acudieron ante la jurisdicción regional americana reclamando, tanto contra la afectación a sus derechos cuanto contra la forma como se procesó y archivó las investigaciones correspondientes, pedido que fue acogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos iniciándose el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que con fecha catorce de marzo del dos mil uno falló, entre otros extremos relevantes, por la responsabilidad internacional del Estado Peruano al haber violado el derecho a las garantías y protección judiciales (...); disponiendo que el Estado del Perú investigue los hechos de `Barrios Altos´ para determinar las personas responsables de las violaciones de los Derechos Humanos derivados de este caso, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables (...) (8) (Copia de la Resolución del 4 de junio de 2001, folios 9).

y de conformidad con el artículo 151º de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

(...) que dispone que las sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales, constituidas según Tratados de los cuales es parte el Perú, son remitidas al órgano jurisdiccional en que se agotó el proceso para la ejecución de la sentencia supranacional

por el órgano judicial competente; que en virtud de la citada obligación internacional, el Estado peruano debe dar estricto cumplimiento al fallo supranacional, de modo que se haga real y efectiva en todos sus extremos la decisión que ella contiene, anulando todo obstáculo de derecho interno que impida su ejecución y total cumplimiento, en este sentido la sentencia internacional constituye el fundamento específico de anulación de toda resolución, aún cuando ésta se encuentre firme, expedida por órganos jurisdiccionales nacionales que esté en contradicción a sus disposiciones”. (9) (Copia de la Resolución del 4 de junio de 2001, folios 10).

El Tribunal Constitucional considera que la absolución del cuestionamiento formulado por el recurrente pasa por esclarecer:

a) Si la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos comprende (o no) las resoluciones de sobreseimiento dictadas por las instancias de la jurisdicción militar en las que se hayan aplicado (o no) las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492.

b) Si las comprendiera, si el principio del *ne bis in ídem* resulta lesionado cuando, pese a existir una resolución de sobreseimiento definitivo, la iniciación de una nueva investigación judicial es consecuencia de la ejecución, en el ámbito interno, de una sentencia dictada por un tribunal internacional de justicia en materia de derechos humanos.

b.1) Para esto último, a su vez, será preciso delimitar los alcances de la prohibición del doble enjuiciamiento, lo que comporta establecer los elementos constitutivos del principio, así como los supuestos que se encuentren excluidos de él. (STC 4587-2004-AA/TC)

21. El Tribunal Constitucional considera que debe absolverse en términos afirmativos la cuestión de si la orden de investigar y sancionar decretada en la parte resolutive de la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos comprende a las resoluciones de sobreseimiento dictadas por las instancias de la jurisdicción militar, incluso de aquellas en las que no se hayan aplicado las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492.

22. Entonces, conforme se desprende del primer párrafo de la Sentencia del 14 de marzo de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la denuncia presentada por la Comisión Interamericana tenía por objeto que

(...) la Corte decidiera que hubo violación, por parte del Estado del Perú (en adelante “el Perú”, “el Estado” o “el Estado peruano”), del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolzco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo.

23. De igual manera, que la Corte decidiera:

(...) que el Estado violó el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez (...).

(...) que decidiera que el Estado peruano violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492. Finalmente, solicitó a la Corte que determinara que, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 y de la violación a los derechos señalados, el Perú incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

24. Por ello, el Estado peruano, en la audiencia pública del 14 de marzo de 2001, mediante su representante, en escrito de 19 de febrero de 2001, reconoció la responsabilidad internacional por los hechos descritos en el fundamento precedente (9) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos, párrafo 34)

señalándose como parte de la agenda la consecución de

(...) tres puntos sustanciales: identificación de mecanismos para el esclarecimiento pleno de los hechos materia de la denuncia, incluyendo la identificación de los autores materiales e intelectuales del crimen, viabilidad de las sanciones penales y administrativas a todos aquellos que resulten responsables, y propuestas y acuerdos específicos relacionados con los asuntos vinculados a las reparaciones (fojas 27).

así como

(...) fórmulas integrales de atención a las víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación (fojas 26).

25. De igual manera, el representante del Estado peruano expresó que:

(...) ...La fórmula de dejar sin efecto las medidas adoptadas dentro del marco de la impunidad de este caso, es en nuestra opinión una fórmula suficiente para *impulsar un procedimiento serio y responsable de remoción de todos los obstáculos procesales vinculados a estos hechos y, sobre todo, la fórmula que permite, y es este nuestro interés, reivindicar las posibilidades procesales y judiciales de responder conforme a la ley a los mecanismos de impunidad que se implementaron en el Perú en el pasado reciente*, y abre la posibilidad (fojas 27) de poder provocar en el derecho interno una resolución de homologación de la Corte Suprema, que permita que los esfuerzos que... “se están haciendo para impulsar... esos casos, se puedan cumplir [...].

26. El impulso de realizar un procedimiento serio y ponderado que culminara con la sanción de los responsables de la violación de derechos humanos se propuso después de reconocerse que el Estado peruano había

(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...)

27. Los términos en los que se formuló tal allanamiento fueron aceptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, al resolver la petición conforme al artículo 33.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo:

38. Con base en las manifestaciones de las partes en la audiencia pública de 14 de marzo de 2001, y ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Perú, la Corte considera que ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso.

28. En consecuencia, la Corte tiene por admitidos los hechos a que se refiere el párrafo 2 de la presente sentencia. La Corte considera, además, que tal como fue expresamente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana (...). Además, el Estado es responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Finalmente, es responsable por el incumplimiento de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados anteriormente” (10) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos, párrafo 38-39)

29. Entonces, la Corte Interamericana decidió por unanimidad:

1. Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.

2. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, que éste violó:

a) el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...);

b) el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...); y

c) el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492.

3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

6. Disponer que las reparaciones serán fijadas de común acuerdo por el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados, dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia”. (ordinal 5, negritas añadidas)

30. El Tribunal Constitucional opina que la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos por el caso Barrios Altos declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordinal 5 del fallo de la sentencia, no se circunscriben, como ha sido interpretado por el recurrente, sólo a los supuestos contemplados en los ordinales 3 y 4 de dicho fallo; es decir, en relación a aquellas resoluciones judiciales que se dictaron aplicando las leyes de amnistía dejadas sin efecto. Comprende también al ordinal 2, en todos los aspectos que allí se desarrollan; esto es, la declaración de que el Estado peruano violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías y protección judiciales de las víctimas y sus familiares.

31. Tal y como se precisó en la Sentencia de 3 de septiembre de 2001, sobre “Interpretación de la sentencia de fondo”, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

[...] el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías [párrafo 17, negritas añadidas].

32. El Tribunal Constitucional considera, en mérito a lo precedente, que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declaradas en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiesen aplicado las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente.

33. Ese también ha sido el criterio de la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 4 de junio de 2001, quien



(...) al analizar la sentencia internacional, observa que los sobreseimientos dictados por la Sala de Guerra de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y seis de julio de mil novecientos noventa y cinco, a favor del General de División Nicolás de Bari y otros por el caso `Barrios Altos´, colisiona con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena al Estado peruano investigar los hechos para determinar a los responsables de estos execrables delitos ocurridos el pasado tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en forma efectiva y agotando todos los medios de esclarecimiento e identificación, procediendo a sancionar a las personas responsables de estas violaciones a los derechos humanos; que, como se puede apreciar en los autos de sobreseimiento dictados por la Sala de Guerra, éstos apartan definitivamente a los imputados del proceso penal, lo cual viene a constituir un impedimento que es necesario levantar para desarrollar el proceso de investigación que cumpla la decisión del fallo internacional basado en los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos (...).(11) (Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 10)

34. Por tanto, el problema es si la declaración de nulidad de dichas resoluciones afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho. Esto es, si el principio *ne bis in ídem* resulta lesionado cuando, pese a existir una resolución de sobreseimiento definitivo, la iniciación de una segunda investigación judicial es consecuencia de la ejecución, en el ámbito interno, de una sentencia dictada por un tribunal internacional de justicia en materia de derechos humanos.

35. Como se sugirió en el ordinal b.1) de dicho fundamento N° 20, para absolver esta segunda cuestión es preciso que este Tribunal delimite los alcances de la prohibición del doble enjuiciamiento, lo que comporta establecer: a) los elementos constitutivos del principio, así como b) los supuestos que se encuentren excluidos de su contenido constitucionalmente protegido.

36. a) Por lo que se refiere a los elementos constitutivos de la dimensión procesal (o adjetiva) del *ne bis in ídem*, de la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal es posible señalar que estos son:

- a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto;
- b) La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme;
- c) La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena. (STC 2050-2001-AA/TC) (STC 4587-2004-AA/TC)

37. De idéntico criterio es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, al interpretar los alcances del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que

(...) los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:

- 1. el imputado debe haber sido absuelto;



2. la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme; y
3. el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.

38. Por ello es que para que la prohibición de doble enjuiciamiento por la infracción de un mismo bien jurídico pueda oponerse a la segunda persecución penal, es preciso que se satisfaga irremediabilmente una triple identidad:

- a) Identidad de persona física;
- b) Identidad de objeto, e
- c) Identidad de causa de persecución.

39. Por otro lado, por lo que se refiere a la delimitación de aquellos supuestos no protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, este Tribunal debe recordar que el contenido constitucionalmente protegido de todo derecho no puede extraerse únicamente del significado de las palabras con las cuales una disposición constitucional enuncia un determinado derecho fundamental; esto es, atendiendo sólo a su formulación semántica, sino en atención al *telos* o finalidad que con su reconocimiento se persigue. (STC 4587-2004-AA/TC)

Una finalidad que, por cierto, no se reconduce solamente a la que es propia del momento histórico en el que se produce el reconocimiento del derecho, sino también –y acaso especialmente– tomando en cuenta las nuevas e imperiosas necesidades del hombre actual. En efecto, la Constitución y, con ella, las cláusulas que reconocen derechos fundamentales, no pueden ser entendidas como entelequias o realidades petrificadas, sino como un instrumento vivo y dinámico destinado a fortalecer al Estado Constitucional de Derecho, que está sujeto a un plebiscito de todos los días. (STC 4587-2004-AA/TC)

40. De esta manera, el Tribunal Constitucional considera que si con el *ne bis in ídem* se persigue impedir el ejercicio *arbitrario* del *ius puniendi* estatal, no todo doble enjuiciamiento penal que el Estado pueda realizar contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido.

41. Entonces, aquello que queda fuera de su ámbito protegido, se encuentran aquellos supuestos en los que el doble juzgamiento no es compatible con los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, ya sea porque es extraño o ajeno a aquello que éste persigue garantizar; porque forma parte del contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental, o porque así resulta de su interpretación con otras disposiciones constitucionales que contienen fines constitucionalmente relevantes. En ese sentido, y por lo que al caso de autos importa, el Tribunal Constitucional considera que es ajeno a la naturaleza del derecho, es decir, a los intereses jurídicamente protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, que se pretenda oponer una resolución o sentencia (absolutoria) expedida en un primer proceso penal que resulta manifiestamente nulo.

42. Dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, el Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que este último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el solo hecho de que se le oponga la existencia  *fáctica* de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido. (STC 4587-2004-AA/TC)

### **Análisis del caso concreto**

43. En base a estas consideraciones es que este Tribunal debe juzgar si la resolución cuestionada, mediante la cual se declaró la nulidad de las resoluciones que declararon el sobreseimiento definitivo del proceso penal por los hechos conocidos como *Barrios Altos*, y ordenó que se remitieran los actuados al ámbito de la jurisdicción ordinaria para que se investigue judicialmente por la comisión de determinados delitos, amenaza con violar (o no) el derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho.

44. Como se ha fundamentado, la garantía que ofrece este derecho no opera por el solo hecho de que exista fácticamente un primer enjuiciamiento en el que se haya dictado una resolución firme que sobresea la causa, sino que es preciso que ésta se haya dictado en el seno de un proceso jurídicamente válido. La determinación de si el primer proceso seguido al recurrente (y, por tanto, de las resoluciones que en su seno se hayan podido expedir) es jurídicamente válido, debe efectuarse conforme a los criterios establecidos en esta sentencia. Es decir, tras analizarse si en el caso concreto el primer proceso penal seguido tuvo (o no) el propósito de sustraer al recurrente de la responsabilidad penal, o no hubiere sido instruido por un tribunal de justicia que respete las garantías de independencia, competencia e imparcialidad.

45. Este Tribunal reiteradamente ha considerado que existen numerosos elementos objetivos que demuestran que el juzgamiento realizado al recurrente por los delitos de lesa humanidad en el caso que se ha venido en denominar *Barrios Altos*, no tuvo el propósito de que realmente se le investigara y sancionara en forma efectiva. (vid. STC 4587-2004-AA/TC).

46. a) En primer lugar, porque pese a tratarse de un delito común, la realización de ejecuciones extrajudiciales y, por tanto, perseguible judicialmente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, el recurrente fue juzgado inicialmente por órganos de la jurisdicción militar, cuya competencia *ratione materiae* está circunscrita al juzgamiento y sanción de los denominados delitos de función, cuyos alcances han sido fijados por este Tribunal en las SSTC 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC.

47. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por la demandada, quien en su resolución de 4 de junio de 2001, cuestionada mediante el presente proceso, sostuvo

(...) siendo una de las garantías fundamentales del debido proceso, la sustentación del proceso ante el 'Juez Natural', es decir, ante el órgano jurisdiccional del Estado, legítimamente constituido y competente para intervenir en el proceso de que se trate, de acuerdo a la legislación vigente, ello es una garantía para el justiciable, ya que a través de ella se propone asegurar la imparcialidad del juzgador e impedir que el recto curso de la justicia sea alterado; que los hechos de 'Barrios Altos', por el tipo penal imputado, los agentes intervinientes y las circunstancias que rodearon su ejecución delictiva, corresponde su conocimiento, investigación y juzgamiento al Fuero Común y no al Privativo Militar como órgano jurisdiccional de excepción (...) (12) (Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 10).

48. b) En segundo lugar, el Tribunal considera que, en atención a las circunstancias del caso, existe evidencia suficiente que el proceso penal iniciado en el ámbito de la jurisdicción militar tuvo el propósito de evitar que el recurrente respondiese por los actos que se le imputan. Esas circunstancias se relacionan con la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad en materia de violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, particularmente de los actos cometidos por los del Grupo Colina, al cual se vincula al recurrente.

Expresión de ese plan sistemático, tal como este Tribunal lo sostuvo reiteradamente (STC 4587-2004-AA/TC), lo constituyen:

49. (i) El juzgamiento deliberado de delitos comunes por órganos militares, como antes se ha dicho.

50. (ii) La expedición, en ese lapso, de las leyes de amnistía 26479 y 26492. Y si bien éstas no se aplicaron al primer proceso penal que se le siguiera al recurrente, tomando en cuenta el contexto en que se dictaron, y el propósito que las animaba, el Tribunal Constitucional considera que ello demuestra palmariamente que sí hubo ausencia de una voluntad estatal destinada a investigar y sancionar con penas adecuadas a la gravedad de los delitos cometidos a los responsables de los hechos conocidos como *Barrios Altos*.

51. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo en su Informe del 2000, sobre el Perú, que la expedición de las referidas leyes de amnistía

(...) contribuyen a crear una atmósfera de impunidad" (13) (Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000, párrafo 9)

puesto que normas de esta naturaleza hacen

(...) prácticamente imposible que las víctimas de violaciones de los derechos humanos entablen con alguna posibilidad de éxito acciones jurídicas para obtener indemnización. La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos (...) (13) (Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julio de 1996, párrafo 9)

52. (iii) El retiro (nulo) de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha conocer a dicho órgano supranacional mediante la entrega de la Nota N.º 5-9-M/49, de 24 de agosto de 2000, y que fuera aprobada por la también nula Resolución Legislativa de fecha 8 de julio de 1999. Dicho acto tuvo el propósito de asegurar que también en el ámbito internacional el Estado no respondiese por las violaciones de derechos humanos y de esa forma se garantizase que sus autores no fueran sometidos a la acción de la justicia, fomentándose la impunidad.

53. Estos elementos objetivos evidencian que el proceso penal militar que originalmente se siguió contra el recurrente era nulo y, por tanto, que carecían de efectos jurídicos las resoluciones que en su seno se hubieran dictado, entre ellas, la que declaró el sobreseimiento de dicho proceso.

54. Por ello, en la medida que dicha resolución de sobreseimiento carece de efectos jurídicos, el Tribunal Constitucional considera que la iniciación de un nuevo proceso penal, esta vez ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, no viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada, tal como fue establecido en el caso Martín Rivas, STC 000679-2005-AA, dado que las resoluciones judiciales nulas no dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional.

55. Finalmente, en mérito de las razones expuestas en los fundamentos 32, 41, 42, 46, 48, 53 y 54, el Tribunal Constitucional estima que no se ha vulnerado el derecho al debido proceso, en el extremo que el demandante considera que se declaró la nulidad de las resoluciones que sobreseyeron el proceso penal militar, sin que existiese un procedimiento en el Código de Justicia Militar para lograr dicho fin.

56. De modo que el Tribunal considera que la emplazada no vulneró los derechos fundamentales de orden procesal, como son los derechos al debido proceso y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, que se han alegado en la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO.

MESÍA RAMÍREZ.

VERGARA GOTELLI.

BEAUMONT CALLIRGOS.

CALLE HAYEN.

ETO CRUZ.

ÁLVAREZ MIRANDA.

**B) PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS**

**1. EXP. N.º 08353-2006-HC/TC, MOQUEGUA, CARLOS FRANCISCO SOTO SARMIENTO**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 9 días del mes de abril de 2007, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzáles Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Don Carlos Francisco Soto Sarmiento contra la resolución de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 75, su fecha 28 de agosto de 2006, que revocando la apelada, declara improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

1. Con fecha 28 de junio de 2006, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus en representación de Carlos Francisco Soto Sarmiento, contra Antonio Godofredo López Márquez, Juez del Juzgado Militar Permanente de Moquegua e Ilo, con el objeto que se deje sin efecto las órdenes de captura dictadas en su contra en los procesos penales seguidos en su contra por la presunta comisión de los delitos de fraude (Exp. N.º 13004-2005-006), insulto al superior (Exp. N.º 13004-2005-0115), fraude y falsedad (Exp. N.º 13004-2005-0154), y desobediencia, fabricación, comercio y uso ilegal de armas y explosivos (Exp. N.º 13004-2005-0153). Refiere que tales decisiones judiciales amenazan su derecho a la libertad individual pues han sido dictadas por un juez militar que no ha sido nombrado en forma debida y además porque se han basado en las denuncias formalizadas por fiscales militares que no han sido nombrados por el Ministerio Público.

2. El Juzgado Penal de la Provincia de Mariscal Nieto declaró “no abrir instrucción en la vía de proceso constitucional de habeas corpus” considerando que otro juzgado ha conocido con anterioridad el mismo proceso, por lo que el juzgado no puede conocer en otro proceso el caso por los mismos hechos y con los mismos argumentos. La Sala Mixta de Moquegua revocó la apelada y reformándola declaró improcedente la demanda sosteniendo que no proceden los procesos constitucionales cuando haya litispendencia, ya que existe otra demanda constitucional en trámite con la misma pretensión.

**FUNDAMENTOS**

3. En el presente caso el recurrente solicita que se deje sin efecto las órdenes de captura dictadas en su contra en el proceso militar policial por delitos de insulto al superior, desobediencia, fabricación, comercio, uso ilegal de armas y explosivos y otros considerando que se está amenazando su derecho a la libertad individual.

4. El 13 de junio de 2006 el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad parcial de la Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. En virtud de esta sentencia quedó establecida la inexequibilidad de fiscales penales militares policiales por vulnerar la autonomía del Ministerio Público. Asimismo, la existencia de jueces militares en actividad por vulnerar el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial.

5. Si bien es verdad que en la referida sentencia (Exp. N.º 0006-2006-PI/TC) el Tribunal Constitucional dispuso aplazar los efectos de su decisión hasta el 31 de diciembre de 2006, a fin de que el legislador pudiese expedir las disposiciones necesarias para una nueva organización de la justicia militar compatible con la Constitución; también lo es que el Parlamento prorrogó *sine die* la *vacatio sentetiae*. Sin embargo, la prórroga establecida por el Congreso es, a todas luces, un abierto desacato a cumplir con la exhortación hecha por este Colegiado. Tal situación, mantenida en el tiempo a plazo indefinido significa:

i) que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar a tiempo y oportunamente, lo que produce inconsistencia en la política criminal del Estado y transgresiones a los derechos fundamentales que ningún orden constitucional que se respete puede tolerar (inconstitucionalidad por ocio legislativo); y,

ii) que se mantiene un estado de cosas inconstitucional más allá de un tiempo razonable fijado por este alto Colegiado. De ahí que este colegiado considera que resulta pertinente inaplicar la Ley N.º 28934 si en el análisis de los casos concretos se produce una situación que es lesiva de un derecho fundamental.

6. Cabe precisar además que el recurrente ya no pertenece a la jurisdicción castrense, ya que pasó a la situación de retiro conforme se desprende de fojas 2 del expediente, por lo que no es competente la jurisdicción militar. En todo caso si se corrobora un ilícito penal, sería jurisdicción de la justicia ordinaria por ser un civil, por lo que la jurisdicción castrense, si fuera el caso, debe de informar y remitir la información pertinente al Ministerio Público. Es necesario precisar esto ya que si la ley 28665 estuviese vigente tampoco podría ser de aplicación ya que el proceso sería ajeno a la competencia militar policial, ya que el recurrente ha pasado a la situación de retiro.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de habeas corpus, por consiguiente, de conformidad con el artículo 34º del Código Procesal Constitucional, se deberá:

i) Inaplicar la Ley N.º 28934;

ii) Declarar nulos todos los procesos en trámite seguidos contra Carlos Francisco Soto Sarmiento por no ser competencia militar policial, más aún, cuando el agraviado ya tiene un hábeas corpus a su favor expedido por el Juzgado Penal de Mariscal Nieto –

Moquegua, el mismo que dispuso su inmediata libertad por incompetencia funcional del juez militar, proceso constitucional que fue ejecutado el 1 de junio de 2006; y,

iii) Declarar nulas las órdenes de captura decretadas en su contra.

iv) De considerar la existencia de un ilícito, la jurisdicción militar debe informar al Ministerio Público para que actúe conforme a ley.

Publíquese y notifíquese

SS.

GONZÁLES OJEDA.

VERGARA GOTELLI.

MESÍA RAMÍREZ.

## **2. EXP. N.º 1003-2006-PHC/TC, LIMA, FRANCISCO GUILLERMO ARIAS CÁRDENAS**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 11 días del mes de abril de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzáles Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

#### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Mercedes Valverde Balladares contra la resolución de la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 288, su fecha 26 de octubre de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 12 de setiembre de 2005 la recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor del Técnico de Tercera en situación de retiro, Francisco Guillermo Arias Cárdenas, y la dirige contra el Primer Juzgado de Instrucción Permanente de Marina por la inminente amenaza de su libertad individual, así como por vulnerar su derecho al juez natural. Manifiesta que el beneficiario fue sometido en el año 2003 a una Junta de Investigación Interna, y a una Junta para Técnicos Supervisores, Técnicos y Oficiales de Mar de la Comandancia General de Operaciones del Pacífico, la cual dispuso su pase al retiro mediante Resolución N° 0061-2004-CGMG con fecha 20 de enero de 2004, y que sin embargo pese a haber sido pasado al retiro, se le abrió proceso N.º 21001-20050140 por ante el Juzgado de Instrucción Permanente de Marina por el delito de hurto en calidad de cómplice. Solicita que se derive todo lo actuado al fuero común.

Realizada la investigación sumaria se tomó la declaración del juez emplazado, Capitán de Fragata CJ Felipe Genaro Untiveros Espinoza, quien manifiesta que los hechos delictivos fueron presuntamente realizados por el beneficiario cuando aún se encontraba



en actividad, por lo que el fuero militar es competente para realizar la investigación y aplicar la sanción respectiva. Refiere también que no existen resoluciones firmes así como que no ha emitido ningún mandato de detención contra el beneficiario, por lo que la presente demanda debe ser declarada infundada.

El Trigésimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 19 de setiembre de 2005, declara infundada la demanda, por considerar que el fuero militar sí es competente dado que los hechos fueron cometidos en la fecha en que el beneficiario se encontraba en actividad, por lo que no se vulnera derecho constitucional alguno.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

1. La demanda cuestiona el hecho de que el favorecido viene siendo procesado en el fuero militar a pesar de haber sido pasado al retiro. Al respecto debe señalarse que los hechos que se le imputan ocurrieron cuando estaba en situación de actividad por lo que de tratarse de delitos de función sería competente el fuero militar para el conocimiento de los ellos, de conformidad con el artículo 173° de la Constitución.

2. Este Tribunal se ha pronunciado respecto del concepto de delito de función, señalando en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte “(...) 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”; añadiéndose que ello implica, básicamente, la “(...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)”.

A su vez este tema ha sido precisado en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00012-2006-PI/TC, en la que se precisa que:

(...) Teniendo en cuenta que el Poder Constituyente ha circunscrito al Código de Justicia Militar únicamente la consagración de aquellas normas penales que contengan los delitos de función, la interpretación de la expresión “delito de función” debe realizarse de modo “restrictivo” y no “extensivo”. 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 como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas debe 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 (...).

3. De allí que en caso de duda sobre si una conducta es de competencia de la jurisdicción ordinaria o militar se preferirá el juzgamiento por el fuero común. Por otra parte, en cuanto al bien jurídico afectado en los delitos de función, la misma sentencia establece lo siguiente:

(...) En cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere, como ya se ha sostenido, 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 (...) cabe descartar de plano, por inconstitucional, aquellas interpretaciones (...) que argumenten, por ejemplo, que un bien jurídico como la “vida” pueda ser susceptible de protección mediante el Código de Justicia Militar, pues en este caso este bien jurídico no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico defensa nacional. De este modo, el bien jurídico vida no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria (...).

