



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Necesidad de adecuar la ley penal y procesal penal militar a la constitución política del Estado a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el fuero común y el militar

TESIS

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

AUTOR

Flavio Enrique JIMENEZ CARRANZA

ASESOR

Víctor Manuel CUBAS VILLANUEVA

Lima, Perú

2018



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Jimenez, F. (2018). *Necesidad de adecuar la ley penal y procesal penal militar a la constitución política del Estado a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el fuero común y el militar*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política / Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los once días del mes de enero del año dos mil dieciocho, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores: Mg. Ricardo Alberto Brousset Salas, Mg. Alexei Dante Sáenz Torres, Dr. Amadeo Felipe Salgado Padilla, Mg. Víctor Manuel Cubas Villanueva y el postulante al Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller Flavio Enrique JIMÉNEZ CARRANZA, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "NECESIDAD DE ADECUAR LA LEY PENAL Y PROCESAL PENAL MILITAR A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO A FIN DE EVITAR INNECESARIAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO COMÚN Y EL MILITAR".

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

APROBADO CON LA NOTA DE DIECISIETE (17)
MUY BUENO

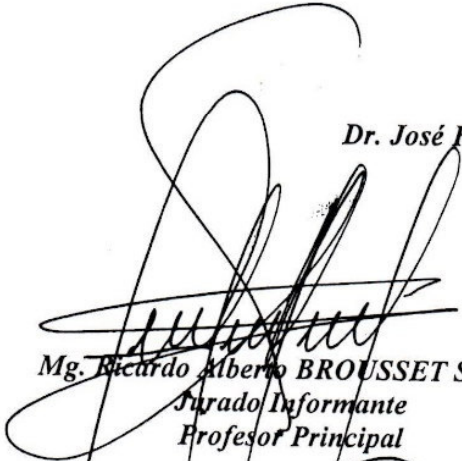
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales al Bachiller en Derecho Flavio Enrique JIMÉNEZ CARRANZA.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO

Presidente

Profesor Principal


Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

Jurado Informante

Profesor Principal


Mg. Alexei Dante SÁENZ TORRES

Miembro

Profesor Principal


Dr. Amadeo Felipe SALGADO PADILLA

Jurado Informante

Profesor Asociado


Mg. Víctor Manuel CUBAS VILLANUEVA

Asesor

Profesor Asociado

INDICE

II

	Pág.
Introducción.....	1.
Dedicatoria	5.
Terminología Empleada en la Tesis.....	6.

CAPÍTULO I TEMA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Tema.....	14
1.2.Plantamiento del Problema.....	14
1.2.1. Diagnóstico Situacional.	
1.2.2. Problematización.	
1.2.3. Problemas a Investigar.	
1.2.4. Objetivos.	
1.2.5. Justificación.	
1.2.6. Delimitación.	
1.2.7. Limitaciones en la Investigación.	

CAPÍTULO II MARCO HISTÓRICO Y TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Referencias Históricas del origen de la Justicia Militar en el Mundo y en el Perú.....	31.
2.2. Definición de Fuero Militar, Delito de Función y Código de Justicia Militar en el Derecho Nacional y en el Derecho Comparado.....	49.
2.2.1 Definición de Fuero Militar en el Derecho Nacional.	
2.2.2. Definición de Delito de Función en el Derecho Nacional.	
2.2.3. Definición de Código de Justicia Militar en el Derecho Nacional.	
2.2.4. Definición de Fuero Militar, Delito de Función y Código de Justicia Militar en el Derecho Comparado.	
2.3 Teoría de la Jurisdicción, concepto y definiciones en el Derecho Nacional.....	86.
2.4. Teoría de la Competencia, concepto y definiciones en el Derecho Nacional.....	89.
2.5. Conflictos de Competencia, Contiendas de Competencia en el Derecho Nacional y Criterios para delimitar la Competencia.....	92.
2.6. El Concepto de Juez Natural como garantía de la Administración de Justicia.....	112.
2.7. El Marco Legal actual del Fuero Militar en el Perú.....	113.
2.8. Estudio de Casos Emblemáticos resueltos en la jurisdicción interna y externa de las Contiendas de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar:“Casos Chavín De Huántar”,“Caso la Cantuta”, “Caso Leonor La Rosa”,“Caso Barrios Altos”, “Caso Cesti Hurtado, “Caso Ariza Mendoza”.....	134.

	III
2.9. Sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucionales algunos artículos de la Ley Orgánica de la Justicia y del Código de Justicia Militar Policial.....	154.
2.10. Situación actual del Fuero Militar Policial con un marco normativo que es objeto de cuestionamientos por la comunidad jurídica nacional.....	162.

CAPÍTULO III

PROBLEMA, HIPÓTESIS , VARIABLES, INDICADORES Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Problema y la Hipótesis de Investigación.....	184.
3.2. Variables e Indicadores.....	184.
3.2.1. Variables Independientes	
3.2.2. Variables Dependientes	
3.3. Metodología de la Investigación.....	186.
3.3.1. Diseño de la Investigación.....	186.
3.3.2. Tipo de Investigación.....	187.
3.3.3. Unidad de Análisis, Universo y Selección de Muestra.....	187.
3.3.4. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos, Contrastación de Hipótesis, Trabajo de Campo.....	187.
3.3.5. Ordenamiento y Análisis de Datos.....	188.
3.3.6. Aportes de la investigación a la Doctrina y a la Teoría, Legislación y a la a la Jurisprudencia.....	189.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN DE FORMATOS DE ENTREVISTAS DEL FENÓMENO DE ESTUDIO Y SUS RESULTADOS

4.1. Presentación del formato de entrevista a Magistrados del Fuero Común y del Fuero Militar.....	193.
4.2. Presentación del formato de entrevista a Abogados que han patrocinado Causas en el Fuero Militar o Común donde se ha planteado una Contienda de Competencia entre ambos Fuero y/o Abogados especialistas en Derecho Penal, Procesal Penal o Derecho Constitucional.....	195.
4.3. Presentación del formato de entrevista a los Cadetes Alumnos de la EMCH,EOPNP, EOFAP.....	197.
4.4. Presentación del formato de entrevista a Alumnos de las Facultades de Derecho de Lima	199.
4.5. Resultados de las entrevistas empleando cuadros estadísticos y gráficos.....	201.

**PRESENTACIÓN DEL INFORME FINAL CON LAS CONCLUSIONES,
RECOMENDACIONES, BIBLIOGRAFÍA Y ANEXOS**

5.1. Informe Final.....	212.
5.2. Conclusiones.....	233.
5.3. Recomendaciones.....	239.
5.4. Bibliografía.....	248.
5.5. Anexos.....	254.

La presente Tesis “Necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal Militar a la Constitución Política del Estado, a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Militar”, enfoca un tema de actualidad en el mundo del Derecho Penal Militar, como es la Justicia Militar en el Perú, conocido como Fuero Militar, se puede advertir que, la Ley Penal Militar Policial vigente, regulada por el D.Leg.No.1094, no está todavía adecuada a la Constitución Política de 1993. Esta falta de adecuación se presenta en la forma y en el fondo, en la forma, la denominación dada a la Ley Penal Militar Policial, como: “Código Penal Militar Policial”, no guarda concordancia con la denominación “Código de Justicia Militar”, señalada en el Art.173° de la C.P.P. de 1993, al agregarse los términos: “Código Penal” y “Policial”, a la indicada denominación, sin haberse fundamentado en la Exposición de Motivos de dicha Ley, las razones de dichos cambios y contravenir el Art.51° de nuestra Carta Magna, que consagra la primacía de la Constitución; sobre normas de inferior jerarquía. En el fondo, el denominado Código Penal Militar Policial, considera como figuras delictivas, tres Delitos de Función Militar Policial, en los Arts.133°, 134° y 135°, tipificados como: Afectación del Material Destinado a la Defensa, Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio y Hurto de Material Destinado al Servicio, respectivos, que estuvieron tipificados en el Art.142° del anterior Código de Justicia Militar Policial, D. Leg. No.961, como: Afectación de los Bienes Destinados a la Defensa, Seguridad Nacional y Orden Interno, expulsado de nuestro ordenamiento jurídico, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional del 2006, recaída en el Expte. No.0012-2006-PI/TC, Demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima, contra determinadas normas del D.Leg.No. 961 del Código de Justicia Militar Policial.

También señala como error de fondo, que la definición del delito de función, precisado en el Art.2° del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, no ha considerado todos los elementos que debe tener todo delito, donde sólo se considera la conducta, obviando considerar los demás elementos como la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad en la figura genérica y rectora del delito de función militar policial.

Para corregir estos errores de forma y de fondo, después de haber precisado la hipótesis, del problema planteado, la Tesis, plantea para corregir el error de forma, se presente al Congreso de la República una Ley de Reforma Constitucional, conforme al Art.206° de la C.P.P.de 1993, a fin de que se agregue el término: “Policial”, al término: “Código de Justicia Militar”, quedando como: “Código de Justicia Militar Policial”. Para corregir el error de fondo, se plantea que el Congreso de la República apruebe un nuevo “Código de Justicia Militar Policial”, que derogue los Arts.133°, 134° y 135°, del C.P.M.P., precisado y considere al definir del delito de función, la tipicidad, la culpabilidad, la antijuridicidad y la punibilidad.

The following thesis "Necessity to adjust The penal and procedural law to the political constitution of the State, in order to avoid unnecessary disputes within its jurisdiction between the military and civil courts", is focused on a topical issue on the penal military law, as it is the military justice in Peru, known as the Military court, it can be observed that, the current Military-Police penal law, regulated by the LD N°1094, is not yet adjusted to the political constitution of 1993. This lack of adjustment is shown in form and substance. In form, the denomination given to the Military-police penal law as: "Military-police penal code" does not keep concordance with the denomination "Military justice code", contained in the article 173° of the Political Constitution of 1993, by adding the terms "Penal code" and "police" to the aforementioned denomination , as insufficiently substantiated on the Statement of purpose of that law, the reasons behind those changes and contravene the article 51° of our Magna Carta, which accords the Constitution supremacy over laws of a lower hierarchy level.

In substance, the so-called Military-police penal code, considers as offences, three military-police crimes, in the arts. 133°, 134° and 135°, regulated as: Impact on material spent on defense, unlawful appropriation of material spent on service, and larceny of material spent, respectively, that were regulated in the Art. 142° of the former military-police justice code, DLGS No. 961 as: Impact of material spent on defense, national security and domestic order, taken out of our legal system, through a ruling of the constitutional court in 2006, on file No. 0012-2006-PI/TC, a lawsuit imposed by the Bar Association of lima, against certain hedging rules of the LD No. 961 of the Military-police justice code.

It also points out as a fundamental error that the definition of the crime committed in the course of duty specified in Art. 2° of the Preliminary Title of the Military-police Penal Code, has not considered all the elements that should be part of every offense, where only conduct is minded, obviating the other elements like the actus reus, the illegality, the culpability and the punishability in the generic and governing figure of the crime of military-police function.

To amend these errors of form and substance, after having specified the hypothesis, the problem raised, the thesis, to rectify the error of the form, presents to the Congress of the Republic a Law of Constitutional Reform, according to Art. 206° of the Political Constitution of Peru of 1993, in order to add the term "Military Justice Code", remains as: "Military-Police Justice Code". To correct the error of substance, it is proposed that the Congress of the Republic approves a new "Military-Police Justice Code", which repeals Arts. 133°, 134° and 135° of the Military-Police Penal Code, cited and consider when defining the crime committed in the course of duty, the actus reus, the illegality, the culpability and the punishability.

INTRODUCCION

1

El presente trabajo de investigación titulado “Necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal Militar a la Constitución Política del Estado a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y Militar”, enfoca un tema de actualidad y de controversia en el mundo académico del Derecho Penal y Procesal Penal, como es la Justicia Militar en el Perú o también conocido como el Fuero Militar, dentro de este campo de la Justicia Militar, he podido advertir que, la actual Ley Penal Militar conocida actualmente como “Código Penal Militar Policial”, normada por el Decreto Legislativo No.1094, no se encuentran todavía adecuadas a la Constitución Política del Perú de 1993.

Esto es, en la propia terminología empleada por el legislador al formular estas normas legales no ha observado lo que expresamente señala nuestra Carta Fundamental del Estado, cuando en los Artículos 139°, inciso 1°, se expresa: “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral”, no se indica que sea jurisdicción militar policial, lo cual es, concordante con el Artículo 173° de la misma que precisa: “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..”.En este artículo se expresa, Fuero respectivo y Código de Justicia Militar, lo que se deduce que se refiere al Fuero Militar y Código de Justicia Militar, no se refiere al Fuero Militar Policial y al Código Penal Militar Policial, como está ahora expresado, lo cual demuestra que, estas normas legales no están adecuadas a nuestra Constitución Política de 1,993 y por consiguiente deben adecuarse a ella, de conformidad con el Artículo 51° de

nuestra Ley Fundamental del Estado, que prescribe: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la Ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”

Otro aspecto que hemos observado en la mal llamada, Ley Penal Militar Policial, o Código Penal Militar Policial, ha considerado delitos de naturaleza común como son el delito de Robo Agravado que está tipificado en el Artículo 189° del Código Penal, D. Leg. No. 635, se considera en el Artículo 134° del C.P.M.P., como Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio ó el delito de Hurto Agravado, tipificado en el Código Penal en el Artículo 186°, lo encontramos en el Artículo 135° del C.P.M.P. como Hurto de Material Destinado al Servicio, así como, el delito de Daño Simple, tipificado en el Art.205° del Código Penal, como Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional, en el Art.133° del C.P.M.P., lo cual técnicamente no es posible, por cuanto, crea confusión y peor aún puede dar lugar a contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar, al estar consideradas estas figuras delictivas en sus cuerpos normativos que como se va a demostrar en esta Tesis, crea innecesarias contiendas de competencia al no haberse definido de manera clara y precisa la verdadera naturaleza jurídica de los delitos de función que son inherentes a las actividades que realizan militares y policías en la situación de actividad y que no pueden confundirse con lo que es el delito común tipificado en el Código Penal Común en oposición al llamado delito especial, tipificado en las Leyes Especiales como sería los Delitos de Función del Fuero Militar, lo que también contradice lo que prescribe y manda nuestra Constitución Política de 1,993, que deben dirimirse por la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo organismo de Justicia del Perú, con el consiguiente perjuicio para los justiciables, considerado por la doctrina como aquella persona que acude al Poder Judicial en busca de Tutela Jurisdiccional, sobre el cual recaen las decisiones plasmadas en resoluciones y sentencias como ejemplo de ello, podemos citar casos como: Chavín de Huántar, Barrios Altos, Cantuta, Telmo

Hurtado, Rodríguez Cesti, etc. que han llegado a instancias Supranacionales como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, donde se ha denunciado al Estado Peruano en un número no desdeñable, como se refiere en el libro de Christian Donayre Montesinos en su obra “La Reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada”, en las Sentencias de los Casos: “Loayza Tamayo”, del 17 de Setiembre de 1,997, la Sentencia del Caso “Castillo Páez” del 03 de Noviembre de 1,997, la Sentencia del Caso “Castillo Petruzzi” del 30 de Mayo de 1,999, la Sentencia del Caso “Durand y Ugarte” del 16 de Agosto del 2000, la Sentencia del Caso “Cantoral Benavides” del 18 de Agosto del 2000; entre otros.

Asimismo, se analizarán los factores que han determinado que por muchos años hasta la actualidad persisten los motivos que no permiten el desarrollo del Derecho Penal Militar y Procesal Penal Militar en nuestro país, a tal punto que no es lo suficientemente conocido, ni difundido en los propios Centros de Formación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional ni en las propias Facultades de Derecho del País, habiéndose identificado hasta tres factores: de tipo político, educativo, institucional, lo que ha conllevado a que no estén adecuados las actuales Leyes Penal y Procesal Penal Militar, lo que no se condice con la política de modernización del Estado propias del siglo XXI, donde las normas legales deben ser lo suficientemente claras y precisas para definir las funciones y organización de los funcionarios del Estado y de sus organismos pero estos acordes y debidamente adecuados al Estado Constitucional del Derecho, donde por sobre todas las cosas impera nuestra Constitución Política del Perú, como garantía del respeto fiel a la persona y a sus derechos fundamentales como lo expresa el Artículo 1º de nuestra Ley Fundamental cuando expresa: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado”, consecuentemente, la presente Tesis fiel a este precepto Constitucional, va

a aportar un grano de arena a mejorar el Sistema de Administración de Justicia Militar proponiendo las soluciones que permitan a la Justicia Militar adecuarse a nuestra Constitución Política del Perú, para que cumpla con el mandato Constitucional como está expresamente señalado y no conlleve a errores que no sólo perjudiquen a la imagen del Estado a nivel Supranacional, sino también a los Justiciables (procesados o agraviados), para que no se cumpla el viejo refrán: “Justicia que tarda no es Justicia”.

A Dios Todopoderoso, con mi más profundo amor, fervor y agradecimiento por la vida, la salud y oportunidad que tengo para escribir la presente Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales.

A mi familia, amigos y personas que me aprecian por su apoyo en todo momento para culminar con esta Tesis y es mi motivo de superación constante.

A los Justiciables, recurrentes, litigantes que acuden al Poder Judicial o Jurisdicción Independiente Militar en busca de Tutela Jurisdiccional efectiva para sus casos para que no se cumpla el principio: “Justicia que tarda no es Justicia”

TERMINOLOGIA EMPLEADA EN LA TESIS

Se precisan a continuación los términos más importantes que se han usado en la presente investigación :

ABUSO DE AUTORIDAD: Delito que comete una autoridad cuando se excede en el ejercicio de sus funciones, en perjuicio de otra persona (Ref. Bib : “Diccionario de Términos Militares”, Ministerio de Guerra, Lima, 1980, pág. 3).

ACTO DE SERVICIO: Todos los actos que ejecuta el personal militar en actividad, en cumplimiento de los deberes que le imponen los Reglamentos (Ref.Bib. :”Diccionario de Términos Militares”, Ministerio de Guerra, Lima, 1980, pág.6).

BIEN JURIDICO PROTEGIDO : Es el interés jurídico protegido, es un bien de los hombres, reconocido por el derecho y protegido por el mismo (Ref. Bib : “Diccionario de Derecho Penal” Dr. Amado Ezaine Chávez, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo, 7ª Edición, 1989, pág.42).

CONTIENDA DE COMPETENCIA : Es el desacuerdo entre jueces penales de igual jerarquía, perteneciente al mismo distrito judicial, o a distrito judicial distinto, o a distinto fuero referente a dos ó más procesos conexos que vienen conociendo, sobre el cual ambos sostienen tener competencia, ó ambos niegan, considerándose incompetentes (Ref. Bib.: “Estudios de Derecho Procesal Penal”, Dr. Arsenio Oré Guardia, Editorial Alternativas, 1ra. Edición, Lima, 1993, pág.112).

CONTIENDA DE COMPETENCIA POR REQUERIMIENTO : Cuando el Juez toma conocimiento de que otro de igual jerarquía también conoce del mismo caso sin que le corresponda de oficio o a petición de parte, solicitará la remisión del proceso. Además de la copia de la resolución, adjuntará copia de las piezas procesales en que se apoye (Ref.Bib.: “Código Penal Militar Policial”, D.Leg.No.1094, Editorial Berrio, 1ª Edición, 2011, pág.46).

CONTIENDA DE COMPETENCIA POR INHIBICIÓN : Cuando el Juez toma conocimiento de que otro Juez de igual jerarquía conoce del mismo caso correspondiéndole su competencia, de oficio ó a instancia de parte, remitirá copia de las piezas pertinentes al otro Juez, sí hubiera detenido, caso contrario remitirá el proceso (Ref.Bib.: “Código Penal Militar Policial”, D.Leg.No. 1094, Editorial Berrio, 1ª Edición, 2011, pág.46).

CASTRENSE : Adjetivo que se aplica a algunas cosas pertenecientes ó relativas al Ejército y al estado o profesión militar (Ref.Bib : “Diccionario de Derecho”, Tomo I, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Argentina, 2007, pág.220).

CRITERIO MATERIAL DEL DELITO DE FUNCIÓN : Postura adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en concordancia con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi y otros, y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, mediante resolución que resolvió la Competencia No.018-2004, **estableció como precedente vinculante aplicable a toda la judicatura peruana**, la delimitación de competencia en caso de delitos de función, conforme a los caracteres objetivos-materiales de la jurisdicción militar. El delito de función bajo este criterio, tiene como aspecto fundamental la afectación de bienes jurídicos propios, particulares y relevantes para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de las funciones de las fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú (Ref.Bib.: “Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Anuario de Derecho Penal 2008, “La Reforma de la Justicia Militar en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Contenido Material del Delito de Función”, autor del artículo, Dr.César San Martín Castro y Fidel Mendoza Llamacponcca, Lima, páginas 85, 86 y 87).

DESVIO DE JURISDICCION : Ilegal traslado de una jurisdicción a otra del conocimiento ó

resolución de un conflicto o litigio (Ref.Bib.: “Delito de Función en Militares y Policías, Atipicidad y Efectos”, autora, Dra. Luz Del Carmen Ibañez Carranza, 2003, Lima; pág.22).

FUERO MILITAR : Tribunal Especial para juzgar los delitos cometidos por militares y policías (Ref. Blib.: “Delitos de Función en Militares y Policías, Atipicidad y Efectos”, autora, Dra.Luz Del Carmen Ibañez Carranza, 2003, Lima, pág.22).

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR: Cuerpo de Leyes en el que se encuentran contenidos todas las normas penales y procesales penales, referentes a la tipificación de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y/o policiales, así como, sobre el procedimiento para su investigación y juzgamiento. Contiene también la tipificación y penalización de las faltas (Ref. Bib.: “Delitos de Función en Militares y Policías,Atipicidad y Efectos”,autora,Dra. Luz Del Carmen Ibañez Carranza, 2003, Lima, pág.22).

DEBIDO PROCESO : Procedimiento correcto a observarse en la tramitación y resolución de los conflictos, sus normas se encuentran fijadas en la Constitución Política del Estado y Leyes Procesales (Ref.Bib : “Delito de Función en Militares y Policías, Atipicidad y Efectos”, autora, Dra. Luz Del Carmen Ibañez Carranza, 2003, Lima, pág.22).

DELITO DE FUNCIÓN : Es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de 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 (Ref. Bib.: “Código Penal Militar Policial”, Art.II, Título Preliminar”, del D.Leg. No.1094, Editorial Berrio, 1ª Edición, Lima, pág.7).

DELITO DE FUNCIÓN MILITARIZADO : Los delitos de función militarizados son aquellos que afectan bienes jurídicos que no son necesariamente exclusivos de las Fuerzas Armadas o Policía

Nacional pero inciden en la existencia, organización, operatividad o funciones de estas instituciones Tutela bienes jurídicos que pueden ser vulnerados tanto por militares como por civiles, pero que debido a su importancia en las instituciones castrenses, su transgresión es sancionada como delito de función cuando el agente es un militar o policía que ha actuado en el ejercicio de sus funciones. Esta definición se encuentra señalada en la Exposición de Motivos del Código Penal Militar Policial, D. Leg. No.1094 que se promulgó el 01 de Septiembre del 2010; actualmente vigente (Ref.Bib.: “Código Penal Militar Policial”, D.Leg.No.1094 del 31 de Agosto del 2010 pág.7).

DERECHO DE DEFENSA : Facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar dentro de éstas, las acciones y excepciones que, respectivamente, pueden corresponderles como actores o demandados, ya sea en el orden civil, penal, administrativo, laboral, etc. (Ref. Bib.: “Diccionario de Derecho”, Tomo I, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 2007, Argentina, pág.421).

DERECHO PENAL: Es un medio de control social que se caracteriza por imponer sanciones penas, penas ó medidas de seguridad, cuando se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes jurídicos de mayor gravedad de la sociedad (Ref.bib.: “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Dr. Luis Miguel Bramont Arias Torres, 4ta. Edición, Lima, 2008, pág.46).

DERECHO PENAL MILITAR : Es un sector del llamado derecho militar y es propiamente derecho penal, y se ocupa de los delitos militares que tengan pena señalada en el Código de Justicia Militar (Ref.Bib.:“Manual de Derecho Penal”,Parte General, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pág.102).

DELITO MILITAR : El que aparece penado en el Código de Justicia Militar ó en alguna Ley complementaria de éste y que no constituye falta disciplinaria.El que atentando de una manera u otra

contra la organización de las fuerzas armadas, se encuentra reprimido por el Código de Justicia Militar (Ref.Bib :“Diccionario de Derecho”,Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 2007, Argentina, pág. 391).

DELITO COMUN : Considerado como término de oposición al delito especial, es el incluido en el Código Penal, a diferencia de aquel otro que se encuentra penado en leyes particulares por razón de la materia o por sumisión de las personas a jurisdicciones privativas, especialmente la castrense. (Ref. Bib : “Diccionario de Derecho”, Tomo I, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 2007, Argentina, pág.386).

DISCIPLINA MILITAR : Orden y respeto por las jerarquías y organización que se observa en las instituciones militares y policiales (Ref. Bib : “El Delito de Función en Militares y Policías, Atipicidad y Efectos “, autora, Dra. Luz Del Carmen Ibañez Carranza,2003, Lima, pág.22).

DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL : Es la que se avoca al conocimiento científico del Derecho Penal, en forma sistemática y deductiva. Se construye la Dogmática Penal en atención al derecho vigente (Ref. Bib.: “Diccionario de Derecho Penal”, Dr. Amado Ezaine Chávez, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, 7ª Edición, Chiclayo, 1989, pág.144).

FUERZAS ARMADAS : El conjunto de las Fuerzas Terrestres, Naval y Aérea de una Nación u organización supranacional, organizado, equipado y entrenado para realizar operaciones militares en tierra, mar y aire (Ref. Bib.:“Diccionario de Términos Militares”, Ministerio de Guerra, Lima, 1980, pág.143).

IMPUNIDAD: Falta de castigo. (Ref.Bib.: “Delito de Función de Militares y Policías, Atipicidad y Efectos”, autora, Dra. Luz Del Carmen Ibañez Carranza, 2003, Lima, pág.22).

JUEZ NATURAL : Juez competente ó Magistrado que por razones de la materia, territorio ó

cuantía resulta competente para conocer determinados casos que son objeto de proceso judicial de conformidad a lo señalado por la Ley. Constituye la afirmación del principio constitucional de la jurisdicción predeterminada por la Ley (Ref.Bib : “Vocabulario de Uso Judicial”, autor, Dr. Walter Gutiérrez Camacho, 2007, Gaceta Jurídica, Lima, pág.65).

JUSTICIABLE : Recurrente, litigante. Aquel que acude al Poder Judicial en busca de tutela jurisdiccional efectiva y sobre el cual recaen las decisiones plasmadas en resoluciones y sentencias (Ref.Bib.:“Vocabulario de Uso Judicial”, autor, Dr. Walter Gutiérrez Camacho, 2007, Gaceta Jurídica, Lima, pág.66).

MANIPULAR : Intervenir hábilmente en la política ó en la sociedad por interés personal ó de grupo (Ref.Bib.: “Diccionario Ilustrado Bruño”, Editorial Bruño, 2ª Edición, 2008, Lima, pág.283).

MILITAR : Término que se aplica al individuo o al cualquier elemento que pertenece al Ejército por extensión se aplica también, en la misma forma a cualquier elemento de la Fuerza Armada para distinguirlo del civil (Ref. Bib.: “Diccionario de Términos Militares”, Ministerio de Guerra, Lima, 1980, pág.199).