4. En el proceso que se le sigue al accionante tal como consta del auto de apertura de instrucción de fojas 238 se le imputa la participación en la sustracción de materiales médicos de la Marina de Guerra, habiendo cometido delito de hurto previsto en el artículo 286° del entonces vigente Código de Justicia Militar. Al respecto es preciso indicar que el bien jurídico involucrado en dicho ilícito (patrimonio) no es relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, por lo que no puede configurar delito de función y por tanto no puede ser de conocimiento del fuero militar sino del ordinario. Por lo tanto este Tribunal considera que la presente demanda debe ser estimada, declarándose la nulidad de lo actuado ante el fuero militar y disponiéndose el pase de los actuados al Ministerio Público, a fin de que, en uso de sus atribuciones, determine si cabe ejercer la acción penal.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

1. Declarar FUNDADA la demanda de hábeas corpus de autos.
2. Declarar la nulidad de lo actuado en el proceso N° 21001-2005-0140 seguido contra el beneficiario ante el Primer Juzgado de Instrucción Permanente de Marina.
3. Disponer la remisión de los actuados al Ministerio Público, bajo responsabilidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZÁLES OJEDA.

BARDELLI LARTIRIGOYEN.

VERGARA GOTELLI.

3. **EXP. N.º 02507-2005-HC/TC, LIMA, JULIO ARMANDO GARBAY BRAVO**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de mayo de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y Bardelli Lartirigoyen, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Julio Armando Garbay Bravo contra la resolución de la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 671, su fecha 20 de diciembre de 2004, que, confirmando la apelada, declara improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 28 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Consejo Supremo de Justicia Militar alegando violación de su derecho a la libertad personal por haber sido detenido arbitrariamente. Refiere encontrarse detenido en las instalaciones de la Dirección de Educación y Doctrina del Ejército (DIEDE) en virtud de una resolución que considera ilegal y arbitraria, la cual anuló el beneficio de amnistía que le fue otorgado, luego de haber sido condenado por el Consejo de Guerra Permanente de la Cuarta Zona Judicial del Ejército – Cuzco con fecha 19 de diciembre de 1994. Precisa que, fue procesado, condenado y sentenciado por los delitos de desobediencia, abuso de autoridad y lesiones graves seguidas de muerte, imponiéndosele tres años de pena privativa de libertad, por lo que no puede aplicarse por analogía a su caso concreto los efectos de la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, puesto que dicho fallo fue dictado y está referido a personas que incurrieron en graves violaciones a los derechos humanos, que no es su caso. Agrega que, por su propia naturaleza, el beneficio de la amnistía no puede ser revocado por una resolución judicial posterior que declare su nulidad, y que, asimismo, la amnistía elimina legalmente el hecho punible, tanto más si, como en el caso de autos, la ley se encuentra vigente y como tal resulta legítimo su cumplimiento. Finalmente, refiere que la Comisión Administrativa encargada del estudio y evaluación de los procesos en los cuales se aplicó la ley de amnistía recomendó abrir su caso, arbitrariedad que vulnera el precepto constitucional previsto en el artículo 139º, inciso 2) de la Constitución.

Realizada la investigación sumaria, el actor se ratifica en los términos de su demanda. Aduce que por mandato constitucional contenido en el artículo 139° inciso 13), la amnistía produce los efectos de cosa juzgada.

Por su parte, el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar sostiene que no existe detención arbitraria, y que la jurisdicción militar conoció la causa seguida contra el recurrente en mérito a la sentencia expedida en el Caso “Barrios Altos”, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y las excluyentes de responsabilidad en los casos de vulneraciones de derechos humanos. Por tanto, refiere que la ejecutoria que resuelve reponer la causa al estado anterior a la aplicación del beneficio de amnistía es conforme a un proceso regular.

El Decimoquinto Juzgado Penal de Lima, con fecha 22 de octubre de 2004, declara improcedente la demanda por considerar que no existe detención arbitraria ni violación al debido proceso pues en el presente caso se declaró la nulidad de la ejecutoria Suprema que amnistiaba al recurrente y ordenó reponer las cosas al estado anterior al otorgamiento de tal beneficio, pues éste no cumplió con el término de la condena impuesta en el proceso penal militar seguido en su contra.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

### §1. Sobre el derecho a la libertad personal del recurrente

1. En este punto, conviene recordar que con fecha 17 de mayo de 2005 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, ofició al Consejo Supremo de Justicia Militar y a la Comandancia General del Ejército a fin de que se informe sobre la situación jurídica del actor.

2. Así, mediante Oficio N° 230-2005-PPJM-CSJM, de fecha 21 de setiembre de 2005, el Procurador Público de la Justicia Militar remitió a este Colegiado la resolución emitida por la Cuarta Zona Judicial del Ejército, su fecha 23 de marzo de 2005, obrante a fojas 7 del cuadernillo del Tribunal Constitucional, mediante la cual se dispuso excarcelar al actor por habersele concedido el beneficio de liberación condicional, ordenándose su inmediata libertad. De igual forma, el Jefe del Estado Mayor del Ejército, General de División Jesús A. Reyes Tavera, por medio del Oficio N° 2860-A.5.c.2, obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional a fojas 20, de fecha 10 de octubre de 2005, informó a este Colegiado que el accionante “actualmente se encuentra en libertad”, habiendo sido excarcelado el 23 de marzo de 2005, lo que se corrobora con la copia del Acta de Excarcelación adjunta al documento.

3. A fojas 6 y 21 del mismo cuadernillo obran también copias del Acta de Excarcelación de fecha 23 de marzo de 2005, mediante la cual se puso en libertad al actor. Por tanto, teniendo en cuenta que actualmente el recurrente se encuentra en pleno ejercicio de su derecho a la libertad personal, este Colegiado considera que debe desestimarse la demanda por haberse producido la sustracción de la materia.

## §2. Sobre la presunta comisión de graves violaciones a los derechos humanos y la remisión de los actuados al Ministerio Público

4. Asimismo, de la revisión de autos, se advierte la presunta comisión de graves violaciones a los derechos humanos, por lo que se hace necesario remitir los actuados al Ministerio Público para los efectos pertinentes.

5. En efecto, en la sentencia de fecha 15 de julio de 1994 expedida por el Consejo de Guerra Permanente de la Cuarta Zona Judicial del Ejército (fojas 314 y ss.), en el proceso penal seguido en contra del recurrente por los delitos de abuso de autoridad, homicidio, desobediencia y contra la administración de justicia, obrante en copias certificadas, consta lo siguiente:

“Está probado que como consecuencia de los disparos realizados por la Patrulla [dirigida por el recurrente], el civil Javier Rolando Velásquez Alarcón queda herido de gravedad, siendo interrogado por la posesión del Fusil Automático Ligero y trasladado al lugar donde se encontraban los caballos, donde se constata su muerte. (...) Queda probado, que el civil Javier Rolando Velásquez Alarcón se le secciona los dedos de la mano derecha, así como las orejas con la finalidad de que no se le identifique, manteniéndose como trofeo (...).

Queda establecido que el civil Javier Rolando Velásquez Alarcón fue herido por impacto de proyectil de arma de fuego, para fallecer posteriormente, hecho que se encuentra previsto y penado en el párrafo segundo del inciso tercero del artículo ciento veintiuno del Código Penal común, aplicable al caso en remisión del artículo setecientos cuarenta y cuatro del Código de Justicia Militar” [resaltado agregado].

6. Tanto la aludida sentencia, su confirmatoria de fecha 19 de diciembre de 1994 (fojas 380), así como otros actuados que obran en el expediente de autos, demuestran que en el proceso tramitado ante la jurisdicción militar se han juzgado supuestos que no constituyen delito de función, sino delitos de naturaleza común (en los que se encuentran bienes jurídicos tales como la vida, integridad física, entre otros), competencia que por mandato que se desprende del artículo 173° de la Constitución, no le pertenece a la jurisdicción militar, sino a la jurisdicción penal ordinaria.

7. La falta de competencia de la jurisdicción militar para conocer delitos que involucran bienes jurídicos que no tienen naturaleza militar o que no sirven para la defensa militar del Estado, en el aludido proceso penal, queda acreditada por: i) la utilización por remisión de artículos del Código Penal común en la aludida sentencia de primera instancia, código que por su propia naturaleza sólo protege bienes jurídicos comunes tales como la vida e integridad física entre otros; y ii) la Resolución de fecha 3 de octubre de 1994 expedida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que dirimió contienda de competencia a favor del Juzgado Penal de Aymaraes - Apurímac.

8. En cuanto al *primer punto*, conviene agregar que conforme a la propia distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar establecida en la Constitución (artículo 173°), sólo el Código Penal Militar Policial puede contener los

delitos de función en los que pueden incurrir los ciudadanos que forman parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional cuando éstos afecten bienes jurídicos propios de la defensa militar del Estado (por ejemplo, disciplina y orden militares), disposición de la que se desprende además que sólo el Código Penal común puede contener los delitos en los que pueden incurrir los ciudadanos comunes o los ciudadanos que forman parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional cuando éstos afecten bienes jurídicos de naturaleza ordinaria (por ejemplo, propiedad, vida, integridad física, libertad sexual).

De este modo, resulta inválido utilizar por remisión *tipos penales* del Código Penal para emplearlos en un proceso penal tramitado ante la jurisdicción militar. Ello, en el aludido proceso penal, sólo evidencia que algunos de los bienes jurídicos comprometidos en tal caso (los cuales están protegidos por el Código Penal) deben ser de conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria.

9. En cuanto al *segundo punto*, es pertinente enfatizar que la Resolución de fecha 3 de octubre de 1994 (fojas 349), expedida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, dirimió la contienda de competencia promovida, disponiendo que “el conocimiento de la presente causa seguida contra Julio Garbay Bravo, por los delitos de homicidio y abuso de autoridad en agravio de Javier Rolando Velásquez Alarcón corresponde al Juzgado Penal de Aymaraes, al que se remitirá todo lo actuado, con conocimiento del Juzgado Militar Sustituto de la IV Zona Judicial del Ejército Peruano del Cusco”.

Asimismo, en la Resolución de fecha 13 de setiembre de 1994, (fojas 350), el Fiscal Supremo en lo Penal opina que el proceso seguido contra el Alférez EP Julio Garbay Bravo debe ser de conocimiento del fuero común, bajo el argumento de que “los hechos que se le imputan al encausado no fueron cometidos durante una acción militar, sujeta a un Plan de Operaciones. En conclusión no pueden ser merituados como delitos de función”.

10. Si bien de las copias certificadas del proceso penal militar adjuntadas en autos no se desprende con claridad la fecha en la que la jurisdicción militar tomó conocimiento de la resolución que resolvió la contienda de competencia a favor del fuero ordinario, es imperativo considerar que la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria estimó que en el caso del recurrente se encontraban involucrados bienes jurídicos de naturaleza común, y que, con ello, tales hechos debía ser de conocimiento de la justicia penal ordinaria.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, será el Ministerio Público el órgano que establezca el nivel de responsabilidad del órgano jurisdiccional de segunda instancia del viciado proceso penal militar, pues es evidente que antes de resolver no tomó en cuenta que se encontraba en trámite –o había sido resuelta– una contienda de competencia para decidir precisamente si tal órgano debía asumir, o no, el juzgamiento del recurrente.

11. Asimismo, el Tribunal Constitucional estima que será el Ministerio Público, conforme a sus competencias constitucionales, el órgano que deberá determinar la existencia o no de elementos para ejercitar la respectiva acción penal, no debiendo

considerarse como cosa juzgada las resoluciones expedidas en fuero penal militar respecto de la afectación bienes jurídicos comunes, pues éstas fueron expedidas por un órgano jurisdiccional incompetente.

En efecto, en cuanto a la aludida existencia de cosa juzgada respecto de la resolución de fecha 19 de diciembre de 1994 que confirma la sentencia de fecha 15 de julio de 1994 que condenó al recurrente como autor de los delitos de lesiones graves con subsecuente muerte, abuso de autoridad, desobediencia y contra la administración de justicia a la pena de 3 años de pena privativa de libertad, este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha enfatizado que “una resolución judicial emanada de un proceso seguido ante un órgano jurisdiccional incompetente no forma (...) parte del ámbito normativo del derecho fundamental a la cosa juzgada y a la prohibición del *ne bis in ídem*”. [Expedientes N.ºs 4587-2004-AA (fundamentos 73 y 74) y 00679-2005-AA (fundamento 17)].

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

1. Declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus por haberse producido la sustracción de la materia.
2. ORDENAR que a la mayor brevedad posible y bajo responsabilidad se remitan copias certificadas del presente proceso al Ministerio Público para los efectos pertinentes, conforme a lo expuesto en los fundamentos 4 y siguientes de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO.

ALVA ORLANDINI.

BARDELLI LARTIRIGOYEN.

### 1.4. AÑO 2008

#### A) PROCESOS DE AMPARO

#### 1. EXP. N.º 0002-2007-PA/TC, JAÉN, HERNÁN ARTURO BARBOZA CRUZ

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Hernán Arturo Barboza Cruz contra la sentencia de la Sala Descentralizada Mixta de Jaén, de fojas 171, su fecha 09 de noviembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.



## ANTECEDENTES

Con fecha 9 de junio de 2006, el recurrente interpone proceso de amparo contra el Director General de la Policía Nacional del Perú (PNP), a fin que se declaren inaplicables: (i) la Resolución Regional N.º 009-II-RPNP-OAD-UP, de fecha 9 de febrero de 1995, que resolvió su pase de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria; y, (ii) la Resolución Directoral N.º 4722-98-DGPNP/DIPER, de fecha 31 de diciembre de 1998, que dispuso su pase a retiro por límite de permanencia en la situación de disponibilidad. En consecuencia, solicita su reincorporación al servicio activo en la PNP, con el reconocimiento de grado, tiempo de servicios, gratificaciones y demás beneficios dejados de percibir. Manifiesta que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la igualdad ante la ley, al debido proceso, y a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

El Procurador Adjunto del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos judiciales de la PNP contesta la demanda proponiendo las excepciones de incompetencia y falta de agotamiento de la vía administrativa, alegando, asimismo, que la resolución cuestionada ha sido expedida dentro de un procedimiento administrativo regular, conforme a los dispositivos legales vigentes, y que la medida disciplinaria aplicada al demandante se fundó en las investigaciones administrativas realizadas.

El Primer Juzgado Mixto de Cutervo, con fecha 18 de agosto de 2006, declaró improcedentes las excepciones interpuestas y fundada en parte la demanda, por considerar que se le sancionó dos veces por un mismo hecho, ordenando, por consiguiente, la reincorporación del demandante al servicio activo de la PNP; e improcedente la demanda en el extremo referido al reconocimiento del tiempo de servicios, así como el abono de haberes, gratificaciones y demás beneficios económicos dejados de percibir.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, estimando que la vía contencioso-administrativa es igualmente satisfactoria para la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado.

## FUNDAMENTOS

1. Según se advierte de la Resolución Directoral N.º 4722-98-DGPNP/DIPER, de fecha 31 de diciembre de 1998, el recurrente fue pasado a la situación de retiro por encontrarse más de 2 años en la situación de disponibilidad, en aplicación del artículo 47º del Decreto Legislativo N.º 745 (hoy ya derogado). Sobre el particular, cabe señalar que su pase a la situación de disponibilidad se debió a la comisión de “(...) graves faltas que atentan contra la disciplina y prestigio institucional, al dedicarse al consumo de bebidas alcohólicas y en estado de ebriedad, hacer uso innecesario del revólver S.W. Cal. 38mm. Nro. 2D02343 de propiedad del Estado, hiriendo al civil Hugo Edgardo Mendoza Lossio, causándole lesiones de gravedad; encontrándose incurso como presunto autor del Delito Contra la Vida el Cuerpo y la Salud (lesiones con arma de fuego) previsto en el Art. 121º del Código Penal y, administrativamente, en faltas contra

la moral policial y la disciplina(...)”, tal cual está señalado en la Resolución Regional N.º 009-II-RPNP-OAD-UP, de fecha 9 de febrero de 1995, obrante a fojas 24, emitida por el Jefe de la Segunda Región Policial (Nor-Oriental del Marañón – Chiclayo).

2. En efecto, dicho procedimiento disciplinario se sustentó en hechos que motivaron la apertura de un proceso de instrucción por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, proceso en el que, según reconoce el recurrente, fue sentenciado a dos años de pena privativa de la libertad, sentencia que tendría la calidad de ejecutoriada (Resolución de fecha 16 de septiembre de 1997, obrante a fojas 27).

3. Al respecto, el recurrente señala que la medida disciplinaria que dispuso pasarlo a retiro se efectuó cuando aún se encontraba pendiente el pronunciamiento del juez penal, razón por la cual su retiro resulta inválido. Sin embargo, se constata que la resolución que dispuso su pase a retiro fue emitida de manera posterior al dictado de sentencia en sede judicial. Cabe señalar que, si bien es cierto se absolvió al recurrente en este proceso, también lo es que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso en vía judicial, debido a que se trata de dos procesos de distinta naturaleza y origen.

4. En dicho contexto, si lo resuelto en la vía judicial favorece a una persona sometida, a su vez, a un procedimiento administrativo disciplinario, el resultado de éste no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso en la vía judicial conlleva una sanción punitiva.

5. Por otro lado, en lo que concierne al derecho del recurrente a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho (artículo 2º, numeral 24, de la Constitución), debe señalarse que la sanción concerniente al pase a retiro no tiene como sustento los hechos por los que el demandante fue sancionado, sino la aplicación del artículo 47º del Decreto Legislativo N.º 745, vigente en ese entonces, que prescribe el pase a la situación de retiro del personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, dos (2) años consecutivos en la situación de disponibilidad. Asimismo, la condena por delito penal no supone una doble sanción, toda vez que, como se hubo señalado en el fundamento anterior, la función punitiva en la vía judicial persigue una finalidad diferente de la administrativa.

6. Cabe agregar que la Orden de Sanción, de fecha 2 de noviembre de 1994, obrante a fojas 24, por la cual se incrementa de ocho a doce el número de días de arresto de rigor impuestos al recurrente en calidad de sanción por las faltas cometidas contra la obediencia, el decoro y el espíritu policial, no supone una vulneración del principio non bis in ídem, toda vez que la graduación de la sanción es una facultad enmarcada dentro de la potestad sancionadora de la Administración, siendo uno de los principios de la misma no proceder a la mera aplicación de la sanción sin una graduación de la misma de acuerdo a las circunstancias. Dicho principio está reconocido por la Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, Ley N.º 28338, la cual en su artículo 41º, modificado recientemente por la Segunda Disposición Complementaria

y Modificatoria de la Ley N.º 28857, dispone la graduación de la sanción impuesta de acuerdo a las circunstancias establecidas en el artículo 40º de la misma ley.

7. En consecuencia, no se aprecia la afectación de derecho constitucional alguno, puesto que los demandados han actuado dentro del marco de la Constitución y respetando las disposiciones legales aplicables al caso, conforme consta en el Acta de Pronunciamiento N.º 032-II-RPNP/CIR-SO1-SO3, de fecha 1 de diciembre de 1994, obrante a fojas 19, en la que se observa que se actuaron las pruebas de descargo del demandante y que se le ofreció la oportunidad de dar su versión de los hechos, respetándose de esta manera su derecho fundamental al debido proceso.

8. Finalmente, este Colegiado considera pertinente señalar que el artículo 166º de la Constitución Política vigente establece que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como prestar atención y ayuda a las personas y a la comunidad. Para cumplir con su objeto la institución requiere contar con personal de conducta intachable y honorable en todos los actos de su vida pública y privada, que permita no sólo garantizar, entre otros, el cumplimiento de las leyes y la prevención, investigación y combate de la delincuencia, sino también mantener incólume el prestigio institucional y personal.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO.

BEAUMONT CALLIRGOS.

ETO CRUZ.

#### **B) PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS**

##### **1. EXP. N.º 01605-2006-PHC/TC, LIMA, RICHARD WASHINGTON CONDORI CONDORI**

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 11 días del mes de enero de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional integrada por los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Alvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

#### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Richard Washington Condori Condori, contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de

la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 141, su fecha 29 de diciembre de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 7 de noviembre de 2005 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus por amenaza de su libertad individual contra el funcionario público del Ministerio de Defensa, comandante FAP Mariano Ángel Centeno Pantoja, con el objeto de que se declare la nulidad del proceso militar, expediente N.º 31001-2004-0019, que se le sigue por la presunta comisión del delito contra el patrimonio – pérdida de material del Estado. Solicita, además, que en todo caso los actuados deben ser puestos en conocimiento del Fiscal Provincial en lo Penal de Turno como titular de la acción penal, toda vez que la jurisdicción militar sólo conoce los delitos de función y no los delitos comunes, según lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC N.º 0017-2003-AI/TC (sic).

El recurrente sustenta su demanda aduciendo (fojas 1 y 2) que el demandado viene ejerciendo funciones judiciales sin haber sido nombrado juez instructor permanente de la jurisdicción militar por el Poder Ejecutivo y mediante Resolución Ministerial publicada en el diario oficial El Peruano, conforme así lo prevé el artículo 31º de la Ley Orgánica de la Justicia Militar N.º 23201, vulnerando de esa manera lo establecido por los artículos 139.3º (observancia del debido proceso) y 139.19º (prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley) de la Norma Fundamental y, por tanto, amenazando su derecho a la libertad individual (sic).

Al contestar la demanda el emplazado alega (fojas 16) que dados los argumentos del actor para sustentar su pretensión debe precisar que, en efecto, ha sido nombrado mediante Resolución Ministerial N.º 004-2005-DE/FAP, del 12 de enero de 2005, para desempeñar funciones en el Consejo de Guerra Permanente de la Zona Judicial de la Fuerza Aérea, en particular, en el cargo de Juez del Juzgado de Instrucción Permanente de la FAP en Lima (sic), lo cual se corrobora con el documento de fojas 24 a 26 de autos. En el mismo sentido, el Procurador Público competente aduce (fojas 41) que el nombramiento del demandado depende del Poder Ejecutivo.

El Duodécimo Juzgado Penal de Lima, declara infundada la demanda por considerar que de la revisión de autos no se ha acreditado la vulneración de los derechos fundamentales del demandante.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

### FUNDAMENTOS

1. Mediante la STC N.º 0023-2003-AI/TC (Cfr. Fundamentos N.ºs 42, 58 y 60) el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 31º de la Ley N.º 23201 que sirve de sustento a la demanda incoada por el recurrente, por lo que, en ese sentido, podría considerarse que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia controvertida.

2. Sin embargo no puede dejar de señalarse que el criterio que condujo a la declaratoria de inconstitucionalidad del aludido artículo 31° de la Ley N.º 23201 lo constituye el hecho de que los jueces penales militares penales policiales no pueden ser nombrados por el Poder Ejecutivo –que es lo que precisamente alega el actor no ha sucedido– por cuanto se vulnera el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial.

3. En la misma STC N.º 0023-2003-AI/TC (Cfr. Fundamentos N.ºs 42 y 44), el Tribunal Constitucional también estableció que “(...) el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por oficiales en actividad, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (...). El juzgamiento de tales ilícitos, y la eventualidad de que allí se dicten resoluciones judiciales que priven temporalmente de la libertad, exige, pues, que este sea realizado por jueces en los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo (...)”.

4. El aludido criterio fue reafirmado en la STC N.º 0004-2006-PI/TC (Cfr. Fundamento 68), en el que se sostuvo que “No se trata, en este caso, de negar la legítima aspiración de un oficial en actividad a formar parte de la función jurisdiccional del Estado, en la especialidad militar, sino más bien de una exigencia según la cual para que un oficial-abogado pueda desempeñarse como juez militar, debe desvincularse *completamente* del servicio militar, así como de los derechos y beneficios que posee dentro de la administración militar o policial. En efecto, no se podría afirmar que un juez especializado en lo penal militar es independiente e imparcial si existe la posibilidad de que este reciba, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud, educación, vivienda y bienestar, por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional (como lo dispone la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 28665), o que se establezcan disposiciones como la contenida dentro de la Segunda Disposición Transitoria de la aludida ley: “Los oficiales designados temporalmente para desempeñar funciones en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, *pueden presentarse al proceso de ascenso al grado inmediato superior de su respectiva institución* y de obtenerlo, deben continuar desempeñando la misma función para la que fueron designados”.

5. Es de advertirse que a través de las STC’s N.ºs 0017-2003-AI/TC y 0006-2006-AI/TC, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad parcial de diversos artículos de la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749, así como de la Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, respectivamente.

6. En todos los pronunciamientos a que se ha hecho referencia el Tribunal Constitucional dispuso una *vacatio sententiae* a efectos de que el legislador expida las disposiciones necesarias para una nueva organización de la justicia militar compatible con la Constitución.

7. Conforme a ello, con fecha 10 de enero de 2008 el legislador ha expedido –aunque con bastante retardo– la Ley N.º 29182 de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial [que deroga la aludida Ley N.º 28665, que a su vez derogó el Decreto Ley N.º 23201], nueva ley que, sin embargo, no sólo vulnera la autoridad de cosa juzgada establecida en el artículo 139º inciso 2) de la Constitución, en lo que se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional, constituyendo un abierto desacato a tales pronunciamientos, sino que supone, además, una situación de *rebeldía legislativa*, dado que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú que puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías.

8. Por ello, teniendo en cuenta lo antes expuesto y conforme a los medios probatorios adjuntados en autos, el Tribunal Constitucional estima que debe inaplicarse la Ley N.º 29182, que es la ley que actualmente regula la composición de los órganos jurisdiccionales militares policiales, pues en el análisis del caso concreto se produce una situación que es lesiva de un derecho fundamental –iniciada con el derogado Decreto Ley N.º 23201, continuada por las Leyes N.ºs 28665 y 28934 y actualmente por la mencionada Ley N.º 29182–, que en esencia es el derecho a un juez independiente e imparcial. En efecto, no obstante lo establecido por el Tribunal Constitucional, la Ley N.º 29182 dispuso la continuación del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales penales militares que este Colegiado estimó como inconstitucionales, estableciendo en su Segunda Disposición Transitoria que “Mientras dure el proceso de implementación e instalación del Fuero Militar Policial, conforme a la presente Ley, continuará en funciones el Consejo Supremo de Justicia Militar y sus distintos órganos jurisdiccionales y fiscales en el ámbito nacional, a fin de asegurar la continuidad y funcionamiento de la Justicia Militar en todos sus niveles” (resaltado agregado), y además, el segundo párrafo del artículo 19º de la acotada Ley dispuso, en cuanto a la organización y composición de los juzgados militares policiales, que “Cada Juzgado tiene un Juez Titular, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente, en situación de actividad” (resaltado agregado). En consecuencia, este Colegiado estima que debe declararse fundada la demanda de autos y ordenar que el recurrente sea juzgado por un juez penal militar independiente e imparcial.

9. Finalmente es importante mencionar que a fojas 153 el demandante ha sostenido lo siguiente:

“me considero inocente de las falsas imputaciones que me hicieron de haber incurrido en negligencia para que se roben repuestos de aviación del grupo aéreo N.º 51 en Pisco, como si el recurrente hubiese tenido la custodia de dicho material las 24 horas del día, cuando los verdaderos responsables [son d]el personal de servicio de armas que tenían la obligación de custodiarlos bajo el mando de los oficiales. Después de todo, los autores del robo de dichos repuestos de aviación han tenido que ser el personal militar o civil que labora en el grupo aéreo (...)”. [resaltado agregado]

Conforme a lo antes expuesto, si bien es indiscutible que el fuero militar es competente para juzgar todos aquellos delitos en los que se encuentren comprometidos bienes jurídicos de naturaleza militar (delitos como por ejemplo desobediencia o negligencia), no lo es para juzgar delitos comunes como el alegado delito de robo, por lo que adicionalmente a estimar la presente demanda debe disponerse la remisión de copias certificadas al Ministerio Público para las investigaciones a que hubiere lugar.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

1. Declarar FUNDADA la demanda, y en consecuencia:

i) Declarar inaplicable al caso concreto el segundo párrafo del artículo 19º y la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 29182.

ii) Declarar nulo el proceso militar (Expediente N.º 31001-2004-0019) seguido contra don Richard Washington Condori Condori por afectarse su derecho a un juez independiente e imparcial.

iii) Ordenar que el beneficiario del hábeas corpus sea procesado por un juez militar independiente e imparcial, nombrado conforme a la Constitución y aquellas leyes compatibles con ésta, debiendo tomarse en consideración para tal efecto las sentencias del Tribunal Constitucional a que se ha hecho referencia *supra*, toda vez que conforme a los medios probatorios adjuntados en autos se le presume autor de la comisión de un ilícito penal militar.

2. Remitir copias certificadas del presente proceso al Ministerio Público con objeto de que realice las respectivas investigaciones respecto el aludido “robo” producido, sobre el que se hace mención en el Fundamento N.º 9 de la presente.

Publíquese y Notifíquese

SS.

MESÍA RAMÍREZ.

VERGARA GOTELLI.

ALVAREZ MIRANDA.



**C) PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

1. **EXP. N° 00005-2007-PI/TC, 26 de agosto de 2008 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

Síntesis: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.° 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia Militar Policial.

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lambayeque; en consecuencia, inconstitucionales los efectos que viene produciendo el derogado artículo 1° de la ley N.° 28934.

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene por haberse producido la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ.

VERGARA GOTELLI.

LANDA ARROYO.

BEAUMONT CALLIRGOS.

CALLE HAYEN.

ETO CRUZ.

ÁLVAREZ MIRANDA.

**1.5. AÑO 2009**

**A) PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS**

1. **EXP. N.° 03846-2008-PHC/TC, CUSCO AUDAZ BAEZ MAQUERHUA**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 26 días del mes de enero de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Audaz Baez Maquerhua contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 337, su fecha 5 de junio de 2008, que declara fundada en parte la demanda de autos.

## ANTECEDENTES

Doña Margret Baez Grovas interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Audaz Baez Maquerhua y la dirige contra los vocales integrantes de la Sala Mixta Descentralizada de Sicuani, Corte Superior de Justicia del Cusco. Solicita la nulidad de la resolución de fecha 24 abril de 2006 mediante la cual el juez mixto de Santo Tomás declara la nulidad de las sentencias dictadas por el fuero militar absolviéndolo de los delitos de homicidio calificado en agravio de Marcelino Valencia Álvaro y de Zacarías Pasca Huamaní.

Refiere que a pesar de haberse producido el archivamiento de lo actuado en el fuero militar, el abogado de la parte agraviada ha propuesto contienda de competencia, la que fue declarada fundada por la Corte Suprema de Justicia, ordenándose al Primer Juzgado de Instrucción Permanente de la Cuarta Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú que remita todo lo actuado a la fiscalía de turno de Santo Tomás. Alega que ello vulnera el *ne bis in idem* por cuanto se le estaría sometiendo a un doble juzgamiento.

Realizada la investigación sumaria (a fojas 206) se procedió a constatar la detención del favorecido en el Establecimiento Penal San Judas Tadeo de Sicuani, advirtiéndose que se encuentra detenido desde el 7 de diciembre de 2007 en virtud del proceso N.º 80-2005 que se le sigue por la presunta comisión del delito de homicidio calificado. Asimismo, los vocales superiores integrantes de la sala emplazada, don Yuri Pereira Aragón, doña Sandra Contreras campana y don Zenón Chayña Quispe, a fojas 284, presentaron sus descargos por escrito, señalando que los suscritos nunca emitieron la resolución que resolvía el escrito presentado con fecha 31 de enero de 2008 por cuanto éste fue resuelto por la Sala de Vacaciones de Cusco y que han dado cumplimiento a la Resolución Administrativa N.º 170-2004-CE-PJ, que dispone que la Sala Penal Nacional tiene competencia para conocer los delitos contra la humanidad previstos en los capítulos I, II y III del Título XIV-A del Código Penal y delitos comunes que hayan constituido casos de violación de los derechos humanos así como delitos conexos, por lo que dispusieron remitir los actuados a la Sala Penal Nacional.

El Juez Especializado en lo Penal de Huanchaq declaró infundada la demanda por considerar que el fuero militar no era el órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo un juzgamiento por delito de homicidio, porque no se configuraba la vulneración constitucional alegada.

La Sala Superior competente revocó la apelada y, reformándola, la declaró fundada en el extremo del mandato de detención.

## FUNDAMENTOS

1. De manera previa a la dilucidación de la controversia cabe señalar que si bien la resolución que resolvió el presente proceso de hábeas corpus en segunda instancia estimó la demanda emitida, lo cierto es que se trató de una estimatoria parcial, únicamente referida a la excarcelación, habiéndose desestimado lo relativo a la pretendida vulneración del *ne bis in idem*. Así, conforme consta a fojas 339 de autos

se señala que “...los magistrados que han actuado en la causa seguida contra Audaz Baez Maquerhua, no han lesionado el derecho del *ne bis in ídem*”. Siendo así, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre dicho extremo de la demanda.

2. En la presente demanda se cuestiona el juzgamiento en el fuero común del favorecido. Alega que ya habría sido absuelto en el fuero militar, por lo que el actual procesamiento por delito de homicidio calificado resulta una doble persecución, vulneratoria del *ne bis in ídem*.

### **Ne bis in ídem**

3. El *ne bis in ídem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material– que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, así como el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N.º 2050-2002-HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19).

4. El presente caso se configura como una situación particular por cuanto si bien se alega que el recurrente fue objeto de un anterior proceso, éste fue seguido ante el fuero militar y se declaró, mediante contienda de competencia, que debía juzgarse ante el fuero común, por lo que, *prima facie*, puede advertirse que el primer proceso fue seguido ante un juez incompetente.

5. Al respecto este Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de *ne bis in ídem*, precisando que en aquellos casos en los que el primer proceso seguido contra el procesado fue declarado nulo, no existirá tal vulneración del derecho. En efecto, dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, este Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que éste último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia  *fáctica* de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido (Exp. N.º 4587-2004-AA/TC; caso Santiago Martín Rivas, fundamento 74).

### **Fuero militar y delito de homicidio**

6. La competencia del fuero militar, de acuerdo al artículo 173º de la Constitución, se encuentra limitada para los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto

del concepto de delito de función señalando en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC, que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo, en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte “(...) 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”; añadiéndose que ello implica, básicamente, la “ (...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley, además la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)”.

7. Este Tribunal ya ha señalado que los delitos contra el bien jurídico «vida» no pueden ser competencia del fuero militar, pues no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico defensa nacional. De este modo, el bien jurídico vida no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria. (Cfr. Exp. N.º 0012-2006-PI/TC fund 38). Es por ello que el delito de homicidio no puede constituir delito de función y en consecuencia no puede ser competente el fuero militar para su juzgamiento.

8. Conforme a lo antes expuesto, habiendo el Tribunal Constitucional determinado que no resulta vulneratorio del *ne bis in ídem* el doble juzgamiento si el primer proceso se llevó a cabo ante un juez incompetente *ratione materiae*, en el presente caso, en tanto el fuero militar era incompetente para conocer del homicidio que se le imputa al favorecido, el nuevo juzgamiento ante el fuero común de los mismos hechos no constituye una vulneración del *ne bis in ídem*, por lo que la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI.

LANDA ARROYO.

ÁLVAREZ MIRANDA.

**2. EXP. N.º 01524-2007-PHC/TC, LIMA, LUIS HUMBERTO PEREYRA BRICEÑO****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Humberto Pereyra Briceño contra la sentencia expedida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 150, su fecha 19 de octubre de 2006, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 4 de mayo de 2006, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el vocal instructor de la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar, Mayor General del Servicio Jurídico de la FAP José Luis Villavisencio Consiglieri, así como contra el Fiscal de la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar, Teniente Coronel del Servicio Jurídico del Ejército Juan Manuel Centenaro Reyes, por realizar actos que configurarían una amenaza grave contra su derecho a la libertad individual. Refiere que viene siendo procesado ante el Consejo Supremo de Justicia Militar (Exp. N.º 52000-2006-0006), por la presunta comisión de los delitos de desobediencia a la autoridad, y contra la fidelidad a la función militar, en la modalidad de destrucción de documentos. Manifiesta que el emplazado Juan Manuel Centenaro Reyes, en clara contravención a lo dispuesto por la Ley N.º 28665, y atribuyéndose de manera indebida las funciones conferidas a los representantes del Ministerio Público, formaliza denuncia penal en su contra con fecha 22 de marzo de 2006; la misma que finalmente fue acogida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar, expidiéndose auto de apertura de instrucción con fecha 24 de marzo de 2006. Afirma que mediante sentencia expedida en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en la Ley Orgánica de Justicia Militar, entre las cuales se encontraban aquellas referidas a la institución denominada “Fiscalía Militar”, por contravenir lo dispuesto en los artículos 158º y 159º de la Constitución, agregando además en su resolución aclaratoria de fecha 4 de noviembre de 2006 que el Ministerio Público es el único ente facultado para el nombramiento de fiscales. Señala también que de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 6081-2005-PHC/TC, no es posible que se emita auto de apertura de instrucción sin que el representante del Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal, haya actuado conforme a sus atribuciones. Manifiesta además que en virtud a lo expuesto, el vocal instructor demandado debió aplicar el

control difuso, lo que finalmente no realizó, configurándose la referida amenaza del derecho a la libertad invocada. Señala asimismo que mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2006, solicitó: a) la notificación de la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción, y b) la inhibición del Vocal Instructor del conocimiento de la causa. Sin embargo, sostiene que dicha solicitud ha sido denegada sin estar debidamente fundamentada.

Realizada la investigación sumaria, el recurrente se ratificó en todos los extremos de su demanda. Por su parte, el fiscal militar demandado manifestó que su actuación se encuentra amparada en la Constitución, en la Ley N° 28665, así como en lo establecido por el Decreto Legislativo N° 052, determinando la responsabilidad del demandante, a partir de la compulsión de los medios probatorios ofrecidos durante el proceso. Agrega que su labor también se encuentra arreglada a la *vacatio sententiae* dispuesta por el Tribunal Constitucional en las sentencias emitidas en los Exp. N.ºs 0023-2003-AI/TC y 0004-2006-PI/TC. A su turno, el vocal instructor demandado señaló que no se ha vulnerado derecho constitucional alguno del recurrente, toda vez que las atribuciones de los órganos de la justicia militar se rigen por lo señalado en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N° 28665.

El Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 22 de agosto de 2006, declaró infundada la demanda, por considerar que si bien el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales algunos artículos de la referida Ley N° 28665, es preciso recalcar que el juez no puede dejar de administrar justicia ante el vacío o deficiencia de la ley, advirtiendo además que el proceso penal seguido contra el recurrente viene tramitándose en estricto respeto del derecho al debido proceso. Agrega que, en todo caso, la pretensión del recurrente no implica una amenaza contra la libertad individual, por lo que la vía idónea para sustanciar la demanda sería el proceso constitucional de amparo.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que la *vacatio sententiae* establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 006-2006-PI/TC aún no ha culminado.

## FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto la nulidad del proceso penal N° 52000-2006-0006, toda vez que se cuestiona el haber sido iniciado en razón de una denuncia interpuesta por un “fiscal” no designado por el Ministerio Público, situación que ha sido declarada inconstitucional mediante sentencia emitida en el Exp. N° 00023-2003-AI/TC.

2. Es preciso señalar de manera previa que lo que el recurrente cuestiona es el hecho de haberse emitido auto de apertura de instrucción en su contra, sobre la base de una denuncia que no ha sido interpuesta por el Ministerio Público, único titular de la acción penal. Asimismo, cabe señalar que, contra el auto de apertura de instrucción no existe medio impugnatorio legalmente previsto para cuestionarlo (Cfr. STC. Exp. N° 6081-2005-PHC/TC y Exp. N° 8125-2005-PHC/TC), lo que permite que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto.

3. Tal como lo ha señalado este Tribunal en la referida sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC: “73. [c]abe mencionar que el artículo 158° de la Constitución consagra la autonomía del Ministerio Público, estableciendo, en el artículo 159°, sus atribuciones, dentro las cuales se encuentran la de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial de defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho (inciso 1); la de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia (inciso 2); la de conducir desde su inicio la investigación del delito (inciso 4); la de ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte (inciso 5); y la de ejercer iniciativa en la formación de leyes (inciso 7), entre otras. 74. A diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ha encomendado a diversos órganos [la “ordinaria” al Poder Judicial, la “constitucional” a este Tribunal, etc.], la Constitución no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público. Las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano jurisdiccional, por tanto, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción”.

4. Asimismo, cabe señalar que el criterio expuesto ha sido posteriormente ratificado por este Tribunal al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada) en las sentencias emitidas en los Exp. N°s 004-2006-AI/TC (fundamentos 99-112) y 006-2006-AI/TC (fundamentos 18-20).

5. En ese sentido, se advierte que no es posible que exista otro órgano con las mismas atribuciones y potestades conferidas al Ministerio Público, dado que es la propia Constitución quien le atribuye dichas competencias de manera exclusiva. De allí que la presencia de “fiscales militares” dentro de un proceso penal realizado en el Fuero Militar (en el caso de que dichos funcionarios hayan sido seleccionados y nombrados sin intervención alguna del Ministerio Público) conlleve que el mismo se torne en inconstitucional, lo que supone también que se vulneren los derechos fundamentales de los justiciables.

6. Asimismo si bien el Tribunal Constitucional determinó la inconstitucionalidad de la conformación de la Justicia militar (Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, 004-2006-PI/TC, 006-2006-PI/TC) se estableció un periodo de *vacatio sententiae* a fin de que el Congreso adecue la legislación pertinente, también es preciso mencionar que este Tribunal señaló en las referidas sentencias que la designación de Fiscales por parte del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación *ad hoc* (Exp. N° 0023-2003-AI/TC, aclaración, fund. N.º 7, Exp. N° 004-2006-PI/TC, fund N° 186). Más aún, el Tribunal Constitucional declaró en el séptimo punto resolutive de la sentencia recaída en el expediente N° 004-2006-PI/C que “...el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial”. En este sentido, el inicio de un proceso penal militar sin previa denuncia formalizada por un fiscal que forme parte del propio Ministerio Público no puede ser justificado por la vigencia de la legislación procesal penal militar para los procesos en trámite producto de la referida



*vacatio sententiae*, por lo que cabe en el presente caso, evaluar si se dio inicio al proceso sobre la base de una denuncia expedida por el titular de la acción penal.

7. En el presente caso, a través del estudio de autos es posible corroborar que el Teniente Coronel del Servicio Jurídico del Ejército, señor Juan Manuel Centenaro Reyes, quien funge como “fiscal” dentro del proceso N° 52000-2006-0006 (que se sigue contra el recurrente), y sobre la base de cuya denuncia se abrió se abrió el cuestionado proceso, no forma parte del Ministerio Público, lo que se corrobora mediante oficio N° 910-2006-MP-FN-GECPER expedido por la Gerencia Central de Personal del Ministerio Público (que consta a fojas 9). En consecuencia, la demanda debe ser estimada, toda vez que el proceso seguido contra el recurrente no ha sido iniciado sobre la base de una denuncia expedida por un fiscal constitucional que forme parte del Ministerio Público, único titular de la acción penal, conforme al artículo 159, inciso 5, de la Constitución. En este sentido, debe declararse nulo el proceso penal N° 52000-2006-0006 seguido contra el recurrente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, remitiendo los autos al Ministerio Público para que, conforme a sus atribuciones, ejerza de ser el caso, la acción penal.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda de hábeas corpus de autos, y en consecuencia:

Declarar la nulidad del proceso penal N° 52000-2006-0006 seguido contra el recurrente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Remitir los actuados al Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO.

MESÍA RAMÍREZ.

BEAUMONT CALLIRGOS.

ETO CRUZ.

ÁLVAREZ MIRANDA.

### 3. EXP. N.º 05567-2007-PHC/TC, LIMA, MIGUEL ENRIQUE ROJAS GARCÍA

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de febrero de 2009, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia y con el fundamento de voto del magistrado Calle Hayen que se adjunta

## ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Enrique Rojas García contra la sentencia expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 466, su fecha 11 de septiembre de 2007, que declaró infundada la demanda de habeas corpus de autos.

## ANTECEDENTES

Con fecha 22 de noviembre de 2006, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, señores Juan Pablo Ramos Espinoza, Luis Felipe Temple de la Piedra, Hugo Manuel Pow Sang Sotelo, Julio Wilmot Bueno Tirado, Hernán Enrique Monge Ponce, José Luis Villavisencio Consiglieri; y contra el Teniente Coronel del Servicio Jurídico del Ejército, señor Juan Manuel Centenaro Reyes, por realizar actos que configurarían una amenaza grave contra su derecho a la libertad individual. Refiere que viene siendo procesado por ante el Consejo Supremo de Justicia Militar [Exp. N° 2004-0170-52000 (692-v-2004)] por la presunta comisión de los delitos de Desobediencia a la Autoridad y otros. Refiere que el emplazado don Juan Manuel Centenaro Reyes, atribuyéndose de manera indebida las funciones conferidas a los representantes del Ministerio Público, formaliza denuncia penal en su contra, lo que finalmente genera que la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar expida auto de apertura de instrucción. Afirma que mediante sentencia expedida en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en la Ley Orgánica de Justicia Militar, entre las cuales se encontraban aquellas referidas a la institución denominada “Fiscalía Militar”, por contravenir lo dispuesto en los artículos 158° y 159° de la Constitución, agregando además en su resolución aclaratoria de fecha 4 de noviembre de 2006 que el Ministerio Público es el único ente facultado para el nombramiento de fiscales. Señala también que, de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 6081-2005-PHC/TC, no es posible que se emita auto de apertura de instrucción sin que el representante del Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal, haya actuado conforme a sus atribuciones. Manifiesta además que, en atención a todo ello, mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2006 solicitó la nulidad de todo lo actuado, pretensión que a la fecha de hoy aún no había sido atendida. En consecuencia, solicita que se declare fundada la demanda, ordenando que se archive de manera definitiva el proceso penal signado con el número 2004-0170-52000 (692-V-2004).

Realizada la investigación sumaria, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar, Mayor Zósimo Raúl Santana Bravo, señaló que conforme a lo establecido por la Ley N.° 28934, en consonancia con la novena Disposición Transitoria de la Ley N.° 28665, los funcionarios de la justicia militar- incluyendo al fiscal militar- son competentes para conocer los delitos de función imputados al demandante. Por su parte, el recurrente se ratificó en todos los extremos de su demanda, agregando que la ley que amplía el plazo de funcionamiento de la justicia militar deviene en inconstitucional,

por lo que los magistrados que conocen la causa están facultados para aplicar el control difuso. Por otro lado, los Vocales Militares del Consejo Supremo de Justicia Militar emplazado coincidieron en señalar que su actuación se ha ceñido a lo dispuesto en la ley, bajo la convicción de que todo proceso en el Fuero privativo militar es realizado en concordancia con lo señalado por la Constitución, el cual es competente para conocer delitos de función, como es el caso. A su turno, el demandado Juan Manuel Centenaro Reyes manifestó que su actuación como fiscal de la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar se ha realizado de conformidad con la normatividad vigente al momento de la comisión de los hechos, esto es, la novena Disposición Transitoria de la Ley N° 28665 (cuyo plazo de vigencia ha sido ampliado mediante Ley N.° 28934).

El Quincuagésimo Tercer Juzgado Especializado Penal para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima, con fecha 9 de mayo de 2006, declaró improcedente la demanda, por considerar que sobre la base de la *vacatio sententiae* ordenada por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. N° 006-2006-AI/TC se expidió la Ley N.° 28934, que establece una prórroga a fin de que los órganos de la justicia militar puedan seguir desempeñando sus labores, lo que incluye a la Fiscalía Militar; por lo que no se habría vulnerado derecho constitucional alguno del recurrente.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que la actuación de los emplazados resulta arreglada a derecho, así como a lo establecido por la normatividad procesal vigente para la justicia militar.

#### FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto la nulidad del proceso penal N° 2004-0170-52000 (692-V-2004), toda vez que se cuestiona el haber sido iniciado en razón de una denuncia interpuesta por un “fiscal” no designado por el Ministerio Público, situación que ha sido declarada inconstitucional mediante sentencia emitida en el Exp. N° 00023-2003-AI/TC.

2. Es preciso señalar que de manera previa a la interposición de la demanda, el recurrente solicitó la nulidad del proceso cuestionado mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2006. Se aprecia también de autos que la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante resolución de fecha 12 de febrero de 2007 (tal como consta a fojas 369), absolvió la solicitud de nulidad interpuesta por el demandante con fecha 30 de octubre de 2006, disponiendo que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso penal N° 2004-0170-52000 (692-V-2004), así como también: a) se archive de manera definitiva la instrucción en los extremos referidos a los delitos de falsificación de documentos, fraude y malversación por no constituir delitos de función (en mérito a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC); y b) se inicie nueva investigación respecto de los delitos de desobediencia y abuso de autoridad ante la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar. Sin embargo, tal declaratoria de nulidad no determina el cese de la prendida agresión, toda vez que el auto de apertura de instrucción emitido en el proceso penal N.° 2004-0170-52000 (692-V-2004) aún sigue subsistente y lo que se cuestiona es el haber abierto instrucción sobre la base de una denuncia que no ha sido formalizada por el Ministerio Público, único titular de la acción penal.

3. De ello se infiere que la demanda de hábeas corpus cuestiona el auto de apertura de instrucción dictado contra el recurrente. Asimismo, cabe señalar que contra dicha resolución no existe medio impugnatorio legalmente previsto para cuestionarlo (Cfr. STC. Exp. N° 6081-2005-PHC/TC y Exp. N° 8125-2005-PHC/TC), por lo que este Tribunal puede pronunciarse sobre el fondo del asunto.

4. Tal como lo ha señalado este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC:

73. [c]abe mencionar que el artículo 158° de la Constitución consagra la autonomía del Ministerio Público, estableciendo, en el artículo 159°, sus atribuciones, dentro las cuales se encuentran la de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial de defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho (inciso 1); la de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia (inciso 2); la de conducir desde su inicio la investigación del delito (inciso 4); la de ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte (inciso 5); y la de ejercer iniciativa en la formación de leyes (inciso 7), entre otras.

74. A diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ha encomendado a diversos órganos [la “ordinaria” al Poder Judicial, la “constitucional” a este Tribunal, etc.], la Constitución no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público. Las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano jurisdiccional, por tanto, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción.

5. Asimismo cabe señalar que el criterio expuesto ha sido posteriormente ratificado por este Tribunal al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley N.º 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada) en las sentencias emitidas en los Exp. N.ºs 004-2006-AI/TC (Fundamentos 99-112) y 006-2006-AI/TC (Fundamentos 18-20).

6. En ese sentido se advierte que no es posible que exista otro órgano con las mismas atribuciones y potestades conferidas al Ministerio Público, dado que es la propia Constitución quien le atribuye dichas competencias de manera exclusiva. De allí que la presencia de “fiscales militares” dentro de un proceso penal realizado en el Fuero militar (en el caso de que dichos funcionarios hayan sido seleccionados y nombrados sin intervención alguna del Ministerio Público) conlleve que el mismo se torne en irregular, lo que supone también que se vulneren los derechos fundamentales de los justiciables.

7. Cabe señalar además que si bien cuando el Tribunal Constitucional determinó la inconstitucionalidad de la conformación de la Justicia militar (Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, 004-2006-PI/TC, 006-2006-PI/TC) se estableció un periodo de *vacatio sententiae* a fin de que el Congreso adecue la legislación pertinente, también es preciso mencionar que este Tribunal señaló en las referidas sentencias que la designación de Fiscales por parte del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación *ad hoc* (Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, aclaración, fund N.º 7, Exp. N.º 004-2006-PI/TC, fund

Nº 186). Más aún, el Tribunal Constitucional declaró en el séptimo punto resolutive de la sentencia recaída en el expediente Nº 004-2006-PI/C que “...*el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial*”. En este sentido, el inicio de un proceso penal militar sin una previa denuncia formalizada por un fiscal que forme parte del propio Ministerio Público no puede ser justificado por la vigencia de la legislación procesal penal militar para los procesos en trámite producto de la referida *vacatio sententiae*, por lo que cabe, en el presente caso, evaluar si se dio inicio al proceso sobre la base de una denuncia expedida por el titular de la acción penal.