OCASIÓN DE SERVICIO : El que por causas externas muera ó quede invalidado como resultado de los servicios que ha prestado con anterioridad, en el cumplimiento de la misión institucional ó funciones propias al cargo (Ref.Bib.: “Ley de Pensiones Militar Policial D.L.No.19846”, T.U.O. normado por el D.S.No.009-87-CCFFAA, Art.10º, 4to.párrafo).

ORDEN MILITAR : En lo jerárquico castrense, el mandato del superior, dentro de las atribuciones y legalidad que debe ser cumplida por el inferior sin objeción ni dilaciones (Ref.Bib : “Delito de Función en Militares y Policías, Atipicidad y Efectos”, autora, Dra.Luz Del Carmen Ibañez Carranza, Lima, 2003, pág.23).

ORDENAMIENTO JURÍDICO : Conjunto de normas positivas, vigentes, relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizada, que rigen la vida y las instituciones de un país, es esencial para la existencia de un país, pues sin él, no se concibe la vida social (Ref.Bib.: “Delitos de Función en Militares y Policías, Atipicidad y Efectos”,autora,Dra.Luz Del Carman Ibañez Carranza, Lima, 2003, pág.23).

PODER POLÍTICO : Potestad o imperio, suprema facultad, rectora y coactiva que tiene la autoridad estatal para el gobierno del Estado (Ref.Bib.: Ibidem).

POLICÍA : Ciudadano que sin ser militar, está autorizado para portar y usar armas, garantizar y el orden interno, prestar ayuda a las personas, a la comunidad, garantizar el cumplimiento de las Leyes, la seguridad del patrimonio público y privado, prevenir, combatir é investigar la delincuencia; conforme a los procedimientos y técnica policiales (Ref.Bib.: Ibidem).

POLICIA NACIONAL DEL PERÚ : Es una institución del Estado dependiente del Ministerio del Interior, con autonomía administrativa y operativa, con competencia y ejercicio funcional en todo el territorio peruano, en los asuntos previstos en el artículo 166° de la Constitución Política del Perú (Ref.Bib : “Ley de la Policía Nacional del Perú”, D.Leg.No.1148, Art.2°, Título Preliminar).

PRINCIPIO DE LEGALIDAD : Este principio del derecho penal, es el supremo postulado político criminal del Derecho Penal moderno, sostiene que sólo la Ley puede señalar qué conductas son delictivas y cuáles son las penas que se pueden imponer a tales delitos y asimismo que sólo puede sancionarse como autor del delito a quien realizó un acto que previamente la Ley, de modo inequívoco, había calificado como delito (Ref.Bib.: “Manual de Derecho Penal, Parte General, Dr. Luis Miguel Bramont Arias Torres, 4ta.Edición, 2008, pág.28).

VACÍO LEGAL : Ausencia de legislación sobre una determinada situación (Ref.Bib.:“El Delito de

Función en Militares y Policías, Atipicidad y Efectos”, autora, Dra.Luz Del Carmen Ibañez Carranza

Lima, 2003; pág.23).

CAPITULO I

TEMA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.TEMA

“Necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal Militar a la Constitución Política del Estado a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Militar”.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1.Diagnostico Situacional.

En la actualidad se encuentran vigentes el Decreto Legislativo Nos.1094 del 31 de Agosto del 2010, denominado Código Penal Militar Policial y la Ley No. 29182 Modificada por el D. Leg. No.1096, denominada Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, del 10 de Enero del 2008; que regulan a la Justicia Militar en el Perú.

El primero tiene por objeto prevenir la comisión de los delitos de función militar policial, como medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, contribuye al mantenimiento del orden, seguridad y disciplina en dichas fuerzas del orden y el segundo tiene como finalidad la estructura, organización, competencia y funciones específicas del Fuero Militar Policial, en concordancia con la Constitución Política del Perú, sin embargo, al hacer la interpretación gramatical, del texto de las Leyes antes mencionadas se llega a establecer que estas no están adecuadas debidamente al texto de la Constitución Política de 1,993 en su Art. 173º que señala : “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 Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la Ley determina. La Casación a que se refiere el Art. 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”

A simple vista se puede apreciar que las denominaciones dadas a la Ley Penal Militar ó Código de Justicia Militar no guardan concordancia con la señalada en el texto de la Constitución Política de 1,993, bajo la denominación de Código Penal Militar Policial y la denominación Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, tampoco guarda concordancia con nuestra Carta Magna, puesto que, se crea la denominación Fuero Militar Policial, cuando la denominación a que se refiere la norma constitucional es implícito que se refiere al Fuero Militar.

Otro aspecto puntual y discordante que se aprecia entre la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, que no guardan la debida concordancia y por ende no se encuentra adecuada a la Constitución Política del Estado de 1,993, es en lo referido al **Art. I del Título Preliminar sobre el Fuero Militar Policial**, cuando textualmente expresa que :

“El Fuero Militar Policial, previsto en el Art. 173° de la C. P.P, es un órgano jurisdiccional, independiente é imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función” ¹

¹ BERRIO B..V. “Nuevo Código Penal Militar Policial y Ley del Fuero Militar Policial”, Editorial Berrio, Lima, 2011, pág.117.

De igual forma, se hace mención indebida al término Fuero Militar Policial, cuando la denominación correcta que fija la Constitución Política del Perú para este Fuero, es la de **Fuero Militar**.

Otro aspecto importante que se observa de la norma bajo análisis, es el **Art. II** del mismo **T.**

P. sobre Competencia, cuando expresa que :

“El Fuero Militar Policial a tenor de lo dispuesto en el Art. 139° numeral 1 de la Constitución Política del Perú, constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial. Su competencia comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial. En el ejercicio de sus funciones y atribuciones, el Fuero Militar Policial se sujeta a los principios y garantías de la función jurisdiccional y al pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona” ²

Luego, en el Art. III del Título Preliminar de la L. de O. F. F. M. P., cuando se refiere a

Delitos de Función y en el Art. VIII, **Función Militar Policial**; se expresan :

Artículo III .- DELITOS DE FUNCIÓN

“ Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad ” ³

Artículo VIII.- FUNCIÓN MILITAR POLICIAL

“ De conformidad con el Art. 173° de la Constitución Política del Perú, los militares y policías 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. El ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar” ⁴

² Ibid., pág. 117.

³ Ibid., pág. 118.

⁴ Ibid., pág. 118.

Estos dos artículos no guardan concordancia entre sí, puesto que, uno se refiere al delito de función y el otro lo extiende a la función militar policial, cuando conforme a la Constitución Política de 1993, la denominación correcta es delito de función tal como está bien expresado en la norma constitucional y sobre esta expresión debió haber sido desarrollada por el legislador en la Ley.

Los Artículos III y VIII del T. P. de la L. de O. F. F. M. P., tampoco es concordante con el Art II, del C. P. M. P. que se refiere al delito de función como toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las fuerzas armadas. Extendiendo la definición del delito de función, al acto de servicio o con ocasión de él, siendo esto una ambigüedad, puesto que, se entiende que el delito de función lo comete el personal militar o policial, cuando se encuentra en situación de actividad en acto servicio, no teniendo justificación la incorporación del término con ocasión del servicio que es un término que se emplea en el derecho militar para fines pensionarios del personal militar y policial en el D.L. No.19846, Ley de Pensiones Militar Policial y su T.U.O. Asimismo, se aprecia que, en el Libro Segundo de la Parte Especial del C. P. M. P., las figuras de los Arts. 133° Afectación de Bienes Destinados a la Defensa Nacional, del Art. 134° Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio, del Art. 135° Hurto de Material Destinado al Servicio, que afectarían los Bienes Destinados al Servicio Militar Policial se encuentran considerados como los delitos comunes de Robo Agravado, tipificado en el Art. 189° en uno y en el otro, en el Art. 186° como Hurto Agravado del Código Penal, D.Leg.No635, Estos delitos de naturaleza estrictamente comunes, que no tienen ninguna relación con las

funciones propias del militar o del policía, estas observaciones deben ser subsanadas mediante una norma legal expedida por el Congreso de la República, en el pleno ejercicio de su función de legislar y no solamente otorgar facultades legislativas al Poder Ejecutivo, para que este emita Decretos Legislativos que regulen la Ley Penal Militar, Procesal Militar y la llamada Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, al expedir los Decretos Legislativos 1094 que ahora regula la Ley Penal y Procesal Penal Militar y el D.Leg.No.1096 que modifica a la Ley No. 29182, la actual Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial lo cual hace evidente que, al conceptualizar y al ampliar la terminología que está señalada en la Constitución Política del Perú de 1,993, se expresa como Delito de Función a Función Militar Policial, no se estaría adecuando debidamente la Ley Penal y Procesal Penal Militar a la Carta Magna, lo cual genera ambigüedad y confusión que pueda afectar innecesariamente a los justiciables, quienes tienen derecho a las garantías del debido proceso, derecho de defensa, juez natural y a la celeridad procesal que se traduzca en una eficiente y eficaz administración de justicia en plazos razonables que eviten engorrosas e innecesarias contiendas de competencia entre ambos Fueros Militar y Común, al no haberse conceptualizado los términos Fuero Militar y Delito de Función, en las Leyes Penal y Procesal Penal Militar a lo que expresa y gramaticalmente está señalado en nuestra Constitución Política del Perú de 1,993, así como, al continuar como figuras delictivas en el mal llamado Código Penal Militar Policial en el D.Leg.No.1094, las figuras del delito de Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional, tipificado en el Art.133° (Daño Simple en el C.P.), Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio, tipificado en el Art. 134° (Robo Agravado en el C.P.), y Hurto de Material Destinado al Servicio; tipificado en el Art.135° (Hurto Agravado en el C.P.).

El continuar considerando dichas figuras delictivas de naturaleza común en el C.P.M.P., además de que las mismas tienen vicios de inconstitucionalidad, al haber sido declarados su inconstitucionalidad conforme a la STC No.0012-2006-PI/TC, que declaró inconstitucional al Art.142° del anterior Código de Justicia Militar Policial, D. Leg.No.961, que se denominaba, Afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, va a seguir generando innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar, por cuanto, la investigación y juzgamiento de estos delitos deberá hacerse de conocimiento del Fiscal Militar Policial y del Fuero Común, duplicándose las funciones del Fuero Militar y del Fuero Común, que se evitaría si se definiera la competencia y jurisdicción para el procesamiento de estos delitos por el Fuero Común, como por su propia naturaleza corresponde, como ejemplo de ello tenemos los casos ocurridos en los últimos años de robos y hurtos agravados ocurridos en las instalaciones militares y policiales de la ciudad de Lima, donde se roban y sustraen armas, municiones, vehículos, pertrechos militares y otros, que son de notorio conocimiento público, siendo los únicos perjudicados los justiciables y la sociedad en su conjunto, ya que en muchos casos, estos Robos y Hurtos de armamento y municiones militares y policiales, son vendidos a delincuentes integrantes de bandas de crimen organizado, narcotraficantes, terroristas, etc, que por la falta de preocupación del Estado, no da solución a este problema y que se solucionará cuando se deroguen los Arts. 133°, 134° y 135° del C.P.M.P., por ya existir en los Arts.186°, 189° y 205° del Código Penal, D.Leg.No.635, que son delitos de naturaleza común y no estrictamente; de función militar-policial.

1.2.2. Problematización.

a. Tal como se ha señalado en el diagnóstico situacional, se tiene que, la actual Ley Penal Militar-

Policial, normada por el D.Leg.No.1094, vigente desde el 01 de Septiembre del 2010, en la actualidad, no se encuentra adecuada a la Constitución Política del Perú de 1993, en la forma y en el fondo, puesto que, desde su denominación como Código Penal Militar Policial, no coincide, con lo que está prescrito en el Art.173° de nuestra Carta Magna; que a la letra dice:

“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...**”

- b.** De igual manera, en los Arts.III y VIII del Título Preliminar de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, prescritos en la Ley No.29182, modificado por el D.Leg. No.1096, también se refieren a la denominación Código de Justicia Militar Policial, donde se ha agregado el término: Policial, lo cual no coincide tampoco con la denominación que se dá ahora al Código de Justicia Militar, en el D. Leg.No.1094, denominándose, Código Penal Militar Policial, hecho que tampoco ha sido justificado ó fundamentado en la Exposición de Motivos del D.Leg. No.1094, del Código Penal Militar Policial, por lo que, esta nueva denominación estaría en contravención a la Constitución Política del Perú de 1993.
- c.** En el aspecto de fondo, la definición que se hace del delito de función, en el Art.II. del D.Leg. No.1094, del C.P.M.P.; cuando expresa :

“El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar ó un policía en situación de actividad, en acto de servicio ó con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad ó funciones de las Fuerzas Armadas ó Policía Nacional del Perú”.

Se emplea el término **con ocasión de servicio**, el cual conforme al Derecho Militar, este se emplea en el Derecho Previsional Militar, en el D.L.No.19846, Ley de Pensiones Militar Policial; que significa :

“El que por causa externa muera ó quede invalidado como resultado de los servicios que ha prestado con anterioridad en cumplimiento de la misión ó funciones propias inherentes al cargo”.

Esto es, se ha empleado un término que no es apropiado para definir el delito de función lo cual, lo hace confuso é impreciso, contrario a lo que debe ser la definición clara y precisa de lo que es delito de función, conforme a la dogmática del Derecho Penal y de manera específica del Derecho Penal Militar.

- d.** Luego, se aprecia que, en el Libro Segundo de la Parte Especial del D.Leg.No.1094 del C.P. M.P., en el Título VII, se contemplan los Delitos que Afectan los Bienes Destinados al Servicio Militar Policial, en los Arts.133° como Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional, el Art.134° como Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio y el Art.135° como Hurto de Material Destinado al Servicio, que también están contemplados como delitos comunes en el Código Penal Común, normado por el D.Leg.No.635, en los Arts. 205°, como Daño Simple, en los Arts. 188° y 189° del C.P., como Robo Simple y Robo Agrado, y en los Arts.185° y 186° del C.P., bajo las figuras de Hurto Simple y Hurto Agravado las cuales, nuevamente, han sido tipificadas por el legislador del Código Penal Militar Policial en el D. Leg.No.1094, pese a que estas figuras de los Arts.133°, 134°, y 135° del acotado Código, estuvieron contempladas en una sólo figura delictiva, en el Art.142° del anterior Código de Justicia Militar Policial, que estuvo regulado por el D.Leg.No.961, derogado por el D. Leg. No.1094, bajo la denominación de Afectación de los Bienes Destinados a la Defensa, Seguridad Nacional y Orden Interno, el cual por Sentencia del Tribunal Constitucional No.00 12-2006-PI/TC, fué declarado inconstitucional y expulsado de nuestro ordenamiento jurídico

nacional, por tanto, el legislador del Código Penal Militar Policial, no debió volver a tipificarlos de manera independiente para cada figura delictiva, por tener dicha Sentencia la Calidad de Cosa Juzgada, y por tanto, estas deben ser derogadas por una Ley Especial ó mediante un proceso de inconstitucionalidad, promovido conforme al procedimiento establecido en el Código Procesal Constitucional, normado por la Ley No.28237, que se ha propuesto como solución en la presente Tesis.

- e. La imprecisión y la falta de claridad en la definición del delito de función ha generado y sigue generando innecesarias Contendidas de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar, en el período 1980 al 2015, lo cual se repite de manera continúa en las normas legales que han regulado la Ley Penal Militar, tales como, el D.L. No.23214, con el nombre de Código de Justicia Militar (De 1980 al 2006), el D. Leg.No.961, con el nombre de Código de Justicia Militar Policial (Del 2006 al 2010), y en el actual Código Penal Militar Policial, D.Leg.No. 1094, en donde en la Parte Procesal del Libro Tercero, los Jueces del Fuero Militar Policial, han venido promoviendo Contendidas de Competencia con el Fuero Común (Contienda de Competencia por Requerimiento), conociendo de que el hecho ó hechos delictivos cometidos por el personal militar-policial, no son delitos de función militar-policial, invocando el Art. 185° del Código Penal Militar-Policial, que sólo prevé la figura de la Contienda de Competencia por Requerimiento y no contempla la figura de la Contienda de Competencia por Inhibición, lo cual, de haberse contemplado en el actual Código Penal Militar-Policial, habría evitado innecesarias Contendidas de Competencia con el Fuero Común por delitos comunes cometidos por personal militar ó policial, que son de naturaleza común y de competencia exclusiva y excluyente de la Jurisdicción Ordinaria.

- f. Otro hecho que contribuye a la problematización, está referida a la nula ó escasa formación del personal militar-policial, en las Escuelas de Formación de las F.F.A.A. y de la P.N.P. y del propio personal militar-policial, en servicio activo, quienes no saben en su mayoría, los conceptos básicos del Derecho Penal Militar, como son : ¿Qué es el delito de función?, ¿Cuáles son los delitos de función contemplados en el Código Penal Militar-Policial?, ¿Qué es el debido Proceso?, ¿Qué son las Contendas de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar?, ¿Qué es el Juez Natural?, ¿Cuáles son las consecuencias legales que se derivan de la comisión de los delitos de función en la vida profesional del militar ó policía?, etc., lo que conlleva a que continuamente se cometan los delitos de función o los delitos comunes por el personal militar ó policial, con la idea equivocada de que por ser militar ó policía, deben ser juzgados en el Fuero Militar-Policial, lo cual es un error que también alcanza a los propios magistrados del Fuero Militar-Policial, más aún, en la última Sentencia del Tribunal Constitucional No.00022-2011-PI/TC del 8 de Julio del 2015, el máximo intérprete de la Constitución, ha señalado que los delitos de función se dividen en dos grupos: el **delito de función en sentido estricto**, que protege exclusivamente bienes jurídicos del ámbito militar ó policial y el de los **delitos de función en sentido amplio**, referido a tipos pluriofensivos, que implican la lesión simultánea de más de un bien jurídico, que atentan contra bienes jurídico penales castrenses y comunes, lo cual no contribuye a aclarar o precisar la definición del delito de función, haciéndolo más confuso, lo cual conlleva a que los magistrados del Fuero Militar-Policial, planteen innecesarias Contendas de Competencia con el Fuero Común; en perjuicio de los justiciables.
- g. Por último, estamos frente a un Código Penal Militar-Policial, que ha sido objeto de cuestionamiento por 6430 ciudadanos, para que se declare la inconstitucionalidad de 29

delitos de función que se encontraban tipificados en la indicada norma legal, alegando los demandantes que el Código Penal Militar Policial, D. Leg. No.1094, viola las garantías judiciales de la Cosa Juzgada, del Juez Natural, independiencia é imparcialidad de los Jueces que desnaturalizan los delitos de función y autoriza a los Jueces Militares, conocer sobre ilícitos penales de carácter común, mediante una Demanda de Inconstitucionalidad que interpusieron ante el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, mediante el Expte.No 00022 – 2011 – PI/TC, ha declarado fundada en parte dicha demanda, declarando inconstitucionales 16 delitos de función de 77 contemplados en el C.P.M.P., teniendo como antecedente, al anterior Código de Justicia Militar Policial, que estuvo normado por el D.Leg. No.961 del 10 de Enero del 2006, también fue objeto de cuestionamiento por el Colegio de Abogados de Lima, mediante el Expte. No.0012-2004-PI/TC, interpuesta ante el Tribunal Constitucional, para que se declare la inconstitucionalidad de varios delitos de función, de 70 delitos que preveía el D. Leg.No.961, siendo declarados inconstitucionales 38 delitos de función, lo cual significa que, la Ley Penal Militar, no ha estado adecuada a la Constitución Política del Perú de 1993, ni en la forma, ni en el fondo, cambiando su denominación de Código de Justicia Militar, en el D.L.No.23214 (1980), al de Código de Justicia Militar Policial en el D.Leg.No.961 (2006), hasta llegar a la actual denominación de C.P.M.P.(2010), que no se adecúa a la denominación correcta que está señalada en el Art.173° de la Constitución Política del Perú de 1993, que lo denomina como Código de Justicia Militar y en el fondo, viene considerando como delitos de función, delitos de estricta naturaleza común, contemplados en los Arts.185° (Hurto Simple),186° (Hurto Agravado), 188° (Robo Simple), 189°(Robo Agrado), y el Art. 205° (Daño Simple) del Código Penal Común, D.Leg.No.635, bajo las figuras de

Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional (Art.133° del C.P.M.P),Apropiación Ilegítima del Material Destinado al Servicio (Art. 134° del C.P.M.P.), y Hurto de Material Destinado al Servicio (Art.135° del C.P.M.P.), más aún, estos delitos estuvieron considerados en una sola figura delictiva de función, en el Art.142° del C.J.M.P., del D.Leg.No.961, con la denominación de Afectación de los Bienes Destinados a la Defensa, Seguridad Nacional y Orden Interno, que en la Sentencia del Tribunal Constitucional No.0012-2006-PI/TC, fué expulsada de nuestro ordenamiento jurídico nacional y no podía haber sido nuevamente tipificado por el legislador del D. Leg. No. 1094, **por tener la calidad de cosa juzgada**, y por consiguiente, los Arts. 133°, 134° y 135° del C.P.M.P., se encuentran viciados de de inconstitucionalidad, y no deberían ser aplicados por los magistrados del Fuero Militar,para sustentar una Contienda de Competencia a favor del Fuero Militar, contra el Fuero Común, generando innecesarias Contiendas de Competencia entre ambos Fueros.

1.2.3. Problemas a Investigar :

Las interrogantes que expresan los problemas a investigar son los siguientes :

Problema Principal :

¿ Qué factores influyen en la tipificación de los delitos cometidos por el personal militar-policial, y en la determinación del Fuero Competente para juzgar dichos delitos?.

Problemas Secundarios :

- a.** ¿Cuál es la relación entre la aplicación de la Ley Penal Militar-Policial y la determinación del Fuero Competente, para juzgar el delito cometido por el personal militar-policial?.
- b.** ¿Cuál es el nivel de conocimiento que tiene el personal militar-policial sobre la Ley Penal Militar-Policial?.
- c.** ¿Cuál es el contenido del Plan Curricular de las Escuelas de Formación de las F.F.A.A. y

de la P.N.P., con relación a que comprenden cursos sobre la Ley Penal Militar Policial?

1.2.4. Objetivos :

Objetivo Principal :

Determinar los factores que influyen en la tipificación de los delitos cometidos por el personal Militar-policial, y en la determinación del Fuero Competente para juzgar dichos delitos.

Objetivos Secundarios :

- a. Determinar la relación entre la aplicación de la Ley Penal Militar-Policial y la determinación del Fuero Competente, para juzgar el delito cometido por el personal militar-policial.
- b. Determinar el nivel de conocimiento que tiene el personal militar-policial sobre la Ley Penal.
- c. Determinar sí, el contenido del Plan Curricular de las Escuelas de Formación de las F.F.A.A. y P.N.P., con relación a que comprenden cursos sobre la Ley Penal Militar-Policial.

1.2.5. Justificación

- a. Es conveniente realizar la presente investigación porque va a permitir resolver un problema que se viene presentando actualmente entre el Fuero Común y el Fuero Militar en lo referente a las Contingencias de Competencia entre uno y otro que en muchos casos han traspasado la jurisdicción interna, llegando hasta la jurisdicción supranacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos), con el consiguiente desprestigio internacional del Estado Peruano planteando conclusiones y recomendaciones; factibles jurídicamente para su solución.
- b. La presente investigación va a tener relevancia social, por cuanto, explicará de manera clara y precisa el por qué de la necesidad de la existencia de la jurisdicción militar en nuestro sistema

jurídico interno como función jurisdiccional de excepción e independiente del Poder Judicial como se encuentra debidamente señalada y precisada en la Constitución Política del Perú de 1,993, por lo que, la organización y estructura de la Justicia Militar tiene sus propia naturaleza y características diferentes a la del Poder Judicial y del Ministerio Público (Ejm: Los Jueces y Fiscales del Fuero Común son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura y los del Fuero Militar los nombra el Presidente de la República, para el caso de los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial y para los demás Jueces el Tribunal Supremo Militar Policial de igual forma se hace para el nombramiento de los Fiscales del Fuero Militar).

c Para ello,es necesario que la propia denominación del Código Penal Militar Policial regulado en la actualidad por el D.Leg. No.1094 del 31 de Agosto del 2010, se adecúe a nuestra C.P.P. de 1993, puesto que, en la Carta Fundamental del Estado, se precisa que dicho Código no se denomina, Código Penal Militar Policial,sino su denominación es Código de Justicia Militar, tal como se encuentra expresado en el Art. 173° de la C.P.P. y que el Fuero respectivo es el Fuero Militar y no el Fuero Militar Policial, esto se justifica porque, conforme al Art.51° de la C.P.P. prescribe sobre la jerarquía normativa de las normas legales, la Constitución prevalece sobre toda norma legal, la Ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Luego, es necesario que todo cambio en la denominación del Código de Justicia Militar por otro, debe estar debidamente expresado en la Exposición de Motivos de la Ley Modificatoria, para que en ella se fundamente las razones, doctrinarias, jurídicas, sociales ó legales, justifican dicha modificatoria, lo cual para el caso del D. Leg. No.1094 que ha denominado Código Militar Policial al Código de Justicia Militar, no se ha dado, más aún no existe una Ley Específica que haya reformado el Art.173° de la C.P.P de 1993, que haya modificado las denominaciones : Delito de Función por Delito de Función Militar Policial, Código de Justicia Militar por Código

Penal Militar Policial, Fuero Militar, por Fuero Militar Policial, por tanto, no estarían adecuadas dichas denominaciones al Art. 173° de la C.P.P. de 1993 y contravendrían el Art. 51° de la Carta Fundamental del Estado.

d Otras figuras delictivas que requieren ser adecuadas a la C.P.P. de 1993, por no ser propiamente delitos de función militar ó policial, sino que son delitos comunes; son los siguientes:

-Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional, tipificado en el Art. 133° del C.P.M.P., esta figura delictiva está tipificada como delito de Daños en el Art. 205° del Código Penal; D. Leg. 635.

-Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio, tipificado en el Art. 134° del C.P.M.P. esta figura delictiva está tipificado como delito de Robo Agravado en el Art. 189° Código Penal; D. Leg. No. 635.

-Hurto de Material Destinado al Servicio, tipificado en el Art. 135° del C.P.M.P, esta misma figura delictiva, está tipificado como Hurto Agravado en el Art. 186° del Código Penal, D. Leg. No. 635.

e Dichas figuras delictivas del delito de función militar – policial, anteriormente fueron expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 0012-2006-PI/TC, recaída en la Demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el anterior Código de Justicia Militar, el D. Leg. No. 961, la cual declaró inconstitucional el Art. 142° del mismo, que tipificaba el delito Afectación de los bienes destinados a la defensa, entre otras conductas ilícitas, apropiarse ilícitamente ó sustraer total o parcialmente, armas, municiones, combustibles, carburantes, vehículos, etc., sin embargo, el legislador del D. Leg. No. 1094, no ha tomado en cuenta que la STC 0012-2006-PI/TC, tiene calidad de **Cosa Juzgada**, correspondiendo la derogación de estas figuras delictivas mediante una Ley Especial que las derogue ó se demande su inconstitucionalidad de conformidad al

proceso previsto en el Código Procesal Constitucional; Ley No.28237.

1.2.5. Delimitación

- Criterio Temporal : En la actualidad.
- Criterio Espacial : En el ámbito de jurisdicción del Distrito Judicial de Lima, del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, Tribunal Supremo Militar Policial y de la Sala Penal de la Corte Suprema con Sede en la ciudad de Lima.
- Sector Social : Personal Militar y Policial que se encuentran con proceso judicial en giro ante el Fuero Militar y el Fuero Común y personas constituídas como actores civiles en procesos judiciales ventilados ante ambos Fueros que se han visto perjudicadas con las contiendas de competencia. Abogados de reconocido prestigio profesional que han patrocinado causas contra el personal militar ó policial ante el Fuero Militar o Común que han experimentado la lentitud de estos procesos, en perjuicio de sus patrocinados y personal militar y policial en situación de actividad o de de retiro con conocimiento del tema.

1.2.6.Limitaciones en la Investigación.

No se encontraron limitaciones en el diseño, pero sí en el desarrollo de la investigación, sin embargo estas no fueron insuperables, pese a no contarse en el mercado bibliográfico en la ciudad de Lima con obras o Tratados de Derecho Penal Militar de manera suficiente, se pudo conseguir algunas obras bibliográficas en la Biblioteca del Tribunal Supremo Militar Policial y del Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar del Fuero Militar Policial, con sede en esta ciudad, información sobre los casos emblemáticos donde ha habido contiendas

de competencia entre el Fuero Común y el Militar (Casos Chavín de Huántar, Leonor La Rosa, Barrios Altos, La Cantuta, etc), opiniones de Abogados Especialistas en Derecho Penal Militar, información sobre el Plan de Estudios ó Curricular de las Facultades de Derecho de las principales Universidades Nacionales y Particulares que forman a los futuros Abogados en el país como son, entre las Nacionales: la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Federico Villarreal, entre las Particulares: la Universidad Católica del Perú y la San Martín de Porres.

CAPITULO II MARCO HISTÓRICO Y TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Referencias históricas del origen de la Justicia Militar en el Mundo y en el Perú.

Para conocer la etiología de los fenómenos objeto de estudio, es necesario ubicarlos dentro del contexto histórico en que se desarrollan y a la vez profundizar en los antecedentes y evolución histórica de las instituciones y conceptos que subyacen en el tema de investigación. Así se ha tenido por conveniente comenzar la investigación indagando sobre el origen histórico y evolución de los alcances conceptuales de las Instituciones Jurídicas que forman la base teórica de las variables de estudio: Jurisdicción, Justicia Militar, Fuero Militar, Delito de Función.

En Roma, cuna de la civilización universal, es por excelencia el origen de casi todas las instituciones jurídicas modernas, en la época de la República, durante su primera etapa denominada aristocrática, y luego que el pueblo arrancara todos los poderes a la monarquía, dividiéndose todas sus atribuciones y funciones, entre los funcionarios públicos, denominados Magistrados, surgen las Magistraturas, que eran cargos gratuitos, elegibles y honoríficos.

Precisamente una de esas Magistraturas que en principio sólo fueron ejercidas por los patricios, reservaba para sí la atribución de los pretores, atribución muy especial y diferente del “imperium” y la potestas que ejercían otros magistrados y también el praetor: la “jurisdictio”.

Aunque en un principio el pretor fue llamado “iudex”, y actuaba como tal, la “jurisdictio”, fue más tarde el término propio para designar sus funciones, atribución que conservó posteriormente de modo habitual, no obstante la división de poderes entre magistrado y juez

5 SANTA CRUZ TEIGEIRO, José, “Derecho Romano Clásico”, Trad. de la Edic. Inglesa, Casa Editorial, Barcelona, 1960; pág. 13.

El pretor ejercía la “jurisdictio”, generalmente publicando al inicio de su magistratura sus edictum, que eran fórmulas según las cuales él admitiría o no un “iudicium”, también actuaba de acuerdo a su criterio dando lugar al nacimiento del “ius honorarium”.

Mas tarde, se tuvo como regla general que la “jurisdictio” y la “judicatio”, no se daban en la misma persona, pues la primera se otorgaba a un magistrado por excelencia, el pretor, y la segunda, se daba a una o varias personas, escogidas por las partes con la aprobación del magistrado en caso de materias penales, tratándose de delitos privados, “delicta privata”, (hurto, homicidio, daño), a quienes se denominaba jurados; y en caso de delitos públicos, “delicta publicum” (traición a la patria, falsificación de moneda, abuso de poder), el magistrado llamado questor.

En materia civil los ciudadanos comunes escogidos como “iudex” ó “arbiters”, para dictar sentencia, lo hacían con las indicaciones del pretor, generalmente ciñéndose a “fórmulas” y generalmente con ayuda de los “juristas”.

La jurisdicción fue ejercida además por los “cónsules”, en las regiones lejanas a las que eran enviados, en los que a la par del mando del ejército, administraron justicia civil y comercial, por los “tribunos”, por los “aediles”, “curules”, “cura urbis”, con funciones municipales, quienes administraban justicia en los mercados.

En la época del Imperio ubicada entre los años 27 a. c. y 235 d.c., etapa del principado, el príncipe reemplazó a los magistrados republicanos por diversos funcionarios, nombrándose a los “praefectus praetoriae”, con funciones inicialmente militares y luego políticas. Asistían a todos los juicios en que intervenía el emperador, esto era en los juicios criminales y operaban como Tribunal de Apelación de los gobiernos y provincias, los “praefectus urbis”, que eran

gobernadores de la ciudad, ejercían funciones civiles y criminales y conocían como Tribunal de Apelación de Tribunales de Menores.

La “jurisdictio”, estaba pues referida a la potestad de un funcionario especial llamado pretor, de decidir sobre el Derecho (iuris dicere) ó “decir el derecho”, de un actor para presentar una causa o llevar un asunto a juicio, pudiendo ser causas civiles o penales. Esta era ejercida por representantes del poder soberano del Estado, del cual era manifestación aquella.

Puede apreciarse también la idea de jurisdicción, como una facultad para “decir el derecho” dentro de una determinada circunscripción territorial o de acuerdo a la importancia o gravedad del caso, pero ésta es más bien una noción vaga, imponiéndose aquella referida a la facultad de un determinado funcionario público, para definir el derecho de acción, no de declararlo, siendo esta última, una facultad de los “iudex arbiters”.

A raíz de la conquista regirían en nuestro país las ordenanzas españolas sobre la materia. En la etapa colonial tuvieron vigencia, por ejemplo, las de 1,728 que regulaban las facultades del Auditor de Guerra, o aquellas dadas por Su Majestad Fernando VI para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército del año 1,768, cuyo octavo tratado comprendía las normas del derecho penal y procesal penal militar.

Roma fue una sociedad que se distinguió por sus conquistas y victorias militares, pero la función militar fue considerada como uno de los primeros estamentos de la carrera de funcionario público, a través del cual el ciudadano común podía ascender a los puestos de gobierno. Se estableció la llamada **carrera de los honores**, que comenzaba con el ejercicio del **Tribunado Militar**, Comandante o Jefe de las Legiones, que partía a las guerras de conquista y que en el campo de batalla tenían todas las atribuciones de los cónsules. La Lex Villa dictó

las primeras normas al respecto, estableciendo requisitos de edad y la **“Lex Cornelia Magistratibus”**, dictada por Sila en el año 81 a.c. estableció en forma definitiva el **“Ordo Magistratum”**.

Después de haber cumplido su deber como **“Tribuno Militar”** y habiendo alcanzado los 27 años, el ciudadano podía ocupar el cargo de **“cuestor”**, posteriormente a los 40 años el **“consulado”**, que era la magistratura con la que culminaba la **“carrera de los honores”**.

Las Magistraturas se otorgaban a quienes hubieran destacado por sus méritos militares debido a la clase de sociedad eminentemente conquistadora que era la romana, pero no existía carrera militar propiamente dicha, sino que con excepción del Tribunado Militar, cuya función era eminentemente militar, el mando militar era una más de las atribuciones de los **“magistrados mayores”**, como el cónsul, pretor o dictador, por lo mismo, no existieron tribunales de justicia especiales para militares, pues más bien, el Magistrado, con atribuciones políticas y militares, administraba justicia en forma ordinaria para militares y civiles.

La concepción romana de fuero o **“fórum”**, estuvo relacionada directamente con la idea de competencia, pues la asignación de causas o litigios a los magistrados, estaba determinada por distintos criterios, teniéndose en cuenta, la naturaleza de la relación jurídica, la conveniencia económica de los litigantes, la extensión del territorio, el valor de la cosa litigiosa, etc. tenía que ver con la clase de función que desempeñaba cada magistrado con relación a la organización jerárquica de la magistratura.

Las reglas romanas, conferían al demandante la posibilidad de escoger para plantear su causa, entre el lugar de origen o lugar de domicilio del demandado, **“fórum originis”**, y **“fórum domicilii”**, aunque a veces la ley concedía a ambas partes la facultad de disposición del Fuero,

“**fórum prorrogatium**”, esto es, existieron fueros especiales que no implicaban privilegio, sino reglas especiales para determinar la competencia del Magistrado que debía conocer del litigio fueros establecidos según la clase de relación jurídica de que se tratase, así se habla de los “**fórum solutionis**”, “**fórum destínate solutionis**”, que aludía a la competencia del Magistrado donde debía cumplirse la obligación, “**fórum contractus**”, lugar del contrato, “**fórum delicti comisi**”, lugar de comisión del delito, se tiene entonces que en el mundo romano, la idea de Fuero, alude a la noción de Tribunal Competente, pero de modo alguno refiere idea de privilegio en el juzgamiento por sus pares, ni a privilegio alguno, sino a reglas de competencia.

En los años 284 a 305 d.c. en que Dioclesiano dividió el Imperio Romano en dos; el Imperio de Occidente y el Imperio de Oriente, debilitó la cultura y la organización de la sociedad romana, el Imperio de Occidente, se vió invadido por una serie de grupos étnicos, unos provenientes del norte de Europa y otros tan lejanos como los hunos, provenientes de China, llegando a imponerse el Rey de los Godos, Teodorico como gobernante, quien trató sin éxito de reorganizar el Imperio Romano, empresa en la que también fracasó posteriormente Carlo Magno; Rey de los Francos. El mundo occidental, llegó así a la llamada Edad Media, con un panorama de desorganización y confusión, sobre todo en cuanto al Derecho y su aplicación, pues habiéndose establecido que las leyes deberían ser dadas por los legisladores y que a los jueces era sólo dado aplicar dichas leyes y no como se hacía en Roma antigua, que los magistrados determinaban el Derecho aplicable, se creó divergencia entre los estudiosos, respecto a si la actividad jurisdiccional consistía solo en aplicar la norma, o también en crearla.

Una característica propia de esta época, sobre todo a partir del año 1,000 d. c. es que las constantes invasiones, ocasionaron que cada pueblo, organizara su propia seguridad, debilitándose el poder imperial y surgimiento de la Administración de Justicia Local, mediante la “**Corte**

Feudal”, pasando así la jurisdicción como potestad de la Administración de Justicia a manos de las autoridades locales.

En muchos pueblos hubo retroceso, por desprecio a la tradición romana, por tratarse de una cultura no cristiana, por ejemplo en el pueblo germano, donde se practicaron las llamadas “**ordalías**”, o juicios de Dios, a través de los cuales se buscaba una señal divina, que indicara cual de los litigantes tenía la razón, introduciéndose pruebas atroces, como el soportar fuego sobre la piel o la inmersión bajo el agua, pruebas de las cuales se debía salir airoso, para demostrar inocencia o razón en el litigio, posteriormente la iglesia Cristiana prohibió estos juicios.

Por otro lado Britania que también había sido provincia ocupada por Roma, pasa después de muchas invasiones a ser gobernada por los normandos y tuvo también evolución en su concepción de proceso y jurisdicción, así en 1215, los señores Feudales arrancaron al Rey Juan Sin Tierra, la llamada Magna Carta, documento en que se establecía como privilegio de los señores Feudales, el de no ser juzgados por el monarca, sino por sus iguales, a la par se consolidó el “**common law**” a través de la compilación de precedentes judiciales. Los Tribunales de la Santa Inquisición, se establecieron en Roma hacia el 1250 d.c. y en España fue establecido en 1480 por los Reyes Católicos, es en esta etapa, en que la jurisdicción como potestad para administrar justicia, comienza a ejercerse en Cortes Judiciales y ya no es una atribución exclusiva del monarca. Asimismo, se observa que los súbditos van adquiriendo a través de las llamadas “**Cartas Reales**” una serie de privilegios o “**fueros**”, a través de “**Declaraciones de Principios**”, el establecimiento de reglas para que el súbdito fuera juzgado por sus iguales, como fue el caso de Inglaterra.

Es importante recalcar que es en España donde tienen su nacimiento los llamados Fueros, como instituciones que encerraban privilegios para aquellos a favor de quienes se daban. De la fusión

del Derecho Romano con el Derecho Germano nació el “**Fuero Juzgo**”, o libro de los jueces que destacó algunos Derechos Humanos y la sujeción de la función jurisdiccional al monarca.

Con la invasión árabe, cuyo posterior dominio se prolongó por casi un milenio, el **Fuero Juzgo**, cayó en desuso, pero luego de la reconquista por ser un documento tradicional, reflejo de la vivencia jurídica anterior a los árabes, este texto tuvo nuevamente vigencia como **fuero municipal** y así continuó aún en la época de las “**Recopilaciones**”.

Pero durante los siglos siguientes y en el afán de lucha por la expulsión de los musulmanes por los cristianos, nacieron con matices propios en los distintos lugares de la península ibérica, diversos sistemas locales que luego se transformaron en regionales y constituyeron las bases del Derecho Español. Expresión de este Derecho fueron las “**Cartas Pueblas**” y los “**Fueros**”, que alcanzaron vigencia a partir del siglo XI d.c. Las Cartas Pueblas, eran documentos expedidos por los reyes a pedido de las poblaciones, en ellas se fijaban normas políticas, administrativas y regímenes de Administración de Justicia. Los Fueros, eran cuadernos o cartas expedidas por los gobernadores o Señores a los vecinos de una ciudad o villa, que comprendían diversas leyes de Derecho Público, Penal o Civil, así el **Fuero Viejo de Castilla** o el **Fuero de León**, pero más propiamente, se dió el nombre de Fuero a todo Derecho proveniente del Rey y fue sinónimo de privilegio y de exención. También se usó el termino Fuero, ya sea en singular o plural, para comprender el conjunto de “normas de su Derecho”, o través del cual se reconocían los privilegios legales de determinadas poblaciones o grupos sociales, o también se nombraba así al texto, donde se recogía por escrito el Derecho de un lugar ⁶.

⁶ IBAÑÉZ CARRANZA, Luz Del Carmen. “Delitos de Función de Militares y Policías – Atipicidad y Efectos”, Lima, 2003, pág. 37.

Así por ejemplo, **los Fueros Municipales**, constituyeron el conjunto de reglas o normas, que regulaban la vida municipal, otorgadas por el Rey o señor de la localidad, otras veces **la Carta Puebla** del lugar sirvió de base para la redacción del Fuero. Se dice que el primer Fuero fue el de CASTROJERIZ, en el siglo X y posteriormente aparecen los Fueros de Cuenca y de León.

Nace así el Derecho Foral, que contenía todo tipo de prescripciones pero que en especial conferían garantías individuales y limitaciones al poder del Monarca, considerando los principios de libertad y respeto a la propiedad.

Importa a esta investigación, destacar que además de los Fueros Locales, aparecieron: **“Los Fueros Procesales”**, que se aplicaron en razón de las personas, convirtiéndose en Fueros de Naturaleza Personal, entre los que cabe mencionar el **“Fuero Viejo de Castilla”**, que fue dedicado a favor de los nobles de ese reino. Este es, quizá el antecedente histórico más concreto de las instituciones Fuero y Fuero Militar, tal como hoy las conocemos.

Siendo éste el origen de los Fueros, con el tiempo sin embargo, ésta institución se convirtió en el instrumento ideal de los reyes y señores, para otorgar privilegios y prebendas a los súbditos o subordinados en prenda de tal o cual servicio o servidumbre. Los Fueros llegaron así a excluir a millares de personas, de los efectos igualitarios de la Ley o Derecho estatal, hasta que la excepción llegó a convertirse en regla.

España se hallaba así formada por extrañas cofradías, que participaban de un régimen especial más o menos excepcional y de restos de población que se hallaban sometidos a las jurisdicciones comunes, España era una comunidad de sectas encerradas cada una en sus propios reglamentos concepto del cual no escapa el denominado, **“Fuero Militar”** 7.

Se precisa pues que, en la época comprendida entre la caída del Imperio Romano de Occidente

7 Ibid. pág. 38

hasta la Revolución Francesa, hubo una evolución de la Institución Jurisdicción, la que es entendida como una facultad de administrar justicia dejándose para los legisladores, la atribución de crear leyes con la excepción de los pueblos de influencia británica, donde los fallos judiciales se convirtieron en la fuente más viva de creación del derecho. La jurisdicción fue ejercida durante la etapa medieval por las nacientes ciudades o villas, posteriormente al inicio del Renacimiento, los monarcas recuperan fuerza y con ella la atribución de la jurisdicción, la que nuevamente es trasladada a las poblaciones agrupadas en villas a través de los denominados Fueros.

Por su parte la institución del Fuero, sobre todo en España, fue sinónimo de privilegio, de tratamiento jurídico especial, instituyéndose los fueros procesales o personales, es decir en razón de la clase o calidad de persona que se era. La iglesia adquiere jurisdicción sobre una serie de asuntos que ella calificaba de relacionados con los asuntos espirituales y administra justicia penal a través de los tribunales llamados del Santo Oficio. En la etapa moderna, los nacientes Estados arrebatan el poder jurisdiccional a los emperadores, monarcas y a la iglesia, aunque subsistió el régimen de los fueros, sobre todo en el ambiente de influencia español.

Se ha dicho antes que, durante el Imperio Romano (época del imperio y república), no se conoció el fuero militar como una jurisdicción privilegiada de administración de justicia, más aún hasta la época medieval no se distingue el concepto de fuero, más bien en las postrimerías del Imperio, el Rey Constantino mandó expresamente que los militares fuesen juzgados en los negocios civiles por jueces ordinarios, sin embargo, los emperadores HONORIO y TEDOSIO II, habrían sido los primeros en permitir que los militares fuesen citados en asuntos civiles ante un **“magíster militum”** aunque esto era facultativo de los demandantes, pero esta disposición tuvo poca duración y más bien tres años más tarde, se prohibió bajo pena de muerte, obligar a un paisano a comparecer ante un Magistrado Militar, como actor o demandado.

Los reyes Teodosio y Valentiniano dejaron en las provincias a los militares bajo la jurisdicción de sus jefes. Anastasio, adoptó la misma regla pero disponiendo que compareciesen ante los jueces ordinarios, para los actos que no perteneciesen al Estado o profesión militar.

Finalmente, Justiniano se pronunció a favor de la milicia imponiendo a Italia la disposición mencionada, la que se extendía a las provincias, entre ellas Hispania. Al caer el Imperio Romano y con el advenimiento de la monarquía GODA en España, se instituyeron los llamados **“tiufados”** que ejercían la jurisdicción militar, siendo jefes de graduación de la milicia, que añadieron a esta jerarquía la de **“jueces ordinarios del ejército”**, sea que se encontrasen en campaña, o que residieran en las ciudades o presidios como gobernadores militares. Los **“tiufados”** desempeñaban la judicatura con la ayuda de asesores o tenientes, con cuya cooperación dictaban los veredictos.

Posteriormente, se advierte en el ejército un administrador de justicia con el nombre de Auditor General, dicho funcionario distribuía en las zonas donde acampaban las tropas a subdelegados independientes de aquel, en quienes el Capitán General depositaba o delegaba el ejercicio de su jurisdicción. Conocían estos funcionarios, todas las causas civiles y criminales, de los que gozaban del **“fuero militar”**. La primera Ordenanza acerca de su autoridad la expidió el Rey Felipe II, en Aranjuez, el 9 de Mayo de 1587.

Bajo el reinado de Felipe IV se dió a conocer la Ordenanza del 28 de Junio de 1652, que regulaba la jurisdicción de los auditores en todas las causas civiles y criminales, y en este estado permaneció la Jurisdicción de Guerra, hasta que Felipe V, por Ordenanza de Flandes del 28 de Diciembre de 1701, concedió a todos los tercios y regimientos de las tropas de Infantería, Caballería y Dragones naturales y extranjeros, el **“Consejo de Guerra de Oficiales”**, competente para juzgar todos los delitos militares.

El 6 de Diciembre de 1868, se expidió el Decreto Ley, sobre Unidad de Fueros, el que en su Art. 1º atribuye a la justicia ordinaria, competencia única para el conocimiento de los negocios comunes civiles y criminales de los aforados de guerra de todas las clases, de retirados del ejército, de sus mujeres, hijos, criados, aunque estén en servicio activo, estableciendo en sus Arts. 4º y 6º, las excepciones a esta regla general.

En la Edad Contemporánea, la Revolución Francesa y la Declaración de la Independencia de los E.E.U.U., de Norte América, han tenido repercusión en el Derecho, pues el primero busca la igualdad ante la Ley, por lo que se arrebató la jurisdicción a la monarquía y se establece la elección popular de los jueces, se prohíben los tribunales ad hoc, mientras que el segundo, provocó la expedición del llamado **“Bill of Rights”** (1776), que separó a la iglesia del Estado y le quitó así también jurisdicción. A partir de 1800 se inició una era de gran inquietud codificadora, con el Código Napoleónico de 1808 y, el Código de Procedimientos Penales, surge en Alemania el Derecho Procesal como ciencia; gracias a las discusiones en torno a la acción.

Esta época se caracterizó por la total sujeción al Estado de la Función Jurisdiccional, eliminándose en casi todos los países el llamado **“Fuero Penal Eclesiástico”**, también se dió el tránsito claro del acusador privado al acusador público, hay una diferenciación clara entre los tribunales civiles y penales y, en general se da una idea más social de la administración de justicia, con preocupación por el respeto a los Derechos Humanos.

Es interesante constatar que las dos últimas conflagraciones mundiales, dieron lugar a la formación del llamado **Derecho Humanitario**, destinado a proteger jurídicamente a las víctimas de las guerras, así como, a penalizar los llamados **“Crímenes de Guerra”**, ó **“Crímenes en contra de la Paz”**, cuyo juzgamiento se ha llevado a cabo por Tribunales Militares Internacionales, que han asumido

Jurisdicción Internacional, así tenemos, los famosos “**Tribunales de Nuremberg y de Tokio**”, formados en esencia para juzgar a elementos militares que cometieron crímenes masivos ó genocidios; durante la II Guerra Mundial.

De otro lado, la actual tendencia del Derecho Penal Mundial, viene penalizando los llamados “Crímenes de lesa humanidad” ó “Crímenes contra la humanidad”, para sancionar a gobernantes y criminales que atentan contra los más elementales Derechos Humanos: la vida, la integridad física o que generalmente para perpetuarse en el poder realizan políticas de exterminio de los grupos opositores a sus ideas, haciendo de estos atentados delitos imprescriptibles, para cuyo juzgamiento se establece una Jurisdicción Internacional, ya sea través de Tribunales Penales Internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia, o el de Ruanda, que funciona en la Haya-Holanda, o la naciente Corte Penal Internacional, de Jurisdicción Mundial. Asimismo, se propugna la jurisdicción supranacional de cualquier país que sea signatario de los Tratados respectivos, para juzgar estos gravísimos delitos, a fin de que no queden impunes. Ilustra el caso acaecido con el ex – gobernante chileno Augusto Pinochet, a quien el Juez español Baltazar Garzón, le abrió proceso en España, imputándole haber dado muerte a ciudadanos españoles en Chile, hecho ocurrido durante los años de su gobierno, solicitando su extradición a Inglaterra, donde dicho ex – gobernante se encontraba circunstancialmente, siendo detenido por las autoridades inglesas para resolver la petición del Juez español. Para esos casos, hay una afirmación del Derecho y Jurisdicción Internacionales, sobre los Derechos Nacionales, respaldada por la Organización de las Naciones Unidas y la voluntad global de la humanidad.

En Perú, a raíz de la conquista regirían en nuestro país las ordenanzas españolas, en la colonia tuvieron vigencia, por ejemplo, las de 1728 que regulaban las facultades del Auditor de Guerra ó

aquellas dadas por su majestad Fernando VI, para el gobierno, disciplina y subordinación del Ejército del año 1768; su octavo tratado contenía normas de derecho penal y procesal penal militar.

Ramón Castilla en el Decreto del 06 de Agosto de 1846 hace expresa referencia como fuente normativa a la Real Orden del 25 de Setiembre de 1764, para decretar que los jueces de primera instancia y los escribanos públicos del fuero común que desempeñaban funciones de auditores de guerra, gozarían del fuero de guerra por el tiempo que sirvieron en tales cargos.

Situación similar es la ocurrida en la circular del 3 de Abril de 1846 destinada a impedir la aplicación del fuero de guerra a los miembros de las Fuerzas Armadas involucradas en indebidos manejos de la hacienda pública. En esta circular se señalaban como fuentes normativas y de interpretación, normas de los tiempos de la colonia como el artículo 84° de las Ordenanzas de Intendentes, los reales decretos de 1793 y la Real Orden de 1795.

No obstante, es de destacar, como un intento de regular la justicia militar exclusivamente por normas republicanas, el decreto del 25 de Mayo de 1845, a través del cual se negó validez a las ediciones de la Ordenanza General del Ejército posteriores a 1810 y se ordenó la elaboración de un Proyecto de Ordenanzas Militares, para lo cual se señaló las materias que regularía. Sin embargo, dicho Proyecto no fue tomado en consideración.

En lo que se refiere a la regulación constitucional de la materia, tenemos un antecedente la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por Fernando VII en Marzo de 1812, dado que normaba tanto en territorio español como en sus colonias. El Art. 250° de dicho texto constitucional estipulaba: “Los militares gozarán también de un fuero particular en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere”⁸. En la etapa republicana se mantuvo la vigencia de las Ordenanzas españolas. El Gral. San Martín en el Reglamento Provisional de 1821

⁸ DONAYRE MONTESINOS, Christian, “La Reforma de la Justicia Militar”, Lima, 2004, pág. 54.

señaló en su Art.15°: la Capitanía General debe conocer asuntos de infidencia, traición, espionaje, entre otros. Asimismo, el Art. 18° del mismo Reglamento consagró la vigencia de todas las Leyes, Ordenanzas y Reglamentos que no se encuentren en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de Setiembre de 1,820, y con lo establecido en el mismo Reglamento Provisional de 1,821.

El Art.1° de la Sección Última del Estatuto Provisional de 1,821, señala en la misma línea de lo formulado en el Reglamento Provisional, que se mantienen vigentes todas las Leyes que regían en el antiguo gobierno, siempre que no se opusieran a la independencia del país, a las normas de este Estatuto y a los decretos y declaraciones que emita el gobierno vigente.

En 1,822, el Congreso creó un Juzgado especial llamado “Tribunal de Seguridad Pública” para que se encargue de sancionar los delitos de traición, sedición e infidencia. En el Art.121° de la Constitución Peruana de 1,823 se estableció la permanencia de las leyes anteriores, es decir, en su mayoría las ordenanzas españolas, hasta que no se den los respectivos ordenamientos civil, criminal, comercial y militar.