8. En el presente caso, a través del estudio de autos es posible corroborar que el Teniente Coronel del Servicio Jurídico del Ejército, Juan Manuel Centenaro Reyes, quien funge como “fiscal” dentro del proceso Nº 2004-0170-52000/692-V-2004 (que se sigue contra el recurrente), y sobre la base de cuya denuncia se abrió el cuestionado proceso, no forma parte del Ministerio Público, lo que se corrobora: a) mediante oficio Nº 910-2006-MP-FN-GECPER de fecha 6 de marzo de 2006, expedido por la Gerencia Central de Personal del Ministerio Público (que consta a fojas 10); y b) mediante oficio Nº 1505-2006-MP-FN-GRF de fecha 8 de noviembre de 2006, expedido por la Gerencia de Registro de Fiscales del Ministerio Público (que consta a fojas 11). En consecuencia, la demanda debe ser estimada, toda vez que el proceso seguido contra el recurrente no ha sido iniciado sobre la base de una denuncia expedida por un fiscal que forme parte del Ministerio Público, único titular de la acción penal, conforme al artículo 159, inciso 5 de la Constitución. En este sentido, debe declararse nulo el proceso penal Nº 2004-0170-52000 (692-V-2004) seguido contra el recurrente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, remitiendo los autos al Ministerio Público para que, conforme a sus atribuciones, ejercite, de ser el caso, la acción penal.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar la nulidad del proceso penal N.º 2004-0170-52000 (692-V-2004) seguido contra el recurrente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.
3. Remitir los actuados al Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI.

MESÍA RAMÍREZ.

LANDA ARROYO.

BEAUMONT CALLIRGOS.

CALLE HAYEN.

ÁLVAREZ MIRANDA.

## 1.6. AÑO 2010

### A) PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS

#### 1. EXP. N.º 05036-2009-PHC/TC, AYACUCHO, JOSÉ SEGUNDO GUTIÉRREZ HERRADA

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de marzo de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Segundo Gutiérrez Herrada contra la resolución de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas 337, su fecha 31 de agosto de 2009, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 21 de julio de 2009, don José Segundo Gutiérrez Herrada interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el fiscal de la Primera Fiscalía Supraprovincial Especializada en Derechos Humanos y Terrorismo de Ayacucho, señor Andrés Avelino Cáceres Ortega, a fin de que se deje sin efecto la denuncia fiscal y se ordene su inmediata libertad en el proceso penal que se le sigue por la supuesta comisión del delito de homicidio calificado –ejecución extrajudicial– en agravio de don Claudio Palomino Curo y otros (Expediente N.º 01454-2007), pues considera que la denuncia fiscal vulnera su derecho a la libertad individual y el principio del *ne bis in ídem*.

Refiere que el juez del Segundo Juzgado Supraprovincial Especializado en Derechos Humanos y Terrorismo de Ayacucho, en mérito a la denuncia fiscal N.º 005-2007, dictó auto de apertura de instrucción contra su persona y otros, imponiéndose mandato de detención, mediante Resolución N.º 04, de fecha 19 de noviembre de 2007. Al respecto, alega que la privación de su libertad es injusta y arbitraria por cuanto los mismos hechos, materia de juzgamiento, ya tuvieron un pronunciamiento en el fuero privativo militar, dictándose con fecha 10 de julio de 1990, auto de sobreseimiento a su favor y de otros, la que fue confirmada mediante ejecutoria de fecha 24 de julio de 1990. Asimismo, cuestiona que la calificación de los hechos denunciados se encuadre en el delito de *homicidio calificado –ejecución extrajudicial–* porque tal tipo penal no existe en la legislación penal, lo que vulnera el principio de legalidad.

Realizada la investigación sumaria el demandante, a fojas 106, se ratifica en su demandada, señalando, además, que la sentencia dictada en el fuero privativo militar no fue anulada por la Corte Suprema de Justicia ni por Organismos Internacionales, por lo que sigue vigente en la actualidad. Por su parte, el fiscal demandado, en su declaración explicativa obrante a fojas 120, señala que una vez analizados los actuados en la investigación



preliminar formuló denuncia en su contra y otros coprocesados, ejerciendo en estricto sus funciones y conforme a los artículos del Código Penal, a la doctrina internacional de los derechos humanos, y a la jurisprudencia uniforme y reiterada emitida por el Tribunal Constitucional y los organismos internacionales. Agrega que el recurrente y los demás coprocesados han deducido medios técnicos de defensa (excepción de cosa juzgada, entre otros) que fueron desestimados por las instancias correspondientes, por lo que el proceso no es irregular, siendo que en la fecha se encuentra con acusación fiscal.

El Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 30 de julio de 2009, declaró infundada la demanda, por considerar que la resolución de sobreseimiento y su confirmatoria, dictadas en el fuero privativo militar, carecen de efecto jurídico, pues el fuero militar es incompetente para juzgar delitos contra la vida el cuerpo y la salud, dentro de los cuales se encuentra el homicidio calificado *–ejecución extrajudicial–*.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, con fecha 31 de agosto de 2009, confirmó la apelada por el mismo fundamento.

#### FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se deje sin efecto la Denuncia Fiscal N.º 005-2007, y se ordene la inmediata libertad del recurrente por vulneración de su derecho a la libertad individual y de los principios de *ne bis in ídem* y *legalidad penal*.
2. Que de acuerdo al artículo 159º, incisos 1 y 5 de la Constitución Política del Perú, al Ministerio Público le corresponde promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial; también debe tenerse en consideración que la sola denuncia fiscal no es suficiente para acreditar la existencia de un ilícito. Este Tribunal ya ha señalado que la función del Ministerio Público es requiriente; es decir, postulante y, en ningún caso, decisoria ni sancionatoria, pues no posee facultades coactivas ni de decisión directa para el inicio del proceso penal. Por ello, la Denuncia Fiscal N.º 005-2007, cuestionada en autos, no constituye vulneración del derecho a la libertad personal. En consecuencia, es de aplicación al caso el artículo 5º, inciso 1) del Código Procesal Constitucional.
3. En la STC 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).
4. Por tanto, el derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación



posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

5. Como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Solo excepcionalmente se puede efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

6. Respecto al cuestionamiento referido a que el delito de homicidio calificado por *ejecución extrajudicial* no se encontraría tipificado en la legislación penal, según se aprecia en el Trigésimo Noveno Considerando (fojas 214) del auto de apertura de instrucción, se tiene que el Juez del Segundo Juzgado Supraprovincial Especializado en Derechos Humanos y Terrorismo de Ayacucho calificó los hechos imputados al recurrente en el delito de homicidio calificado *para ocultar otro delito*, conforme al artículo 152° del Código Penal de 1924, vigente en la época que ocurrieron los hechos; no existe, por tanto, vulneración del principio invocado.

7. El Tribunal Constitucional ya ha señalado que el *ne bis in ídem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material– que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que *nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos*, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, y, por otro, el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N.º 2050-2002- HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19).

8. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de *ne bis in ídem*, precisando que en aquellos casos en los que el primer proceso seguido contra el procesado fue declarado nulo, no existiría tal vulneración del derecho. En efecto, dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, este Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatar que éste último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia fáctica de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido (Expediente N.º 4587-2004-AA/TC; caso Santiago Martín Rivas, fundamento 74).

9. La competencia del fuero militar, de acuerdo al artículo 173° de la Constitución Política del Perú, se encuentra limitada para los delitos de función en los que incurran los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado, respecto del concepto de delito de función, señalando en la sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2003-AI/TC, que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo, en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte “(...) bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento jurídico, y que estén relacionados con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan”; añadiéndose que ello implica, básicamente, la “(...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valiosos por la ley, además la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)”.

10. Este Tribunal ya ha señalado que los delitos contra el bien jurídico “vida” no pueden ser competencia del fuero militar, pues no constituye un bien institucional, propio o particular de las fuerzas armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico “defensa nacional”. De este modo, el bien jurídico “vida” no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria. (Cfr. Expediente N.° 0012-2006-PI/TC, fundamento 38). Es por ello que el delito de homicidio no puede constituir un delito de función y, en consecuencia, no puede ser competente el fuero militar para su juzgamiento.

11. En el presente *caso constitucional*, compulsadas las resoluciones que abrieron instrucción tanto en el fuero privativo militar (Resolución de fecha 4 de octubre de 1985, f. 3) como en el proceso penal (Expediente N.° 2007-1454, Resolución de fecha 19 de noviembre de 2007, f. 189), este Tribunal aprecia que en ambas se imputa al recurrente el delito de homicidio calificado al *haber detenido a nueve personas presuntamente vinculadas al Partido Comunista “Sendero Luminoso”, quienes al permanecer varios días detenidos y sometidos a interrogatorios bajo tortura, fueron trasladados hasta el paraje de Pucuyacu, a las afueras de la ciudad de Huanta (Carretera Huanta –Huancayo), siendo victimados con arma de fuego en la cabeza por el Sub Oficial de Tercera José Segundo Gutiérrez Herrada y posteriormente inhumados clandestinamente*; y contra los mismos agraviados, los difuntos Claudio Palomino Curo, Gerardo Palomino Ricra, Esperanza Ruiz Soto, Gregorio Cunto Guillén, Faustino Cunto Tincopa, Alejandro Cunto Yaranga, Dionisa Villarroel Villanueva, María Elena Cavaría Jorge y Teodolfin Cavaría Jorge.

12. Sin embargo, conforme lo antes expuesto, habiendo el Tribunal Constitucional determinado que no resulta vulneratorio del *ne bis in ídem* el doble juzgamiento si el primer proceso se llevó a cabo ante un juez incompetente *ratione materiae*; en el

presente caso, en tanto el fuero militar era incompetente para conocer del homicidio que se le imputa al accionante, el nuevo juzgamiento ante el fuero común de los mismo hechos no constituye vulneración del *ne bis in ídem*, por lo que la demanda debe ser desestimada.

13. En consecuencia, respecto a lo señalado en los fundamentos 3 a 9, es de aplicación, *contrario sensu*, el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

1. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo que cuestiona la Denuncia Fiscal N.º 005-2007.

2. Declarar INFUNDADA la demanda porque no se ha acreditado la vulneración del derecho a la libertad individual ni de los principios de *ne bis in ídem* y de legalidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ.

BEAUMONT CALLIRGOS.

ETO CRUZ.

## 2. CONFLICTOS (CONTIENDAS) DE COMPETENCIA RESUELTOS POR EL PODER JUDICIAL

En forma complementaria a las resoluciones y sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, han sido de nuestro interés, por su vinculación con el tema motivo de la presente investigación, citar los conflictos (las contiendas) de competencia que frecuentemente se han suscitado entre el fuero militar y el fuero común, habiéndose revisado para tales efectos las siguientes ejecutorias supremas.

Los criterios empleados para resolver los conflictos de competencia generados, fueron:

1. El acto no reviste carácter o naturaleza propia de la función policial, siendo que el bien jurídico es de índole civil y no militar. (*Sala Penal Transitoria: Competencia N° 03-2002, Lima, Silva Guerrero, Fe Pública; Competencia N° 13-2002, Abancay, Ampuero León Velarde, Corrupción de Funcionarios*).

2. Si bien agraviados y procesados son efectivos militares y el hecho imputado se encuentra en el catálogo de delitos del Código Penal, no puede dejar de

considerarse que el artículo 173 de la Constitución establece que el Fuero Militar es sólo competente para los delitos de función. Aun cuando el Código de Justicia Militar (vigente en la época) prescriba que por la extracción militar de sujeto activo y pasivo el fuero militar conozca de los delitos comunes en que se encuentran involucrados y que no son de función. Sin embargo, de una interpretación de la Constitución Política no se concluye ello, por lo que en aplicación del principio constitucional de jerarquía de las normas contenido en los artículos 51 y 138, segunda parte, de la Constitución, dirime la contienda de competencia a favor del Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Chiclayo. (*Sala Penal Transitoria: Competencia N° 27-2002, Lambayeque, Paredes Machare*).

3. No se han dado los elementos de manera concurrente que permitan concluir que se trata de un delito de función, puesto que no se ha afectado o puesto en peligro un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, ni de la Policía Nacional, sino otro, como es la integridad física, cuya protección es de primer orden. (*Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria: Competencia N° 01-2003, Arequipa; Competencia N° 15/22-2003, Puno, Consejo Supremo de Justicia Militar, 2do. Juzgado Penal*).

4. Los hechos imputados vulneran bienes jurídicos comunes. Por consiguiente, no puede oponerse la decisión de la Jurisdicción Militar al proceso penal por su obvia incompetencia material. (*Sala Penal Permanente: R.N. N°1366-2003, Callao*).

5. Desestimando los argumentos del Consejo de Guerra Permanente de la II Zona Judicial del Ejército, quien plantea la contienda de competencia, en el sentido de que los hechos se produjeron en una zona declarada en emergencia, con personal militar en acto de servicio, que cumplían una misión encomendada por el Comando del Ejército, consistente en combatir y/o neutralizar acciones terroristas lo que se encuadra en el delito de función, la Sala precisa que el Fuero Privativo Militar es una instancia estrictamente funcional encomendada a resguardar fundamentalmente la disciplina militar en los Institutos de las Fuerzas Armadas y Policiales, salvo las excepciones previstas en el propio dispositivo. En consecuencia, los hechos imputados (asesinato de civiles) no constituyen delitos de función porque han afectado el máximo bien jurídico, como es la vida, cuya afectación y procesamiento

corresponde a la jurisdicción ordinaria. (*Sala Penal: Competencia N°02-2004, II Zona Judicial del Ejército. 2ª. Sala Penal de Huánuco-Pasco*).

### 3. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS FORMULADAS

#### A) HIPÓTESIS PRINCIPAL

Afirmamos en nuestra hipótesis principal, que: “*Los conflictos (contiendas) de competencia suscitados entre el Poder Judicial y la jurisdicción militar afectan derechos fundamentales consagrados en la Constitución, referidos principalmente al derecho a:*

- *la defensa,*
- *debido proceso,*
- *tutela jurisdiccional efectiva,*
- *ser juzgado por el juez natural,*
- *de legalidad, y*
- *presunción de inocencia”.*

Nuestra hipótesis postula la afectación de los derechos fundamentales en su doble dimensión: respecto al derecho de las víctimas que sufren violaciones de sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos, y la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que resulten aplicables, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC N° 2798-04-HC/TC, Lima, Gabriel Orlando Vera Navarrete).

De los casos seleccionados para la muestra, extraemos las siguientes evidencias que prueban la hipótesis formulada:

a) En el Exp. N° 2322-2004-AA/TC, Huancavelica, Gilmar Aguirre León, Lima, 25 de noviembre de 2004, se ha hecho evidente la violación del principio de presunción de inocencia del procesado.

b) La falta de sanción de las violaciones a los derechos humanos perpetradas en el Perú por parte de miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional durante la época del terrorismo, que fueron juzgados en el Fuero Militar y

amnistiados por leyes inconstitucionales, tuvo a su vez como consecuencia la violación del derecho a la tutela judicial a las víctimas. En estos casos se violaron los principios del debido proceso y del juicio por el juez natural, además de la tutela judicial efectiva hacia las víctimas y sus familiares.

c) La dirimencia de contienda competencia efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la República el 11 de febrero de 1994, a favor del Fuero Militar, tuvo como objetivo favorecer a los militares implicados en los crímenes de *lesa humanidad*, conformantes del llamado grupo Colina, afectándose los derechos fundamentales de las víctimas al provocarse situaciones de impunidad que causaron la indefensión de sus derechos y los de sus familiares.

d) La derogatoria, mediante el Decreto Ley N° 25474 del 6 de mayo de 1992, del capítulo II del título XIV Libro segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323 del Código Penal, que tipificaba el delito de desaparición forzada de personas, creó un vacío legal entre el 7 de mayo y el 1° de julio de 1992, hasta que el tipo fue reintroducido mediante el Decreto Ley N° 25592, que fue regulado por el artículo 6 de la Ley N° 26926, del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la humanidad.

e) El Fuero Militar ha procesado y sancionado a militares en situación de disponibilidad como también a ex militares, no obstante que al momento de la comisión de las supuestas faltas o delitos, éstos carecían de función militar, siendo su condición de civiles. El procesamiento procedería únicamente si las faltas o delitos imputados hubiesen sido cometidos en situación de actividad.

f) El Tribunal Constitucional ha señalado que la Justicia Militar se contradice en algunos aspectos con los delitos contemplados en el Código Penal, lo que conlleva al juzgamiento de delitos comunes en dicho fuero.

g) En los procesos llevados a cabo por la Justicia Militar contra miembros de las Fuerzas Armadas, se ha llegado a dictar orden de detención sin que previamente se haya ordenado la comparecencia, justificándose tal medida en la negativa del encausado a rendir su declaración sin la presencia de su abogado, afectándose con ello su derecho a la defensa.

b) El Fuero Militar llegó a violar la autonomía del Ministerio Público como titular de la acción penal al dictar sus integrantes autos apertorios de instrucción obviando la denuncia fiscal. Por fortuna, todo esto ya ha sido superado.

i) Con relación a la violación de derechos humanos por el caso Barrios Altos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que el Estado peruano violó: a) el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...); b) el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...); y c) el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, totalmente inconstitucionales.

## **B) HIPÓTESIS SECUNDARIA**

*La delimitación conceptual y fáctica de los llamados “delitos de función” ofrece dificultades especialísimas, a tal punto que crean serias sombras de dudas acerca de la justificación de su aplicación en la Jurisdicción Militar.*

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la Justicia Militar contempla un conjunto de delitos comunes como si correspondieran a las funciones propias del personal militar y policial y que pudieran afectar los bienes jurídicos de las instituciones castrense y policial. Ello ha dado motivo a numerosos procesos judiciales, de Amparo y de Hábeas Corpus promovidos por miembros y ex miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Razón por la cual, el máximo Intérprete de la Constitución ha debido reconstruir el concepto de delito de función desde una perspectiva jurisprudencial y doctrinaria. Lo propio debe hacer la Justicia Militar sobre la base de lo dispuesto en el artículo XIV del Código de Ética del Magistrado Militar Policial (Resolución Administrativa N° 129-2009-TSMP/SG de 2 de noviembre de 2009):

“Todo Juez o Fiscal Militar debe comprender, que el delito penal militar policial, es peculiar y responde a la necesidad del valor jurídico disciplinario sin el cual no hay ejército, ni formación policial que pueda cumplir sus fines constitucionales”.



En la casuística analizada en la presente investigación, hemos encontrado que el Fuero Militar ha interpretado como delito de función conductas que aparentemente afectarían la moral institucional, el deber profesional, decoro, obediencia, espíritu policial, o el haber incurrido en actos de negligencia, etc. Todos ellos han merecido el inicio de procesos disciplinarios por haber sido entendidos como faltas, como también procesos penales, y en otros casos, ambos. Entre las conductas que motivaron los mencionados procesos están, principalmente, el hurto de bienes de la institución, el robo agravado estando de servicio usando armas de reglamento, el homicidio contra civiles y la falsificación de documentos. Resulta así que, para la Justicia Militar, no queda muy clara la naturaleza del delito de función, hecho que se vincula asimismo con la confusión del ámbito de aplicación de las figuras delictivas.

El juzgamiento por tribunales militares de actos delictivos comunes estaría estableciendo una jurisdicción independiente, distinta a la establecida por la Constitución, debido a que estaría exceptuada de observar todas las garantías del debido proceso, cuando en realidad la Justicia Militar, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, constituye un órgano con competencias para ejercer actos jurisdiccionales propios y distintos de los señalados para el Poder Judicial, por lo que la exclusividad de la jurisdicción recae en el Estado, sobre la base del *ius imperium*.

En la sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional precisó el delito de función como: “... *aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales*”.

Sin embargo, con motivo del Exp. N° 3194-2004-HC/TC, Lima, Nicanor Carreño Castillo, el máximo Tribunal, hizo las siguientes precisiones:

*“...para considerar que un delito es de función o no, y que por lo tanto es materia de la competencia de la Justicia Militar, es necesario que concurren dos elementos: uno personal, referido al tipo de personas que están sujetas a su autoridad, y otro objetivo, respecto a los bienes jurídicos tutelados a través del tipo penal”.*

Ha quedado claro que los delitos de función sólo pueden ser cometidos por sujetos activos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto del

servicio. Es decir, con ocasión de él, excluyéndose de este modo a quienes cometen ilícitos penales cuando han cesado en sus funciones, o se encuentran en situación de disponibilidad o realizando el servicio militar. La discusión, entonces, se relega a establecer cuáles son los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Respecto a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“En la actualidad, la justicia militar es competente por diversos criterios, y no todos correctos:

- formalmente, si el delito está tipificado previamente (artículo 2 del Código de Justicia Militar);
- subjetivamente, si la persona es un militar en actividad (artículo 324 del Código de Justicia Militar), ...;
- causal, y ocasionalmente, si los hechos tienen relación con el ámbito militar;
- por el lugar de la comisión del hecho, tal como sucediera para los casos de zonas de emergencia (Ley 24150, de 1985, y Decreto Supremo 006-86-JUS, de 1986), y
- materialmente, si el delito es de función”.

Uno de los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional para delimitar el delito de función, es que la conducta ponga en riesgo o atente contra la actuación de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional propone, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo, que:

*“...solamente podrían ser considerados copulativamente como tales: los relacionados directamente con el ámbito funcional militar o policial;*

*los que afectan bienes jurídicos estrictamente castrenses, y*

*los que reconocen un nexo causal entre los delitos cometidos en el ámbito castrense y la función encomendada al sujeto activo militar”.*

La finalidad primordial de las Fuerzas Armadas garantes de la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, expresada en el artículo 165 de la Constitución, resulta a nuestro juicio extremadamente amplia desde el punto de

vista conceptual para lograr una definición objetiva del delito de función, sirviendo en todo caso sólo como elemento orientador para tal fin.

En su análisis, el Tribunal Constitucional precisa, a propósito de lo señalado en el Exp. N° 0017-2003-AI/TC, que los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional se relacionan con el cumplimiento de sus fines constitucionales y legales y que son propios, particulares y relevantes para la existencia de la organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses, con lo cual aún no queda precisado el concepto.

En cambio, creemos que además de las funciones castrenses y policiales, establecidas constitucional, legal y reglamentariamente para apreciar con mayor precisión el concepto de bien jurídico de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tomarse en cuenta el aspecto axiológico de tales instituciones, expresando con claridad los valores superiores que sustentan su actuación. Sin obviar, por ejemplo, el compromiso cívico, la disciplina, el mando y la ejemplaridad.

Ese es el espíritu actual en la judicatura militar policial, conforme lo describe en la Exposición de Motivos el Código de Ética del Magistrado Militar Policial:

“La administración de Justicia Militar Policial en el Perú, debe estar acorde a los más altos principios de la vida civil, militar y judicial porque el Juez vela por el orden y la seguridad dentro de las Fuerzas Armadas y policía Nacional, en busca de la confianza pública del justiciable y eficiencia de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en base a la integridad e independencia del sistema de justicia peruano.

...

El temple moral de los magistrados militares policiales exige respeto a los derechos fundamentales, con sujeción a la Constitución y leyes de la República, aparte de los deberes de compostura, decoro en el vestir, hablar y corrección que se tienen frente a todos, dentro del Fuero Militar Policial y en la vida pública e incluso privada”.

Tomando como norte estas afirmaciones, la ausencia de la consideración de los valores institucionales propios puede llevar a confundir conceptos como “correcta marcha institucional”, que es de orden general, y suponer que

tal obligación es propia sólo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, cuando también corresponde a todas las instituciones públicas y a la ciudadanía en general.

Un criterio que podría aplicarse para delimitar con mayor precisión el delito de función sería el de excluir todas aquellas conductas ilícitas que afectarían bienes jurídicos del resto de la actividad estatal, aun cuando este abordaje resulte todavía insuficiente, además de arduo por la cantidad de conductas posibles.

Por tanto, puede afirmarse que la dificultad de la definición de bien jurídico, acarrea el problema del principio de legalidad, porque si se juzga a un militar o policía por un acto que no constituye en sentido estricto delito susceptible de juzgamiento en el Fuero Militar, se estaría violando obviamente dicho principio.

## II. CONCLUSIONES

1. La Justicia Militar en el pasado, sometía inconstitucionalmente los delitos comunes –como el asesinato– cometidos por sus miembros a su jurisdicción; asimismo, procesaba inconstitucionalmente a ciudadanos –militares en retiro– que ejercitaban sus derechos constitucionales, por ejemplo, a la libertad de expresión. De otro lado, procesaba y condenaba a los militares que realizaron actos preparatorios para ejercer el derecho a la insurgencia contra un gobierno usurpador, y finalmente enjuició y condenó a un profesional civil –sometiéndolo un año y medio a prisión– por el supuesto delito de terrorismo, demostrándose luego su inocencia absoluta.

2. Muchas de las regulaciones de las relaciones militares estaban en el pasado bajo un *status* apartado y contrario a disposiciones jurídicas supremas del Estado Democrático de Derecho, como fue el caso del recordado Reglamento General de Servicio en Guarnición de 1963, entre otros.

3. Sin juzgar por ahora sus acuerdos o sus yerros, en los estados de excepción se debe rechazar la aplicación de la Justicia Militar a los civiles, debido a que si los militares son los encargados de diseñar y ejecutar la lucha antsubversiva, no

es razonable que también se constituyan en jueces de sus enemigos, para lo cual deben imperar los criterios de *razonabilidad* y *proporcionalidad*, provenientes de las opiniones consultivas OC-8/87/CIDH y OC-9/87/CIDH, del 30 de enero y del 6 de octubre de 1987, respectivamente.

4. Apoyándonos en Héctor Fix-Zamudio, recuérdese que: “La misma intranquilidad político-social... ha provocado la intervención de la Justicia Militar en las situaciones de emergencia, afectando de manera evidente el derecho fundamental al juez natural, pues sin existir propiamente un estado de guerra, se somete a los civiles a los propios tribunales castrenses, cuando han incurrido en ciertos delitos de tipo político, especialmente los de rebelión o de trastornos al orden público, y en esta dirección advertimos nuevamente el ejemplo doloroso de Latinoamérica, aun cuando no sea el único”<sup>(\*)</sup>.

5. Durante la década de los años 80 y 90 del siglo XX, los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso legal fueron violados en estos procesos judiciales militares, de la siguiente manera: derecho a ser informado de la acusación, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho al juez natural, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la certeza judicial, derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito y, entre otros, el derecho a la igualdad de las partes en un proceso.