En las Constituciones de 1,826 y 1,828 se mantuvo el tratamiento de esta materia por las disposiciones anteriores a su vigencia y que no se opongan. El 17 de Diciembre de 1,832 se dictó una “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 la Constitución de 1,834 se consagró la existencia del Consejo Supremo de Guerra. Luego en 1,839, con el Decreto del 2 de Noviembre, se le reconoció a la Suprema Corte la competencia para conocer los recursos de nulidad que se interpongan contra las resoluciones

de la jurisdicción militar. El Decreto del 3 de Diciembre de 1,852, estableció que los militares ad honorem gozarían del fuero de guerra.

Seguidamente, la Justicia Militar en el Perú, vino siendo reconocida en el Art. 139° de la Constitución de 1,856 entendiéndosela como Tribunal Privativo, lo mismo vendría a ser luego contemplado en la segunda disposición transitoria de la Constitución de 1,867. En la Constitución de 1,860 también se hacía referencia a la jurisdicción militar en su Artículo 119° y en el Art. 136°. Sin embargo, lo relevante es que no existía aún una codificación específica sobre la materia.

Va a ser en el año 1,863, durante el gobierno del General Juan Antonio Pezet, que se va a nombrar con fecha 19 de Enero, una Comisión Bicameral encargada de elaborar un Código Militar. La propuesta de Código fue sometida en Enero de 1,865 a la aprobación del Congreso, lográndose ello a través de la Ley del 14 de Enero del mismo año. Su promulgación y vigencia surtiría efecto a partir del primero de Enero del año siguiente.

Luego, en 1,878 se formó una Comisión presidida por el General Manuel de Mendiburo para elaborar un proyecto de Código de Justicia Militar, pero ello quedó en un simple proyecto por el surgimiento de la guerra con Chile. Necesario es hacer notar que el Estatuto Provisorio de 1,879, cuando Nicolás de Piérola era Jefe Supremo de la República, establecía en su Art. 8° los lineamientos de la Justicia Militar, los mismos que, eran bastante amplios.

Durante el gobierno de este último se produjo, además una reorganización del Ejército, lo cual involucró, entre los proyectos, un estudio y propuesta de legislación militar. Esta tarea le fue confiada a una misión militar francesa dirigida por el Coronel Pablo Clement. El 25 de Mayo de 1,897 éste presentaría su “Informe sobre la legislación militar, administración del Ejército

y Reglamentos Militares”. En él se recomienda el nombramiento de comisiones para que se encarguen de preparar los proyectos legislativos relativos a materias que incumben al Ejército.

A través del decreto del 20 de Setiembre de 1,897 se nombraron tres comisiones, presididas las tres por Pablo Clement. El Código Penal Militar francés modificado y reglamentado hasta el 31 de Agosto de 1,878 y el Código Español de Justicia Militar de 1,890 sirvieron de fuente legislativa para el proyecto de Código de Justicia Militar que fue presentado ante el despacho de guerra y marina el 19 de Julio de 1,898. Luego, va a ser por medio de la Ley del 20 de Diciembre de 1,898 que entraría en vigencia el primer Código de Justicia Militar, eso sí 30 días después ya que ese es el lapso de *vacatio legis* que estableció la mencionada Ley. Este Código tendría una vigencia de cuarenta años y agruparía en un solo cuerpo normativo las faltas militares, los aspectos sustanciales y adjetivos del derecho penal militar, así como la organización de los tribunales castrenses.

Luego, vendría el Código de 1,939, aprobado por la Ley No.8991 del 16 de Octubre de ese año el cual se dictó durante el gobierno del General Benavides en ejercicio de las facultades legislativas delegadas.

El Código de Procedimientos Penales del año 1,940 en su artículo 10º se limitó a señalar que “la instrucción y el juzgamiento de los delitos que (...) por la condición personal del agente sea objeto de leyes especiales, caerán bajo la jurisdicción (...) de los Tribunales de Guerra, Militares, Navales o de Policía, según los casos, consagra la judicatura castrense como fuero personal.

En el año 1,917, se emite la Ley No.2442 con fecha 3 de Setiembre, ella se encargó de reducir

el margen de actuación de los jueces castrenses exclusivamente a los militares y por infracciones en que incurran en actos de servicio reguladas en el Código de Justicia Militar.

Es de destacar la Constitución de 1,920, en tanto que fue la primera en establecer en su Artículo 156°, el límite competencial de la justicia castrense respecto de los civiles en tiempo de paz. La Constitución de 1,933 se limitaría a remitir a la Ley tanto la organización de estos tribunales, como sus atribuciones.

El Código de Justicia Militar de 1,939, fue sustituido por el de 1,950, durante el gobierno de Manuel A. Odría y se dictó a través del Decreto Ley No. 11380 del 29 de Mayo de 1,950 y fue ratificado por el Congreso por la Ley No. 11490. Posteriormente, vendría el Código de 1,963 aprobado por el Decreto Ley No. 14613 del 25 de Julio de 1,963, y sería derogado por el de 1,980. A través del Decreto Ley No. 14612, también del 25 de Julio de 1,963, se promulgó la primera Ley Orgánica de Justicia Militar, durante la Junta Militar de Gobierno presidida por el General Nicolás Lindley. Finalmente, el 19 de Julio de 1,980 el gobierno militar de Francisco Morales Bermúdez dicta el Decreto Ley No. 23201 que regula la Ley Orgánica de Justicia Militar y el 24 de Julio se publica el Decreto Ley No. 23214, el Código de Justicia Militar, que estuvo vigente hasta su derogación parcial por el D. Leg. No. 961 Código de Justicia Militar Policial que entró en vigencia el 12 de Enero del 2,006, durante el gobierno del Presidente Alejandro Toledo y este Código de Justicia Militar Policial, estuvo vigente hasta la entrada en vigencia del D. Leg. No. 1094 con la denominación actual de Código Penal Militar Policial, en el año 2010, durante el gobierno del Presidente Alan García Pérez.

En la Constitución de 1,979, en el Art. 282°, se estableció como competencia del Fuero Militar, los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales,

y su sometimiento al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no eran aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el Art.235°, quienes infringían el Servicio Militar Obligatorio, estaban sometidos al Código de Justicia Militar. 10.

En la actual Constitución Política de 1,993, en el Art.173° ,se establece que, en caso de Delitos de Función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, que las disppciones 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 Art. 141° (Resoluciones del Fuero Militar), sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte, también precisa que, quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar 11.

9 Ibid. págs.. 54 a 58.

10 TAMBINI DEL VALLE, Moisés, “Las Constituciones del Perú, La Constitución de 1979”, Lima,1981, pág. 294.

11 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “Constitución y Normas Básicas”, Lima, 2008, pág.52.

2.2. Definición de Fuero Militar, Delito de Función y Código de Justicia Militar en el Derecho Nacional y en el Derecho Comparado.

2.2.1. Definición de Fuero Militar en el Derecho Nacional.

La Justicia Militar, según se viene escuchando en la Doctrina, ha dejado de ser un fuero privilegiado para convertirse en una jurisdicción especial. Conforme señala Gómez Mendoza su existencia como institución independiente en el campo del Derecho Penal Común no se sustentará sobre fundamentos de privilegios o preeminencias especiales, sino por causas propias de su profesionalización en los deberes y obligaciones especiales que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas y Policiales. El tratadista español CARAVANTES, sostiene que, el “Fuero Militar”, es de **necesidad local**, porque los militares no tienen más domicilio fijo que sus banderas, es de **necesidad orgánica**, porque la disciplina se robustece, al reunir los jefes de tribuciones judiciales, es de **necesidad moral**, porque los jefes saben de las vicisitudes de la vida privada de sus súbditos, 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 agregan los resortes legales que sirvan para precaver y reprimir. Este Fuero está muy distante de ser simplemente un privilegio a favor del aforado ¹².

El fundamento jurídico de su existencia y funcionamiento reside en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar y el Código de Justicia Militar, sin embargo, para definir lo que significa el Fuero Militar, Delito de Función y Código de Justicia Militar, debemos recurrir a lo que actualmente está previsto en la mencionada Ley de Organización y Funciones del Militar, normada por la Ley No.29182, modificada por el D.Leg.No.1096 y en el Código de Justicia Militar, hoy denominado, Código Penal Militar Policial; normado por el D.Leg.No.1094.

¹² Caravantes, “Tratado Histórico Filosófico de Procedimientos Judiciales en Materia Civil”, pág.771, España; 1990.

En la **Ley No.29182**, el Art.I, de su Título Preliminar, señala que, el Fuero Militar Policial, previsto en el Art.173° de la Constitución Política del Perú, **es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial**. Es competente únicamente para juzgar los delitos función. Luego, en el Art. II del Título Preliminar precitado, indica también que, el Fuero Militar Policial, a tenor de lo dispuesto en el Art.139° numeral 1) de la Constitución Política del Perú, constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial. Su competencia comprende exclusivamente el ámbito penal militar - policial. En el ejercicio de sus funciones y atribuciones, el Fuero Militar Policial se sujeta a los principios y garantías de la función jurisdiccional y al pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona.

El Art.5° de la indicada Ley, precisa que, el Fuero Militar Policial, es único y ejerce Jurisdicción en el ámbito nacional, a través de sus órganos jerárquicamente organizados. Está integrado por órganos jurisdiccionales y fiscales de nivel equivalente.

El ilustre jurista Guillermo Cabanellas de Torres, ha señalado 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. Expresa igualmente que, aún cuando existan algunos aspectos no penales, resulta indudable que el carácter del fuero militar es predominantemente criminal, sin excluir algunas intervenciones de otra especie ¹³.

Otros autores, le asignan al fuero militar el sinónimo de fuero de guerra o castrense y constituye el conjunto de inmunidades y ventajas concedidas y de obligaciones impuestas a la clase militar por razón de las funciones que ejerce, misión que desempeña y jerarquía social que ocupa. Magdiel Gonzáles expresa que los tribunales militares constituyen la jurisdicción

militar cuya función está encaminada a juzgar a determinadas personas, 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 realizan teniendo en cuenta las formas prescritas en la Ley, a través de órganos castrenses especializados y previstos para tales fines ¹⁴.

¹³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo , “Diccionario Militar”, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.

¹⁴ GONZALES OJEDA, Magdiel, “La Excepcionalidad en la Constitución”, Lima, 1991, pág.55.

La expresión Fuero deriva de la voz latina **fórum**, equivalente a foro o Tribunal, desde el punto de vista jurídico-militar, la acepción más general del término fuero es la que alude a la compilación o campo de leyes medievales, así como las que existieron en su momento como el Fuero Juzgo y el Fuero Real. La expresión es de vieja raigambre histórica y se le asigna un origen nobilísimo, pues conserva implícita la idea de preminencia y privilegio, de franquicia o exención. En este contexto, y romanceando el término, fue anexado o vinculado a lo militar surgiendo así acuñado el término Fuero Militar. En la actualidad se ha superado la noción que implicaba la idea de exención o privilegio. Como anota Cabanellas de Torres, “el Fuero es hoy el radio en que ejerce su acción la denominada Justicia Militar”.

Existe una razón de orden histórico y otra por razones de necesidad que abonan la existencia y la especialidad del Fuero o Tribunal Militar.

El Fuero Militar, si bien se remonta en la antigüedad con los primeros pueblos cuyos jefes imponían sanciones, se institucionaliza recién en la Edad Media, aún cuando no en sentido estricto. En efecto, ni en la Edad Antigua, ni en la Edad Media se estructuró un órgano jurisdiccional castrense tal y 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. Renglón aparte ocupan los Fueros Municipales, que en su gran mayoría contenían normas de Derecho Militar, referidas a servicio militar, atributos de toda índole castrense (fonsado) a exenciones de deberes militares y apenas impasibles a desertores y otros delincuentes. Una primera manifestación de justicia militar aparece en el siglo XVI con las agrupaciones de las compañías en tercios y regimientos, que por sus efectos y permanencia llevó a crear funciones de justicia en el

ejército, pero sin la especialidad requerible, pues se le atribuyó la potestad jurisdiccional a los maestros de campo y a los coroneles de dichas Unidades que poco a poco fueron conformándose con auditores, prebostes, capitanes de campaña, barracheles, alguaciles y verdugos con cargos de policía represivos o ejecutivos en lo jurídico o judicial. No existían por entonces sino algunas ordenanzas para determinados ejércitos de operaciones y los bandos militares que ciertos jefes daban.

Las primeras expresiones normativas de la justicia militar se consolida en las Ordenanzas del 13 de Mayo de 1,587, adicionadas el 22 de Mayo de 1,587, creadas en Bruselas por el Duque de Parma, Gobernador y Capitán General de Flandes “sobre el Ejército y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército”. Esta Ordenanza fue complementada nueve días después por el Edicto, Ordenanza e instrucción sobre el oficio de Preboste General y los demás capitanes de compañía y barracheles del Ejército.

Según Guillermo Cabanellas, las Ordenanzas de Alejandro Farnesio parecen haber regido durante todo el siglo XVII, habiendo sido catalogadas como la iniciación de la moderna Justicia Militar.¹⁵ Toda esta legislación medieval culmina con una mayor consolidación en el Reinado de Felipe V (1701). En dicha época se afirmó una serie de privilegios, exenciones y prerrogativas al ejército y se establece 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. Se afirma que en este siglo se exagera el Fuero Militar, pues se crearon 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. Los capellanes de los regimientos reclamaban también su fuero, y los funcionarios de la hacienda militar y los jurídico-militares; lo propio.

¹⁵ MORENO CASADO, J. “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XXI, pp.431-458.

En virtud de estas situaciones y para solucionar todos los problemas de cada Comando, se dicta la Ordenanza de 1701, como ya se tiene dicho, en la que se crea el Consejo de Guerra o Tribunal de Capitanes, con la presidencia del Rey y de 15 ministros como Vocales con jurisdicción para dirimir y juzgar todo lo concerniente a la justicia militar.

En 1717 se redujo su conformación a miembros jurídicos, pero los generales volvieron en 1724 a ocupar los cargos del Consejo de Guerra. Las Ordenanzas de Carlos III impuso nuevas reformas y reorganización en 1768, para culminar con la creación de las Cortes de Cádiz, del Consejo Supremo de Guerra, viejos antecedentes de lo que son las actuales estructuras de la justicia castrense y que fuera recepcionada en el Perú, por el innegable influjo del régimen español.

Pero al margen de esta breve evolución histórica, la presencia de los Tribunales Militares obedecen 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 policial y castrense que, en gradación de infrajerarquía se encuentra frente al superior, son dóciles y deben obediencia al jefe que los manda y si éste es un juez que puede castigarlos, no hay intervalos alguno entre la falta y la sanción imposible de eludir. 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, sobre todo lo acontecido en una función de guerra.

Al parecer todos estos elementos históricos han venido primando y hoy, por lo menos es lo

que ocurre en los sistemas continentales de Europa (y en el mundo anglosajón), los puestos de la judicatura militar son ocupadas 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.

Con todo, la tendencia actual es que la judicatura militar sea un cuerpo técnico para que la impartición de justicia cuente con todas las garantías del debido proceso.

Hoy en día la existencia de la jurisdicción militar ha suscitado vivas polémicas, habiéndose mezclado argumentos de tipo técnico o estrictamente jurídicos con argumentos de tipo político. Entre los razonamientos a favor del mantenimiento de los Tribunales Militares, incluso en tiempo de paz, podríamos destacar: a) Asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador, ya que el juez militar se halla 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, 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. 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; 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.¹⁶

2.2.2. Definición de Delito de Función en el Derecho Nacional.

Para determinar la calidad de funcionario público en militares como en policías y, por tanto poder hablar con propiedad de un **Delito de Función**, es imprescindible identificar el contenido sustantivo de la función castrense, entendida por razones prácticas para ésta investigación, como función militar y/o función policial, para lo cual, es necesario analizar las nociones y conceptos de: función pública, funcionario público, así como la naturaleza y alcances de ambas funciones la militar y la policial, y su relación con las nociones más actuales de “**acto de servicio**” y “**obediencia debida**”. Se dice que, quien desempeña una función pública tiene una calidad de funcionario público, de allí que la íntima relación conceptual y formal entre dos conceptos, obliga a ocuparse de los dos paralelamente.

Bielsa, piensa que, la realización o actuación de los fines del Estado, no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir,

¹⁶ CASADO BURBANO, Pablo, “Iniciación al Derecho Constitucional Militar”, Madrid, 1986, pág.82-83.

funcionarios o empleados, según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que les vincule con el Estado.

También nos dice que, comúnmente se hable de Función Pública, comprendiéndose en ella al empleado público, pero evidentemente no es lo mismo funcionario público, que empleado público. Al decir que el Funcionario Público ejerce funciones administrativas (públicas) se limitan dos conceptos: **el de función y el de servicio**, pues uno y otro difieren por su contenido. De allí que el uso indistinto e indiscriminado de ambos términos como si fueran sinónimos, sea una de las tantas analogías defectuosas de la terminología legal.

Asevera el maestro, que el servicio concurre a formar la Función Pública, aún más es su contenido esencial, pero para que exista Función Pública, es necesario además del servicio, otro elemento, el del encargo o una delegatio, que se instituye en principio por la Ley y, se atribuye por un órgano o funcionario superior en el orden jerárquico en ejercicio de sus facultades legales.

Cabanellas, dice al respecto que funciones públicas son las que desempeñan los organismos autoridades, agentes y auxiliares del Poder Público para el ejercicio real y efectivo de este mismo Poder, en cualquiera de sus órdenes y aspectos.¹⁷

Los conceptos y definiciones que se han dado sobre funcionario público, varían ya sea por la tendencia doctrinal, ya sea por ser régimen legal, que dependen del grado de evolución del Estado y esencialmente de su forma política y por ello aunque parezca imposible hallar un signo característico que permita definir al funcionario público, algunos autores han acertado al dar las siguientes:

SANTA MARIA PAREDES, ¹⁴ considera como funcionarios, a los órganos encargados de actuar

¹⁷ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual" Tomo I, pág. 241.

los poderes públicos. Para el uruguayo SAYAGUES LASO¹⁸ las personas jurídicas públicas, actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio, las distintas personas públicas estatales, utilizan para el cumplimiento de sus fines, un número elevadísimo de personas físicas. Ese conjunto de personas al servicio de las entidades estatales, constituyen los funcionarios y, su actividad se regula por normas y principios especiales.

Por su parte, Bielsa, comienza su definición precisando que la actividad del Estado se realiza por funcionarios que expresan la voluntad de él, al que por consiguiente representan, y por los empleados que obran para el Estado en una esfera dada de actividad, pero que no representan ni expresan su voluntad.

Conceptúa el tratadista, que funcionario público, es aquel que por haber aceptado un nombramiento de la administración para un cargo determinado, colaboran de una manera continua en la gestión de la cosa pública.

Sin embargo, ésta teoría de la diferenciación entre funcionario y empleado público, parece estar evolucionando y hoy, se habla de “agentes públicos”, como denominación comprensiva para ambos, posición aceptada por el mismo BIELSA.

El profesor Aníbal BASCUÑAN VALDES¹⁹ afirma que, la vieja distinción entre “Funcionarios de Autoridad” y “Funcionarios de Gestión”, está superada sobre todo en la doctrina francesa, otrora seguidora de HARIOU, DUGUIT y JEZE²⁰ doctrina hacia la cual ha tendido miméticamente la literatura jurídica-administrativa de América Latina, y en la actualidad se inclina por la búsqueda de una nomenclatura y conceptualización unitaria de “Funcionario Público” o “Servidor del Estado”. De igual modo ocurre en la legislación hispana, que no ha

17, 18, 19 y 20 IBAÑEZ CARRANZA, Luz Del Carmen, op cit págs. 93 y 94.

aceptado sino distinciones menores, comprendiendo bajo la denominación única y genérica de “Funcionario Público”, a la persona que designada por la autoridad competente ejerce funciones públicas y finalmente en el Derecho Mundial y en el especial el Hispanoamericano que no acusan más en su gran mayoría, la distinción entre empleado público y funcionario público, sino que expresamente identifican estos términos, o los sustituyen por un calificativo aún más genérico, como el de trabajador, como en Chile y Colombia.

La única distinción que se admite es la de grados o escalones para los puestos directivos (gobernantes). La discriminación por razones ajenas a la clasificación científica y objetiva de los cargos o empleos y a los diversos niveles de idoneidad de las personas que lo sirven, atentan gravemente contra los principios básicos del Funcionamiento Público en una democracia constitucional, particularmente contra la igual opción a todos los cargos públicos. Debe tenerse en cuenta entonces para su definición, que ordinariamente la función pública que por lo común implica la permanencia en su prestación, se cumple desde el oficio o cargo público, por quienes pueden ser denominados genéricamente los funcionarios públicos.

Finalmente, se agrega en este punto, que la Doctrina Peruana y el Derecho Positivo han asimilado esta concepción, de manera que, la noción subyace en las disposiciones del texto constitucional, así como en forma expresa en toda la legislación administrativa y, para los efectos de la represión, el Código Penal equipara en su Artículo 425° la condición de funcionario con la de servidor público. Es indudable precisar sí ambos, el militar y el policía, tienen el carácter indiscutible de funcionario público, lo que de ser así acarrearía también de manera indiscutible su condición de sujeto pasivo para la aplicación de toda la normativa administrativa y penal nacional, concerniente a los funcionarios públicos, por ello, se examinará con detenimiento, la naturaleza y alcance de las funciones militar y la función policial.

El profesor Bielsa, dice que entre los fines esenciales del Estado están el de proveer a la defensa común y la paz interior, por imperio de la Ley, así como la estabilidad de las instituciones y siendo así que se habla del Estado en sentido de Nación, la defensa debe ser nacional, lo cual explica los caracteres jurídicos y políticos del Estado (**función militar**).

Continúa aseverando que el régimen militar concierne al Derecho Administrativo, en cuanto supone un sustento jurídico relativo a la obligatoriedad del servicio y, un orden legal en la constitución del Ejército (formación de cuadros, jerarquía, estado militar, etc.), luego el régimen disciplinario y jurisdiccional, porque aún teniendo este régimen sustantividad propia (justicia militar), en el estado jurídico, toma del Derecho Administrativo la mayor parte de sus normas, como las relativas a la Función Pública, reconociendo implícitamente la calidad de Función Pública de la actividad militar y por ende la calidad de funcionarios públicos de sus miembros.

Técnicamente, las Fuerzas Armadas tienen una estructura distinta de otras instituciones del Estado, así lo afirma Canasi ²¹, coincidiendo con Bielsa, en que no es un poder, tampoco un servicio público, como lo sostienen Jeze, Duguit, Villegas, Basavilbaso ²² sino una Función Pública, y por ende en doctrina sus miembros están sujetos a la regulación normativa concerniente a dichos funcionarios.

De estos conceptos se colige que la naturaleza jurídica de la función militar, es la de Función Pública; y sus alcances a nivel teórico, son los de velar por la defensa externa y, cuando el caso lo requiere por la paz interna del país, esto supone necesariamente, la defensa y el

^{21, 22} IBAÑEZ CARRANZA, Luz Del Carmen, op. cit. pág. 96.

respeto del orden jurídico nacional y de las instituciones y estructura del Estado y la Sociedad. No tienen atribuciones de poder independiente, su radio de acción está limitado, al cumplimiento del servicio público que le ha sido encargado por el Estado. Se trata pues categóricamente de funcionarios públicos.

Puede definirse la **Función Policial**, como un conjunto de actos de administración cuya sistematización y efectivización tiene por finalidad proteger el orden, la seguridad, la moral y la salud pública, finalidad que comprende aún el ámbito de lo económico en los casos en que ciertos intereses privados afectan el bienestar social. Esa función realizada por los órganos estatales, es una función específicamente administrativa y como tal está reglamentada por leyes administrativas.

Cabanellas, observa que la “administración estatal necesita cierto poder coactivo que asegure el mantenimiento del orden público y este fin tiende la policía en el orden social establecido para lo cual, necesita ciertos elementos activos que den fuerza al poder coactivo del Estado sin que esa fuerza tenga por misión la de ser disgregadora, sino la de cumplir fines de carácter esencial, sí la Policía no cumple tal misión deja de representar el poder de autoridad del Estado y pasa a ser instrumento de intereses personales, pero nunca de los generales, totalizados en la vida ciudadana plena y conciente.

En consecuencia, es la Policía el mecanismo coactivo del Estado para el cumplimiento de los objetivos atribuidos a cada uno de sus poderes.

Las Fuerzas Armadas ejercen en determinados momentos funciones de la Policía relacionadas con el Orden Público, esto es, sólo en caso de estados de excepción ²³.

Queda claro que la naturaleza jurídica de la función policial, es la función pública y que sus

²³ IBAÑEZ CARRANZA, Luz Del Carmen, op.cit pág.97.

alcances son los de velar por el orden interno de la Nación, proteger a la Sociedad en todos los ámbitos organizados del Estado y aún en el aspecto moral, ello también implica el necesario respeto del orden jurídico nacional, de los valores intrínsecos de la persona y del conjunto social. También en este caso al igual que en la función militar, su radio de acción está limitado al cumplimiento del servicio público que le ha sido encargado al Estado.

Por inferencia, se colige de éstas consideraciones teóricas, que los miembros de la policía tienen el carácter de Funcionarios Públicos, sujetos por lo tanto a toda la legislación aplicable a esta clase de funcionarios.

Es importante, por ahora, precisar, qué conceptos engloban las nociones de **“acto de servicio”** y **“servicio”**, en militares y policías, las que tienen que ver directamente con su función y la razón de ser de su existencia, asimismo conviene analizar el contenido actual del concepto **“obediencia debida”**.

Para **Cabanellas**, el **“acto de servicio”**, es el relacionado con los deberes que un militar, marino o aviador, impone su permanencia en los Ejércitos de tierra, mar o aire, de manera más análitica encontramos que el Diccionario Enciclopédico OMEBA, expresa en sentido lato, es aquel ejecutado por una persona, en cumplimiento de una función asignada por Ley, reglamento u orden y con referencia a una tarea o actividad determinada para el logro de un fin previamente señalado. Señala, asimismo que, **el servicio** involucra en éste caso toda actividad dentro o fuera de las Fuerzas Armadas, para alcanzar el cometido que dicho servicio persigue legalmente.

Se afirma también que el **“acto de servicio”** está relacionado con la **“función militar y/o Policial”** y, con las órdenes u obligaciones impuestas por las Leyes y Reglamentos respectivos

la actividad concreta; es decir el servicio que se le encomienda en un momento dado.

OMEBA, subraya los conceptos de **Función, Servicio y Legalidad**, dentro de la definición de **Acto de Servicio**. Es decir que para calificar a un acto de servicio como tal ha de examinarse primero si está en relación con la función del militar o policía, función que está fijada en las Leyes y, luego saber si ese acto tiene que ver con la actividad específica del militar y/o policía, llamado servicio o con el cumplimiento de una orden, pero ambos **servicio y orden superior**, tienen que tener fines **legales**, es decir, estar dentro del marco de la **legalidad** y el orden jurídico nacional ²⁴.

En igual sentido concurre **Manuel OSORIO**, quien señala en su obra que, son “**actos de servicio**” los que ejecuta o ha de ejecutar una persona en cumplimiento de una Función Pública, misión o encargo que se le ha confiado conforme a las disposiciones legales. Dice también que generalmente, la expresión hace referencia a las Fuerzas Armadas, pero es igualmente aplicable al personal civil. Este concepto relieva que el acto de servicio tiene que ver con el cumplimiento de una función o encargo público en un marco de estricta legalidad ²⁵.