6. La legislación castrense o militar es, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más complicados –ofrece siempre no pequeñas dificultades– para abordar el tema de la Jurisdicción Militar. La razón que se impone radica en la escasez de material bibliográfico, especialmente proveniente del siglo XIX. España constituye el país en donde los autores se han ocupado y constatado con detenimiento en abordar el tema proyectado derechamente en perspectivas nucleares tanto histórica como sociológica.

7. La desatención científica por parte de los cultores no ha permitido todavía afianzarse, en toda su complejión, al Derecho Penal Militar, en sus diferentes

---

<sup>(\*)</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor: *Protección jurídica de los derechos humanos (Estudios comparativos)*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 1991, pág. 51.

ópticas: constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial. No obstante, existen nobles esfuerzos de cierto sector de historiadores y científicos del Derecho para darle y ubicar señaladamente en el lugar que le corresponde al Derecho Penal Militar, metodolizándolo en las mallas curriculares.

8. La valoración doctrinal ha jugado un papel muy importante con el propósito de concientizar la temática denominada Jurisdicción o Justicia Militar, no obstante que los enfoques a veces han sido distintos. ¿A qué se debe esta situación nada pacífica? ¿Cómo solucionar la ardua problemática, tanto a nivel teórico-dogmático como práctico? Creemos que el ámbito de la Jurisdicción Militar, a través de su línea de desarrollo, ha sido un concepto indeterminado, el cual permite optar por diversos enfoques, y por desventura, más de uno de ellos, excesivo e injusto, definitivamente.

9. En el presente estudio no se pretende, de ninguna manera, causar una hipertrofia a la Jurisdicción Militar, antes bien, el propósito capital es darle un encuadre constitucional que le permita desarrollarse como tal, evitando de esa forma cualquier descrédito que se le pretenda hacer. Para ello se requiere, por imperativo constitucional, habiendo el Tribunal Constitucional reafirmado su naturaleza y existencia, dotarla de una técnica legislativa lógica y coherente, prescindiendo de posiciones complejas y antojadizas que pretendan distorsionarla.

10. No hay que seguir enturbiando la problemática, sino darle soluciones eficaces y operativas, descartando los recelos y desconfianzas a la Jurisdicción Militar, y organizarla al compás de los dictados constitucionales para que actúe con la tan ansiada agilidad, celeridad y transparencia, sin trastocar los principios y derechos de la función jurisdiccional. Es decir, hay que buscar metas óptimas con señas de identidad, evitando—advírtase—las impunidades, porque se trata de un tema claramente prioritario que debe dejar de lado las soluciones distorsionantes.

11. Desafortunadamente la desatención científica, por parte de los estudiosos, es una de las causas del defectuoso sistema que a través del devenir histórico se ha venido expresando la Jurisdicción Militar. La escasa importancia de la historiografía jurídica hacia el Derecho Penal Militar, a pesar del enorme influjo que tuvo la actividad jurídica-militar en la historia de la vida política

y social, como consecuencia de los estudios que se vienen realizando, es un ambicioso proyecto ahora hecho realidad.

12. El juzgamiento de civiles o paisanos en el Fuero Militar, en épocas álgidas como sucedió entre los años 80 y 90 del siglo XX, afectó diversos derechos fundamentales en el caso de las víctimas civiles con la desaparición forzada y asesinato, como también de sus familiares, quienes debieron acudir irremediamente al orden internacional, en especial, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para lograr que se hiciera justicia.

13. El Derecho Militar como Fuero de Justicia adolece aún de serios defectos conceptuales y procesales que afectan los derechos fundamentales de los procesados, como consecuencia de que no ha sabido medir su radio de repercusión. Siendo el más importante el concepto de “delito de función” que no se encuentra debidamente desarrollado, y que es el que más conflictos ha suscitado en el tema de la competencia entre las jurisdicciones civil y militar. No obstante estos reparos, existe un consenso y buena voluntad de parte de los jueces y fiscales militares para superar la problemática, en especial a partir del importante y noble papel que cumplen los criterios hermenéuticos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

### III. RECOMENDACIONES

1. El ámbito de la Jurisdicción Militar, en sentido estricto, no debe ser lo militar, sino lo castrense. Es decir, se debe hacer una estricta referencia al cuartel, campamento militar o a las relaciones de trabajo militares; de modo que las vinculaciones extrañas a ellas no deben estar sometidas a la Justicia Militar, salvo que cometan los delitos de traición a la patria o de terrorismo, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución de 1993. En tal sentido, resulta razonable que las disposiciones legales con que se atribuyen asuntos o materias a la Jurisdicción Castrense deben ser interpretadas restrictivamente.

2. Bien vale la pena revisar el contenido normativo del Derecho Militar<sup>(\*)</sup> y subordinarlo al Derecho Constitucional, en tanto que como subordenamiento

---

(\*) “Necesita..., el Derecho Militar de la exégesis, de la cavilación que haga de él un todo armónico, llenando lagunas, salvando contradicciones, deficiencias a que naturalmente está sujeta



jurídico constitucional, debe estar integrado al ordenamiento constitucional y, en definitiva, hay que interpretarlo de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional.

3. En los estados de excepción, las condenas deberían ser revisadas por una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, integrada por magistrados especializados en materia constitucional, penal y militar, debiendo ser estos últimos jueces militares con el título de abogado, lo cual requiere de una reforma constitucional<sup>(\*)</sup>. Mientras tanto, en los años venideros ya se nota que la composición del Consejo Supremo de Justicia Militar y Policial está integrado por profesionales de las armas que también tienen el título de abogado, presentándose de esa forma aires de una mejor garantía para el juzgamiento tanto de los paisanos o civiles como también de los militares.

4. Los rubros conceptuales respecto a la “definición de delito de función” y “bien jurídico protegido”, relacionados con la actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, requieren de una atención especializada debido a su importancia para poder delimitar los delitos susceptibles de aplicación en el Fuero Militar.

5. Auguramos un cambio para efectos de que los civiles o paisanos ya no sean juzgados en el Fuero Militar, el mismo que estaba hasta hace poco compuesto, básicamente, por profesionales de las armas con una formación y mentalidad distinta a la que suele darse en el fuero común. Hay fuerzas y voluntad para acometer tal empresa. De esa forma, la Jurisdicción Militar no se encontrará en situaciones embarazosas, ni mucho menos afrontará ataques incendiarios.

---

la obra del legislador, y sobre todo que acompañe lo que una vez hecho queda como algo estático, con el dinamismo de los tiempos que al correr dejan atrás las leyes, si el comentarista no las incorpora a su ritmo”. *Cfr.* Montojo y Burguero, Luis: *La reforma del Código Penal de la Marina de Guerra*, Establecimientos Cerón, Cádiz, 1938, pág. 9-10. Antecede Prólogos de Eloy Escobar y de la Riva y Federico Castejón y Martínez de Arizola.

<sup>(\*)</sup> *Vid.*, por ejemplo, Vanossi, Jorge Reinaldo: “El sometimiento de los civiles a los tribunales militares”, en *El Derecho*, N° 5237, Buenos Aires, 2 de junio de 1981, págs. 1-6.

## BIBLIOGRAFÍA

### A) FUENTES HISTÓRICAS IMPRESAS

Carreño, Dionisio: *Constitución Política de la Nación Española por lo tocante a la parte militar*, Imprenta de la Calle de Bordadores, Madrid, 1820.

*Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, Leon, Corona de Aragon y Navarra*, 1 t., Imprenta de don José María de Alonso, editor, Madrid, 1847.

*Constitución Política de la Monarquía Española*, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812, Imprenta Real, Cádiz, 1812.

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

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

*El fuero latino de Teruel*, edición preparada y con Estudio Preliminar de Jaime Caruana Gómez de Barreda, Instituto de Estudios Turolenses de la Excm. Diputación Provincial de Teruel adscrito al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Teruel, 1974.

*El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*, publicándolo con notas, y un discurso sobre el estado, y condición de los judíos en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio, y D. Miguel de Manuel y Rodriguez, por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, MDCCLXXIV.

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

*Exposición de la Comisión de Constitución Militar, acompañando los trabajos que se le pidieron*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1814.

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

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

- Fuero de Salamanca*, publicado ahora por vez primera con notas, apéndice y un discurso preliminar, por J. Sanchez Ruano, Imp. de D. Sebastian Cerezo, Salamanca, 1870.
- Fuero juzgo o libro de los jueces*, cotejado con los más antiguos y preciosos códices, por la Real Academia Española, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1815.
- Fuero real del rey don Alfonso el Sabio*, Madrid, en la Imprenta Real, 1836.
- Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio*, 2 ts., con glosas en castellano de Alonso Díaz de Montalvo, impresores Meynardo Ungut Alamano y Lançalao Polo, Madrid, 1491.
- Muñiz y Terrones, José: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Velasco, impresor, Madrid, 1880-1883. Incluye un Apéndice General que comprende las disposiciones expedidas durante esta edición, algunas anteriores y los índices cronológico por materias; y un Apéndice de 1883 que comprende las disposiciones expedidas en todo el año de 1882, algunas anteriores y los índices correspondientes.
- Muro Martínez, José: *Códigos Españoles y Colección Legislativa, comprensiva de lo legislado con posterioridad á los códigos, ó sea Legislación General de España, ilustrada con los retratos de los Reyes autores de los Códigos, redactada con el texto literal ó compendiado de las respectivas disposiciones legales, á su vez también historiadas, anotadas ó comentadas*, 2ª. edición refundida, ts. I, III y IV, Librería de Saturnino Gómez, Madrid, 1881.
- Nueva recopilación de los fueros. Privilegio, buenos usos y costumbres, leyes y órdenes de la M.N.YM.L. Provincia de Guipuzcoa*, hecha sobre la reimpresión por el maestro Andrés de Gorosabel, Tolosa, 1867.
- Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos*, 2 ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768.
- Ordenanzas de S.M. para el Régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, adicionadas previa autorización de S.M. con las disposiciones vigentes y Prólogo por el Teniente General Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1882-1885. Incluye Índice Alfabético de las materias que contienen los tres tomos de estas Ordenanzas Adicionadas.
- Proyecto de Constitución para la República Peruana que presenta a la Nación el Ministro de Estado ciudadano Manuel de Vidaurre*, en *El Discreto*, N° 1 (sábado 24 de febrero de 1827), N° 2 (sábado, 3 de marzo de 1827), N° 3 (sábado,

10 de marzo de 1827), N° 4 (sábado, 17 de marzo de 1827) y N° 5 (sábado, 24 de marzo de 1827), Imprenta Republicana: por José María Concha, 1827. También, ha sido reimpresso en *Fenix*. Revista de la Biblioteca Nacional, N° 9, Lima, 1953, págs. 355-385, respectivamente. Antecede una nota esclarecedora de Felix Denegri Luna.

Quiroz, Anselmo y García, Manuel Ignacio: *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú*, Imprenta de la Instrucción Primaria por S. Hurley, Lima, 1827.

Sancho, Vicente: *Ensayo de una Constitución militar deducida de la Constitución española*, Imprenta de Tormentaria, Cádiz, 1813.

## B) FUENTES PARLAMENTARIAS Y LEGISLATIVAS

*Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República*, Lima, 2002.

*Código Penal Militar de Colombia*, Ley N° 1407 de 2010.

*Código Penal Militar Francés*, en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo: *Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos*, t. 5, *Instituciones y Códigos franceses*, t. II, E. Maroto y Hermano, Impresores, Madrid, 1889.

*Código de Justicia Militar del Perú*, Edición Oficial, Lima, 1898. Hay 2ª. edición, Librería e Imprenta del Gabinete Militar, Lima, 1934.

*Código de la Marina Militar del Perú*, 2 ts., Imprenta del “Centro Militar”, Lima, 1890.

Congreso Constituyente Democrático: *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno-1993*, t. III, Lima, 1998.

*Costituzione di Weimar [1919]*, Liberilibri, Macerata, 2008.

DESCO: *Cronologías Políticas*, vols. I -VIII, Lima, 1968-1979.

*Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, t. VIII, N° 900 y N° 924, Imprenta de J.A. García, Madrid, 1870.

*Legislación Administrativa en el Ramo de Guerra y Marina (1828-1857)*, Imprenta del Estado por E. Aranda, Lima, 1857.

*Legislación peruana sobre arrepentimiento terrorista: Análisis y comentarios*, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 38, Lima, 1993.

*Legislación del Fuero Militar Policial*, Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, Lima, 2011. Antecede Presentación de Carlos Enrique Mesa Angosto.

*Ley Orgánica de la Justicia Militar y Código de Justicia Militar*, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1963.

Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, Felipe Bailly, Editor, Lima, 1861.

Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. XIV, Felipe Bailly, Editor, Lima, 1865.

*Proyecto de Código de Justicia Penal Militar formulado por la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno*, Imprenta del Estado, Lima, 1900.

Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, Lima, 2002.

### C) LIBROS Y FOLLETOS

AA.VV.: *Encuesta sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Ejército*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1923.

AA.VV.: *Poder civil y poder militar*, traducción del inglés de Valentina Basto, Editorial Hobbs-Sudamericana, Buenos Aires, 1970. Selección e Introducción de Harry L. Coles.

AA.VV.: *Perú mil novecientos noventidós. La democracia en cuestión*, CEPES, IEP, Lima, 1992.

AA.VV.: *Fuerzas Armadas: Control civil y relaciones civiles-militares. A propósito de su reestructuración*, Instituto de Defensa Legal, Lima, ¿2002?

Abad Yupanqui, Samuel y Garcés Peralta, Carolina: “El gobierno de Fujimori: antes y después del golpe”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, vol. 9, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993. Antecede Presentación de Francisco Eguiguren Praeli.

Abad Yupanqui, Samuel B.: “Garantías Constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar”, en *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*, N° 1, Setiembre, Lima, 1998.

Abad Yupanqui, Samuel: “La Defensoría del Pueblo y la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, en su libro *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, t. I, Universidad Autónoma de México, México, D.F., 1992.

Aleñar Ginard, Martín (Coordinador): *La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996.



- Almirante Torroella, José: *Estudios Militares. Antología*, Colección de Clásicos Militares, Ediciones Ejército, Madrid, 1943.
- Almirante Torroella, José: voces “Cabalgada o Cavalgada”, “Consejo”, “Fuero” y “Tercio”, en *Diccionario de Derecho Militar* [versión original, publicada en un tomo por la Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869], 2 vols., reimpresión, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2002. Antecede Presentación de Miguel Cuartero Larrea.
- Alonso Báquer, Miguel: *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971.
- Alonso Molinero, Antonio: “La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1999. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente.
- Alonso Muñoyerro, Luis: *La Jurisdicción Eclesiástica Castrense en España*, Vicariato General Castrense, Madrid, s/f.
- Alfonso el Sabio*, selección y notas de Manuel Cardenal de Iracheta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, MCMXLVI.
- Alvarado González, Pepe: *Jurisprudencia militar. Penal. Parte especial*, Talleres de Imagen Publicidad y Marketing, Lima, 2002.
- Álvarez Pérez, Víctor: *¿Un Poder Judicial con inclusión de la Justicia Militar o un Poder Judicial para los militares?*, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2008.
- Alli Turrillas, Juan-Cruz: *El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico*, Editorial Aranzandi, S.A., Navarra, 2002. Antecede Prólogo de Ramón Parada Vásquez.
- Ambos, Kai: *Terrorismo y ley. República Federal Alemana. Gran Bretaña. Perú. Colombia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989. Antecede Presentación de Diego García-Sayán.
- Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906*, publicación oficial, Ministerio de Guerra y Marina, Imprenta de “El Lucero”, Lima, 1908.
- Andújar Castillo, Francisco: *Consejo y Consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996. Antecede Prólogo de Didier Ozanam.
- Argüelles, Agustín de: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Antecede Introducción de Luis Sánchez Agesta.
- Arias Quincot, César: *La modernización autoritaria. La nueva institucionalidad surgida a partir de 1990*, Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1994. Antecede Presentación de Dietmar Dirmoser.

- Arozamena Sierra, Jerónimo: “El principio de unidad jurisdiccional”, en Martín-Retortillo, Sebastián (Coordinador): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. IV, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.
- Arráiz de Conderena, Domingo: *Nociones de Literatura Militar*, 3ª. edición corregida y aumentada, Imprenta, librería y encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1904.
- Arroyo Zapatero, Luis: “Fundamento y función del sistema penal: El programa penal en la Constitución española”, en Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinador): *Derecho Penal y modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010.
- Astrosa Sotomayor, Renato: *Jurisdicción Penal Militar (Estudio crítico y comparativo)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.
- Astrosa Herrera, Renato: *Derecho Penal Militar*, 2ª. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974.
- Astrosa Herrera, Renato: *Código de Justicia Militar comentado*, 3ª. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
- Azabache Caracciolo, César: “Sobre la pena de muerte”, en AA.VV.: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994. Antecede Presentación de Francisco Eguiguren Praeli.
- Azabache Caracciolo, César: “De nuevo sobre la justicia militar”, en AA.VV.: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II, Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.
- Babelón, Jean: *Carlos V (1500-1558)*, traducción del francés de Miguel de Hernani, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1952.
- Bacallar y Sanna, Vicente: *Comentarios de la guerra de España e historia de su Rey Felipe V, el animoso. Memorias políticas y militares. Tratados de paz y alianzas de España*, Biblioteca de Autores españoles, Madrid, 1957. Edición y estudio de Carlos Seco Serrano.
- Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, III ts., 3ª. edición, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramirez y Cª., Barcelona, 1878.
- Balda Cantisani, Germán: *Derecho Penal Militar*, Editorial San Camilo, Caracas, 1948. Antecede una opinión por Luis Beltrán Reyes.
- Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2ª. edición, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Eduardo García de Enterría.



- Banús y Cómas, Carlos: *Estudios de Arte é Historia Militar. Política Militar, creación y organización de los ejércitos* (Segunda Parte), Redacción y administración de la Revista Científico-Militar, Barcelona, 1881.
- Bañón, Rafael y Olmeda, José Antonio (Compilación): *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985.
- Barado y Font, Francisco: *Literatura militar española en el siglo XIX (Bosquejo histórico-bibliográfico)*, Tip. de C. Cano, Madrid, 1889.
- Barbero Santos, Marino: “La pena de muerte, problema actual”, en su libro *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972.
- Barbero Santos, Marino: *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985. Antecede Presentación del autor y de la obra por Elías Neuman.
- Barile, Paolo: *La Costituzione come norma giuridica*, G. Barbèra Editore, Firenze, 1951.
- Basombrío Iglesias, Carlos: “Impunidad y castigo: Un dilema actual”, en Mora Zevallos, Daniel (et al.): *Las Fuerzas Armadas en la transición democrática del Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2001.
- Bayardo Bengoa, Fernando: *Derecho Penal Militar uruguayo*, Parte General, t. I, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1980.
- Bedoya, Manuel: voz “Fuero”, en *Diccionario Militar Ilustrado*, t. I, Imprenta Gloria, Lima, 1918.
- Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª. edición, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Bennassar, Bartolomé: *La España de los Austrias (1516-1700)*, traducción del francés de Bernat Hervàs, Editorial Crítica, SL, Barcelona, 2010.
- Bengoa, Fernando: *Derecho Penal Militar uruguayo*, Parte General, t. I, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1980.
- Benito é Infante, Santiago: *Tribunales Militares. Jurisdicciones Gubernativa, Disciplinaria y Administrativa en el Ejército*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1886.
- Bermúdez Flores, Renato de J.: *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición revisada y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 1998. Antecede Prólogo de Antonio Millán Garrido.
- Bernales Ballesteros, Enrique y Rubio Correa, Marcial: *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda Editores, S.A., Lima, 1985.

- Bernales Ballesteros, Enrique y Rubio Correa, Marcial: *Constitución: Fuentes e Interpretación*, Mesa Redonda Editores, S. A., Lima, 1988.
- Bidart Campos, Germán J.: *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1967.
- Bidart Campos, Germán J.: *Para vivir la Constitución*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1984.
- Bidart Campos, Germán J.: *Los Tribunales Militares y la Constitución*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1985.
- Bidart Campos, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995.
- Bielsa, Rafael: *Caracteres jurídicos y políticos del Ejército. Su misión esencial*, Universidad Nacional del Litoral, Publicación N° 33, Santa Fe, 1937.
- Bielsa, Rafael: *Derecho Constitucional*, 3ª. edición aumentada, Roque Depalma, Editor, Buenos Aires, 1959.
- Bielsa, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª. edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966.
- Blanco Ande, Joaquín: *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1987. Antecede Prólogo de Miguel Alonso Baquer.
- Blanco Valdés, Roberto L.: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 1988. Antecede Presentación de Jordi Solé Tura.
- Blanco Valdés, Roberto L.: *El valor de la Constitución*, 3ª. edición, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2006. Antecede Prólogo a la 1ª. edición de José Antonio Portero Molina y Prólogo a la nueva edición de Miguel Artola.
- Blanquer, David: *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996. Antecede Presentación de Miguel Iñiguez.
- Blasco Ibáñez, Vicente: *El militarismo mejicano*, Prometeo, Valencia, 1920.
- Blecu Fraga, Ramón: *El delito de traición y la defensa nacional*, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983. Antecede Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo.
- Blume Rocha, Ernesto Jorge: *La Justicia Militar en la Historia del Perú*, Editorial Adrus, S.R.L., Arequipa, 2010. Antecede Presentación de Fernando Silva Santisteban y Prólogo de Carlos Augusto Ramos Núñez.
- Borreguero Beltrán, Cristina: voz “Farnesio, Alejandro”, en *Diccionario de historia militar. Desde los reinos medievales hasta nuestros días*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2000.

- Bran, Joseph: *Análisis del militarismo incaico*, traducido del inglés por Diana Tauro Herrera, Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1977. Antecede Prólogo de Alberto Tauro del Pino.
- Brunelli, David y Mazzi, Guisepe: *Diritto Penale Militare*, IV edizione, Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2007.
- Buesa y Pison, Pedro: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Militar publicada el 30 de setiembre de 1886*, Imprenta de Lucas Polo, Madrid, 1886.
- Burgos Ladrón de Guevara: *El juez ordinario predeterminado por la ley*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba-Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990.
- Busquets Bragulat, Julio: *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1967.
- Cabanellas de Torres, Guillermo: voces “Fuero”, “Fuero Militar” y “Justicia Militar”, en *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, VI ts., Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, 1961. Redactado con el asesoramiento y consulta de técnicos por Luis Alcalá-Zamora y Castillo.
- Calderón Serrano, Ricardo: *Derecho Penal Militar* (Parte general), Ediciones Minerva, S. de R. L., México, D.F., 1944. Antecede Prólogo de Emilio Pardo Aspe.
- Calderón Serrano, Ricardo: *Crímenes de guerra*, Ediciones Lex, México, D.F., 1949.
- Cancino Moreno, Antonio José, Monroy de Posada, Marcela y Granados Peña, Jaime Enrique: *La legislación de emergencia y la justicia penal. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales*, Talleres Gráficos de la Empresa Editorial de la Universidad de Colombia, Bogotá, 1990.
- Cancio Meliá, Manuel: “Internacionalización del Derecho Penal y de la política criminal: Algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo”, en Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinador): *Derecho Penal y modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010.
- Carballa, Juan B.: *Delitos contra la patria*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1951.
- Cárdenas Piera, Emilio de: *Forjadores del imperio español. Flandes*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2001.
- Carlos E., Alejandro: *Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 2000. Antecede Prólogo a la 1ª. edición de Máximo Carvajal Contreras y Prólogo a la 2ª. edición de Mario Guillermo Fromow García.

- Carranza, Mario Esteban: *Fuerzas Armadas y Estado de excepción en América Latina*, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México D.F., 1978.
- Casado Burbano, Pablo: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986.
- Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988.
- Castellano, Juan Luis: “La reputación de la monarquía en época de los Austrias”, en Jiménez Estrella, Antonio y Andújar Castillo, Francisco (Editores): *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el ejército de la monarquía hispánica (S. XVI-XVII): Nuevas perspectivas*, Editorial Comares, Granada, 2007.
- Centurión Ortiz, Rodolfo Fabián: *Justicia Militar. Una aproximación al Derecho Penal y Proceso Penal Militar Paraguayo*, Servilibro, Asunción, 2004.
- Chamarro González, Luis: “La institución militar: Selección y formación profesional”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985. Antecede Presentación y edición a cargo de Luis Prieto Sanchis y Carlos Bruquetas Galán.
- Chirinos Soto, Enrique: *La nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, S. A., Lima, 1979.
- Chudoba, Bohdan: *España y el Imperio (1519-1643)*, Biblioteca de la Historia de España, Madrid, 1986.
- Claro Delgado, Manuel: “Importancia del Ejército durante el reinado de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000.
- Clausewitz, Carl von: *De la guerra*, dirigida y traducida del inglés por Michael Howard y Peter Paret, ensayos introductorios de Peter Paret, Michael Howard y Bernard Brodie, con un comentario de Bernard Brodie, e Índice por Rosalie West, 2 ts., Ministerio de Defensa, Madrid, 1999.
- Colombo, Carlos J.: *El Derecho Penal Militar y la Disciplina*, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1953.
- Comisión Andina de Juristas: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, vol. I, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 10, Lima, 1994.
- Comisión de Estudio de las Bases de Reforma Constitucional del Perú: *Informe final de la Comisión de estudio y revisión de la legislación emitida desde el 5 de*

- abril de 1993. *Restituyendo el Estado de Derecho*, Ministerio de Justicia, Lima, 2001. Publicado también en la Revista Peruana de Derecho Público, Año 1, N° 2, Lima, 2001.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: “Estado de sitio y tiempo de guerra”, en AA.VV: *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.
- Constant, Benjamín: *Curso de Política Constitucional*, traducción del francés libremente al español de Marcial Antonio López, t. II, Imprenta de Lawalle Jóven y Sobrino, Burdeos, M. DCCC. XXI.
- Contreras Gay, José: “El sistema militar carolino en los reinos de España”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000.
- Corrales Elizondo, Agustín: “Problemática del sobreseimiento provisional, y los derechos de tutela judicial efectiva y presunción de inocencia en la jurisdicción militar”, en AA.VV.: *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones Penales y Procesales Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- Cossio, Francisco de: *Carlos V*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1941.
- Cotino Hueso, Lorenzo: *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio antes las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Antecede Presentación de Remedio Sánchez Ferriz.
- Cotino Hueso, Lorenzo: *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucional, Madrid, 2002. Antecede Prólogo de Remedio Sánchez Ferriz.
- Cotler, Julio: “Perú: Estado oligárquico y reformismo militar”, en González Casanova, Pablo (Coordinación): *América Latina: Historia de medio siglo*, 2ª edición, vol. 1, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México, D.F., 1979.
- Cotler, Julio: *Descomposición política y autoritarismo en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Documento de Trabajo, N° 51, Lima, 1993.
- Cousiño Quiroga, José: *El Ejército como elemento indispensable de la vida nacional*, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1917.
- Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, reimpresión inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978. Antecede Prólogo de Santiago Sentís Melendo.
- Cruz Villalón, Pedro: *El estado de sitio y la Constitución (La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado: 1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.