En lo que se refiere al concepto de “**obediencia debida**”, se identifica con la llamada “Obediencia Jerárquica” y, según el desarrollo del estudioso Manuel Osorio, es la que se presta a un superior jerárquico y que descarga en él la responsabilidad de los hechos que no sean delictivos evidentemente. Algunos la consideran causal de inimputabilidad, por cuanto, estiman que legalmente, no es punible, quien obra en virtud de ella. Sin embargo, la aplicación de ésta norma, ofrece serias dificultades, por cuanto, si para la inimputabilidad se requiere que la

²⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomos VI, VII, VIII, Edit. Bibliográfica Argentina, Edic. 1966; págs. 350, 361 y 370.

²⁵ IBAÑEZ CARRANZA, Luz Del Carmen, op.cit., pág. 99.

obediencia sea debida, quiere decirse que no siempre el haber actuado el agente cumpliendo una orden que le fue dada por quien se atribuía facultades para hacerlo, puede eximirle de responsabilidad penal.

Las tendencias modernas del Derecho, acorde con el principio de legalidad, estiman que, **sólo han de ser obedecidas las órdenes lícitas y deben ser desobedecidas las órdenes ilícitas**, aunque esto coloca al subordinado en la necesidad de valorar la orden recibida antes de ejecutarla, a efectos de darle cumplimiento o no.

Para el profesor **CARRARA** ²⁶ la inimputabilidad de la que se habla, “no puede constituir una patente de impunidad para todos los sometidos”. Suele estimarse en doctrina, que para que éste eximente funcione, el Juez tendrá que apreciar si el subordinado ejecutor de una orden, tuvo posibilidad de conocer la ilicitud de la misma, considerando su posición, educación, índole de sus funciones y medio social en que se desenvuelve, etc.

De hecho la obediencia debida no es sinónimo de obediencia ciega, aquella que cumple fielmente el mandato recibido, sin examinar su ilicitud, ni su rigor. Al margen de esta sumisión aceptada por el fanatismo, en términos de estricto Derecho, rige muy excepcionalmente en el Ejército, y sólo durante el curso de operaciones bélicas.

“La Obediencia Debida”, en que al deber para el que la pone por obra, debe sumarse el derecho de quien dispone y del respeto de aquellos a quienes el acto ordenado alcance ²⁷.

En lo referente a la definición de Delito de Función, el Código Penal Militar Policial, normado por el D. Leg. No.1094, señala en el Art. II de su Título Preliminar respecto al Delito de Función que : “ Es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de

²⁶ CARRARA, Francisco, “Programa de Derecho Criminal”, Parte Especial, Vol.V, Edit.Temis, Bogotá, 1961; pág.52 a 65.

²⁷ IBAÑEZ CARRANZA, Luz Del Carmen, op.cit; pág.100.

actividad, en acto de servicio o **con ocasión de él** y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas Policía Nacional. Este Art. II, debe concordarse con el Art. VIII del mismo que también agrega sobre función militar policial, indicado que : “ De conformidad con el Art.173° de la Constitución Política del Perú, los militares y policías 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. El ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar.

2.2.3. Definición de Código Penal Militar Policial en el Derecho Nacional.

El Nuevo Código Penal Militar Policial, no señala en ninguno de sus artículos la definición de Código Penal Militar Policial, el por qué de esta denominación en este cuerpo normativo, lo cual se contradice a lo que está previsto en nuestra Constitución Política de 1,993 que en el Art. 173° menciona al Código de Justicia Militar y no al Código Penal Militar Policial, más aún esta norma en su Exposición de Motivos, no explica el porqué del cambio de denominación, lo cual debe estar expresado en toda norma legal tal como lo dispone el Art.75° del Reglamento del Congreso de la República ²⁸, que tiene fuerza de Ley, este señala: “Toda propuesta de Ley debe contener una exposición de motivos que exprese sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio y si corresponde

²⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Reglamento del Congreso, tiene fuerza de Ley, precisa las funciones del Congreso y otras.

comentario sobre su incidencia ambiental, consideramos de que si bien es cierto la creación de esta denominación ha sido en virtud a la facultad delegada del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para legislar en esta materia, para la dación de un nuevo Código de Justicia Militar sin embargo, el error en su correcta denominación se ha dado, al emitirse el D.Leg.No.1094, puesto que, los términos “Penal” y “Policial”, no están señalados en la Constitución Política del Perú de 1993, que expresamente menciona en el Art.173º; al Código de Justicia Militar.

Al respecto, sobre el Delito de Función, el conocido Jurista Felipe Villavicencio Terreros ²⁹ considera que, el Art.7º del Código de Justicia Militar Policial, busca definir un poco lo que es el delito de función, dice que las disposiciones de este Código se aplican a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional autores y/o partícipes de los tipos penales militares policial o de función militar policial, de acuerdo con los siguientes criterios:

PRIMERO: Que se trate de conductas que afecten a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional relacionados con los fines constitucionales que cumplen dichas instituciones siendo este sujeto material de tutela penal militar policial. El Título Preliminar de este Código en el Art.5º (Código anterior de Justicia Militar Policial el D. Leg. No. 961), señala la pena precisa La lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos vinculados con los fines de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional previstos en la Constitución y en la Ley, por lo tanto, una interpretación de los dos artículos llevaría a la conclusión de que estamos hablando de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional previstos en la Constitución y en la Ley por lo tanto, una interpretación de los artículos llevaría a la conclusión de que estamos hablando de bienes jurídicos que corresponden a ese ámbito de discusión.

²⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “El Delito de Función”, Gaceta del Tribunal Constitucional” No.2 , Lima, 2006.

SEGUNDO: Que, el sujeto activo sea un militar o policía, miembro de la Fuerza Armada o la Policía Nacional que haya realizado la conducta cuando se encontraba en situación de actividad.

TERCERO: Que, la conducta punible se perpetre en acto de servicio o con ocasión de él.

CUARTO: Que, la edad del sujeto activo sea superior a los 18 años.

En términos bastante resumidos se puede decir que este artículo adopta las posiciones de manera imperfecta, pero adopta las posiciones que corresponden a la Sentencia del Tribunal Constitucional referida también a las características del Delito de Función. Por otro lado, el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de determinados artículos del Código de Justicia Militar Policial (CJMP), aprobado por el D. Leg. No.961, por estimar entre otras consideraciones, que éstos vulneraban el Artículo 173° de la Constitución, que establece que, mediante el Código de Justicia Militar, sólo se pueden conocer los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, estableció las características que deben contener los denominados delitos de función. Así lo señaló en la Sentencia que declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad formulada por el Colegio de Abogados de Lima ³⁰, el TC, teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha venido expidiendo sobre esta materia, precisa que un delito de función es aquel que debe reunir 3 características: 1) Que, el sujeto activo debe ser un militar en actividad, 2) Que, el delito debe haberse cometido en acto de servicio o con ocasión de él, y 3) Principalmente, que se afecten bienes jurídicos propios y particulares de las Fuerzas Armadas, puntualiza el TC que en el caso de las Fuerzas Armadas, los bienes jurídicos propios y particulares de las Fuerzas

³⁰ Sentencia recaída en el Expte No.0012-2006-PI/TC, Demanda de Inconstitucionalidad formulada por el Colegio de Abogados de Lima, contra diversos artículos del D.Leg.No.961 del Código de Justicia Militar Policial.

Armadas son aquellos bienes jurídicos que sirven para la defensa militar del Estado Constitucional, comprendiéndose dentro de estos a la disciplina o al orden militar, necesarios para la defensa nacional, pero no bienes jurídicos como la vida o la integridad física, entre otros, que son bienes comunes y por lo tanto, susceptibles de ser protegidos por la legislación común.

En la Sentencia recaída en el Expte. No. 0017 – 2003 – AI / TC de la demanda de inconstitucionalidad que también formuló la Defensoría del Pueblo, el TC señaló en uno de sus fundamentos que la primera parte del Art.173° de la Constitución delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno sólo han de ventilarse los delitos de función en los que incurren los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

El TC precisa que, al haberse delimitado que el ámbito competencial de la jurisdicción militar es específicamente la comisión de un delito de función, la norma suprema también ha proscrito que en esta delimitación de competencia un elemento decisivo pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito, por ende, no basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar, es menester que afecte por su índole a los bienes jurídicos de las fuerzas armadas como tales.

En ese sentido, la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine a partir de la mera condición de militar o policía. Siendo esto así, la justicia militar no constituye un fuero “personal”, sino un fuero privativo competente para conocer las infracciones cometidas por estos sobre bienes jurídicos de las FF.AA y PNP, en ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el

seno de la justicia militar, ya que sí 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. Del mismo modo, la Constitución prohíbe por ejemplo, que civiles que eventualmente puedan ocasionar agravios sobre los bienes jurídicos de las instituciones castrenses o de la Policía Nacional pueden ser sometidos a los Tribunales Militares. El TC ya se pronunció en el Expte. No.0010-2002-AI/TC, respecto a que los civiles no pueden ser sometidos al Fuero Militar, así estos hayan cometido los delitos de Traición a la Patria o Terrorismo ³¹. El Art. III de la Ley No.29182, establece que, “Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente a militares y policías en situación de actividad.

Al respecto, sobre la base de una definición de esta naturaleza, la Corte Suprema emite una sentencia vinculante, que es una sentencia a mi juicio muy importante, corresponde al caso Pomatanta Ambarrán ³² la Corte Suprema ya dándole una lectura más penal al tema, empieza a esbozar las dimensiones o las características de lo que es el delito de función (expresa Villavicencio Terreros), se refiere a la Ejecutoria Suprema vinculante publicada el 23 de Noviembre del 2004, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, define este delito siguiendo algunos lineamientos para identificar lo que es el tipo penal militar, primero: a) Que se trate de bienes jurídicos que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, dice se trata del objeto material, b) Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad, círculo de autores, afírmese el círculo

³¹ Sentencia se refiere al Caso de Marcelino Tineo Silva, recaída en el Expediente No.010-2002-AI/TC. donde el Tribunal Constitucional ha reinterpretado el primer párrafo del Art.173º de la Constitución de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Casos Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides).

³² Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 23-11-2004; referente al Caso Pomatanta Ambarrán.

autores y c) Que, como circunstancia externa del hecho que define la situación en la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio.

Como se puede apreciar, en la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, resolviendo la inconstitucionalidad de algunos artículos del anterior Código de Justicia Militar Policial, el D. Leg.No.961, estableció que una de las características que deben tener los delitos de función es que, el delito debe haberse cometido en acto de servicio o **con ocasión de él**, lo que es contradictorio a lo resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema, que con mejor criterio ha establecido que el tipo penal militar que define al delito de función, es que este se perpetre por un militar (incluye al personal policial), en situación de actividad y que se encuentre en acto de servicio, no considera la figura de la ocasión de servicio que es una figura jurídica que no corresponde al Derecho Penal Militar, sino al Derecho Previsional Militar, expresado en la Ley de Pensiones Militar que está regulada en el D. L. No.19846, en todo caso, le corresponde al Poder Legislativo, mediante la dación de una Ley, definir la figura del delito de función en el que se precise que este tiene como características: a) Que, afecte bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, b) Que, el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad, c) Que, el sujeto activo realice la conducta en acto de servicio.

Sobre esto último de **los criterios de ocasionalidad y causalidad**, publicó en el año 2003, la Defensoría del Pueblo su Informe Defensorial No.66, con la denominación: ¿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 33 ; donde se expresa que :

“Sí bien, estos criterios suelen ser expuestos y tratados de manera separada, según Sandoval

33 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe Defensorial No.66, ¿Quién Juzga qué?, Lima – 2003, pág.45.

Coronado, en estricto, el criterio de causalidad obedece al mismo fundamento que el de ocasionalidad, dado que adoptan como elemento de definición, el momento de comisión del delito.

De acuerdo al **criterio de ocasionalidad**, basta que el delito se cometa cuando el agente se encuentre realizando un acto de servicio o nociones análogas a la función militar, para que nos encontremos frente a un delito de función. Es decir, no exige la existencia de una relación de conexidad entre el desempeño de la función militar y la lesión o puesta en peligro ocasionadas toda vez que, lo que resulta relevante es que el ilícito se verifique con ocasión del cumplimiento de un acto de servicio. Así en el caso Alvaro Artaza Adrianzén, la Corte Suprema decidió resolver la Contienda de Competencia a favor de la Justicia Castrense; argumentando que :

“...los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernan o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar; sino también a otros aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que 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”.

Por su parte, de acuerdo al criterio de causalidad, estaremos frente a un delito de función, cuando el mismo se verifique como resultado o a consecuencia de la ejecución de un acto de servicio u órdenes militares. Así en la Contienda de Competencia del Caso La Cantuta, la Corte Suprema decidió que el Fuero Castrense debía conocer los hechos ³⁴, debido a que la detención desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, se produjo como consecuencia del cumplimiento de

³⁴ 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 : La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002, pp.263-264., revisar esta obra para un análisis crítico de esta decisión de la Corte Suprema.

actos de función por parte del personal militar. A este argumento la Corte Suprema agregó en este caso el criterio del lugar de la comisión del delito y el Estado de Emergencia que ahí regía. Tanto el criterio de ocasionalidad como el de causalidad, no resultan adecuados como elementos definitorios del delito de función, toda vez que, se alejan de la regla de competencia establecida en el Artículo 173° de la Constitución, que obliga a tener en cuenta la naturaleza funcional del delito y no las circunstancias externas del mismo, como el momento de su comisión, para decidir la competencia de la justicia castrense.

En ese sentido, como indica San Martín Castro, “En ambos supuestos, la calificación del delito no se relaciona con los elementos objetivos y subjetivos de la conducta perpetrada (...) Desde esta perspectiva, es absolutamente insuficiente destacar como punto definitorio una circunstancia externa del hecho, como es el que el agente se encuentre de servicio o el hecho se vincule, ocasional o casualmente, al servicio que presta, obviando los demás elementos objetivos que concurrentemente deben presentarse para el análisis típico”. Otro criterio analizado por la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial, ha sido el **criterio formal**, para lo cual, se debe acudir a la parte general del CJM (actual CPMP), para identificar aquellos elementos que dotan de especificidad a esta figura, así en el Art. II, del Título Preliminar del Nuevo Código Penal Militar Policial, D. Leg. No. 1094; precisa que:

“El Delito de Función, es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, acto de 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” 35.

35 V. BERRIO B. “Nuevo Código Penal Militar Policial”, D. Leg. No. 1094, Editorial Berrio, Lima, pág. 7, en el Art. II del Título Preliminar define el Delito de Función; Edición 2011.

Sin embargo, este criterio formal de definición del delito de función, resulta contradictorio por cuanto, el NCPMP contiene en su articulado figuras jurídicas que no corresponden al Delito de Función, sino son figuras jurídicas que también están contempladas en nuestro Código Penal Común, respecto a esto, el maestro Hurtado Pozo, a quien se hace referencia en dicha publicación que, señala que, este criterio además de formal y por ende carente de contenido material, plantea serios problemas que lo invalidan para delimitar el delito de función. En efecto, su aseveración tiene actualidad, por cuanto, el NCPMP contiene las figuras del Robo y el Hurto Agravado del C.P, de los Arts. 189° y 186°, en los Artículos 134° y 135° del NCPMP, así como los delitos de Falsificación de Documentos del Art. 427°, Supresión, Destrucción u Ocultamiento de Documentos del Art.430° del C. P., bajo las denominaciones, Falsificación o Adulteración de Documentación Militar Policial en el Art.139° del NCPMP o Destrucción de Documentación Militar Policial del Art. 142° del NCPMP, el delito de Abuso de Autoridad que está en el Art.376° del C.P., el mismo que, está expresado en el Art.130° del CPMP bajo la figura jurídica de Excesos en el Ejercicio del Mando o Posición en el Servicio Militar. De este modo, el criterio formal de que es delito de función el previsto en el NCPMP, resulta inválido, a decir del Maestro Hurtado Pozo, toda vez que, en dicho cuerpo normativo existen figuras que no se vinculan con el desempeño de la función militar y por ende puede ser cometido por cualquier persona, lo que contradice la esencia del delito de función que reprime las conductas ilícitas cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones como militar o policía en situación de actividad y en acto de servicio, prohibiendo la aplicación de este Código a los civiles, salvo en los casos de Traición a la Patria y de Terrorismo que la Ley determina.

De acuerdo al criterio del **Fuero Personal**, el elemento que define el delito de función es la condición de militar o policía. Una versión extrema de este criterio sostiene que sólo basta constatar la condición de militar o de policía del agente para que se verifique un delito de función, sin que tenga relevancia el sujeto pasivo, el bien jurídico afectado o las distintas circunstancias o modos de comisión del injusto.

Otro criterio, que señala el Informe Defensorial, es el **criterio de la comisión del hecho**, el cual precisa que, el hecho se cometa en un lugar que se encuentre bajo el control de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, sea se trate de un recinto o cuartel militar o que el lugar sin ser un recinto militar, haya sido declarado en estado de emergencia, situación regulada en el Art. 137° de la Constitución y en virtud de ello las Fuerzas Armadas hayan asumido el control de la zona. Una clara manifestación de esto, lo encontramos actualmente en el Art.27° del D. Leg. No.1095, Ley que establece las Reglas del Empleo del Uso de la Fuerza por parte de las FF. AA. en el Territorio Nacional, al señalar la competencia del Fuero Militar Policial, precisa que :
“Las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial de conformidad al Art.173° de la Constitución Política”
Según el **criterio material o de la naturaleza del delito**, cuando el Art.173° hace referencia al Delito de Función, está exigiendo una vinculación material y por ende estrecha entre la conducta del agente (militar o policía), y el objeto de protección que debe recaer en el ámbito funcional castrense, que debe ser definido a partir de los fines que la Constitución le asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional. Estaremos frente a un delito de función cuando la conducta de un militar o policía en actividad, afecte o ponga en riesgo la actuación de

las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, el delito debe estar expresamente tipificado en el Código de Justicia Militar.

Este criterio no es extraño para la Corte Suprema, ya que sobre la base del mismo dirimió a favor de la justicia ordinaria la contienda de competencia planteada en el caso Juan Carlos Cabrera Jaime ³⁶, Oficial del Ejército al que se imputó la comisión de un homicidio al interior de un recinto militar. Sin embargo, la Corte Suprema, acertadamente, no consideró la circunstancia del lugar de la comisión del delito y evaluó el caso sobre la base del bien jurídico afectado, concluyendo que no se trataba de un delito de función.

En esa misma línea, en el mencionado caso La Cantuta, los magistrados Almenara y Sivina, salvaron su voto estableciendo que los hechos no calificaban como delito de función, toda vez que; el mismo requiere :

- a. Exista una relación directa con el ámbito funcional militar o policial.
- b. La afectación de bienes jurídicos exclusivamente castrenses.
- c. La conducta se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar.
- d. La existencia de un nexo causal entre el delito cometido y la función encomendada al sujeto activo ³⁷.

En su ejecutoria del 12 de Octubre de 1989, Comp. Exp.No.06-99 ³⁸, la Corte Suprema también recurrió al criterio material o de la naturaleza del delito para dirimir un conflicto de competencia a favor de la justicia ordinaria, en un caso donde se denunciaban actos de tortura producidos al interior de un recinto militar e imputados a militares. La Corte Suprema razonó

³⁶ Ejecutoria Suprema del 29 de Setiembre de 1994, Expte.No.25-93, citada por SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Lima Grijley, pág.108.

³⁷ ALVITES ALVITES, Elena Cecilia, Ob.Cit.págs.270-271.

³⁸ Ejecutoria Suprema del 12 de Octubre de 1989, Expte.No.06-99, donde la Corte Suprema aplicó el criterio material o de naturaleza del delito para resolver una Contienda de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar.

en ese caso que el delito de tortura “protege la dignidad de la persona y su integridad personal ...”y se caracteriza porque “.....el agente se encuentra en situación de poder respecto de la víctima, la misma que es aprovechada para afectar tales derechos...”. De este modo, señaló que”.....la condición de efectivo castrense no es un criterio válido ni suficiente para justificar el establecimiento de discriminaciones en el trato penal, máxime si se trata de instituciones tutelares del Estado como son las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

A pesar de que el criterio material o de la naturaleza del delito es conocido por la Corte Suprema, no constituye una tendencia mayoritaria ni menos aún consolidada. Ciertamente que este criterio es el que mejor expresa un concepto constitucional de delito de función, en la medida que sólo la especial naturaleza de un delito justifica su juzgamiento a través de la Justicia Castrense.

En este numeral se exponen la doctrina del derecho penal militar peruano, las corrientes teóricas sobre el delito de función o el delito militar si uno y otro son sinónimos o son conceptos diferentes en la doctrina penal militar nacional y extranjera, como se expresa el término delito de función o delito militar en la legislación penal militar comparada como la legislación penal militar española, la legislación penal militar francesa, la legislación penal militar colombiana, la legislación penal militar chilena, la norteamericana, etc., así como, la las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia de la República que han dirimido Contendas de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar, en unas a favor del del Fuero Común y en otras a favor del Fuero Militar como son los casos más emblemáticos tal como: El Caso Chavín de Huantar, Caso Leonor La Rosa, Caso La Cantuta, Caso Telmo Hurtado, Caso Ariza Mendoza, etc.

2.2.4. Definición de Fuero Militar, Delito de Función y Código de Justicia Militar en el Derecho Comparado.

En el **Derecho Penal Militar del Brasil**, hablar del Fuero Militar es hablar de la Justicia Militar, la cual tiene por objeto el procesamiento y juzgamiento de los delitos militares, ella constituye una Justicia Especial y no un Fuero de Excepción³⁹, determinados tratadistas identifican una justicia especial o unos tribunales especiales como justicia de excepción o tribunales de excepción esta interpretación no puede ser admitida en el Brasil. De acuerdo con la Constitución del Brasil, en ella se juzgan delitos militares, a los militares y a las personas cuyas conductas son contempladas en la Ley como delitos militares. La definición de los delitos militares no escapa al principio de legalidad de las penas y los delitos: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La palabra militar viene del latín *militaris*, *militis*, soldado y toda persona que practica y sigue la carrera de armas, teniendo como función específica la defensa y la seguridad del Estado, de la patria y de la comunidad.

Dos criterios se conjugan para establecer el concepto de delito militar, el *rationae personae* y el *rationae materiae*. Un delito es militar por el concurso de estos dos criterios, siendo raro que baste uno sólo de ellos para su caracterización. Por ejemplo, el delito de desertión es esencialmente militar *rationae materiae*, más sólo puede existir como elemento personal, *rationae personae*, pues no siendo el agente militar, el delito no puede ser de tal naturaleza.

El delito militar es así toda acción u omisión específicamente militar, imputable a un militar o a una persona que por Ley se encuentra asimilada, practicado o cometido en contra de la jerarquía el orden jurídico, o contraria a la seguridad, a la subordinación o a la disciplina militar, siendo punible por la Ley militar como una infracción funcional, específica y propia del militar. Como

³⁹ PINTO FERREIRA, Luis, "La Jurisdicción Militar y la Constitución de la República Federativa del Brasil", Universidad Federal de Pernambuco. Brasil, 1988, pág.109.

ejemplo puede darse: deserción, indisciplina, insubordinación, cobardía, delitos tipificados en el Código Penal Militar.

La actual Constitución Brasileña de 1988 consagra el Estado social de Derecho. El Estado -legislador, El Estado-Juez y el Estado - Administrador, se encuentran subordinados al imperio soberano de la Constitución, a las normas fundamentales que deben ser observadas por todos los poderes y bajo el control jurisdiccional de los actos inconstitucionales e ilegales por un Tribunal Federal, que es una Corte Vitalicia. Se mantiene la Jurisdicción Militar, pero de contenido democrático cuyos actos pueden ser revisados por la Corte Suprema, manteniéndose así el primado del Estado de Derecho, que es un Estado de garantías constitucionales en defensa del ciudadano ⁴⁰.

En el Estado de Derecho impera siempre la protección de los derechos humanos, las libertades públicas, la obediencia al principio del contradictorio en materia civil y penal, y cualquier ofensa al Derecho se torna ilegal, en acto ofensivo, permitiéndose al quejoso acudir al Poder Judicial.

En el **Derecho Mexicano**, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reconoce el Fuero de Guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, los Tribunales Militares, no pueden por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Los delitos militares están tipificados en el Código de Justicia Militar en éste, no se emplea el término delito de función, en el Fuero de Guerra, se investigan y juzgan a los miembros del Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Guardia Nacional ⁴¹.

En el **Derecho Chileno**, existe el Fuero Militar o Justicia Militar, no existe la denominación Fuero Militar Policial o Justicia Militar Policial, está constituido por los Tribunales Militares

⁴⁰ PINTO FERREIRA, Luis, Ob. Cit. pág. 127.

⁴¹ Constitución Política de los Estados Mexicanos de Querétaro del 31 de Enero de 1917, Art.13°.

que tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional; también fuera del territorio :

- Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas.
- Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones de servicio.
- Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior contemplados en el Código de Justicia Militar, en otros Códigos y Leyes Especiales, cometidos exclusivamente por militares o bien por civiles y militares conjuntamente.

Los delitos que procesa son principalmente:

- Delitos especificados en el CJM en especial crímenes de guerra.
- Infracciones al Código Aeronáutico.
- Infracciones a las Leyes sobre reclutamiento y movilización.

El Fuero Militar Chileno, procesa solamente a militares definidos por el Art.6° del C.J.M. como:

- a. Los funcionarios pertenecientes a las FF.AA. y de Carabineros de Chile constituídos por personal de planta, personal llamado al servicio y el personal de reserva llamado al servicio activo.
- b. Los soldados conscriptos.
- c. Los Oficiales de Reclutamiento.
- d. Las personas que sigan a las FF.AA. en estado de guerra, los prisioneros de guerra, que revistan el carácter militar, los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las Escuelas Institucionales y de Carabineros de Chile ⁴².

⁴² En el Código de Justicia Militar de Chile, se precisa en su Art.6° a que funcionarios se les somete al Fuero Militar Chileno inclusive prisioneros de guerra, carabineros y otros.

para efectos de determinar si la Justicia Militar es competente o no para conocer un delito, la persona debe tener la calidad de militar al momento de cometerlo. La Justicia Militar Chilena no juzga a civiles, sí un civil agrede a un militar o carabinero, lo juzga la justicia ordinaria sin importar el delito cometido.

Un militar puede ser juzgado por la justicia ordinaria, siempre y cuando, el delito cometido sea un delito común y no uno ya contemplado en el Código de Justicia Militar.

En el **Derecho de los Estados Unidos**, hay un criterio subyacente: la diferenciación entre “sociedad civil” y “sociedad militar”. En *Parker v. Levy*, la Corte Suprema de ese país destacó que era una cuestión elemental que el Ejército y la Armada debían estar listos para luchar e intervenir en guerra cuando la ocasión lo exigiese, y que eso conduce, inevitablemente, a erigir “una sociedad especializada (la militar), separada de la sociedad civil”. Por ende, el Sistema Judicial Militar está construido con normas distintas a las del restante Sistema Judicial Federal ⁴³.

La idea de una “justicia ruda”(rough form of justice) importa, según los considerandos de *Reid v. Covert*, enfatizar procesos sumarios, rápidas decisiones y fuertes penalidades, en vista a mantener la disciplina y la capacidad de lucha en todos los grados. Tal perfil de la judicatura castrense ha llevado a sostener, por parte de una Corte Federal de Apelaciones, que “lo permisible en el ámbito militar puede ser constitucionalmente inadmisibles fuera de él”, y que, las mismas normas constitucionales pueden tener una aplicación distinta en el fuero civil y en el militar.