- Cruz Villalón, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984.
- Cubas Villanueva, Víctor (con la colaboración de Quispe Farfán, Fany Soledad): *La Cantuta: Crónica de una investigación fiscal*, Palestra Editores, Lima, 1998.
- Cubas Villanueva, Víctor: “Contiendas de competencia”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.
- Dávila y Huguet, José M<sup>a</sup>.: *Código de Justicia Militar con notas aclaratorias, formularios, Código Penal común, tablas para la aplicación de las penas y disposiciones complementarias*, 4<sup>a</sup>. edición, Imprenta Aldecoa, S.A., Burgos, 1938.
- Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 6: *Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú*, Lima, 1998.
- Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 6-64: *Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú*, Lima, 2002.
- Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 66: *¿Quién juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia Ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, 2003.
- Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 86: *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, reimpresión, Lima, 2004.
- Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 104: *Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo 961*, Lima, 2006.
- Defensoría del Pueblo: *Justicia Militar e independencia judicial en el Perú. Normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Serie Documentos Defensoriales, Documento N° 6, Lima, 2009.
- De la Jara Basombrío, Ernesto: *Memoria y batallas en nombre de los inocentes (Perú 1992-2001)*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011.
- De Las Heras Santos, José Luis: *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, 1<sup>a</sup>. reimpresión, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994. Antecede Prólogo de Manuel Fernández Alvarez.
- Del Pilar Tello, María: *Perú: El precio de la paz*, Ediciones Petroperú, Lima, 1991. Antecede Prefacio de Jaime Quijandría Salmón.
- Degregori, Carlos Iván: *El surgimiento de Sendero Luminoso. Ayacucho 1969-1979*, 3<sup>a</sup>. edición, primera reimpresión, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011.

- De Belaunde López de Romaña, Javier: “CERIAJUS: Principales propuestas para la reforma de la justicia. La propuesta sobre Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.
- De Belaunde López de Romaña, Javier: *La reforma del sistema de justicia ¿En el camino correcto? breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Fundación Konrad Adenauer-Instituto Peruano de Economía de Mercado, Lima, 2006.
- De Contreras, Juan: *Los orígenes del Imperio (La España de Fernando e Isabel)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1939.
- De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, II ts., Editorial Naval, Madrid, 1948. Antecede Informe del Excmo. Sr. Ministro Togado, Asesor General del Ministerio de Marina, sobre la declaración de utilidad de esta obra, Eugenio Blanco.
- De Tapia Ozcariz, Enrique: *Carlos III y su época*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1962.
- De Trazegnies Granda, Fernando: *La idea del Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1980.
- De Pablo Cantero, Antonio: “La infantería de Carlos I. Los tercios grandes viejos. Reglamento, Organización, Historia”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000.
- Descheemaeker, Jacques: *Le Tribunal Militaire International des grands criminels de Guerre*, Éditions A. Pedone, Paris, 1947. Préface de S.E. Vespasien V. Pella. Con anterioridad se publicó en la Revue Générale de Droit International Public, 1946.
- DESCO: *Democracia, defensa y Fuerzas Armadas en el Perú. Propuestas de cambio desde la sociedad civil*, USAID, Lima, s/f.
- De la Jara, Luis: “El nuevo Código de Justicia Militar”, en Revista Jurídica del Perú, Año II, N° 1, Enero-Abril, Lima, 1951, págs. 9-42.
- Del Arenal, Ángel: *Ideas sobre el sistema militar de la nación española, derivadas de su Constitución y del objeto de la Fuerza Armada*, Imprenta que fue de García, Madrid, 1820.



- Del Moral y Pérez-Alóe, Manuel: *El servicio militar*, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Madrid, 1911.
- Del Nido y Torres, Manuel: *Código de Justicia Militar, comentado y concordado con las resoluciones del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Autos del Tribunal Supremo sobre cuestiones de competencia entre las Jurisdicciones de Guerra y la ordinaria, Leyes, reglamentos, Reales decretos, Reales órdenes y cuantas disposiciones se han dictado modificando ó aclarando alguno de los artículos de dicho Código, y formularios para todas las diligencias*, Imprenta de La Correspondencia Militar, Madrid, 1910. Antecede Prólogo de Federico de Madariaga.
- De Vergottini, Giuseppe, “El Estado Militar”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997.
- Díaz Cardona, Francia Elena: *Fuerzas Armadas, Militarismo y Constitución Nacional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1988.
- Díaz Roca, Rafael: “Naturaleza sustantiva de las dilaciones indebidas en el procedimiento penal”, en AA.VV.: *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones Penales y Procesales Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- Díaz-Llanos y Lecuona, Rafael: *Leyes penales militares*, Litografía e Imprenta Roel, La Coruña, 1946. Existe edición a cargo de Editorial Canaria S.A. - Librería General Independencia, Las Palmas-Zaragoza, 1938.
- Díaz-Llanos y Lecuona, Rafael: *Manual de Justicia Militar (Formularios para jueces, secretarios y defensores)*, 4ª. edición, Librería General, Zaragoza, s/f.
- Díaz Santillana, Santos: *Del claustro al trono. Biografía y Anecdotario del Cardenal Cisneros*, Ediciones Ajax, Barcelona, 1952.
- Díaz Vela, Ramón: *Informe sobre el Fuero Militar, en lo civil*, Imprenta de Don José González, Madrid, 1859.
- Doig Díaz, Yolanda: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2003. Antecede Prólogo de José María Asencio Mellado.
- Domínguez, Carlos Horacio: *El terrorismo en el Estado de Derecho*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1983. Antecede Prólogo de Osiris G. Villegas.
- Donayre Montesinos, Christian: *La reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada*, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima,

2004. Antecede Presentación de Francisco Eguiguren Praeli y Prólogo de Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.
- Donayre Montesinos, Christian: *Tribunales Militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente*, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima, 2006. Antecede Presentación de Antonio Millán Garrido y Prólogo de Iván Meini Méndez.
- Donini, Massimo: “El control democrático y científico sobre los estados de excepción y las leyes de emergencia”, en su libro: *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de Derecho Penal*, ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2010. Antecede Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez.
- Donini, Massimo: “Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI”, en su libro: *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de Derecho Penal*, ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2010. Antecede Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez.
- D’ors, Eugenio: *La civilización en la Historia*, Ediciones Españolas, S.A., Madrid, s/f.
- Eguiguren Praeli, Francisco José (Coordinador): *Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
- Eguiguren Praeli, Francisco: “Reforma Constitucional”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.
- Escriche, Joaquín: voces “Fuero”, “Fuero de Guerra”, “Jurisdicción Eclesiástica Castrense”, “Jurisdicción Militar” y “Partidas”, en *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho Americano, Librería de la Vda. de C. Bouret, París-México, 1906.
- Espinoza, Juan: *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, 3ª. edición, Lima, 1900.
- Estévanez, Nicolás: voces “Fuero Militar” y “Justicia Militar”, en *Diccionario Militar. Con un vocabulario Español-Francés-Alemán*, Garnier Hermanos, Libreros-Editores, París, 1897.
- Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución*

- en Iberoamérica*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997.
- Eto Cruz, Gerardo: *La Justicia Militar en el Perú*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Trujillo, 2000. Antecede Prólogo de Antonio Millán Garrido.
- Fabregat, Luis: *Derechos políticos de los militares. Sus restricciones*, Imprenta Artística de Dornaleche y Reyes, Montevideo, 1899.
- Favre, Henri y Granados, Manuel Jesús: *Perú: Sendero Luminoso y horizontes ocultos. El PCP Sendero Luminoso. Aproximaciones a su ideología*, Imprenta de la Escuela Superior de Guerra, Lima, 1990.
- Fernández Almagro, Melchor: *Política naval de la España moderna contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946.
- Fernández Álvarez, Manuel (Ed.): *Corpus Documental de Carlos V*, 5ts., Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1973-1981.
- Fernández Álvarez, Manuel: *Carlos V, el César y el hombre*, 18<sup>va</sup>. edición, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006.
- Fernández Campos, Sabino: “Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1999.
- Fernández-Flores, José L.: “Los fundamentos del orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985. Antecede Presentación y edición a cargo de Luis Prieto Sanchis y Carlos Bruquetas Galán.
- Fernández García, Raúl: *Complemento del Código de Justicia Militar, con Índice alfabético de artículos, leyes, acuerdos, ejecutorias y resoluciones supremas anotadas y concordadas*, Sanmartí y C<sup>ª</sup>, Lima, 1916.
- Fernández Rodríguez, José Julio, Jordán Enamorado, Javier, Sansó-Rubert Pascual, Daniel, (Editores): *Seguridad y Defensa hoy. Construyendo el futuro*, Plaza y Valdés Editores, Madrid-México, D.F., 2008. Antecede Prefacio de los editores y Prólogo de Enric Bas y Andrés Montero.
- Fernández Salvattecí, José: *Terrorismo y guerra sucia en el Perú*, 2<sup>a</sup>. edición, Impresiones Punto Rojo, Lima, 1986.
- Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

- Fernández Segado, Francisco: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978. Antecede Prólogo de Luis Sánchez Agesta.
- Fernández Segado, Francisco: “La función de las fuerzas armadas en el Estado de sitio, en el marco de la Constitución de 1978”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985. Antecede Presentación y edición a cargo de Luis Prieto Sanchis y Carlos Bruquetas Galán.
- Fernández Segado, Francisco: “Sociología de la guerra: Sociedad, Fuerzas Armadas y Defensa Nacional”, en Fernández Segado, Francisco (Editor): *La crisis del Golfo Pérsico*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1991.
- Fernández Segado, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1992.
- Fernández Segado, Francisco: “El marco constitucional de la Jurisdicción Militar: Su organización y competencia”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- Fernández Segado, Francisco: “Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, t. I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995. Con anterioridad, se publicó en la Revista Poder Judicial, 2ª. época, N° 36, Diciembre, Madrid, 1994.
- Fernández Segado, Francisco: “Las garantías constitucionales del proceso penal militar”, en AA.VV.: *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones Penales y Procesales Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Fernández Segado, Francisco: *Aspectos generales de los sistemas de reclutamiento militar, con especial referencia a los casos de España y Guatemala*, Cuadernos de Derechos Humanos, Guatemala, 1995. Antecede Prólogo de Jorge Mario García Laguardia.
- Fernández Segado, Francisco: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 67, Enero-Junio, Madrid, 1996. Con anterioridad se publicó en Derecho, PUC, N° 49, Diciembre, Lima, 1995.
- Fernández Segado, Francisco: “El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 18 de mayo”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 74, Julio-Diciembre, Madrid, 1999.
- Fernández Tejedor, Félix y Ferreiro Rodríguez, Fernando: *Derecho Militar. Estudio Doctrinal. Jurisprudencia. Instrucciones para el procedimiento. Formularios. Código de Justicia y Legislación complementaria*, 2ª. edición aumentada, Librería Santaren, Valladolid, 1940.

- Finer, Samuel Edward: *Los militares en la política mundial*, traducción del inglés de Manuel Barberá, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969.
- Fix-Zamudio, Héctor: *Protección jurídica de los derechos humanos (Estudios comparativos)*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 1991.
- Formularios de los Procedimientos de Justicia Militar*, edición oficial, Ministerio de Guerra y Marina, Tipografía de “El Lucero”, Lima, 1908.
- Freyre Villavicencio, Herbert y Nugent L. Ch., Ricardo: *Código de Justicia Militar. Anotado y concordado*, Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1952. Antecede Prólogo de Teobaldo González López.
- Galasso, Nicola y Sucato, Gaetano: *Codici Penali Militari di Pace e di Guerra. Completati con le disposizioni integrative del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale e Commentati*, II edizione, Stamperia Reale di Roma, Roma, 1941-XIX. Con Prefazione di O. Ciancarini.
- Gálvez Montero, José: “Antecedentes históricos de la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.
- Gamarra Herrera, Ronald (con la colaboración de Meza, Robert): *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1995. Antecede Presentación de Ernesto De la Jara y Prólogo de José C. Ugaz Sánchez-Moreno.
- Gambetta Bonatti, Néstor: voz “Justicia Militar”, en *Diccionario Militar*, 3ª. edición, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1946.
- Gárate de Córdoba, José M<sup>a</sup>.: *Espíritu y milicia en la España medieval*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1967.
- García Arias, Luis: *La Guerra Moderna y la Organización Internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- García Belaunde, Domingo: “Perfil del Parlamento Peruano”, en AA.VV.: *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1986.
- García Belaunde, Domingo: *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, Temas de Derecho Público, N° 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1990.
- García Belaunde, Domingo: “El Sistema Constitucional Peruano”, en García Belaunde, Domingo, Fernández Segado Francisco y Hernández Valle, Rubén (Coordinadores): *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1992.



- García Belaunde, Domingo: *Esquema de la Constitución Peruana*, Ediciones Justo Valenzuela, E.I.R.L., Lima, 1992.
- García Belaunde, Domingo y Planas Silva, Pedro: *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*, Seglusa Editores, Lima, 1993.
- García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, WG Editores, edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1993. Hay 2ª. edición revisada, corregida y aumentada, 2 ts., Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006.
- García Belaunde, Domingo (Coordinador): *La Jurisdicción Militar en debate*, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, N° 7, Lima, 2008. Antecede Presentación de Luis Cervantes Liñán y Epílogo de José F. Palomino Manchego.
- García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- García-Gallo, Alfonso: “Los orígenes de las «Partidas»”, en el libro *VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1963.
- García-Gallo, Alfonso: *Los libros de leyes del Rey Alfonso X el Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1984.
- García Kohly, Mario: *Ley Penal Militar de 27 de enero de 1909*, Imp. y Librería “La Moderna Poesía”, La Habana, 1909.
- García Martínez de Murguía, Prudencio: *El drama de la autonomía militar*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1995. Antecede Prólogo de Ernesto Sábato.
- García-Pelayo, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, 6ª. edición, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1961.
- García-Sayán Larrabure, Diego (Editor): *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987.
- García-Sayán Larrabure, Diego: *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1998.
- Gastón, Alfredo: *Compilación de las Vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870, por los Doctores D. José Gregorio Paz-Soldán y D. Manuel Toribio Ureta. Contiene las vistas expedidas en ambas materias por el Doctor Manuel Toribio Ureta*, t. II, Imprenta del Estado, Lima, 1875.
- Gil García, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1999. Antecede Prólogo de Alejandro Ruiz-Huerta Carbonell.

- Gil Villanueva, Jacobo: *Apuntes sobre el Fuero Juzgo*, Establecimiento Tipográfico de José M. Paredes, Santiago de Compostela, 1874.
- Girard, René: *Clausewitz en los extremos. Política, guerra y apocalipsis*, traducido del francés por Luciano Padilla López, Katz editores, Buenos Aires, 2010.
- Gómez Rivas, León: “Los primeros años del Emperador. Cartas del príncipe Carlos al conde de Oropesa”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000.
- González Manrique, Luis Esteban: *La encrucijada peruana: de Alan García a Fujimori*, vol. II, CEDAL, Madrid, 1993.
- González Ojeda, Magdiel: *La excepcionalidad en la Constitución. Los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana*, L.F. Lann Editorial, Lima, 1991. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde.
- González Cremona, Juan Manuel: *Carlos V, señor de dos mundos*, 2ª. edición, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 1990.
- González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, en AA.VV.: *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español. El Libro conmemorativo del X Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos*, Burgos, 1996.
- González Díez, Emiliano: “Una ordenación jurídica del Ejército Real: Las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1999.
- González Jiménez, Manuel: *Alfonso X el Sabio*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2004.
- González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La jurisdicción penal-militar española en las edades antigua y media”, en AA.VV.: *Escritos en Homenaje al Profesor Prieto-Castro*, t. I, Editora Nacional, Madrid, 1979.
- Grados, Manuel Jesús: “El PCP Sendero Luminoso: Aproximaciones a una ideología”, en Vento García, Raúl: *Juicio a Abimael. Sendero, Ideología y Realidad*, Agenda 2000 Editorial, Lima, 1993.
- Guimarães Teixeira Rocha, Maria Elizabeth y Costa Ribeiro Bastos, Romeu: “Uma visão das relações entre civis e militares”, en Guimarães Teixeira Rocha, Maria Elizabeth y Callado Fadul Petersen, Zilah Maria (Coordinadoras): *Coleção de Estudos Jurídicos. Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*, Superior Tribunal Militar, Brasília, D.F., 2008.
- Guizot, François Pierre Guillaume: *De la pena de muerte en materia política y De las conspiraciones y de la justicia política*, Editorial Cruz del Sur, Santiago de Chile, MCMXLIII.



- Harnes-Jenkins, Gwyn y Moskos Jr., Charles C.: *Las fuerzas armadas y la sociedad*, versión española de Manuel Gordo Gracia, revisión de Pablo Nosti Vallespín, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1984. Antecede Introducción de Miguel Alonso Baquer.
- Hassemer, Winfried: “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias de su tiempo”, en Eser, Albin, Hassemer, Winfried, Burkhardt Björn (Coordinadores de la versión alemana) y Muñoz Conde, Francisco (Coordinador de la versión española): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Antecede Prólogo a la edición española de Francisco Muñoz Conde.
- Heller, Claude (Compilador): *El Ejército como agente de cambio social*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1980.
- Higuera Guimerá, Juan-Felipe: *La previsión constitucional de la pena de muerte (Comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978)*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1980. Antecede Prólogo de José Cezezo Mir.
- Higuera Guimerá, Juan-Felipe: “Clases y duración de las penas, y penas accesorias en el Código Penal Militar (Artículos 24 a 28)”, en Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988.
- Higuera Guimerá, Juan-Felipe: *Curso de Derecho Penal Militar Español (Parte general)*, t. I, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1990.
- Hinojosa, Eduardo de: *Historia General del Derecho español*, t. I, Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1857.
- Homo, León: *La Italia primitiva y los comienzos del imperialismo romano*, traducción del francés por Luis Pericot García, Editorial Cervantes, Barcelona, MCMXXVI. Antecede Prefacio de Henri Berr con el título “El «milagro» romano”.
- Huntington, Samuel P.: *El soldado y el Estado. Teoría y política de las relaciones cívico-militares*, traducción del inglés de Cristina Piña, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1995.
- Hurtado Pozo, José: *La Ley importada. Recepción del Derecho Penal Peruano*, CEDYS, Lima, 1979.
- Informe de Americas Watch. Tolerancia frente a los abusos. Violaciones a los derechos humanos en el Perú*, Serie: Informes sobre Derechos Humanos, N° 4, Americas Watch-Comisión Andina de Juristas, New York, NY, Octubre, 1988.
- Instituto de Defensa Legal: *Perú 1989 en la espiral de violencia*, IDL, Lima, 1990.

- Instituto Democracia y Socialismo: *Perú 1990. Encrucijada entre los senderos de muerte y los caminos de paz*, Lima, 1990.
- Instituto de Defensa Legal (*et al.*): *Manual del sistema peruano de justicia*, 2ª. edición, Ali Arte Gráfico Publicaciones SRL, Lima, 2003.
- Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú: *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, Editorial Atenea EIRL, Lima, 2006. Antecede Presentación de Salomón Lerner Febres y Javier Ciurlizza Contreras.
- Javaloy, Joaquín: *El origen judío de las monarquías europeas. El mayor secreto de la Historia*, 3ª. edición, Editorial EDAF, S.A., Madrid, 2005.
- Jellinek, Georg: *Teoría General del Estado*, traducción de la 2ª. edición alemana y Prólogo de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981.
- Jimena Quesada, Luis: *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Antecede Prólogo de José Díaz Delgado.
- Jiménez Villarejo, José: *Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 1991.
- Jiménez Villarejo, José: “La Jurisdicción Militar”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, t. I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995. Antecede Presentación de Julián García Vargas y Prólogo de Pascual Sala Sánchez.
- Jiménez y Jiménez, Francisco: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987.
- Jochamowitz, Luis: *Ciudadano Fujimori. La construcción de un político*, Editorial Peisa, Lima, 1993.
- Kaplan C., Oscar: voz “Fuero Militar”, en *Diccionario Militar*, Talleres Gráficos Buschi, SRL, Buenos Aires, 1944.
- Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, 5ª. edición, traducción de la 2ª. edición en alemán por Roberto J. Vernengo, UNAM, México, D.F., 1986.
- Kisch, W.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, traducción de la 4ª. edición alemana y adiciones de Derecho Español por Leonel Prieto-Castro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.
- Klepak, Harold: “La educación militar en tiempo de transición democrática”, en Obando, Enrique (Editor): *La gestión de la seguridad en tiempos de transición militar*, Instituto de Estudios Políticos y Estratégicos, Lima, 2002.
- Kunz, Josef L.: *La problemática actual de las leyes de la guerra*, Cuadernos de la Cátedra «Dr. James Brown Scott» de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1955. Antecede Prólogo de Alejandro Herrero.

- Lafuente Balle, José María: *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987. Antecede Prólogo de Oscar Alzaga Villaamil.
- Lafuente Balle, José María: “Artículo 62 (apartados f-j). Atribuciones del Rey”, en Alzaga, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. V (artículos 56 a 65), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.
- Lama, Miguel Antonio de la: *Texto de Derecho Judicial (Derecho Orgánico)*, 3ª edición, t. I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1902.
- Lanatta, Rómulo E.: *Curso de Justicia Militar (Primera parte)*, Imprenta de la Guardia Civil, Lima, 1935.
- Landi, Guido, Veutro, Vittorio, Stellacci, Piero y Verri, Pietro: *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1976.
- Lascano, David: *Jurisdicción y competencia*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1941.
- Las Constituciones Españolas. La Constitución de 1812*, t. II, Iustel, Madrid, 2008. Antecede Estudio Preliminar de Miguel Artola y selección de textos a cargo de Rafael Flaquer Montequi.
- Lastres Lens, Alejandro: “La tutela jurisdiccional en el ámbito castrense”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985. Antecede Presentación y edición a cargo de Luis Prieto Sanchis y Carlos Bruquetas Galán.
- Ley de Enjuiciamiento Militar con formularios completos. Concordancias y notas*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1886. Con un Prólogo por el Excmo. Sr. D. Hidalgo Igon.
- Lewis, D.B. Wyndham: *Carlos de Europa. Emperador de Occidente*, 2ª edición, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires, 1939.
- Lindsay, G. M.: *La guerra en los frentes civil y militar*, traducción del inglés de O. Durán d’Ocon, Ediciones Minerva, México, D.F., 1945.
- Lynch, John: *Monarquía e Imperio: El Reinado de Carlos V*, El País, S.L., Madrid, 2007.
- Londoño, Sancho de: *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo Estado*, Blass, S.A., Tipográfica, Madrid, 1943. Edición facsimilar de la publicada en Bruselas en 1589.
- López Garrido, Diego: *Terrorismo, política y derecho. Legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1987.

- López y Novella, Julián, *Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-militares*, 5ª. edición, Establecimiento Tipográfico de R. Labajos, Madrid, 1888.
- López Ramón, Fernando: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Antecede Prólogo Eduardo García de Enterría.
- Lorca Navarrete, Antonio M.ª: *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990.
- Lovatón Palacios, David: *Jurisdicción Militar. Una cuestión de principios*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1998.
- Lovatón Palacios, David: *Tribunal Constitucional y reforma de la Justicia Militar*, Palestra Editores, S.A.C., Lima, 2007. Antecede Prólogo de Samuel B. Abad Yupanqui.
- Lozada, Salvador María: *Las fuerzas armadas en la política hispanoamericana*, Editorial Columbia, Buenos Aires, 1967.
- Manzini, Vincenzo: *Commento al Codici Penali Militari per L'Esercito e per la Marina (Diritto Penale)*, Fratelli Bocca Editori, Milano, Torino, Roma, 1916.
- Manzini, Vincenzo: *Commento al Codici Penali Militari per L'Esercito e per la Marina (Procedura Penale)*, Fratelli Bocca Editori, Milano, Torino, Roma, 1916.
- McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2ª. edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1982.
- Maggiore, Renato: voz “Giurisdizione penale militare”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIX, Giuffrè Editore, Milano, 1970.
- Manzaneque y Montes, Fausto: *Derecho Procesal Militar. Guía Práctica de los Funcionarios Judiciales del Ejército*, Tip. La Equitativa, Málaga, 1902.
- Maquiavelo, Nicolás: “El arte de la guerra”, en *Obras Políticas*, 2ª. edición, Librería “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1957.
- Marañón, José Luis y Marañón, Jesús: *Leyes penales de España conforme a los textos oficiales*, novísima edición refundida, corregida y considerablemente aumentada, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1923.
- Martín Arrúe, Francisco: *Curso de Historia Militar*, 5ª. edición, Imprenta, Librería y Encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1907.
- Martín Rubio, María del Carmen: *Carlos V. Emperador de las Islas y Tierra firme del Mar Océano*, Ediciones Atlas, Madrid, 1987. Antecede Prólogo de Horacio Villanueva Urteaga.
- Martínez de la Vega y Zegri, Juan: *Derecho Militar en la Edad Media (España-Fueros Municipales)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII.