En la práctica, la aplicación automática y severa de tal tesis podría conducir a sostener que habría en el país del Norte dos constituciones: una para civiles, la otra para militares. Y quizá muchos lo piensen así, aunque desde luego hay fuertes corrientes de opinión que procuran “civilizar” en todo lo posible a la organización y justicia militar. Uno de los indicadores más llamativos de aquella

⁴³ V. CORWIN EDWARD S. “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Ed Fraterna pág. 157, traducido por Aníbal Leal Bs. As. 1987.

dualidad constitucional ha sido la institución de los jurados, obligatorios constitucionalmente para las causas criminales civiles, según la sexta enmienda, pero que no operan en la jurisdicción castrense (Corte Suprema de los E.E.U.U. en Milligan, Quirin, Middendorf v. Henry), Schwartz comentando esa jurisprudencia, indica que, pese a que una corte marcial puede ser equiparada a un Tribunal Penal, “sus procedimientos no son juicios penales dentro del sentido de la declaración de derechos”. Así la Corte Suprema de los EE.UU. terminó por concluir que, para los que estén prestando algún servicio militar o naval en esa nación, “la Ley militar es un proceso adecuado”.

La directriz de que el Congreso de los EE.UU. puede dictar el Código de Justicia Militar en forma amplia, sin conexión con las reglas constitucionales relativas al poder judicial ordinario, y que la justicia militar y la federal son dos poderes totalmente independientes, tiene algunas felices correcciones. Las Cortes Militares tienen competencia para juzgar actos “relacionados con el servicio”. En tiempos de paz, por ejemplo, la jurisdicción castrense no se extiende a civiles dependientes de personal militar, o civiles empleados en las fuerzas armadas, e incluso a todos los actos que pueda realizar un militar. La relación con el servicio, en cambio, se dá en supuestos de ataque a la autoridad militar, o en asuntos concernientes a la seguridad de puestos militares o a la integridad de la propiedad militar.

En el **Derecho Argentino**, la constitucionalidad de los tribunales militares, a tenor del Art. 67° incs. 23 y 24 de la Constitución, la Corte de Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que son Tribunales de la Nación, aunque no integren el Poder Judicial Federal. Algunas veces la Corte los reputa “órganos autónomos”, con jurisdicción independiente, tipificándose como “tribunales esencialmente administrativos, según la tesis sustentada en Santa Ana y otros. ⁴⁴

En la doctrina, las aguas están divididas entre quienes reputan a los tribunales militares como

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 54, 101, 149, 179, 359, 365.

órganos del Poder Ejecutivo, que actúan por delegación del mismo y, los que ven ellos una jurisdicción con visos de plenitud, con sentencias que poseen cosa juzgada y no son modificables por el Poder Ejecutivo 45.

También en doctrina se ha sostenido (Bidart Campos) 46 que teóricamente podría no existir la jurisdicción militar fuera del Poder Judicial. Es decir, que el Congreso siempre en virtud del mentado Art.67º, inciso 23 de la Constitución, podría haber injertado el Fuero Militar dentro del Poder Judicial, en vez de programarlo (como lo ha hecho hasta ahora) fuera del tercer Poder del Estado. En cuanto a sus atribuciones, la jurisdicción militar comprende en Argentina dos especies diferentes la Jurisdicción Penal Militar, que se ocupa de sancionar delitos, y la jurisdicción disciplinaria militar situada netamente en la esfera del Poder Ejecutivo, que castiga faltas e infracciones menores, aunque muchas veces la punición comprenda penas privativas de la libertad.

La jurisdicción militar ha provocado en Argentina una discusión especial, ya que en el Art. 16 de la Constitución prohíbe “los fueros personales”.

La Corte Suprema concluyó que no están prohibidos los fueros reales, derivados de la naturaleza de las cosas o de los actos, y por ende, que era constitucionalmente viable el fuero militar, aplicable a los miembros de las fuerzas armadas si han cometido delito en tal condición y violando normas militares, verbi gracia, en el caso de rebelión encabezada por un militar. Todo ello debido a las particularidades que requieren los procesos en la esfera militar. Como consecuencia de lo indicado, no puede invocarse el fuero castrense sí el militar comete un delito común, no perpetrado en los Cuarteles, marchas o actos de servicio. En tal variable, actuará el Fuero Común, en fin de cuentas, los delitos propios del fuero militar, señala la Corte Suprema, afectan la existencia de la institución militar.

45 RAMAYO Raúl, A., “El Poder Judicial y la Justicia Militar”, Buenos Aires, 1980; pág.120.

46 BIDART CAMPOS, Germán J. “Los Tribunales Militares y la Constitución”, Buenos Aires, 1985, Ed.Ediar; pág.121.

Ultimamente, la Corte ha advertido que no corresponde al fuero militar sí se investigan las ofensas de un militar a otro, aunque aludan al comportamiento como militar de éste, sí fueron vertidas por medio de la prensa y resultaron dirigidas a la opinión pública, excediendo al ámbito castrense.

También indicó la Corte que la legislación hoy vigente tiende a ceñir la competencia jurisdiccional militar, restringiendo los delitos militares a los propios de tal naturaleza: los delitos comunes perpetrados por militares, aunque sea por ejemplo una defraudación en perjuicio militar, es en tiempo de paz competencia de la justicia común. Los Tribunales Militares, deben respetar las pautas de la Constitución respecto al debido proceso, que incluye la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos.

En el **Derecho Español**, el Fuero Militar o Justicia Militar se encuentra previsto en la Constitución Española de 1978, en ésta marca el inicio de un proceso que a lo largo de más de un decenio ha conducido a una nueva organización de esta Jurisdicción y a una delimitación muy notable de sus competencias. Los primeros meses de la República, muestran una verdadera eclosión de normas relativas a la jurisdicción castrense, cuyo común denominador nos viene dado por : la reducción de su ámbito competencial, su profesionalización y tecnificación, la compaginación de su existencia con el principio de unidad jurisdiccional y el fortalecimiento de las garantías de los inculpados. De esta forma se pretende su reducción a un orden jurisdiccional especializado.

La doctrina más cualificada se ubicará en esta dirección. Así, Antón Oneca y Jiménez de Asúa⁴⁷ defenderán una Justicia Militar circunscrita a aquellos supuestos constitutivos de actos atentatorios a la existencia del Ejército y a la disciplina, como también a los medios bélicos, siempre y cuando fueren cometidos por militares, pues de no ocurrir ésta circunstancia, la

47 J. ANTÓN ONECA y L.JIMÉNEZ DE ASÚA : "Derecho Penal", Vol.II, Madrid, 1930, págs.. 428 y sgtes.

competencia había de trasladarse a los Tribunales Ordinarios. Por su parte Osorio y Gallardo ⁴⁸ se inclinaría por una competencia de los Tribunales castrense reducida a juzgar los delitos que directa y especialmente afectaran la eficacia de la acción militar, con independencia de que el sujeto activo fuera militar o civil. La Constitución Española acoge a la jurisdicción castrense, contemplándola dentro del Título VI (“Del Poder Judicial”). El Art.117º, norma de apertura del mismo, se hace eco de la institución que nos ocupa en su apartado quinto, inmediatamente después de proclamar el principio de unidad jurisdiccional. A tenor del citado precepto: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el **ámbito estrictamente castrense** y en los supuestos de estado de sitio de acuerdo con los principios de la Constitución” ⁴⁹.

Las posiciones doctrinales en torno a que debe entenderse por “ambito estrictamente castrense” se han diversificado de modo muy notable, poniéndose el acento, en unos casos, en la eficacia de los Ejércitos, en la protección de los intereses del servicio y la disciplina, en otros, y asimismo en el trascendental hecho de ser los Ejércitos los instrumentos de la defensa nacional. Según Martínez Cardós ⁵⁰ entiende que la determinación de lo “estrictamente castrense”, debe hacerse partiendo de noción de las Fuerzas Armadas. Estas tienen unos fines que el Art.8º de la Constitución describe. Para su logro, los Ejércitos han de desarrollar unas funciones que se vinculan en último término a su auténtica razón de ser: la defensa militar de España. Estas funciones sólo pueden cumplirse si cuentan con un poder organizado peculiarmente (asentado en una rígida organización jerárquica y en la disciplina) y una base social que les sirva de fundamento, pues bien, según el citado autor, esos fines, funciones, poder y base social, constituyen el ámbito castrense que define la esfera de actuación de la jurisdicción militar. El concepto jurídico indeterminado que es lo “estrictamente

⁴⁸ OSORIO Y GALLARDO, Angel, “Bases para la Reorganización Judicial”, Madrid, 1929, Base 31, pág.225 y ⁴⁹ Constitución Política Española 1978.

castrense”, el constituyente se inclinaba por un criterio material que en resúmen ha de reducir su ámbito con la naturaleza del delito cometido, con el bien jurídico a los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función a los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión, con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado “uti miles”, por lo que, la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo “estrictamente castrense”.

El desarrollo legislativo del Art. 117.5 se ha decantado en esa dirección no muy distante a la que subyace en las reflexiones jurisprudenciales precedentes, por cuanto, efectuada la opción a favor del elemento material como criterio de delimitación competencial o lo que es igual, tomada la decisión de que la Jurisdicción Militar se limite a conocer de los delitos castrenses, esto es, de los contemplados por el Código Penal Militar, el legislador ha tipificado como conductas constitutivas de delito militar, aquellas que, básicamente, integran los que se conocen como “delitos exclusiva o propiamente militares”, sí bien con carácter un tanto excepcional, ha contemplado asimismo, algún otro supuesto que escapa de aquella calificación, por cuanto, pese a afectar la conducta incrimada al servicio y a los intereses de los Ejércitos, no exige que el sujeto activo del ataque a la institución armada sea un militar, pudiendo serlo un civil. El inciso final del Art. 117.5 de la Constitución determina que, la regulación de la jurisdicción militar deberá realizarse de conformidad con los principios de la Constitución 51.

50 J. LEANDRO MARTÍNEZ CARDOS RUIZ : “ Comentarios a la Disposición Derogatoria” en “Comentarios al Código Penal Militar”, Madrid, 1988 págs. 2091 y sgtes. pág.2099.

51 Por el indicado mandato constitucional y de modo especial por su última disposición imperativa, ha venido a ser generalmente aceptado, que la jurisdicción militar en su propio ámbito y con sumisión a sus principios constitucionales es la única jurisdicción especial reconocida por la Constitución (Javier Aparicio Gallego: “La Nueva Organización de la Justicia Militar”, en la Revista General de Derecho No.512, Mayo de 1987, págs.2457 y sgtes.en concreto; pág.2458).

2.3. Teoría de la Jurisdicción, concepto y definiciones en el Derecho Nacional.

En el Derecho Nacional, la institución jurídica de la Jurisdicción pertenece a la rama del Derecho Procesal inmersa en la Teoría General del Proceso, el profesor sanmarquino, Mario Alzamora Valdez en su obra clásica, “Derecho Procesal Civil”, Teoría General del Proceso⁵² señalaba que, la Jurisdicción es el poder que le corresponde al Estado para resolver los conflictos que se suscitan entre los particulares mediante la actuación de la Ley, en el ejercicio de su función jurisdiccional, el Estado, según Redenti, interviene “para asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, para quien quiera y contra cualquiera que fuere (aún contra sus propios oficios, sí es necesario), promoviendo o controlando su observancia, o reprimiendo los hechos cometidos injuria, o poniendo (o contribuyendo a poner), remedio a las consecuencias de eventuales transgresiones.

El ejercicio de la jurisdicción exige los siguientes requisitos: a) conflicto entre las partes, b) interés social en la composición del conflicto, c) intervención del Estado, mediante el órgano correspondiente como tercero imparcial; y d) actuación de la Ley. La intervención del órgano jurisdiccional se realiza cuando existe lo que Carnelutti llama “litigio” o conflicto de intereses entre dos o más sujetos. De aquí se desprende que, en caso de cumplimiento por parte del obligado sí es satisfecho voluntariamente por éste, el interés del pretensor, esto es, cuando las relaciones jurídicas se desenvuelven normalmente, carece de objeto la intervención del órgano jurisdiccional.

El acto jurisdiccional, en la **jurisdictio** romana, era la facultad de decir el derecho, nació probablemente de las acciones de la Ley. El pretor pronunciaba en el procedimiento **in jure** las palabras “**do, dico, ab dico**”, con el objeto de decir o mostrar el derecho, tal fue en su origen la **jurisdictio** o **jus discere**.

Durante el período formulario la **jurisdictio** consistía en aquella actividad del magistrado de

⁵² ALZAMORA VALDEZ, Mario, “Teoría General del Proceso”, 7ma. Edición, Lima-Perú, 1981, pág.80 a 87.

elaborar la fórmula, considerada como verdadera tutela y amparo del derecho. Después de la reforma de Diocleciano, y en el procedimiento extraordinario, la declaración de la norma aplicable constituía un acto de excepción.

Cabe preguntarse si la jurisdicción considerada así, era solamente la facultad de conocer los litigios, o comprendía también la ejecución de las sentencias. Algunos autores consideran que la **jurisdictio** contenía tan sólo **notio** y **judicium** y que el **imperium** era extraño a ella. Sí es verdad que se trata de dos conceptos distintos y que además el último es mucho más amplio que el primero el magistrado romano ejercía jurisdicción como funcionario del Estado y como tal le correspondía la potestad de mando o **imperium**. En el derecho moderno el **imperium** se expresa a través de la facultad de ejecutar las sentencias que corresponde a los jueces. El ejercicio de la jurisdicción está sometido a tres principios:

- 1.- La jurisdicción se cumple tan sólo por quien la inviste regularmente. El Art. 138° de la Constitución Política del Perú de 1993, establece que: “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.
- 2.- No hay jurisdicción por comisión o delegación, es derecho de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad. Tal como lo señala El Art. 139° de nuestra Carta Magna, “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

El juez ejerce jurisdicción por mandato del Estado que lo hace depositario de los poderes que aquella comprende. Por tal razón, no puede delegarlos porque no le pertenecen originariamente. En caso de ejecución de determinados actos procesales en virtud de una comisión, no se trata de delegación de la jurisdicción, sino de ejercicio de la competencia correspondiente al juez executor de acuerdo con la Ley.

3.- La jurisdicción se ejerce en determinado territorio.

Todo juez administra justicia dentro de los límites de una circunscripción territorial, fuera de ella carece de dicha facultad.

2.4. Teoría de la Competencia, concepto y definiciones en el Derecho Nacional.

De igual forma, el maestro Alzamora Valdez, en su libro “Derecho Procesal Civil”, Teoría General del Proceso”, señalaba que, la jurisdicción es la función de administrar justicia que corresponde al Poder Judicial. La Competencia es el modo o la manera como se ejerce esa función. Considerada la jurisdicción como una facultad general, la competencia con relación a ella, significa la limitación de esa facultad por circunstancias concretas (territorio, turno, materia, cuantía y función). La capacidad jurisdiccional de los órganos del Estado se halla circunscrita por razones de índole diversa, que ejercen un influjo positivo y negativo a la vez, en favor del órgano al que atribuyen una facultad y en contra de los que no deben ejercitarla. Estos límites, que no se confunden con la función limitada, precisan la noción de competencia.

La competencia ha sido impuesta por necesidades de orden práctico. La extensión territorial de los estados modernos y su población, exigen que sean numerosos jueces los que ejerzan la función jurisdiccional y que cada cual tenga su propia competencia territorial.

Por otra parte, la obligación asumida por el poder público de asegurar el mayor acierto en la administración de justicia, y , por otra parte la división del trabajo por materias de diversa índole y cuantía, han originado otros tipos de competencia.

Los antiguos tratadistas dividían la competencia en razón de la materia(**rationae materia**), en razón de la calidad y la capacidad de las partes litigantes (**rationae personae**) y en razón del territorio donde los jueces ejercen sus funciones (**rationae loci**). Los autores a partir de Wach, entre ellos Goldschmidt, distinguen tres clases de competencia: objetiva, funcional y territorial ⁵³

Los criterios en que se funda esta división son los que derivan del valor y de la naturaleza de la

⁵³ Ibidem, págs..97 y 98.

causa(competencia objetiva) 54, de la existencia de jueces y tribunales de la misma clase y de la asignación de los procesos a cada uno de ellos por razones de orden geográfico (competencia territorial) y de las funciones que la Ley encomienda a los jueces de diversa jerarquía dentro del proceso (competencia funcional).

Carnelutti 55 presenta una división más completa de la competencia. La competencia, sostiene este tratadista, con su habitual sentido analítico, a diferencia de la jurisdicción, que es una noción que prescinde de quienes la ejercitan, se relaciona con el oficio en general, o con el oficio en singular. De allí que sea competencia externa, que nace de la distribución de los procesos entre los diversos oficios e interna sí se refiere a los diversos componentes del oficio.

La competencia externa se funda en razones permanentes o en otras eventuales. Según esto, es necesaria y eventual. La primera es denominada principal u originaria, la segunda secundaria o derivada.

Las razones de la competencia necesaria pueden referirse al litigio y al proceso por lo que puede ser material y funcional. En el litigio, competencia externa, necesaria, material, se debe tener en cuenta su contenido (competencia por razón de la materia), su valor (competencia por razón de la cuantía), y el lugar (competencia por razón del territorio).

La competencia eventual o secundaria derivada de la necesidad de adecuación, no del litigio al oficio sino “del oficio al litigio”, que puede ser, dentro de los límites señalados por la Ley, por acuerdo entre las partes, por relación con otro u otros litigios o por impedimento para el ejercicio de la función, a las que Carnelutti denomina: elección, conexión remisión.

La competencia de los jueces se refiere a las atribuciones de éstos en atención a las “condiciones objetivas del litigio” y se rige por las leyes de organización judicial. La competencia de fuero, que

54 GARCÍA RADA, Domingo, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Tercera Edición, pág.29, 1990. 55 Ibidem, pág.98.

es el lugar donde el juez ejerce sus funciones, está regulada por las leyes procesales en beneficio de las partes.

La competencia material o real, atañe al contenido de los litigios (material), al grado de los jueces (grado), al valor de lo controvertido (cuantía) y a necesidades de trabajo de los organismos públicos (turno). La competencia de fuero está normada por disposiciones referentes al domicilio, ubicación de los bienes, lugar de los contratos, etc.

2.5 Conflictos de Competencia, Contiendas de Competencia ó Cuestiones de Competencia en el Derecho Nacional y Criterios para delimitar la Competencia.

Las cuestiones de competencia, según el profesor Alzamora Valdéz precisa que, los conflictos de competencia se producen cuando jueces de “igual grado tratan de conocer o están conociendo de un mismo asunto o ambos pretenden ser incompetentes para conocer de él”.

La contienda de competencia reviste dos formas: **positiva**, cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio, y **negativa**, sí ambos jueces pretenden ser incompetentes en igual caso.

Para el educador **Jorge Capella Riera**, “El término conflicto significa un enfrentamiento de intereses en el que cada una de las partes trata de ganar. Significa un enfrentamiento entre cada parte involucrada (sea esta persona, familia, una clase social, un sindicato, un grupo político, un Estado), que desea ocupar una posición que se sabe es incompatible con los intereses u objetos de la propia parte 55.

Las cuestiones de competencia se tramitan ya sea por **declinatoria** o por **inhibitoria**, en el primer caso, el demandado recurre ante el juez que considera incompetente a fin de que deje de conocer el litigio y lo someta al juez que considera competente, en el segundo caso, el demandado se dirige al juez que tiene por competente para que asuma el conocimiento del asunto.

Las cuestiones de competencia no pueden promoverse de oficio sino a instancia de la parte interesada y los medios indicados declinatoria o inhibitoria son incompatibles, no pudiendo usarse simultáneamente ni sucesivamente, porque ello implicaría un fraude a la Ley.

Por su parte **Francisco Miroquesada Rada**, opina que, “El conflicto se produce porque no todos los miembros que integran un universo social están de acuerdo con tal o cual decisión política y por consiguiente, se oponen a ésta, lo que genera diversas formas y expresiones de conflicto 56.

Todo conflicto implica pues discrepancia, disenso, confrontación, lo que en principio es explicable no solamente por las diferentes formas que tienen las personas o los grupos sociales de pensar y ver las cosas, sino que el conflicto en todos los niveles constituye la esencia del desarrollo dialéctico de las relaciones sociales. Pues a base de las contradicciones se establecen y superan los problemas. Sin embargo, la solución de las contradicciones, no siempre tiene una salida pacífica, frecuentemente tiene manifestaciones de violencia, o cuando menos tienen una buena dosis de violencia, y esta es mucho mayor cuando mayores son los intereses que están de por medio.

Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico, y dentro de los organismos del Estado (como el caso del Poder Judicial), que están llamados a encausar la vía pública, e incluso a resolver los problemas surgidos en la comunidad, también surgen conflictos invadiendo el ámbito de competencia del otro órgano con los consiguientes perjuicios para los ciudadanos implicados.

55 CAPELLA RIERA, Jorge. Ponencia presentada en el taller “Construcción de una Cultura de Paz”, Trujillo; 1987.

56 MIROQUEZADA RADA, Francisco, “Introducción a la Ciencia Política”; pág.205.

La contienda de competencia tiene como efecto la suspensión del procedimiento, salvo diligencias que causarían a las partes “perjuicio irreparable” y debe promoverse en un plazo breve y perentorio.

La resolución de las cuestiones de competencia corresponde generalmente a los tribunales superiores así lo señala nuestro ordenamiento procesal, al asignar a las cortes superiores la función de dirimir las contiendas entre jueces del mismo distrito judicial de primera instancia comunes y privativos, y a la Corte Suprema las demás. El procedimiento que se sigue es el señalado en la Ley.

La Corte Suprema es en el Perú el Tribunal de más alta jerarquía, sólo ella puede avocarse al conocimiento de causas que le corresponden originariamente y de las que está conociendo otro juez o tribunal, pero sólo a instancia de parte. Es competente para conocer las acciones accesorias el Juez de la principal, porque lo accesorio sigue a lo principal que le dá origen y nacimiento.

En el proceso penal peruano, en la actualidad todavía se encuentra vigente el Código de Procedimientos Penales de 1,940, regulado mediante la Ley No. 9024, en el Distrito Judicial de Lima y en algunos Distritos Judiciales del país, pero en la gran mayoría ya se encuentra vigente el Código Procesal Penal, regulado por el Decreto Legislativo No.957⁵⁷, en donde las cuestiones de de competencia, conflicto de competencia ó contienda de competencia, como se la quiera llamar surgen en el proceso penal durante la tramitación de un proceso o procesos se presentan problemas sobre la determinación de la competencia. Puede ser que dos o más Jueces Penales o Salas Penales Superiores, del mismo Fuero o de Fuero distinto, deseen conocer una causa o proceso determinado (**contienda positiva**) o abstenerse de intervenir (**contienda negativa**), es decir existe un conflicto en la determinación de la competencia, la que se resolverá conforme a la Ley Procesal, ratificando el Juez o Sala Penal para continuar conociendo del proceso, o remitiéndose el Expediente a otro Juez o Sala Penal que se considere competente o acumulándose a otro proceso. Las Cuestiones de

⁵⁷ Nuevo Código Procesal Penal, D.Leg.No.957, promulgado el 22 de Julio del 2004; durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique

Competencia en el Código de Procedimientos Penales de 1,940 ⁵⁸; se clasifican en:

- Declinatoria de Competencia.
- Transferencia de Competencia.
- Contienda de Competencia.
- Acumulación, Inhibición y Recusación.

El maestro **Florencio Mixan Mass** ⁵⁹ denomina cuestión de competencia a la eventual presencia de ciertas situaciones objetivas-jurídicas que determinan una específica problematización sobre la radicación o no de la competencia del Juez Penal o de la Sala Penal Superior sobre el caso concreto problematización que exige una solución de acuerdo a lo regulado en la Ley Procesal. Las Cuestiones de Competencia pueden surgir al producirse una inhibición (de oficio o a instancia de parte) del Juez Penal o de la Sala Penal, o mediante una declinatoria de competencia, o por la generación de una contienda de competencia o por la necesidad de una transferencia de competencia.

La **Declinatoria de Competencia**, es una petición que se formula ante el Juez Penal, que se estime incompetente para seguir conociendo el proceso, a fin de que remita lo actuado a otro Juez Penal al cual se considera competente. Su fundamento se encuentra en el principio Constitucional del Juez Natural, toda persona sometida a un proceso penal debe ser investigada y juzgada por el órgano jurisdiccional competente o por quien tenga esta facultad. En cuanto a su procedimiento, puede ser solicitada por el inculcado, el Ministerio Público o la parte civil. Sí el Juez Penal encuentra fundada la declinatoria de competencia, remitirá lo actuado al Juez competente, o en caso contrario, sin suspender la instrucción, elevará lo actuado a la Sala Penal Superior, acompañando un informe en

⁵⁸ Código de Procedimientos Penales, Ley No.9024 del 16 de Enero de 1940, vigente aún en el Distrito Judicial de Lima.

⁵⁹ MIXAN MASS, Florencio, "Derecho Procesal Penal", Ediciones Jurídicas, Lima, 1988, pág. 251.

el que expone los motivos en los que funda su competencia. La Sala Penal Superior resolverá la declinatoria de competencia sin más trámite que la audiencia Fiscal. Sí las copias remitidas se consideran insuficientes, puede la Sala Penal Superior pedir, por un breve término la instrucción.

Contra lo resuelto por la Sala Penal Superior procede recurso de nulidad, que será resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema.

La **transferencia de competencia** es una petición mediante la cual se solicita el traslado del proceso del Juez competente a otro, cuando existan circunstancias concretas y excepcionales que lo justifiquen. El Art. 95° de la L.O.M.P. faculta al Fiscal a solicitar la transferencia de competencia cuando ocurren situaciones como las anteriormente mencionadas. En la práctica esta figura jurídica se sigue empleando, ya que en algunos casos se hace indispensable, debe tenerse en cuenta que la transferencia de competencia es excepcional, pues implica una variación de la competencia natural.

Un ejemplo de la inaplicación de esta figura jurídica se da en los casos de los delitos de terrorismo por cuanto la Sala Penal Antiterrorista tiene competencia a nivel nacional para el juzgamiento de estos delitos.

El Dr. **Arsenio Oré Guardia** en su obra Estudios de Derecho Procesal Penal, señala que la Contienda de Competencia es el desacuerdo entre jueces penales de igual jerarquía, pertenecientes al mismo distrito judicial o a distrito judicial distinto, o a distinto Fuero referente a dos a más procesos conexos que vienen conociendo, sobre el cual ambos sostienen competencia, o ambos niegan, considerándose incompetentes, no existe contienda de competencia cuando ambos jueces están de acuerdo de que el conocimiento del proceso le corresponde a uno de ellos.

En cuanto a la **acumulación**, refiere el Dr. Oré Guardia ⁶⁰ que es un acto procesal que consiste en unir varios procesos conexos en uno, con la finalidad de sustanciarse en conjunto y resolverse en una

⁶⁰ ORE GUARDIA, Arsenio, "Estudios de Derecho Procesal Penal", Editorial Alternativas S.R.L., 1ra. Edición – Lima 1993, Lima-Perú, pág 110 a 113.