- Martínez de la Vega y Zegri, Juan: *Legislación militar de España en la Edad Media (Ensayo histórico)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII. Memoria en el ejercicio del grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Central.
- Martínez Martí, Mateo: “Controversias entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria en la segunda mitad del siglo XVIII”, en AA.VV.: *Estudios del Departamento de Historia Moderna*, Facultad de Filosofía y Letras, Zaragoza, 1974.
- Martínez Muñoz, Ildefonso M.: *Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.
- Martínez Sospedra, Manuel: *La Constitución española de 1812 (El constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Tip. Pascual Ibáñez, Valencia, 1978. Antecede Prólogo de Diego Sevilla Andrés.
- Martínez Teixidó, Antonio (Dirección), Romero Serrano, José y Calvo Albergo, José Luis (Con la colaboración de): *Enciclopedia del Arte de la Guerra*, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2001.
- Martins De Carvalho, Francisco Augusto: *Diccionario Bibliographico Militar Portuguez*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1891.
- Masterson, Daniel: *Fuerza Armada y Sociedad en el Perú moderno: Un estudio sobre relaciones civiles militares. 1930-2000*, traducción del inglés de Jorge Ortiz Sotelo y Nancy Clarke Soldevilla, Instituto de Estudios Políticos y Estratégicos, Lima, 2001.
- Maureci, Philip: *Militares: insurgencia y democratización en el Perú, 1980-1988*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1989.
- Meini Méndez, Iván: “Reforma del Código de Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.
- Melchor y Lamanette, Federico: *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877.
- Mendoza Fernández, F. Javier de: “Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. El artículo 49.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar”, en AA.VV.: *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones Penales y Procesales Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- Mendoza Troconis, José Rafael: *Curso de Derecho Penal Militar Venezolano*, t. I, Empresa El Cojo, C.A., Caracas, 1976.



- Mercado G., Roberto y Soria Galvarro C., Carlos: voz “Fuero Militar”, en *Diccionario Militar*, Editorial Renacimiento, La Paz, 1948.
- Ministerio de Guerra: *Las guerrillas en el Perú y su represión*, Imprenta Leoncio Prado, Lima, 1966.
- Millán Garrido, Antonio: *El delito de deserción militar*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983. Antecede Prólogo de Miguel Polaino Navarrete.
- Millán Garrido, Antonio, Rey González, Carlos, García San Pedro, José, Blay Villasante, Francisco, Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, Gómez Calero, Juan y Morales Villanueva, Antonio: “Comentarios a la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal”, en Bajo Fernández, Miguel (Coordinador): *Comentarios a la Legislación Penal. Reforma Penal y Procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismos y rebelión*, t. XI, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.
- Millán Garrido, Antonio: “La nueva legislación orgánico-procesal militar española: algunas consideraciones introductorias”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, t. I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995. Antecede Presentación de Julián García Vargas y Prólogo de Pascual Sala Sánchez.
- Millán Garrido, Antonio: *Código Penal Militar y Legislación complementaria*, 5ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995. Hay 8ª edición con el título *Justicia Militar*, Editorial Ariel, Barcelona, 2010. Al final, incluye una Bibliografía especializada.
- Millán Garrido, Antonio: *Código de Leyes Militares*, Editorial Avanzada, S.A., Madrid, 2008.
- Millán Garrido, Antonio: Reseña bibliográfica al libro de García Belaunde, Domingo (Coordinador): *La Jurisdicción Militar en debate*, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, N° 7, Lima, 2008. Antecede Presentación de Luis Cervantes Liñán y Epílogo de José F. Palomino Manchego, publicada en la Revista Española de Derecho Militar, N° 91, Enero-Junio, Madrid, 2008.
- Ministerio de Justicia: *Informe final de la Comisión de estudio y revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1993. Restituyendo el Estado de Derecho*, Ministerio de Justicia, Lima, 2001. Publicado también en la Revista Peruana de Derecho Público, Año 1, N° 2, Lima, 2001.
- Mixán Mass, Florencio: *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1982.
- Montgomery de Alamein, Mariscal, *Historia del arte de la guerra*, traducción del inglés de Juan García-Puente, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1968.

- Mommsen, Teodoro: *Compendio del Derecho Público Romano*, traducción del alemán por Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, s/f.
- Monsante Rubio, Hernán: *Nociones del Código de Justicia Militar*, Imp. de la Escuela Militar de Chorrillos, Lima, 1944.
- Montano Ferrin, Enma y Sánchez-Arcilla, José: *Historia del Derecho y de las Instituciones*, vol. II, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1991.
- Montañá Jou, Daniel: *Historia de la Infantería*, I.G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona, 1943.
- Montañá Jou, Daniel: *Los Tercios de Flandes*, I. G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona 1944.
- Montero Aroca, Juan: *Introducción al Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, 2ª. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1979.
- Monteforte Toledo, Mario: *La solución militar a la peruana. 1968-1970*, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1973.
- Montejo y Burguero, Luis: *La reforma del Código Penal de la Marina de Guerra*, Establecimientos Cerón, Cádiz, 1938. Antecedes Prólogos de Eloy Escobar y de la Riva y Federico Castejón y Martínez de Arizola.
- Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2003.
- Moreau, Alfred y Dejongh, Charles: *Commentaire du Code Pénal Militaire*, Ferdinand Larcier Libraire-Éditeur y Arthur Rousseau Libraire-Éditeur, Bruxelles-París, 1880.
- Morote, Herbert: *El militarismo en el Perú (Un mal comienzo 1821-1827)*, Jaime Campodónico/Editor, Lima, 2003.
- Muñiz y Terrones, José: voz “Fuero de Guerra o Fuero Militar”, en *Diccionario de Legislación Militar*, 2ª. edición modificada y aumentada, Tipografía y Litografía de Olea, Cádiz, 1885.
- Muñiz y Terrones, José: *Concepto del mando y deber de la obediencia (Cartas á Alfonso XIII) Estudio bibliográfico-histórico-filosófico-jurídico-militar*, 2 ts., 2ª. edición, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, Madrid, 1893. Antecede Prólogo de José Canalejas y Méndez.
- Nahon, Jean-Pierre: “La pena de muerte aplicada a los terroristas”, en Cario, Robert (Compilador): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio (Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.
- Nani, Alberto: *Diritto Penale Militare*, Parte Generale, vol. I, Tipografia della Pace Di F. Cuggiani, Roma, 1887.



- Novísimo Tratado de Derecho Militar*, t. I, Tipografía de Diego Pacheco Latorre, Madrid, 1886. Preparación y edición a cargo de la redacción de “La Correspondencia Militar”.
- Nugent L. Ch., Ricardo: *Programa analítico de Derecho Penal Privativo*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961.
- Nunziata, Massimo: *Corso di Diritto Penale Militare*, Jovene Editore, Napoli, 2004.
- Nuñez de Prado, José: *Código Penal Militar y Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra*, precedido de una introducción del Excmo. Sr. D. Hilario Igon y de un Estudio sobre Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Nuñez de Prado, seguido del Libro II del Código Penal Común, Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1884.
- O’Donell, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª. edición, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.
- Oehling, Hermann: *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. Antecede Prólogo de Luis Sánchez Agesta.
- Olivo, Juan F.: *Constituciones políticas del Perú (1821-1919)*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1922.
- Oré Guardia, Arsenio: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativa, Lima, 1993.
- Organización administrativa de varios ejércitos de Europa comparada con la de España. Memoria escrita en virtud de orden del Director General de Administración Militar por una Comisión de dicho cuerpo y publicada con autorización del Gobierno*, Imprenta de la Administración Militar, Madrid, 1870.
- Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*, Editorial Temis, S.A., Universidad Nacional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- Ortecho Villena, Víctor Julio: *Derechos y Garantías Constitucionales*, 2ª. edición, Marsol Perú Editores, S.A., Trujillo, 1990. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde, que lleva por título: “Sobre el movimiento constitucional peruano”.
- Ossorio, Ángel: *La justicia poder (Conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en los días 24, 25, 26 y 28 de enero y 1º de febrero de 1927)*, Editorial Pueyo S.L., Madrid, 1927.
- Otto Pardo, Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª. reimpresión, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1991.
- Oviedo V., Carlos: *Prensa y Subversión*, Mass Comunicación Editores, Lima, 1989.

- Pachas Palacios, Eduardo Remi: *Jurisdicción y Competencia del fuero privativo militar peruano en las constituciones de 1979-1993*, Impresiones Cronos Color E.I.R.L., Lima, 2005. Antecede Prólogo de Félix Ernesto Salazar Huapalla.
- Pacheco y Yanguas, Antonio: *Antimilitarismo*, Imprenta y Papelería de L. Corral, Madrid, 1910.
- Peñarrubia Iza, Joaquín María: *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Antecede Prólogo de Luis Cosculluela Montaner.
- Pareja Paz-Soldán, José: *Las constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954. Antecede Prólogo de Manuel Fraga Iribarne.
- Pareja Paz-Soldán, José: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, 3ª. edición, Justo Valenzuela V. Editor, Lima, 1984. Antecede nota y revisión técnica a cargo de Domingo García Belaunde.
- Pareja Pflucker, Piedad: *Terrorismo y sindicalismo en Ayacucho (1980)*, Empresa Editora Ital Perú S.A., Lima, 1981.
- Pastor Ridruejo, José Antonio: “El Derecho actual de la guerra y sus perspectivas”, en AA.VV.: *Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra*, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1961.
- Pease García, Henry: *La autocracia fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo de Cultura Económica, Lima, 2003.
- Pease García, Henry: *La oposición democrática al fujimorato: Valentín Paniagua en su momento culminante*, Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- Peña Cabrera, Raúl (en colaboración con Bojorquez Padilla, Uldarico): *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L., Lima, 1994. Antecede Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba.
- Pérez, Luis Carlos: *La guerrilla ante los jueces militares*, Editorial Temis, Bogotá, 1987.
- Pérez-León Acevedo, Juan Pablo: *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2008. Antecede Prólogo de Diego Rodríguez-Pinzón y Presentación de Elizabeth Salmón Gárate.
- Pérez Martín, Antonio: “Ordenanzas Militares de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000.

- Pérez Minguez, Fidel: *Psicología de Felipe II* (Conferencias dadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial Voluntad, Madrid, MCMXXV.
- Pérez Royo, Javier: *Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1985.
- Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª. edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.
- Pérez Samper, María de los Ángeles: *La vida y la época de Carlos III*, Editorial Planeta, S.A., Madrid, 1998.
- Pérez y Pérez, Francisco: *Tratado Teórico-Práctico de Juzgados Militares fundado en la Ordenanza General del Ejército y Órdenes posteriores, y extractado de la obra de Don Félix Colón*, Imprenta y Librería de Severiano López Fando, Toledo, 1860.
- Picatoste, Felipe: *Estudios sobre la grandeza y decadencia de España. Los españoles en Italia*, t. II, Imprenta de la Viuda de Hernando y C.ª, Madrid, 1887.
- Pina, Rolando E.: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1973.
- Pio, Oscar: *Elementi di Diritto Penale Militare per uso degli ufficiali dell' esercito*, Parte generale, Tipografía Giachetti, Figlio E C., Prato, 1884.
- Piquer y Martín-Cortés, Rafael de: *Los Tribunales de Guerra. Su organización, atribuciones y procedimiento con arreglo a las modificaciones del Código de Justicia Militar establecidas por el R. D. de 19 de marzo de 1919*, 2ª. edición, Casa Editorial Zarzalejos, Madrid, 1919.
- Plaza Ortiz, Juan: *Manual del Juez Militar*, 2ª. edición corregida y aumentada, Imprenta y Encuadernación del Colegio de María Cristina, Toledo, 1924. Antecede Prólogo de Luis de Alba.
- Poch Noguer, José: *Carlos V. Emperador de Occidente y señor de dos mundos*, Editorial Juventud, S.A., Barcelona, 1941.
- Pradier-Fodéré, M.P. y M. Le Faure, Amédée: *Commentaire sur le Code de Justice Militaire, précédé d'une Introduction Historique*, Librairie Militaire de J. Du-maine, Paris, 1873.
- Prado, Luiz Regis: *Bien jurídico-penal y Constitución*, traducción del portugués de Luis Enrique Alvarez Aranda, ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2010. Antecede Prólogo de Carlos María Romeo Casabona.
- Prado Saldarriaga, Víctor: *Derecho y Política Criminal. Política de la dictadura y democracia en el Perú*, Eddili, Lima, 1990.

- Quiroga León, Aníbal: “Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia”, en Eguiguren Praeli, Francisco (Director): *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1987.
- Qunitas Magioli, Renaldo: “Uma justiça especializada, muito especial”, en Guimarães Teixeira Rocha, Maria Elizabeth y Callado Fadul Petersen, Zilah Maria (Coordenadoras): *Coletânea de Estudos Jurídicos. Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*, Superior Tribunal Militar, Brasília, D.F., 2008.
- Ramírez Prado, Fidel: *Relaciones civil-militares y democracia*, Editorial Alas Peruanas, Lima, 2001.
- Ramos Alonso, José: *Historia Política del Ejército Español*, Editora Nacional San Agustín, Madrid, 1974.
- Ramos Espinoza, Juan Pablo (et al.): *Derecho Penal y Procesal Militar*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.
- Ranke, Leopold von: *La monarquía española de los siglos XVI y XVII*, traducción del alemán a cargo de Manuel Pedroso, Editorial Leyenda, S.A., México, D.F., 1946.
- Ranke, Leopold von: *Grandes figuras de la historia. Una antología*, 2ª. edición, traducción del alemán y Prólogo de Wenceslao Roces, Editorial Grijalbo, S.A., México, D.F., 1958.
- Revenga, Miguel: *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2010. Estudio Preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego y Epílogo de Domingo García Belaunde.
- Revilla Montoya, Pablo César: *Temas controvertidos del Derecho Internacional y las relaciones internacionales*, Grupo Time, Lima, 2011.
- Riaño Lozano, Fernando: *Los medios navales de Alejandro Farnesio (1587-1588)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999.
- Riondato, Silvio: *Diritto Penale Militare*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2008.
- Risso Domínguez, Carlos: *La Justicia Militar*, t. I, Imprenta Ferrari Hnos., Buenos Aires, 1939.
- Riva-Agüero y Osma, José de la: *Obras completas (Escritos políticos)*, t. XI, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1975. Antecede Prólogo de Carlos Rodríguez Pastor.

- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, EDEVAL, Valparaíso, 1969.
- Robertson, William: Historia del Reinado del Emperador Carlos V, precedida de una descripción de los progresos de la sociedad en Europa desde la ruina del Imperio Romano hasta principios del siglo XVI, traducida del inglés al español por Félix Ramón Alvarado y Velaustegui, edición corregida, Imprenta de Julián Arranz, Madrid, 1846-1847.
- Rodríguez Devesa, José María: “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”, en AA.VV.: *Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra*, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1961.
- Rodríguez Hernández, Antonio José: “La contribución militar del Reino de Granada durante la segunda mitad del siglo XVII: La formación de tercios de Granada”, en Jiménez Estrella, Antonio y Andújar Castillo, Francisco (Editores): *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el ejército de la monarquía hispánica (S. XVI-XVII): Nuevas perspectivas*, Editorial Comares, Granada, 2007.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo: “Artículo 15: derecho a la vida”, en Alzaga, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- Rodríguez Ramos, Luis: “Fundamentos del orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático”, en AA.VV.: *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985. Antecede Presentación y edición a cargo de Luis Prieto Sanchis y Carlos Bruquetas Galán.
- Rojas Caro, José: *Derecho Disciplinario Militar*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990.
- Rojas Caro, José: *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1991. Antecede Prólogo de Mariano Monzón y de Aragón.
- Rojas Caro, José: “Las órdenes que pueden ser desobedecidas”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- Romero de Terreros, Manuel: *Los retratos de Hernán Cortés. Estudio iconográfico*, Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, D.F., 1944.
- Roucek, Joseph S.: “La Sociología de la Guerra y de la Organización Internacional”, en Revista Mexicana de Sociología, Año XX, Vol. XX, N° 1, Enero-Abril, México, D.F., 1958.
- Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Público profundizado*, traducción del francés de Delia García Daireaux y supervisión de José María Álvarez de Toledo, La Ley S.A., Editora e Impresora, Buenos Aires, 1966.



- Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Público*, 3ª. edición aumentada y corregida, de la versión castellana, con notas bibliografía adicionales de Fernando Giménez Artigues, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1966. Anteceden Palabras Liminares de José M<sup>a</sup>. Trias de Bes.
- Roxin, Claus: “La Ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro”, en Eser, Albin, Hassemer, Winfried, Burkhardt Björn (Coordinadores de la versión alemana) y Muñoz Conde, Francisco (Coordinador de la versión española): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Antecede Prólogo a la edición española de Francisco Muñoz Conde.
- Rubio, Julián M.<sup>a</sup>: *Alejandro Farnesio. Príncipe de Parma*, Ediciones Luz, Zaragoza, 1939.
- Rubio Correa, Marcial: “Las fuerzas armadas en la estructura política peruana”, en Varas, Augusto (Coordinador): *La Autonomía Militar en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1988.
- Rubio Correa, Marcial: “Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú. 1979-1988”, en AA.VV.: *La Constitución diez años después*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989. Antecede Presentación de Harald Klein.
- Rueda Soto, Marco Antonio: *Fuerzas militares y delito*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.-Ediciones Ethos Ltda., Santa Fe de Bogotá, D.C., 2001. Antecede Prólogo de Jorge Alonso Flechas Díaz.
- Ruiz Eldredge, Alberto: *La Constitución comentada de 1979*, Editora Atlántida, S. A., Lima, 1979.
- Ruiz Funes, Mariano: *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.
- Ruiz Ruiz, Gregorio: *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia-Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991. Antecede Prólogo de Eliseo Aja.
- Ruiz Vadillo, Enrique: “Artículo 117. El Poder Judicial”, en Alzaga Villaamil, Oscar: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IX, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998.
- Sáenz Dávalos, Luis: “Jurisdicción común vs. jurisdicción militar (Reflexiones sobre la controversia funcional)”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, vol. 5, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.
- Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, vol. 4, 4ª. edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2008.

- Sagüés, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, 2ª. edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Sáinz de la Maza, Joaquín: *Apuntes sobre la Organización Militar de España y algunos ejércitos extranjeros escritos para la Academia General Militar*, 7ª. edición corregida y aumentada, Imprenta, Librería y Encuadernación de Menor Hermanos, Toledo, 1892.
- Salas Larrazábal, Ramón: voz “Ordenanzas Militares”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. V, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1991.
- Salas Larrazábal, Ramón: “Ejército y Marina”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, 2ª. reimpresión, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2007.
- Salas López, Fernando de: *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Editorial MAPFRE, S.A., Madrid, 1992.
- Salas Villalobos, Sergio: “Planeamiento estratégico para la Reforma de la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.
- Salcedo y Ruiz, Ángel: *Evolución del Derecho Militar en las naciones modernas. Conferencias dadas en el Centro del Ejército y de la Armada, durante el curso de 1902-903*, Imprenta de la Revista Técnica de Inf.<sup>a</sup> y Cab.<sup>a</sup>, Madrid, 1910.
- Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, Tipografía del Sagrado Corazón, Madrid, 1913. También publicado en *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, t. X, Mayo 1912-Mayo 1914, Madrid, 1916. Hay separatas en circulación.
- Salcedo, José María: *Tsunami Presidente: Conversación privada con el Presidente, la madrugada de su elección*, Arte y Comunicación, S.A., Lima, 1990.
- Sánchez Viamonte, Carlos: *El constitucionalismo y sus problemas*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1957.
- Sánchez Viamonte, Carlos: *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- Sánchez Viamonte, Carlos: *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957. Antecede Prólogo de Emilio Frugoni.
- San Martino de Dromi, Laura: *Constitución Indiana de Carlos III*, Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1999.



- Sardina Páramo, Juan Antonio: *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1979.
- Saucedo López, Antonio: *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2002.
- Schiappa Pietra, Oscar: “Reflexiones sobre la guerra y los delitos de función dentro del régimen constitucional peruano”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, vol. 6, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.
- Schmitt, Carl: *La dictadura (Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria)*, traducido del alemán por José Díaz García, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985.
- Schroeder, Francisco Arturo: *Concepto y contenido del Derecho Militar. Sustantividad del Derecho Penal Castrense y sus diferencias con el Derecho Criminal Común*, Editorial Stylo, México, D.F., MCLXV.
- Schünemann, Bernd: “Función y límites de la ciencia jurídico penal en el siglo XXI”, en Armaza Galdos, Julio (Director): *El penalista de la América Austral. Ofrenda académica al Prof. E.R. Zaffaroni*, Editorial Pangea E.I.R.L., Arequipa, 2010.
- Shils, Edward (et al.): *Los militares y los países en desarrollo*, traducido del inglés por Venancio Carullo, Editorial Pleamar, Buenos Aires, 1967. Antecedentes Prólogo de Venancio Carullo y Prefacio de Hans Speier.
- Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª. edición ampliada, Editorial EDISOFER S.L. - Euros Editores S.R.L.- B de F Ltda., Buenos Aires, 2011. Se incluyen las reseñas de Bernhard Kretschmer, Thomas Vormbaum, Ángel J. Sanz Morán, Alex van Weezel de la Cruz, Patricia Laurenzo Copeello, Günther Jakobs y Vincenzo Militello.
- Soisson, Jean-Pierre: *Carlos V.*, traducción del francés de Jorge Salvetti, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2005.
- Strong, Simón: *Sendero Luminoso. El movimiento subversivo más letal del mundo*, Perú Reporting, Lima, 1992.
- Sucato, Gaetano: *Istituzioni di Diritto Penale Militare (Secondo i Codici Penali Militari del 1941-XIX)*, vol. I, Stamperia Reale di Roma, Roma, 1941-XIX.
- Sueiro, Carlos Christian: “El terrorismo y sus dos discursos jurídicos de Derecho Penal del Enemigo al autor por convicción”, en su libro: *La política criminal de la posmodernidad. La contienda en los albores del S. XXI entre dos modelos político-criminales*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2010. Antecede Presentación de James Reátegui Sánchez.

- Tábara Carbajo, Zacarías: *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso-disciplinaria Militar*, Nueva Alcarria, S.A., Guadalajara (España), 2000. Antecede Prólogo de Jesús Alique López.
- Tauro del Pino, Alberto: *Enciclopedia Ilustrada del Perú*, 3ª. edición, ts. 3, 7 y 14, Peisa, Lima, 2001.
- Téllez Zamudio, Ingrid: voces “Fuero Militar” y “Justicia Penal Militar”, en *Diccionario Jurídico Militar*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 2003.
- Thomas Walsh, William: *Felipe II*, traducción del inglés por Belén Marañón Moya, Editorial Diana, S.A., México, D.F., 1948.
- Trápaga y Aguado, D. Adolfo y Blanco de la Viña, D. Gerardo: *Justicia Militar. Reformas introducidas en su organización y funcionamiento desde el advenimiento de la República*, 2ª. edición, Imprenta del Patronato de Huérfanos de Intendencia e Intervención Militares, Madrid, 1934.
- Trevor-Roper, Hugh: *Principi e artisti. Meccenatismo e ideologia in quattro corti degli Asburgo (1517-1633)*, traducción del inglés de María Luisa Bossi, Giulio Einaudi editore, Torino, 1980.
- Ugarte Del Pino, Juan Vicente: *Historia de las Constituciones del Perú*, Editorial Andina S.A., Lima, 1978.
- Ugaz Heudebert, Juan Diego: *La exigente de obediencia debida en el Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2011.
- Valadés, Diego: *La dictadura constitucional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1974.
- Valdés, Francisco de: *Espejo y disciplina militar*, Ediciones «Atlas», Madrid, 1944. Antecede Prólogo de Joaquín Rodríguez Arzúa.
- Vallés, Camilo: *Estudio sobre organización militar de España*, Establecimientos tipográficos de M. Minuesa, Madrid, 1881.
- Vallecillo, Antonio: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, ilustradas por artículos con las Reales Órdenes especiales hasta la fecha de esta edición*, t. III, Imprenta de los Señores Andrés y Díaz, Madrid, 1852.
- Vallecillo, Antonio: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expedidas en 22 de Octubre de 1768*, Imprenta de D.P. Montero, Madrid, 1861.
- Varas, Augusto: “La intervención civil de las Fuerzas Armadas”, en Frühling, Hugo, Portales, Carlos, Varas, Augusto: *Estado y Fuerzas Armadas*, Taller “El Gráfico”, Santiago de Chile, 1982.

- Varela Suanzes, Joaquín: *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998
- Vassia, Rinaldo: *Lineamenti istituzionali del Nuovo Diritto Penale Militare*, Cedam, Padova, 1943. Con prefazione di Francesco Carnelutti.
- Vegecio Renato, Flavio: *Compendio de técnica militar*, traducción del latín y edición a cargo de David Paniagua Aguilar, Ediciones Cátedra, Madrid, 2006.
- Véjar Vázquez, Octavio: *Autonomía del Derecho Militar*, Editorial Stylo, México, D.F., 1948. Antecede Presentación de Agustín Mercado Alarcón y Prólogo de Emilio Pardo Aspe.
- Vela Jiménez, Manuel: *Alejandro Farnesio. Furia española*, Luis Carlt Editor, Barcelona, 1944.
- Venditti, Rodolfo: *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959.
- Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1853.
- Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los tribunales eclesiásticos de los procedimientos que se siguen en esta clase de negocios*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1853.
- Vicente y Caravantes, José: *Tribunales Militares. Jurisdicciones Gubernativa, Disciplinaria y Administrativa en el Ejército*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1886.
- Vidal, Ana María (Coordinadora): *Los decretos de la guerra. Dos años de políticas antisubversivas y una propuesta de paz*, IDS, Lima 1993.
- Vigny, Alfredo de: *Servidumbre y grandeza militar*, traducción del francés de Nicolás González-Ruiz, Tipográfica Renovación, Madrid, 1921.
- Vigón, Jorge: *Teoría del militarismo*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1955.
- Villamartin, Francisco: “Nociones del Arte Militar”, en su libro *Obras selectas*, Establecimiento Tip. de los Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1883. Seguido con la biografía del autor por Luis Vidart, y un Apéndice a las “Nociones del Arte Militar” por Arturo Cotalero.
- Villanueva, Víctor: *El militarismo en el Perú*, Empresa Gráfica T. Scheuch S.A., Lima, 1962.
- Villanueva, Víctor: *¿Nueva mentalidad militar en el Perú?*, 2ª. edición, Librería Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1969.
- Villanueva, Víctor: *100 años del ejército peruano: frustraciones y cambios*, Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1971.

Villavicencio Terreros, Felipe: “Actividad militar, derechos humanos, Derecho Penal”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.