El mismo autor en lo referente a la Recusación precisa que, es el acto procesal mediante el cual uno de los sujetos procesales (excepto el Fiscal), solicita la separación del Juez que viene conociendo del proceso porque su imparcialidad ofrece dudas, a fin de que sea reemplazado por el subrogante legal. Y en cuanto a la Inhibición, es el deber del Juez de apartarse del proceso por encontrarse incurso dentro de las causales de recusación establecidas en la Ley o por tener una conducta que podría ser causal de recusación. Ambas figuras tienen como fundamento la garantía de la imparcialidad del juzgador, esto es, el Juez debe ser un tercero imparcial tanto frente a los sujetos procesales como al objeto del proceso, el Juzgador siempre debe conservar una conducta imparcial e independiente, no estar sujeto a ningún tipo de presión, debiendo actuar objetivamente y con neutralidad, dictando sus decisiones con criterio de conciencia.

En la actual y vigente Legislación Procesal Penal del Fuero Común, en la mayoría de Distritos Judiciales del país, se encuentra en aplicación el Código Procesal Penal, normado por el D.Leg.No. 957, en su Sección III, Título II sobre la Competencia, se precisa en el Art.19° ,en su inciso 1° : “La competencia es objetiva, funcional, territorial y por conexión”⁶¹ en su inciso 2° :”Por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso”.

En los Arts. 26° , 27° , 28° , 29° y 30° de la acotada norma legal, se establece la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema en donde en el inciso 5° del Art. 26° se precisa que, resuelve las cuestiones de competencia previstas en la Ley , entre la jurisdicción ordinaria y la militar, luego en el Art.27° la competencia de las Salas Penales de las Cortes Superiores, en el Art.28° establece la competencia material y funcional de los juzgados penales, el Art.29° la competencia de los juzgados de la investigación preparatoria y en el Art. 30° la competencia de los Juzgados de Paz Letrados.

⁶¹ “Código Procesal Penal”, D.Leg.No.957, Ibid. Idem. pág. 19.

De igual forma en el denominado Código Penal Militar Policial normado por el D. Leg. No.1094 en su Título III, se refiere a la Jurisdicción y Competencia, en el Art. 175° se precisa sobre la potestad jurisdiccional del Estado en materia penal militar policial e indica que, se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la República que conoce de las sentencias del Fuero Militar Policial en Casación, cuando se imponga la pena de muerte, conforme a los Arts. 141° y 173° de la Constitución Política, asimismo, indica que, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República dirimir las contiendas de competencia que se susciten entre el Fuero Militar Policial y el Fuero Común, conforme a Ley. En el Capítulo II al referirse a la Competencia, el Art. 178° señala que, la competencia es objetiva, funcional, territorial y por conexión, además agrega que, por la competencia, se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso.

Luego, en el Art. 185° se refiere a la Contienda de Competencia con el Fuero Común, esto es, cuando el Juez Militar Policial toma conocimiento de que otro Juez del Fuero Común también conoce del mismo caso sin que le corresponda, de oficio o a pedido de parte y en el término de dos días, solicitará la remisión del proceso, además de la copia de la resolución, adjuntará copia de las piezas procesales en que se apoye. Sí el Juez requerido sostiene su competencia, formará el cuaderno respectivo y lo elevará en el término de tres días al Tribunal Supremo Militar Policial por intermedio del Tribunal Superior Militar Policial correspondiente. El Tribunal Supremo Militar Policial, en el término de cinco días, remitirá el cuaderno respectivo a la Corte Suprema de Justicia de la República, con el informe que estime pertinente, para la resolución definitiva.

Para **delimitar la competencia** del órgano jurisdiccional en materia penal, es indispensable conocer y tener claro el concepto de lo que es **el delito** como se establece de **manera general** en el Derecho Penal General, para ello, se debe citar lo que está prescrito en el Art. 11° de nuestro Código Penal, normado por el D. Leg. No. 635, cuando señala: “Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas

o culposas penadas por la Ley”, consiguientemente, el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

Por su estructura, el delito es definido como la acción (comportamiento), típica, antijurídica y culpable (definición tripartita), como lo señala **PEÑA CABRERA**, podemos delimitar -no definir- el delito como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable ⁶². La tipicidad es la adecuación del comportamiento realizada por el autor en la realidad, el comportamiento previsto en la ley penal, la antijuridicidad es la desaprobación que hace el Derecho (ordenamiento jurídico) de la conducta típica, y la culpabilidad, es el reproche que se hace al autor de la conducta injusta.

Como lo señala Peña Cabrera, de todo el espectro de acciones injustas, el legislador selecciona las que considera más intolerables para la sociedad y acto seguido amenaza con una pena a través del tipo legal. Al procedimiento que emplea el legislador para describir las acciones que han de merecer sanciones se llama tipicidad. La tipicidad no viene a ser sino la subsunción de un hecho a la descripción hipotética, abstracta y genérica que se hace en la Ley. La tipicidad cumple un rol preponderante, sobre todo al verificarse que es la consecuencia necesaria del principio de legalidad.

El viejo pero siempre fresco apotegma *nullum crimen sine lege* adquiere una función cabal a través de la descripción escrupulosa de las acciones que cada tipo penal las califica como prohibidas. La tipicidad es el punto de partida para indagar después si la acción típica es antijurídica y también culpable. La suma de la tipicidad y la antijuridicidad dá como resultado el injusto.

Es de acotar que la Jurisdicción Militar en nuestro país conserva en esencia la misma definición del delito y por ende conserva la estructura señalada, como se comprueba al hacer lectura del Art. 8° del C.P.M.P., que a la letra dice: “Son delitos de función militar o policial las acciones u omisiones dolosas o culposas previstas por este Código”, la única diferencia se halla en el hecho de que se

⁶² PEÑA CABRERA, Raúl, “Tratado de Derecho Penal, Parte General, Grijley, pág.278, 1990.

encuentre previsto en el mencionado Código, sin embargo, es de advertir que fija requisitos especiales al momento de establecer los criterios de un delito de función, es decir que se trate de conductas que afecten bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, que el sujeto activo sea un militar o policía en situación de actividad y que la conducta se perpetre en acto de servicio o con ocasión de él.

Se contraponen a los **delitos comunes** regulados por el Código Penal, D.Leg.No.635, los **delitos especiales**, regulados por una ley penal distinta del Código Penal ó que aún siéndolo por éste entrañan una determinada condición, estado, calidad ó circunstancia en quien los comete. Por ejemplo los llamados delitos militares, de contrabando, de prensa y los cometidos por funcionarios de una determinada especie, por ciertas personas cuya condición se señala, etc.⁶³

Precisando aún más su concepto podemos señalar que son aquellos en los que “no toda persona ser autor”, sino que dicha autoría está limitada a determinados sujetos a diferencia de los delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona, el delito especial sólo podrá ser cometido por sujetos que reúnan ciertas características ó condiciones, fundamentalmente se trata de personas sometidas a un deber”.

Ahora bien, conviene realizar precisiones sobre este tipo de delitos, teniendo en cuenta que existe una clasificación, por un lado tenemos los delitos **Especiales Propios**, que son “aquellos que no tienen correspondencia con un delito común”, porque “la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico”, es decir, en el delito especial propio el hecho tiene que ser cometido por un sujeto que reúna las características específicas de no ser así el hecho es atípico, por otro lado, tenemos los delitos **Especiales Impropios**, que son aquellos “que tienen correspondencia con un delito común”, pero su realización por sujetos

⁶³ REY Y ARROJO, Manuel López., “Qué es el delito”, Editorial Atlántida, Buenos Aires, pág.153, 2005.

especialmente cualificados hace que este se convierta en un tipo autónomo distinto, en este orden de ideas, tenemos que para estos casos existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo, si es cometido por alguno de los sujetos especialmente cualificados se produce una modificación del Título de Imputación derivándose hacia el delito especial impropio. En la legislación vigente sobre Justicia Militar Policial, podemos apreciar que se han tipificado conductas, que al ser cometidas por policías y militares en actividad, se convierten en delitos especiales impropios, como por ejemplo el delito de Insulto al Superior, en cuyo hecho se causó lesiones, si el agente activo es un militar o policía en actividad será tipificada la conducta como Insulto al Superior, pero si no tiene dicha condición el agente, será tipificado como un delito común, es decir como el delito de Lesiones, pero no sólo se observa este tipo de delitos sino también delitos especiales propios, como por ejemplo el delito de Insubordinación, cuya acción sólo puede ser tipificada cuando el agente tiene la condición especial de policía o militar en actividad, de otra forma resultaría atípica.

El **Derecho Penal Militar**, como especialidad del Derecho Penal Común, tiene como ratio essendi, la necesidad de erigir y sostener un cuerpo técnico que en el tiempo de paz tiene un carácter preventivo frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme, la guerra o la alteración del orden interno y en tiempo de guerra asume carácter defensivo frente a la actualización de esa necesidad enorme.

Las características propias de ese cuerpo técnico hacen que sus integrantes asuman deberes especiales como también que la violación de ciertos deberes impuestos a todos los habitantes, revista en ellos caracteres de mayor gravedad, por el mayor peligro y la mayor reprochabilidad de su conducta.

De esas mismas características se deriva la necesidad de que ese cuerpo responda a una organización jerárquica sumamente disciplinada y ordenada, en que surgen deberes cuya violación es delictiva debido al detrimento que es susceptible de sufrir la eficacia del cuerpo.

Para Zaffaroni y Cavallero resulta claro que la coerción penal militar es una coerción penal con institutos que la especializan respecto de la ordinaria, pero cuya sustancia se conserva idéntica a la ordinaria ⁶⁴

Es así que por tener los militares y policías deberes que se ponen a su cargo, porque una necesidad tremenda impone la existencia de las instituciones armadas en mención, que sólo pueden ser eficaces merced a su orden, disciplina, jerarquía y prestigio, la violación de esos deberes debe acarrearles penas que no pueden imponerse a civiles y si esa violación afecta al mismo tiempo a otros bienes jurídicos, las consecuencias penales deben ser más graves para el militar, porque a la afectación en que también hubiese incurrido cualquier civil, suma la violación de su deber militar o policial. Dicho en otras palabras: como el delito militar resquebraja, debilita o anula la acción institucional frente a la necesidad potencial (preventiva) o la necesidad actual(defensiva) de evitar el aniquilamiento masivo de bienes jurídicos, es lógico que para el militar sean típicas conductas que resultan atípicas para los civiles (delitos esencialmente militares) o que sean más graves algunos delitos cuando son cometidos por militares (delitos militarizados).

Hecha ésta ineludible puntualización, afirmamos ahora que la coerción penal militar no se distingue para nada en su sustancia de la coerción penal general u ordinaria. La mayor gravedad de la coerción penal militar, hemos visto que también responde a un mayor contenido de injusto del hecho o a una mayor culpabilidad del mismo.

Así pues, la coerción penal militar, pese a tener una sustancia común con la coerción penal, presenta sus institutos propios, que le dan el carácter de una coerción penal especial. Estas particularidades de la coerción penal militar surgen de que ella responde a las imposiciones de una necesidad tremenda o enorme, en tanto que la coerción penal común es resultado de la necesidad que impone

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y Caballero, Ricardo Juan, "Derecho Penal Militar". Parte General, Ediciones Jurídicas Ariel, Bs.Aires, 2010.

ordinariamente la mera coexistencia.

Todo ello hace que el derecho penal militar revista la naturaleza de un derecho penal especial y, por cierto, que el más importante de los derechos penales especiales. Así como la coerción penal es lo que distingue al derecho penal del extrapenal, la coerción penal especializada es la que caracteriza la especialidad del derecho penal militar.

El carácter de derecho criminal especial de nuestra disciplina ha sido señalado por la doctrina específica de varios países. Por ejemplo, en Alemania se dice que el derecho penal militar es una parte del derecho penal, vale decir aquella parte del ordenamiento jurídico, que a causa de un proceder contra las fuerzas armadas, impone como consecuencia del injusto, penas y medidas de seguridad.

También se reconoce así en Italia y España, donde se le asigna carácter de derecho penal especial, que por tratarse de un “jus singulare” debe prevalecer sobre la Ley Común en caso de conflicto.

Otro criterio para delimitar la competencia del órgano jurisdiccional lo tenemos en el **Concurso de Delitos**, esta se da cuando uno o varios autores, cometen una o varias conductas, que a su vez se encuadran o se tipifican en varios tipos penales. Tradicionalmente, el concurso de delitos ha distinguido al **concurso ideal del concurso real**, el primero como unidad de acción y pluralidad de delitos. Sin embargo, actualmente se contemplan dentro del tema del concurso, a otros supuestos por ejemplo: **el delito continuado** y **el delito masa**, en donde contamos que existe pluralidad de acciones y unidad de delito. Ejemplo de delito continuado es el hurto sistemático. Ejemplo de delito de masa, es la estafa generalizada.

El concurso ideal puede ser heterogéneo y homogéneo. Existe concurso ideal heterogéneo cuando con una acción se realiza varios delitos, es decir, cuando a la misma acción se aplica distintas leyes penales, ejemplo: la violación sexual de una mujer virgen provocándole lesiones (concurre violación

sexual y el delito de lesiones). Por otra parte, estamos ante el concurso real homogéneo cuando el mismo tipo legal resulta aplicable varias veces a la misma acción, ejemplo: el causar la muerte a varias personas al hacer explotar una bomba.

Otro criterio para determinar la competencia es el **Concurso Aparente de Leyes**, propiamente no supone un concurso de delitos, pues contrariamente a lo que ocurre en el concurso ideal de delitos, una acción vulnera varios tipos penales, en el presente caso, frente a una misma acción aparentemente existen varios tipos penales que serían “aplicables”, pero en realidad sólo un tipo penal es el aplicable. El conflicto es sólo aparente, dado que el ordenamiento jurídico suministra los conceptos rectores para aplicar la norma legal conveniente. Es el caso en que una acción aparentemente vulnera varias normas penales, sin embargo, un análisis más riguroso permite apreciar que sólo existe un delito.

Generalmente, es sencillo decidir que norma del ordenamiento jurídico debe ser aplicable a un hecho concreto, pero a veces aparecen dificultades y entonces es preciso apelar a unas reglas para saber en cuestión que Ley aplicar.

Entonces es necesario saber cuáles son esos criterios :

a Especialidad.- Cuando concurren una norma especial y otra general, la **aplicable es la especial** por regular la conducta de manera más específica: “**lex specialis derogat legi generali**”. La aplicación reside en que los caracteres de la disposición general se hallan incluidos en la disposición especial, la que en él añade particularidades que le dan sustantividad propia. Esto justifica la primacía de la “lex specialis, frente a la legi generali”.

Como lo señala Peña Cabrera, para la aplicación de la especialidad resulta indiferente la dosimetría penal que contenga una u otra disposición legal, es decir, que la severidad o benignidad no constituyen obstáculos para la aplicación rigurosa de este principio.

- b Subsidiaridad.-** Se dá cuando la norma principal no reúne todos los requisitos, por lo que se debe aplicar la norma subsidiaria. Este criterio se aplica, con la finalidad de evitar la impunidad del autor por falta de concurrencia de determinados requisitos. Una disposición legal es subsidiaria de otra cuando la Ley prescribe que se aplicará ésta, siempre que no se aplique la otra figura, llamada principal. La disposición legal subsidiaria necesariamente tiene menor jerarquía que la otra, y por ello a ésta se la llama principal; “lex primaria derogat legi subsidiare”. Ambas figuras consideran la violación de un mismo bien, pero en distintos grados de punibilidad.
- c Consunción.-** Cuando el delito se encuentra contenido en otro, que lo engloba, por lo que sólo corresponde perseguir por el delito que abarca al otro delito. El precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Aunque no siempre resulta fácil determinar si una infracción puede entenderse absorbida por otra. Por ejemplo: si una persona destruye una pared con el propósito de realizar un robo lleva a cabo un delito de daños, se incurriría en el Art.205° del C.P., Daños, pero este tipo queda desplazado por el delito de Robo.
- d Alternatividad.-** Puede darse casos en que un tipo penal se refiere a la misma acción que otro, el desplazamiento se dá cuando en uno de los tipos surgen circunstancias particulares que se enuncian respecto de dicha acción. Por ejemplo, en el delito de hurto y de apropiación ilícita sobre un tesoro, constituye un apoderamiento de cosa ajena, ya que el tesoro pertenece en forma parcial al propietario del suelo, pero, dado que el apoderamiento recae sobre un tesoro se aplica el Art.192°, numeral 1, Apropiación Ilícita de un Tesoro. Este principio sólo se aplica en defecto de los anteriores, es decir cuando no es posible hallar una relación de especialidad, subsidiaridad ó consunción. 65.

65 BRAMON ARIAS TORRES, Luis Miguel, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, págs..393, 394,395, EDILI, 4ª Edición, Lima, 2008.

También debe señalarse que, dos son las cuestiones que interesan en el debate sobre los delitos de función. De un lado la competencia legal, esto es, la Ley aplicable (Código Penal ó Código de Justicia Militar), del otro la competencia jurisdiccional, es decir, la determinación del órgano judicial legalmente habilitado para conocer y resolver la acción incoada.

En este sentido, debemos hacer mención a lo descrito por **SAN MARTÍN CASTRO** ⁶⁶ que nos precisa: Desde las exigencias del tipo objetivo de lo injusto es posible adelantar tres elementos fundamentales; 1) El sujeto activo del delito debe ser miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; 2) La conducta, o acción, debe estar vinculada a la función militar o policial, en su caso; 3) El sujeto pasivo debe ser de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional como instituciones reconocidas por la Constitución, a las cuales se les reconoce un conjunto de funciones y finalidades. Esos tres requisitos, sin embargo, no son suficientes. Además se requiere que la conducta se encuentre prevista o tipificada en el Código de Justicia Militar, pues el Fuero Militar sólo puede aplicar el derecho penal militar y no el ordinario ó común, específicamente el Derecho Penal –Parte Especial, integrado como se sabe por las figuras penales comunes.

La índole del deber violado, es pues, central para determinar sí un comportamiento determinado es común ó genérico, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aún cuando sea perpetrado por un militar o policía. En tal virtud, todo dependerá del bien jurídico vulnerado, que es el objeto de protección. Consecuentemente, los bienes jurídicos están vinculados a las labores castrenses o policiales y a los fines institucionales, de ahí que las conductas deben afectar la organización, las funciones y las finalidades institucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, estas se encuentran precisadas en la Constitución Política del Perú ⁶⁷.

Es importante mencionar sobre lo que se conoce como la **Teoría del Delito de Función**, en su

⁶⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, “Reforma de la Justicia Militar en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima; 2008.

figura genérica, antes de señalar lo que actualmente se define en la dogmática penal peruana, como delito de función militar policial, en el Art.II del Título Preliminar del C.P.M.P., normado por el D.Leg.No.1094, el cual también ha sido ampliado y precisado, en la última Sentencia del del máximo intérprete de la Constitución Política de 1993, el Tribunal Constitucional del 08 de Julio del 2015 ⁶⁸.

El académico italiano **Vicenzo MANZINI** ⁶⁹ afirma que el objeto genérico de la tutela penal de esta clase de delitos es el interés público, concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública en sentido lato, en lo que atañe a la probidad, desinterés, capacidad, libertad y decoro funcionales, así como el respeto debido a la voluntad del Estado en orden a determinados actos o relaciones de esa misma administración.

La Administración Pública, así entendida, queda penalmente protegida, no sólo en relación a los hechos contrarios a ella, debido a la actividad de los particulares, sino también, contra los abusos de los Oficiales Públicos (funcionarios públicos), o de los encargados tanto de las relaciones internas, o sea, en perjuicio inmediato de la Administración Pública, como en las relaciones externas; en perjuicio inmediato de los particulares.

⁶⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, "Derecho Procesal Penal", Vol. I, GRIJLEY, 2000, pág.13.

⁶⁷ CHANAME ORBE, Raúl, Constitución Política del Perú de 1993, Arts.165, 166, 168 y 170., Editorial Abogados, 2012, Lima.

⁶⁸ STC No.00022-2011-PI/TC del 08 de Julio del 2015, declaró infundada en parte, fundada en parte, infundada y Otros, contra el Artículo Único de la Ley No.29548, diversos artículos del D.Leg.No.1094 y del D.Leg.No.1095; interpuesta por 6430 ciudadanos.

⁶⁹ MANZINI, Vicenzo, "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Edit. Editores, Bs.As., 1961., págs..21y30.

El Delito de Función, tal como está definido en el C.P.M.P., es : “Toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional”.

Mediante esta definición, se identifican tres elementos objetivos del delito de función para que sea considerado como tal: a) Que el sujeto activo, sea un militar ó policía en situación militar de actividad, b) Que, como circunstancias externas del hecho que definen la situación en que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él; y c) Que, se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; objeto material ⁷⁰.

En cuanto a los dos elementos, del sujeto activo del delito y circunstancias externas del hecho no hay mayor problema, el mayor problema se dá con el último elemento que se refiere al bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales del delito de función. Esto es, la doctrina penal contemporánea ha desarrollado un criterio substantivo o material para caracterizar y definir el delito militar que en nuestro país se le conoce como delito de función militar policial, basado en la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal y, consecuentemente, la condición de militar o policía del sujeto activo. Así la doctrina penal militar peruana, que se describe en el C.P.M.P., ha contemplado dos tipos de delitos de función militar policial, como son : son los **delitos de función estrictamente militares** y los **delitos de función militarizados** ⁷¹.

a Delitos de Función Estrictamente Militares.- Son los que afectan únicamente bienes jurídicos exclusivos de las Fuerzas Armadas ó de la Policía Nacional. Su ámbito de tutela se refiere a bienes

⁷⁰ STC 00002-2008-AI/TC, fundamento 86.

⁷¹ Exposición de Motivos del C.P.M.P., D.Leg.No.1094 del 31 de Agosto del 2010, Legislación del Fuero Militar Policial, 2ª Edición, 2011.

jurídicos que son propios de los institutos castrenses. El C.P.M.P., prevé los siguientes delitos de función estrictamente castrenses: violación de consigna, abandono de puesto de vigilancia, omisión de aviso o repulsión, abandono de escolta o de comando, seguridad de las instalaciones y bienes militares y policiales, desertión, empleo indebido de armas, inicio de operación innecesaria; etc.

b Delitos de Función Militarizados.- Son aquellos que afectan bienes jurídicos que no son necesariamente exclusivos de las Fuerzas o Policía Nacional pero inciden en la existencia, organización, operatividad o funciones de estas instituciones. Tutela bienes jurídicos que pueden ser vulnerados tanto por militares como por civiles, pero que debido a su importancia en las instituciones castrenses, su transgresión es sancionada como delito de función cuando el agente es un militar o policía que ha actuado en el ejercicio de sus funciones. Entre los delitos de función militarizados del Código Penal Militar Policial, tenemos los de: espionaje, rebelión, apoderamiento ilegítimo de material destinado al servicio, falsificación o adulteración de documentación, ultraje a los símbolos nacionales, militares y policiales; etc.

En nuestro ordenamiento jurídico, un ejemplo de delito de función militarizado lo constituye la conducta del espionaje, la cual está tipificada tanto en el Código Penal Común como en el Código Penal Militar Policial. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Expediente No.0012-2006-AI/TC ha señalado en forma precisa que cuando el espionaje es cometido por un civil, incurre en el delito tipificado en los artículos 330° y 331° del Código Penal Común que tipifican los delitos de “Revelación de Secretos Nacionales” y “Espionaje” y debe ser juzgado en el fuero común. Se trata entonces que, los delitos de función militarizados, protegen un bien jurídico complejo a los que también se les han llamado delitos; “pluriofensivos”.

Otro criterio para delimitar la competencia entre el Fuero Común con el Fuero Militar, está en los principios del debido proceso; que a continuación se mencionan :

- a Debido Proceso.-** En cuanto a los derechos fundamentales, se ha legislado no sólo a nivel nacional sino también a nivel supranacional, el principio universal conocido como debido proceso, es así que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, contemplada en su Art.10º señala: “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 contra ella en materia penal.
- b Bien Jurídico Real.-** A través de este principio controlamos la función de crear delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la Ley Penal. La protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal, de ahí su importancia. La definición del bien jurídico es ante todo una decisión político criminal respecto a la necesidad de tutelar un determinado interés individual o colectivo de trascendencia social, pues sin él no sería factible la convivencia social.
- c Juez Natural.-** Es el Juez legal, el competente, el predeterminado por la Ley. Esta garantía es fundamental, pues otorga los cimientos para que el Juez actúe con imparcialidad y equidad. De cometerse un delito en este instante, ya existe un Juez competente para conocer el caso. No es admisible que se designe un Juez con posterioridad al hecho, de darse el caso, se viola esta garantía y se vicia el proceso con nulidad.
- d Legalidad.-** Este principio constituye la principal limitación al poder punitivo del Estado, pues este sólo podrá aplicar la pena, a las conductas que de manera previa estén definidas como delito por la Ley Penal. La limitación está en que el Estado sólo podrá aplicar su pena a las conductas definidas por la Ley Penal, y a la vez es garantía, pues las personas sólo podrán verse afectadas sobre sus derechos fundamentales por acción de la pena, únicamente por las conductas prohibidas

previamente establecidas por la Ley Penal.

Por último, otro criterio para delimitar la competencia entre el Fuero Común y el Militar, lo tenemos en la **interpretación de la Ley Procesal Penal**, esto es, desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas, es la labor de la **teoría de la interpretación jurídica**, al respecto Reinhart Maurach, apunta que :” Se entiende por interpretación la determinación del sentido de los preceptos jurídicos para el objeto de su aplicación a situaciones concretas de hecho”. En lo específicamente procesal, es del caso precisar dos principios hermeneúticos : **a) La conformidad Constitucional del resultado interpretativo;** y,b) dentro de los márgenes establecidos líneas arriba, la afiliación a los métodos gramatical, histórico, teleológico,etc. Señala Cortés Dominguez que la interpretación de las normas procesales deben hacerse por los órganos judiciales en consonancia con los preceptos y principios constitucionales y de acuerdo con los criterios que emanen del Tribunal Constitucional, con lo que se somete la Ley Ordinaria al imperio de la Constitución, que es la que define el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico. Igualmente, y dentro de los márgenes establecidos por el primer principio las normas procesales deben interpretarse de acuerdo con el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Tampoco es posible olvidar que la interpretación válida debe ser sistemática, es decir, que la interpretación, en atención al principio de unidad del ordenamiento jurídico, debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones. De igual manera es pertinente tener presente que toda interpretación debe realizarse teniendo en consideración la transformación del medio social, cultural y político, lo que permite que las Leyes conserven su lozanía y vigencia no obstante el tiempo que pueda transcurrir.

2.6. El Concepto de Juez Natural como garantía de la Administración de Justicia.

112

El concepto de Juez Natural, se encuentra actualmente consagrado en nuestra Constitución Política del Estado de 1993, en el Art. 139°, 2do. párrafo del inciso 3° cuando precisa que : *“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 para tal efecto, cualquiera sea su denominación”*.

En términos simples se refiere a la existencia de un instructor o juzgador pre-existente a la comisión del delito,asimismo,estos órganos judiciales deben estar predeterminados por la Ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona.