Vigón, Jorge: *El espíritu militar español. Réplica a Alfredo de Vigny*, 2ª. edición, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1956.

Xifra Heras, Jorge: *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1962.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y Cavallero, Ricardo Juan: *Derecho Penal Militar (Lineamientos de la Parte General)*, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980.

#### D) ARTÍCULOS EN REVISTAS

Abad Yupanqui, Samuel: “Justicia Militar y Hábeas Corpus”, en Antekirtta. Revista Jurídica editada por estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura, Año I, N° 1, Piura, 1999.

Abad Yupanqui, Samuel B.: “Justicia Militar Policial: ¿Reiterado conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Congreso de la República?”, en JuS-Constitucional, N° 4, Abril, Lima, 2008.

Aliaga Castillo, César A.: “Nuevo enfoque del delito de función militar policial”, en Humanitas et militaris, N° 6, Dezembro, Florianópolis (Brasil), 2010.

Alonso Díaz, Gabriel: “Acerca de la organización, competencia y procedimiento de la jurisdicción militar”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 37, Enero-Junio, Madrid, 1979.

Alvites Alvites, Elena Cecilia: “Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares: comentarios a la resolución del conflicto de competencia en el caso La Cantuta”, en Anuario de Derecho Penal, Lima, 2001-2002. Número especial dedicado a la Reforma del Derecho Penal Militar.

Arce y Temes, Álvaro de: “Introducción al estudio de las relaciones entre civiles y militares en Iberoamérica al comienzo del siglo XXI”, en Cuadernos de Estrategia, N° 114, Junio, Madrid, 2001. Número monográfico especial, dedicado a las “Aportaciones a la relación sociedad-fuerzas armadas en Iberoamérica”.

Asencio Mellado, José María: “Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo”, en Anuario de Derecho Penal, Lima, 2001-2002. Número especial dedicado a la Reforma del Derecho Penal Militar.

Barroso, Cristino: “Funciones del servicio militar obligatorio”, en Papeles para la Paz, N° 38, Bilbao, 1990.

- Bastid, Paul: “Dos manuscritos de Benjamín Constant”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 143, Septiembre-Octubre, Madrid, 1965.
- Bejar, Héctor: “Guerrilla, terrorismo: De 1965 a 1982”, en *Debate*, N° 16, Lima, 1982.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: “Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales”, en *Revista Sistema*, N° 42, Mayo, Madrid, 1981.
- Bermúdez de Castro, Luis: “A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XI, N° 124, Mayo, Madrid, 1950.
- Bermúdez de Castro, Luis: “Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XI, N° 131, Diciembre, Madrid, 1950.
- Bernales Ballesteros, Enrique: “La Constitución de 1993 y la Jurisdicción Militar”, en *Themis, Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 31, Lima, 1995.
- Berruezo León, M<sup>a</sup>. Teresa: “La actuación de los militares americanos en las Cortes de Cádiz 1810-1814”, en *Quinto Centenario*, N° 15, Madrid, 1989.
- Bobillo de la Peña, Francisco J.: “Constitución y legislación antiterrorista”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 48, Noviembre-Diciembre, Madrid, 1985.
- Brousset Salas, Ricardo: “El debido proceso, la seguridad ciudadana y la «Jurisdicción Militar» en el Perú”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 56, N° 2, Segundo Semestre, Lima, 1998.
- Busquets Bragulat, Julio: “La Sociología Militar en España”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 158, Marzo-Abril, Madrid, 1968.
- Bustamante Oyague, Emilia: “El juzgamiento de civiles por los tribunales militares: Transgresión del derecho a ser juzgado por un Tribunal competente, independiente e imparcial. El caso Cantoral Benavides”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, N° 15, Mayo, Lima, 2002.
- Calderón Susín, Eduardo: “En torno a los límites constitucionales de la competencia de la Jurisdicción Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, t. I, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989. Número monográfico dedicado a la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar 4/1987.
- Canosa Usera, Raúl: “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, en *Poder Judicial*, 2<sup>a</sup>. época, N° 34, Junio, Madrid, 1994.



- Carmona Tinoco, Jorge Ulises: “La división de poderes y la función jurisdiccional”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Derecho Judicial*, N° 9, Enero-Junio, México, D.F., 2007.
- Carpio Marcos, Edgar: “La cláusula de la pena de muerte en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Violación de la Convención y responsabilidad internacional)”, en *Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica*, Año I, N° 1, Lima, 1996.
- Carruitero Lecca, Francisco: “La reforma de la Justicia Penal Militar en el Perú: Una mirada a los límites a la libertad de configuración penal al legislador y los recientes cuestionamientos al Fuero Militar”, en *JuS-Constitucional*, N° 4, Abril, Lima, 2008.
- Cavallero, Ricardo Juan: “Notas sobre el delito militar”, en *La Ley*, t. 1975-D, Buenos Aires.
- Colombo, Carlos J.: “Sustantividad del Derecho Penal Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 17, Enero-Junio, Madrid, 1964.
- Cossío Díaz, José Ramón, “Fuero militar: sus alcances y limitaciones”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 22, Enero-Junio, México, D.F., 2010.
- Cotino Hueso, Lorenzo: “El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 17, Otoño, Valencia, 1997.
- De Buján, Federico F.: “Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 41, Enero-Junio, Madrid, 1983.
- De Moxo, Salvador: “El Derecho Militar en la España cristiana medieval”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961.
- Del Moral Martín, Victoriano: “Los últimos días del Ejército español en el Perú. Bosquejo histórico y aportaciones documentales”, en *Revista de Historia Militar*, Año XVI, N° 32, Madrid, 1972.
- De Lorenzo Ponce de León, Rodrigo: “Pasado, presente y porvenir del sistema británico de «Courts Martial»”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 85, Enero-Junio, Madrid, 2005.
- De Vergottini, Giuseppe: “La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N° 6, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1982.

- Doig Díaz, Yolanda: “La Justicia Militar a la luz de las garantías de la jurisdicción”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002.
- Donayre Montesinos, Christian: “La Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial: Una Ley emitida a espaldas de la Constitución y del Tribunal Constitucional”, en *JuS-Constitucional*, N° 4, Abril, Lima, 2008.
- Eguiguren Praeli, Francisco y Azabache Caracciolo, César: “Análisis de la constitucionalidad de la Ley 26291 y de la decisión judicial que remitió el juzgamiento del caso «La Cantuta» al fuero militar”, en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, N° 40, Marzo, Lima, 1994.
- Erman, Sahir: “Evolución actual de las jurisdicciones militares”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 35, Enero-Junio, Madrid, 1978.
- Eto Cruz, Gerardo: “El régimen constitucional de la justicia militar en el Perú”, en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago Compostela*, vol. 5, N° 2, Santiago Compostela, 1996.
- Fairén Guillén, Víctor: “Notas sobre jurisdicciones especiales (Tribunal de Orden Público y Jurisdicción castrense)”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 1, Enero-Marzo, Madrid, 1971.
- Fernández Segado, Francisco: “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 35, Septiembre-Octubre, Madrid, 1983.
- Fernández Segado, Francisco: “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Político*, N°s. 18-19, Verano-Otoño, Madrid, 1983.
- Fernández Segado, Francisco: “La reforma en el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 9, Mayo-Agosto, Madrid, 1991.
- Fernández Segado, Francisco: “La Jurisdicción Militar en la doctrina constitucional”, en *Revista General de Derecho*, N°s. 562-563, Julio-Agosto, Valencia, 1991.
- Fernández Segado, Francisco: “La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N°s. 56-57, Julio-Diciembre, Enero-Junio, Madrid, 1990-1991.
- Fernández Segado, Francisco: “La Justicia Militar en el Derecho Comparado”, en *Revista General de Derecho*, N°s. 568-569, Enero-Febrero, Valencia, España, 1992.
- Fernández Segado, Francisco: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 67, Enero-Junio, Ma-



- drid, 1996. Con anterioridad se publicó en *Derecho*, PUC, N° 49, Diciembre, Lima, 1995.
- Fernández Segado, Francisco: “La reforma de la regulación vigente sobre el servicio militar obligatorio y su adecuación a los presupuestos de un Estado de Derecho”, en *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*, N° 1, Setiembre, Lima, 1998.
- Fernández Segado, Francisco: “El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 18 de mayo”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 74, Julio-Diciembre, Madrid, 1999.
- Gárate de Córdoba, José M<sup>a</sup>.: “El pensamiento militar en el Código de las Siete Partidas”, en *Revista de Historia Militar*, Año VII, N° 13, Madrid, 1963.
- García Ballester, Pascual: “Jurisdicción Militar y Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 58, Julio-Diciembre, Madrid, 1991.
- García Belaunde, Domingo: “La reforma del Poder Judicial en el Perú”, en *Revista Ius et Veritas*, Universidad Católica, Año IV, N° 7, Lima, 1993.
- García Belaunde, Domingo: “La judicatura en el Proyecto Constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 25, Junio, Lima, 1995.
- García Belaunde, Domingo: “La Jurisdicción Militar en América Latina. La unidad de jurisdicción en algunos países del área”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 13, Octubre-Diciembre, Trujillo, 1997.
- García Belaunde, Domingo: “Bases para la Historia Constitucional del Perú”, en *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 52, Diciembre 1998-Abril 1999, Lima. También, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXIII, Núm. 98, Mayo-Agosto, México, D.F., 2000.
- García Castro, Manuel: “Origen, desarrollo y vicisitudes de la Jurisdicción Eclesiástica Castrense”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. V, N° 14, Mayo-Agosto, Salamanca, MCML.
- García Gallo, Alfonso: “Aportación al estudio de los fueros”, en *Anuario de Derecho Español*, N° 26, Madrid, 1956.
- García-Mercadal, Fernando: “El ejército español en el caso del antiguo régimen (1808-1823). Aspectos legislativos”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXVI-4, Bruxelles, 1987.
- Garzón Valdes, Ernesto: “El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad)”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 65, Julio-Setiembre, Madrid, 1989.

- Grimm, Dieter: “La Constitución como fuente del Derecho”, en Baratta, Alessandro; Grimm, Dieter y Rubio Llorente, Francisco: Anuario de la Facultad de Derecho de Lleida, Barcelona, 1983. Número especial dedicado a las fuentes del Derecho.
- Gómez Calero, Juan: “Un Edicto de Felipe V (Su contenido jurídico-penal)”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 7, Enero-Junio, 1959.
- Gómez Calero, Juan: “Ensayo sobre «Organización y Atribuciones de los Tribunales Militares» después de la Constitución”, en Revista General de Derecho, Año XLI, N° 489, Junio, Valencia (España), 1985.
- Gomes Carneiro, Mário Tiburcio: “Los elementos fundamentales del Derecho Militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961.
- Gómez del Castillo Gómez F., Manuel M.: “La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N°s. 2-3, Madrid, 1975.
- González-Deleito y Domingo, Nicolás: “Régimen jurídico-procesal militar en unidades de composición internacional durante el siglo XVII en España”, en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, t. VII-1, Bruxelles, 1968.
- González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 38, Julio-Diciembre, Madrid, 1979.
- González Fernández, Carlos A.: “La independencia en los Tribunales Militares”, en La Ley, t. 51, Buenos Aires, 1948.
- Gutiérrez Canales, Mario Raúl: “La regulación de los delitos de lesa humanidad y la soberanía constitucional del Estado”, en Gaceta Constitucional, t. 40, Abril, Lima, 2011.
- Gutiérrez Ticse, Gustavo: “Justicia Militar: Una posición en defensa de las competencias del Congreso de la República”, en JuS-Constitucional, N° 4, Abril, Lima, 2008.
- Jiménez Villarejo, José: “Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar”, en Revista Española de Derecho Militar, t. I, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989.
- López Lastra, Julio Emilio: “La «teoría jurídica del delito» en la dogmática penal militar (Su protagonismo en la literatura iuspenalista y en la ley argentina)”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 16, Julio-Diciembre, Madrid, 1963.

- Maravall, José Antonio: “El régimen de Estado moderno y el sistema de fortificación militar en España”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XVIII, Madrid, 1947.
- Maravall, José Antonio: “Ejército y Estado en el Renacimiento”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 117-118, Mayo-Agosto, Madrid, 1961.
- Marina de Guerra: “Justicia Militar: soporte de la justicia nacional”, en *Revista de Marina*, Año 78, N° 2, vol. 374, Mayo-Junio, Lima, 1985.
- Marshall, John: “Leading case *Marbury vs. Madison* (1, Cranch, 137, 1803)”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, N° 3, México, D.F., 1943. Publicado también en Varela Suanzes, Joaquín: *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998. La traducción del inglés fue realizada por Ignacio Fernández Sarasola. Y, en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª. edición, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Martínez Frieria, Joaquín: “Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, N° 141, Octubre, Madrid, 1951.
- Martínez Micó, Juan Gonzalo: “El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXXVIII-1-2-3-4, VII-1, Bruxelles, 1999.
- McAlister, Lyle N.: “El fuero militar en la nueva España (1764-1800)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, Año XV, N° 43, Enero-Abril, México, D.F., 1982.
- Medina Otazu, Augusto: “El control difuso de convencionalidad. A propósito de la sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097”, en *Gaceta Constitucional*, t. 40, Abril, Lima, 2011.
- Meini Méndez, Iván: “Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002. Número especial dedicado a la Reforma del Derecho Penal Militar.
- Meini Méndez, Iván: “Objeciones al Código de Justicia Militar”, en *Legal Express*, Año 3, N° 36, Diciembre, Lima, 2003.
- Mesa Angosto, Carlos Enrique: “La Justicia Militar en el Derecho Comparado: Delito de función en el sistema interamericano de derechos humanos y la organización de la Jurisdicción Militar en América y Europa”, en *Humanitas et militaris*, N° 6, Dezembro, Florianópolis (Brasil), 2010.

- Mesa de Molina, Julio: “La jurisdicción militar española en el siglo XVIII y su Ejército en unidades de composición internacional”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. VII-1, Bruxelles, 1968.
- Millán Garrido, Antonio: “Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes Penales Militares por la Ley Orgánica 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 40 (Número especial), Madrid, 1982.
- Millán Garrido, Antonio: “Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de Julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, t. I, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989.
- Miralles, Jaime: “La jurisdicción militar”, en *Cuadernos para el Diálogo*, N° XVII, Extraordinario, Diciembre, Madrid, 1969.
- Montoya Vivanco, Iván: “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Legislativo N° 1097. Avances e insuficiencias”, en *Gaceta Constitucional*, t. 40, Abril, Lima, 2011.
- Montserrat Alsina, Sebastián: “El Ejército Real y la jurisdicción de guerra: Estado de la justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 21, Enero-Junio, Madrid, 1966.
- Montull Lavilla, Eduardo: “Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición de Derecho Penal común”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N°s. 25-26, Enero-Diciembre, Madrid, 1968.
- Morales Bermúdez, Francisco: “La democracia y las Fuerzas Armadas”, en *Debate*, N° 16, Lima, 1982.
- Morales Saravia, Francisco: “Comentarios sobre la Sentencia de Hábeas Corpus a favor de Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y las consecuencias de su tardío cumplimiento por el Consejo Supremo de Justicia Militar”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 14, Noviembre, Lima, 1999.
- Moreno Casado, José: “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI, Madrid, 1961.
- Muga López, Faustino: “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884 (Notas para la historia de la codificación del Derecho Penal Militar)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 1, Enero-Junio, Madrid, 1956.
- Muntiel, Arturo: “En torno a la nueva Jurisdicción Militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, t. I, N° 53, Enero-Junio, Madrid, 1989.
- Navas Córdova, Juan Antonio: “La Jurisdicción Militar: ¿Jurisdicción ordinaria o especial?”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 70, Julio-Diciembre, Madrid, 1997.

- Nieto, Alejandro: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, N°s. 100-102, Enero-Diciembre, Madrid, 1983.
- Ninaquispe Gil, Karim: “El Tribunal Constitucional y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad: ¿fin de la impunidad?”, en *Gaceta Constitucional*, t. 40, Abril, Lima, 2011.
- Núñez Barbero, Ruperto: “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIV, Madrid, MCMLXXI.
- O’Donnell, Daniel: “Legitimidad de los estados de excepción, a la luz de los instrumentos de derechos humanos”, en *Derecho*, N° 38, Pontificia Universidad Católica del Perú, Diciembre, Lima, 1984.
- Osterling Parodi, Felipe: “El rol de las Fuerzas Armadas en una Democracia”, en *Debate*, N° 16, Lima, 1982.
- Paniagua Corazao, Valentín: “Terrorismo y Tribunales Militares”, en *Themis, Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 15, Lima, 1989.
- Parada, Ramón: “Toque de silencio por la justicia militar”, en *Revista de Administración Pública*, N° 127, Enero-Abril, Madrid, 1992.
- Pereira Chumbe, Roberto Carlos: “Evolución legislativa de la Justicia Militar en el Perú”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002. Número especial dedicado a la Reforma del Derecho Penal Militar.
- Pereira Chumbe, Roberto Carlos: “Las propuestas de reforma de la Justicia Militar”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002. Número especial dedicado a la Reforma del Derecho Penal Militar.
- Pereira Chumbe, Roberto Carlos: “Tres problemas en torno a la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial”, en *JuS-Constitucional*, N° 4, Abril, Lima, 2008.
- Planas Silva, Pedro: *El fujimorato. Estudio político-constitucional*, Talleres Gráficos “Kelly”, Lima, 1999.
- Porras Nadales, Antonio: “Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 35, Septiembre-October, Madrid, 1983.
- Pradier-Fodéré, M.P. y M. Le Faure, Amédée: “Comentarios sobre el Código de Justicia Militar Francés de 1857. Antecedentes históricos”, traducción del francés y notas a cargo de Renato de J. Bermúdez Flores, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 83, Enero-Junio, Madrid, 2004.
- Quiroga León, Aníbal: “La Justicia Militar”, en *Perúpaz*, N° 24, Lima, 1994.

- Rodríguez Devesa, José M<sup>a</sup>.: “La obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N<sup>o</sup> 3, Enero-Junio, Madrid, 1957.
- Rodríguez Devesa, José M<sup>a</sup>.: “Algunas reflexiones sobre la jurisdicción militar”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIII, fasc. I, Enero-Abril, Madrid, MCMLXXX.
- Rodríguez Villasante y Prieto, José Luis: “Estudios de Derecho Comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar en diversos países”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N<sup>o</sup> 53, Enero-Junio, Madrid, 1989.
- Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis: “El Derecho Militar del siglo XXI: Un Proyecto de Código Penal Militar complementario”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N<sup>o</sup> 77, Enero-Junio, Madrid, 2001.
- Ruíz Molleda, Juan Carlos y Ponce Colque, Roger: “La STC Exp. N<sup>o</sup> 0024-2010-PI/TC, el Poder Judicial y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, en *Gaceta Constitucional*, t. 40, Abril, Lima, 2011.
- San Martín Castro, César: “Algunos aspecto de la Justicia Militar (A propósito del caso peruano)”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002. Número especial dedicado a la Reforma del Derecho Penal Militar.
- San Martín Castro, César: “Apuntes en torno a la jurisdicción castrense”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N<sup>o</sup> 37, Agosto, Trujillo, 2002.
- Sandoval, Juan Carlos: “La legislación de emergencia y la especialidad del delito militar”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2001-2002.
- Santa-Pinter, J.J.: “Las fuerzas armadas en la democracia latinoamericana”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. IV-4, VII-1, Bruxelles, 1965.
- Seco Serrano, Carlos: “Relaciones entre la Corona y el Ejército”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N<sup>o</sup> 55, Enero-Marzo, Madrid, 1987.
- Seijas Rengifo, Teresa de Jesús: “Hacia una reforma de la administración de justicia en el fuero privativo militar”, en *Revista del Foro*, N<sup>o</sup> 2, Lima, 2001.
- Sospedra Navas, Francisco: “Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: tendencias (y algunas propuestas) expansivas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N<sup>o</sup> 89, Enero-Junio, Madrid, 2007.
- Talavera Delgado, Abraham: “Los estados de excepción en el Perú”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXVII-1, Bruxelles, 1988.
- Valdeavellano, Luis G. de: “Martínez Marina y las «Partidas» de Alfonso el Sabio”, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, tomo CLXXXI, cuaderno III, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1984. (Número especial en homenaje a Alfonso X *el Sabio* en su VII centenario).



- Valle-Riestra Gonzáles Olaechea, Javier: “La jurisdicción supranacional y la pena de muerte”, en *Advocatus*, N° 15, Lima, 2006-2.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, “El sometimiento de los civiles a los tribunales militares”, en *El Derecho*, N° 5237, Buenos Aires, 2 de junio de 1981.
- Varela Suanzes, Joaquín: “Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 55, Enero-Marzo, Madrid, 1987.
- Veuro, Vittorio: “La independencia de la Justicia Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 37, Enero-Junio, Madrid, 1979.
- Vigón Suerodíaz, Jorge: “El Ejército y la Armada en el reinado de Carlos III”, en *Revista de Estudios Americanos*, N° 100, Sevilla, 1960.
- Villalonga Guerra, Manuel: “El ingenioso hidalgo Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, N° 140, Setiembre, 1951.
- Villalonga Guerra, Manuel: “Sobre una interpretación pictórica modernista de Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XIII, N° 151, Agosto, Madrid, 1952.
- Zuñiga Rodríguez, Laura, “La obediencia debida y el nuevo Código Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Derecho*, N° 46, Diciembre, Lima, 1992.

#### E) TESIS

- Abásolo, Ezequiel: *El Derecho Penal Militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002. Premio Dalmacio Vélez Sársfield a las tesis sobresalientes.
- Ávila Herrera, José: *El derecho al debido proceso penal en un Estado de Derecho*, tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.
- Bustamante y Rivero, José Luis: *Organización y procedimientos de la Justicia Militar en el Perú*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1920. Estudio presentado a la Universidad del Gran Padre San Agustín de Arequipa, para optar el grado de Doctor en Jurisprudencia y obtener el título de Abogado.
- Ibáñez Carranza, Luz del Carmen: *El delito de función en militares y policías, atipicidad y efectos*, Time Publicidad, Lima, 2003. Antecede Presentación de Nelly Calderón Navarro. Tesis para optar el grado de Maestra en Derecho Penal en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.



Machado y López, Leocadio, *La guerra y el Derecho*, Imprenta de “El Mentidero”, Madrid, 1916. Tesis doctoral sustentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

Musso López, Mirtha Helenina: *La Jurisdicción Militar y el delito de función en el Derecho Penal Militar peruano*, tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal Militar, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006.

Talavera Delgado, Abraham: *Nueva estructura del Fuero Privativo Militar en la reforma del Poder Judicial*, Lima, 1976. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho.

#### F) SITIOS WEB

Abogacía General de la Marina de los Estados Unidos <http://www.jag.navy-mil/>  
Asociación Internacional de Justicia Militar (IAMJ) <http://www.aijm.com.br/INGLES/ata.shtml>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas)* (versión en línea: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=259>> y <<http://huguet.tripod.com/cantuta.htm>>).

Derecho militar.com Derecho, Defensa y fuerzas armadas en la red <http://www.derechomilitar.com/index.php?pag=general/presentacion>

Ejército del Perú <http://www.ejercito.mil.pe/>

Fuerza Aérea del Perú <http://www.fap.mil.pe/>

Harvard Law School Library. Nuremberg Trials Projecta Digital Document Collection [http://nuremberg.law.harvard.edu/php/images/header tr.gif](http://nuremberg.law.harvard.edu/php/images/header_tr.gif)

Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, del 28 de agosto de 2003 (versión en línea: <<http://www.cverdad.org.pe/pagina01.php>>).

Informe AMR 46/004/1995. Amnistía Internacional. Perú. *Tres oficiales del ejército pueden ser condenados a penas de prisión como presos de conciencia*. <http://asiapacific.amnesty.org/library/index/eslamr460041995?open&of=esl-ecu>

Justicia Penal Militar. Ministerio de Defensa. República de Colombia <http://www.justiciamilitar.gov.co/iri/portal/jpm>

Ministerio de Defensa de España. Ejército <http://www.ejercito.mde.es/personal/ley/juridico.html>

Müller Solón, Enrique Hugo: *Derecho Penal Militar: El Fuero Inconstitucional*, en <http://penalmilitar.blogspot.com/2009/05/derecho-penal-militar-el-fuero.html>

Poder Judiciário. Justina Militar da Unido. Superior Tribunal Militar. Setor de Auarquías Sul, Praija dos Tribunais Superiores <http://www.stm.jus.br/>

Revista Jurídica Militar. Revista electrónica de Derecho Militar para profesionales <http://www.paraprofesionales.com/productos/susrevmil.php>

Tribunal de Justina Militar do Brasil <http://www.tjm.rs.gov.br/>

United States Department of Defense. Military Commissions <http://www.defense.gov/news/commissions.html>

Universidad Militar Nueva Granada <http://www.umng.edu.co/www/section-162.jsp>

### G) PERIÓDICOS

*Expreso*, edición especial: “*Justicia Militar del Perú*”, 13 de agosto de 1995.

*El Nacional*, 16 de setiembre de 1989.

*El Comercio*, 02 de agosto de 1989.

*El Peruano*, 29 de julio de 1990.

*El Peruano*, Suplemento Jurídica, Año 2, N° 80, 7 de febrero de 2006. Incluye adenda.

*El Comercio: Propuesta para una Agenda de Gobierno*, Lima, 2006.

### H) DOCUMENTOS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1992-1993*, OEA/Ser. L/V/II.83, doc. 14, cap. V, 12 de marzo de 1993.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 1998*, Capítulo V, Ecuador, párrafo 46.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 1999*, Capítulo IV, Ecuador, párrafo 70.

Comité de Derechos Humanos, *Observaciones y recomendaciones a Colombia*, 1992, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.2, de 25 de septiembre de 1992.

Comité de Derechos Humanos, *Observaciones y recomendaciones a Venezuela*, 1992, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.13, de 28 de diciembre de 1992.

Comité contra la Tortura, *Observaciones a Colombia*, Naciones Unidas, A/51/44, de 9 de julio de 1996.

Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales a Líbano*, 1997, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.76, de 5 de mayo de 1997.

Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Ciraklar c. Turquía*, sentencia de 28 de octubre de 1998; *caso Greger c. Turquía*, sentencia 8 de julio de 1999.