El ciudadano debe saber que si comete un delito hay un órgano jurisdiccional que ventilará la causa correspondiente. En virtud de este principio los civiles no pueden ser juzgados por Tribunales Militares, ni los militares por tribunales civiles cuando se trate propiamente de delitos de función (Art. 173° de la C.P.E.), sin embargo, se dá una excepción para el juzgamiento de civiles por los Tribunales Militares cuando estos cometan los delitos de Traición a la Patria y de Terrorismo, en la práctica esto no se aplica,por cuanto, en el Nuevo Código Penal Militar Policial, el delito de Traición a la Patria se aplica al militar o policía que durante un conflicto armado internacional toma las armas contra el Perú o sus aliados o forma parte en la organización militar adversaria, de igual forma en el delito de Terrorismo, se aplica el D.L. No. 25475 a toda persona que provoca crea o mantiene en zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida , el cuerpo y la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías de comunicación o de transporte, etc. siendo este un delito común, de ser el caso, sí en este delito se encontrara incurso personal militar o policial, indudablemente el Juez que asumirá competencia será el del Fuero Común y no el del Fuero Militar. Cabe hacer la precisión

que, en el Código Penal Común, normado por el D.Leg.No.635, en su Título XV se prevén las figuras de los delitos Contra El Estado y la Defensa Nacional, entre estos el de Traición a la Patria que puede ser cometido por cualquier persona, a excepción del personal militar o policial que como se ha expresado está sujeto a su Código Penal Militar Policial; el D.Leg.No.1094. Esto último concuerda con el Art. 18° del D.Leg. No.957 del Nuevo Código Procesal Penal, cuando señala expresamente los límites de la Jurisdicción Penal Ordinaria y precisa que : “No es competente para conocer de los delitos previstos en el Art.173° de la Constitución, es decir que el Juez Penal Ordinario no tiene competencia para conocer de los delitos de función y estos están expresamente señalados en el Nuevo Código Penal Militar Policial, el D. Leg. No.1094.

El Art. 185° del Nuevo Código Penal Militar Policial, el D.Leg.No.1094, al referirse al trámite de la Contienda de Competencia entre el Fuero Militar con el Fuero Común, señala que, cuando el Juez Militar Policial toma conocimiento de que otro Juez del Fuero Común, también conoce del mismo caso sin que la corresponda, de oficio o a petición de parte y en el término de dos días, solicitará la remisión del proceso. Además de la copia de la resolución, adjuntará copia de las piezas procesales en que se apoye. Sí el Juez requerido sostiene su competencia, formará el cuaderno respectivo y lo elevará, en el término de tres días, al Tribunal Supremo Militar Policial por intermedio del Tribunal Superior Militar Policial correspondiente. El Tribunal Supremo Militar Policial, en el término de cinco días, remitirá el cuaderno respectivo a la Corte Suprema de la República, con el informe que estime pertinente, para la resolución definitiva.

2.7. Marco Legal actual del Fuero Militar en el Perú.

La presente investigación, se encuentra enmarcada en los dispositivos legales actualmente vigentes y conforme a nuestra Constitución Política del Perú de 1993, que en su Artículo 51°; señala:

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la Ley sobre las normas de inferior jerarquía

Se analizan así mismo, la legislación internacional contenida en los Tratados Internacionales, aprobados por el Congreso y ratificadas por el Presidente de la República que forman parte del derecho nacional.

El marco legal del presente trabajo de investigación está constituido por las siguientes legislaciones:

a Legislación Constitucional

Nuestra Ley de Leyes, ha legislado en materia de Derechos Humanos sobre el Derecho a la igualdad, Debido Proceso, la Prohibición de ser desviado de la Jurisdicción predeterminada por la Ley, la extensión de la Jurisdicción Militar y sobre la Finalidad de la Función de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

(1) Constitución Política del Perú de 1993

Fue promulgada en el primer gobierno de Alberto Fujimori, como consecuencia del llamado autogolpe del 5 de Abril de 1992, repite los conceptos y contenido de la Carta de 1979 en materia de jurisdicción, delitos de función y prohibición del desvío de jurisdicción en los siguientes artículos:

Art. 1º: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado.

Art.2º :” Toda persona tiene derecho a :

inc 24

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

Art. 137º

“ 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 dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan”.

inc 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 esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9,11 y 12 del artículo 2º y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

Art. 138º

“ 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 otra norma de rango inferior”.

Art. 139º

“ Son principios y derechos de la función jurisdiccional :

(1) “ La unidad y la exclusividad de la Función Jurisdiccional

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

(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 fuera su denominación”

Art. 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°.

Art. 165°

“Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el Art.137° de la Constitución.

Art. 166°

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

Art.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 este no son aplicables a los civiles, salvo en los casos de Delitos de Traición a la Patria y de Terrorismo que la Ley determina. La Casación a que se refiere el Art.141° sólo es aplicable

cuando se imponga pena de muerte. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

b. Leyes de Desarrollo Constitucional

Por mandato de la Constitución, se han promulgado Leyes que desarrollan los artículos constitucionales referentes a la organización y funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, así como de la Justicia Militar. De todas estas Leyes, se han recogido las normas que inciden en la presente investigación, vigentes en la actualidad.

(1) Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial Ley No. 29182 y su modificatoria el D. Leg. No.1096

Esta Ley en la actualidad, establece la naturaleza, estructura, organización, jurisdicción, funciones y atribuciones del Fuero Militar Policial. Esta Ley establece:

TITULO PRELIMINAR

Artículo I.- FUERO MILITAR POLICIAL

El Fuero Militar Policial, previsto en el Art.173° de la Constitución Política del Perú, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente é imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función.

Artículo II.-COMPETENCIA

El Fuero Militar Policial, a tenor de lo dispuesto en el Art.139°, numeral 1) de la Constitución Política del Perú, constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial Su competencia comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial. En el ejercicio de sus funciones y atribuciones, el Fuero Militar Policial se sujeta a los principios y garantías de la función jurisdiccional y al pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Artículo III.- DELITOS DE FUNCIÓN

Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad.

Artículo VIII.- FUNCIÓN MILITAR POLICIAL

De conformidad con el Art.173° de la Constitución Política del Perú, los militares y policías 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. El ejercicio regular de la función militar o policial, durante las operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones a que haya lugar.

TITULO II

COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN DEL FUERO MILITAR POLICIAL

CAPITULO I

COMPETENCIA

Artículo 3°.- CASACIÓN ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

Son susceptibles de casación, ante la Corte Suprema de Justicia de la República, las resoluciones del Fuero Militar Policial, en el caso excepcional previsto en el Art. 173° de la Constitución Política del Perú.

Artículo 4°.- CONTIENDAS Y CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Las contiendas de competencia dentro del Fuero Militar Policial son resueltas por el Tribunal

Supremo Militar Policial.

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

(2) Código Penal Militar Policial Decreto Legislativo No.1094

TITULO PRELIMINAR

Artículo I.- OBJETO DEL CÓDIGO

Este Código en actual vigencia tiene por objeto prevenir la comisión 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. Contribuye al mantenimiento del orden, seguridad y disciplina en dichas fuerzas del orden.

Artículo II.- DELITO DE FUNCIÓN

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de 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.

Artículo VIII.- JURISDICCIÓN NATURAL

Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que encontrándose en situación de actividad cometan delitos contemplados en este Código, sólo podrán ser investigados y juzgados por los Jueces, Fiscales, Salas y Tribunales Militares Policiales, establecidos en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y en este Código.

(3) Ley No. 28359 de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas

Capítulo VIII Consejo Supremo de Justicia Militar (Actual Tribunal Supremo Militar Policial)

Artículo 66° Competencia

120

El Consejo Supremo de Justicia Militar tiene competencia para el conocimiento de las causas interpuestas contra el personal de las Fuerzas Armadas en Situación de Actividad, por la comisión de delitos de función en desempeño de su actividad profesional.

Artículo 67° Garantía del debido proceso y derecho de defensa

El Consejo Supremo de Justicia Militar, en el ejercicio de su labor jurisdiccional, cautela la irrestricta observancia del debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa del Oficial procesado.

(4) Decreto Legislativo No. 1095 Establece reglas de Empleo y Uso de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional

Capítulo II Jurisdicción y Competencia

Artículo 27°.- Competencia del Fuero Militar Policial

Las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, de conformidad con el Art.173° de la Constitución Política.

Artículo 30°.- Exención de Responsabilidad Penal

Los supuestos de exención de responsabilidad penal derivados del empleo y uso de la fuerza en aplicación del presente Decreto Legislativo son regulados conforme a lo establecido en los numerales 3, 8 y 11 del Artículo 20° del Código Penal y en la Ley No.27936, en materia de legítima defensa y cumplimiento del deber.

(5) Decreto Legislativo No.1148 Ley de la Policía Nacional del Perú.

Artículo 34° .- Personal de la Policía Nacional del Perú

El personal de la Policía Nacional del Perú está sometido a la Constitución Política del Perú, los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Peruano, las Leyes, el Código Penal Militar Policial y las normas reglamentarias.....”.

(6) Ley No.24150 (Vigente).**Art. 10° .- Sujeción de los miembros de las Fuerzas Armadas y PNP al CJM.**

“Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales (PNP), 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 aquellos que no tengan vinculación con el servicio” 72.

72 En el año 2003, la Defensoría del Pueblo interpuso Demanda de Inconstitucionalidad contra diversos Artículos de la Ley No. 24150, Expte. No.017-2003-AI, declara fundada en parte, dejando subsistente esta norma, como el Art. 10° que se indica y lo modificó.

c. Legislación Sustantiva y Adjetiva que se aplica por el Fuero Común para resolver los Casos de Contienda de Competencia.

(1) D. Leg. No.635 Código Penal de 1991

Este Cuerpo sustantivo de Leyes, contiene prescripciones, acerca del principio de legalidad en materia penal y sobre delitos cometidos por funcionarios públicos.

Título Preliminar

Art. II Principio de Legalidad.

“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la Ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecidas en ellas”.

Art. III Inaplicación de la Analogía.

“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Art. 10° Principio de Igualdad ante la Ley.

“La Ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconozcan a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las Leyes o Tratados Internacionales”.

Título XIV-A DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

Art. 319°.- Genocidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico o social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes :

1. Matanza de miembros del grupo.

2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo.
3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.
4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.

Art.320°.- Desaparición Forzada cometida por Funcionario Público.

El funcionario público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Art. 36° incisos 1 y 2.

Art. 321°.- Tortura Simple.

El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otros dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarlo por cualquier hecho que haya cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Sí la tortura causa la muerte del agraviado o le producen lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

Artículo 376°.- Abuso de Autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de

alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Artículo 425°.- Se consideran funcionarios o servidores públicos.

Se consideran funcionarios o servidores públicos :

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenecen a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.

(2) D. Leg. No. 1097 Decreto Legislativo que regula la aplicación de normas procesales por delitos que implican Violación de Derechos Humanos.

Artículo 1°.- Objeto.

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo No.957, a todos los Distritos Judiciales del país, con la finalidad de establecer un marco regulatorio uniforme respecto de los Delitos que implican violación de los derechos humanos 73.

Artículo 2° .- Alcance.

El presente Decreto Legislativo es de aplicación a los procesos por los delitos Contra La Vida, El Cuerpo y La Salud previstos en el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991,

considerados como violaciones a los Derechos Humanos, así como, por los delitos contra la Humanidad previstos en el Código Penal de 1991.

Artículo 3º.- Vigencia y sometimiento a institución.

3.1. Adelántese la vigencia del inciso 1 del Artículo 288º del Decreto Legislativo No.957 del Nuevo Código Procesal Penal a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto a los procesos señalados en el Artículo 2º del presente Decreto Legislativo.

(3) Ley No.9024 Código de Procedimientos Penales de 1940.

Título I Competencia

Artículo 9º.- Competencia del Fuero Común.

Corresponde a la Justicia Penal Ordinaria la instrucción y el juzgamiento de los delitos y falta comunes.

Artículo 10º.- Jurisdicciones Especiales.

La instrucción y el juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo, por menores de dieciocho años; o de los que por su naturaleza o por la condición personal del agente sean objeto de leyes especiales, caerán bajo la jurisdicción privativa de la Corte Suprema de la República, de los Tribunales Correccionales, de la especial de Menores, o de los Tribunales de Guerra, Militares, Navales o de Policía; según los casos.

Artículo 15º.- Competencia de la Corte Suprema.

La Corte Suprema de Justicia conocerá de las resoluciones expedidas por los Tribunales Correccionales, contra las que este Código concede el recurso de nulidad. Resolverá, igualmente, las quejas, cuestiones de competencia y de extradición, conforme a las leyes.

⁷³ En el año 2007, el 25% del número legal de Congresistas interpuso Demanda de Inconstitucionalidad contra el D.Leg.No.1097, la cual fué declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional, dejando vigentes los artículos mencionados up supra.

Artículo 23° .- Contienda de Competencia.

Cuando el juez instructor tenga conocimiento de que otro de igual categoría comprende en la instrucción al mismo inculcado, o instruye sobre el mismo delito o sobre delitos conexos, sin perjuicio de seguir instruyendo, oficiará inmediatamente al otro juez instructor indicándole los motivos que ha tenido para avocarse la instrucción, dejando copia en autos.

Artículo 28° .- Trámite de la declinatoria en la Sala Penal.

El Tribunal Correccional dirimirá la competencia o resolverá la excepción de jurisdicción sin más trámite que la audiencia al fiscal. Sí las copias remitidas se consideran insuficientes, puede el Tribunal, pedir por un breve término, la instrucción.

De la resolución del Tribunal Correccional, en caso de competencia o declinatoria de jurisdicción, procede el recurso de nulidad.

Cuando se entable competencia entre jurisdicciones de diverso fuero sobre el juzgamiento de un mismo delito o de delitos conexos, corresponde dirimirlos a los Tribunales Correccionales, sí se trata de jueces instructores del mismo Distrito Judicial y a la Corte Suprema si se trata de jueces instructores de diverso Distrito Judicial o de competencias entabladas al mismo Tribunal Correccional.

Estas normas procesales ordinarias, permanecen vigentes pese a que también se encuentra vigente el nuevo Código Procesal Penal, ya promulgado pero sin vigencia aún en el Distrito Judicial de Lima, el más importante del país, con normas mucho más precisas sobre todo en materia de competencia y jurisdicción, en caso de delitos cometidos por militares y/o policías código que pese a estar listo desde 1991, ha venido modificándose varias veces y a la fecha no ha entrado en vigor en su totalidad, por diversos intereses que no se condicen con los de la

justicia, contribuyendo esta situación a la oscuridad legal en materia de límites de la jurisdicción militar.

(4) D.Leg.No.957 Código Procesal Penal del 2004.

Sección III La Jurisdicción y Competencia

Artículo 18°.- Límites de la Jurisdicción Penal Ordinaria.

La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer :

1. De los delitos previstos en el Artículo 173° de la Constitución (Delitos de Función).

d. Análisis Jurídico del Marco Normativo.

(1) La Jurisdicción y el Desvío de la Jurisdicción

Del estudio exhaustivo de las normas expuestas en esta investigación, se constata que existen normas precisas sobre: Desvío de Jurisdicción y Derecho al Juez Natural que se encuentran en nuestra actual Constitución de 1993, siendo importante resaltar a su vez la actual tendencia mundial en el Derecho en materia de derechos fundamentales, explicitada tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica y la Convención Americana de Derechos Humanos como instrumentos internacionales de los cuales el Perú es signatario. Hasta aquí todo está claro, el problema deviene cuando el texto constitucional citado, reconoce por un lado la unidad y la exclusividad jurisdiccional, en el Art. 139° inc. 1° cuando dice: “No existe ni puede existir jurisdicción alguna independiente”, y reconoce por otro lado, vía excepción, la existencia de las denominadas jurisdicción militar y arbitral. Se presenta aquí una primera ambigüedad, la que conlleva a una confusión teórica y técnica, pues por análisis lógico-jurídico, el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional excluye la posibilidad de la existencia de otro cuerpo independiente que tenga los mismos atributos, sin embargo, la jurisdicción militar puede

considerarse como la excepción a la regla general, pero sin que esta exceda los límites que la propia norma constitucional le señala, como es el Art.173° de la CARTA Magna que también precisa : “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al Fuero respectivo (actual Fuero Militar Policial) y al Código de Justicia Militar (actual Código Penal Militar Policial).

Se presenta otra ambigüedad, cuando el texto constitucional reconoce a la “jurisdicción militar” como **independiente** y por otro lado, prescribe que para los efectos de la Casación de cierto tipo de sentencias dictadas por la justicia militar, es la Corte Suprema de Justicia que es parte del órgano jurisdiccional común; la que conoce y resuelve.

(2) Delito de Función

Del estudio de la normativa vigente a la fecha de la formulación de la presente Tesis, en la Carta Política de 1993, en el Art. 173° se enuncia de manera declarativa y genérica “que en caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales están sometidos al Fuero Militar y al Código de Justicia Militar” (está establecido en la Ley de Situación Militar No. 28359, D. Leg. No.1148 Ley de la Policía Nacional del Perú, D.Leg.No. 1095, que establece las Reglas de Empleo y Uso de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional, Ley No. 24150 que establece las normas que deben cumplirse en los Estados de Excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, en todo en parte del territorio, de conformidad con los Artículos 137° y 165° de la Constitución Política del Estado de 1993.

La definición de Delito de Función, lo desarrolla el llamado Código Penal Militar Policial en el D. Leg.No. 1094, en su Art.II de su Título Preliminar cuando precisa: “Es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de 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” y lo desarrolla el Art. VIII de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley No.29182, modificada por el D. Leg. No.1096, cuando señala que: “De conformidad con el Art.173° de la Constitución Política del Perú, los militares y policías 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. El ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar”.

Sin embargo, ambas definiciones se contradicen entre sí puesto que por una parte en el Código Penal Militar Policial, se define al delito de función como toda conducta ilícita que comete un militar o policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él, que atenta contra bienes jurídicos que se vinculan a la existencia, organización o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, se dice que es la infracción en la que incurren los militares y policías, durante el ejercicio de la función militar o policial, y que esta 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.

Lo correcto hubiera sido que, en el llamado Código Penal Militar Policial, se hubiese definido el Delito de Función, conforme a la dogmática penal que es el estudio concreto de las normas penales de los tipos penales, de la Ley en sentido estricto, esto es, se hubiese precisado una definición como

la siguiente: “El Delito de Función, es toda acción u omisión, típica, antijurídica, culpable punible e imputable a un militar o policía en situación de actividad, en tiempo de paz, durante el régimen de excepción o conflicto armado, que atenta contra bienes jurídicos tutelados por las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional que se relacionan con su existencia, organización y operatividad; en el cumplimiento de sus misiones constitucionales, las Leyes y los Reglamentos correspondientes”. El haber señalado en el texto del CPMP que, el delito de función como toda conducta ilícita que comete un militar o policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él, esto último del acto de servicio o con ocasión de él, es una novedad en este cuerpo normativo, puesto que, anteriormente en los anteriores Códigos de Justicia Militar no se hacía referencia al acto de servicio o la ocasión de servicio, que son instituciones jurídicas propias del derecho de pensiones militar-policial, que se prevén en el D. Ley No.19846 y en el D. Leg. No. 1133; lo cual no tiene fundamento y es contrario a la dogmática penal.

La definición señalada por la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley No. 29182, tampoco cumple con la definición doctrinaria del derecho penal sobre lo que es el delito, puesto que, no se puede definir como delito de función militar “policial”, conforme al Art. 173° de la Constitución Política del Perú, como un “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, en todo caso, hubiere sido mejor que, en la Ley No.29182 aludida, se hubiese mencionado sólo el Art.III del Título Preliminar sobre los Delitos de Función y no mencionar el Art.VIII sobre la Función Militar Policial, que lo que hace es confundir lo que debe entenderse desde la doctrina penal como la definición del Delito de Función, conforme al Art.173° de la Carta Fundamental del Estado, a la definición del delito conforme a la doctrina del Derecho Penal y sin considerar criterios como los

de ocasionalidad, que amplían de manera indebida la competencia de los Tribunales Militares a supuestos donde no se afectan bienes jurídicos militares o policiales.

El Código de Procedimientos Penales de 1940, Ley No.9024, en su Art.10°, se limita a señalar que:

“La instrucción y juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo por menores de dieciocho años; o de los que por su naturaleza o por la condición personal del agente sean objeto de leyes especiales, caerán bajo la jurisdicción privativa de la Corte Suprema de la República, de los Tribunales Correccionales (actuales Salas Penales), de la especial de menores o de los Tribunales de Guerra, Militares, Navales o de Policía, según los casos”.

En esta norma procesal, aún vigente en algunos Distritos Judiciales como el de Lima, se hace referencia a las Jurisdicciones Especiales, en su Art.10° como se ha indicado (también en el Art. 18° inciso 1° del nuevo Código Procesal Penal normado por el D. Leg. No.957, en forma implícita y en el Art.173° de la Constitución Política del Estado), la instrucción y juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo....., caerán bajo la jurisdicción privativa de.....los Tribunales de Guerra,....según los casos, se observa que no existe artículo alguno que precise, en que caso un delito cometido por un funcionario militar o policial devendría en el delito de función al que se refiere la norma constitucional, las Leyes de los Institutos Armados y de la Policía Nacional, y en que caso, se cometería un delito de función común o un delito común. Existe entonces, una ambigüedad de definición de los límites de la jurisdicción independiente militar, este Art.10° se remite a Leyes Especiales que como se ha visto constituye un campo muy basto y profuso en la legislación nacional.

Una de las Leyes Especiales como la Ley No.24150, en su Art. 10° prescribe :“que los militares o policías que se encuentran prestando servicios en zonas declaradas en estado de excepción quedan sujetas a la aplicación de justicia militar; y que las infracciones señalada en el Código de

Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero militar salvo aquellas que no tengan vinculación en el servicio”.

Este artículo tampoco hace una descripción típica de lo que constituye delito de función en militares y policías ha aportado, no obstante, un concepto que sirve de punto de partida para una adecuada tipificación de este delito, el que “los ilícitos cometidos por militares y policías en el ejercicio de sus funciones para ser competencia del fuero militar tienen que tener vinculación con el servicio. Estas precisiones aisladas y enunciativas, en medio de otras sobre competencia, hacen todavía más confuso el panorama, evidenciándose más bien la atipicidad del delito de función en militares y policías, tanto por que no existe ni como delito tipo rector, como figura genérica del delito de función, debidamente definida como tal en la Ley Penal y las figuras específicas de este delito consideran figuras delictivas propias del Derecho Penal Común (delitos comunes).

Asimismo, el Derecho al Juez Natural, entendiendo este, como juez imparcial independiente idóneo y predeterminado por la Ley, es un Derecho Fundamental, que conjuntamente con la Garantía de Administración de Justicia de Prohibición del Desvío de Jurisdicción, constituyen la piedra angular del Derecho Fundamental al Debido Proceso, que es el conjunto de garantías mínimas para que se realice la justicia.

En cuanto a lo que se refiere al delito de función, encontramos que en la Dogmática Penal del País, los llamados delitos de función, estaban considerados en el Código de Maurtua (Código Penal de 1924), bajo el nombre de Delitos Contra Los Deberes de Función y los Deberes Profesionales, bajo esta denominación, este cuerpo de Leyes reunió una variedad de actos delictivos cuya característica distintiva, era la de ser imputables únicamente a las personas que ejercen funciones públicas.

El Código Penal peruano actualmente vigente de 1991, ha sistematizado a los Delitos de Función en el Título XVIII del Libro Segundo, “Delitos Contra La Administración Pública”, en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, agrupándolos en 4 secciones, considerando como tales el abuso de autoridad, la concusión, el peculado y la corrupción de funcionarios en todas sus gamas. Asimismo, preceptúa que, se considera funcionarios públicos a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía, por ende les es aplicable esta normatividad (Art.425, inc.5°).

La legislación sustantiva actual, describe a los delitos de Abuso de Autoridad, en el Capítulo II, Sección I, del aludido Título, así se tipifica el delito propiamente de Abuso de Autoridad, la Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, la omisión rehusamiento o retardo de auxilio de miembros de la Policía Nacional, requerimiento ilegal de la fuerza pública, el abandono malicioso del cargo y el nombramiento y aceptación de cargo público.

El delito de Abuso de Autoridad está entonces descrito en el Código Penal nacional como una figura autónoma e independiente, delito que a tenor de lo estipulado en el Art.425° del CP, puede tener también como agente al funcionario militar o policial y en el caso del Art.378° , el agente es necesariamente el funcionario policial, pues se trata del rehusamiento o retardo de auxilio policial legalmente requerido.

De lo antes expresado se puede agregar que, en el Perú las reglas sobre competencia en materia del juzgamiento de delitos y faltas comunes corresponde a la justicia ordinaria, existiendo un problema de confusión teórica en la concepción de la competencia y jurisdicción, en lo que a la Justicia Penal Militar se refiere, tanto en el actual Código Penal Militar Policial y Leyes conexas, asimismo, existe gran ambigüedad en la aplicación de las reglas de competencia y jurisdicción cuyo esclarecimiento es precisamente objeto de esta tesis.

2.8. Estudio de Casos Emblemáticos resueltos en la jurisdicción interna y externa de las Contendas de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar.

a. Caso “Chavín de Huántar”

A través de la Ejecutoria Suprema del 16 de Agosto del 2002, recaída en el Caso “Chavín de Huántar” (Exp. No.1921-2002), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, dirimió una contienda de competencia a favor de la justicia militar. El caso se refiere a por lo menos una probable ejecución extrajudicial (que de acuerdo al CP se tipifica como homicidio calificado), cometida contra un miembro del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru- MRTA, luego del rescate de los rehenes de la residencia del embajador japonés en el Perú y cuando aquél se encontraba en condición de prisionero.

Estos hechos se refieren a la eventual afectación ilegítima de bienes jurídicos individuales como la vida, el acceso a la justicia y a contar con garantías judiciales, estuvieron siendo investigados por la justicia ordinaria. Sin embargo, la justicia militar también abrió instrucción por los mismos hechos, planteando una contienda de competencia que motivó la ejecutoria citada.

Un primer aspecto sobre el cual merece llamar la atención en la ejecutoria en cuestión, es la ausencia de un criterio claro sobre el que la Sala Penal decidió dirimir la contienda de competencia a favor de la justicia militar, en efecto, la Sala Penal enumera sin mayor motivación una serie de criterios sin que se pueda advertir de ellos una línea de argumentación clara respecto del contenido del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución. El otro aspecto que llama la atención de la ejecutoria es que, salvo la mera calificación de los hechos como delito contra el derecho de gentes (Art.94° CJM ,derogado, D. L.No.23214), ignora toda referencia o análisis a la naturaleza del delito imputado o al bien jurídico afectado.

Así, la ejecutoria utiliza varios criterios a la vez para decidir la competencia de la justicia militar. En primer lugar, alude al criterio del lugar de la comisión del delito, cuando señala que los hechos se verificaron en una zona que había sido declarada en estado de emergencia habiendo asumido el control del orden interno de dicha zona las Fuerzas Armadas. De ello deduce que resulta aplicable al caso el Art.10° de la Ley No.24150 , norma que otorga competencia a la justicia militar para conocer los delitos cometidos por militares y policías en las zonas declaradas en emergencia.

El otro criterio que tuvo en cuenta la Sala Penal es el del fuero personal, luego de interpretar que los miembros del MRTA tenían la condición de militares, en una lógica bastante discutible de asimilación invoca el Art.324° del CJM, esta norma establecía la competencia de la justicia militar siempre que el agente y el sujeto pasivo tengan la condición de militares, sin embargo, esta norma (derogada) exigía también que el delito sea de naturaleza común, por lo que se aplicaba el Código Penal Común. En este sentido, para la Sala Penal el delito imputado era de naturaleza común y no militar, de ahí que resulte contradictorio que más adelante en la propia sentencia, la Sala calificara los hechos como violación del derecho de gentes tipificado en el Art.94° del aludido CJM, ya que esta norma tenía como presupuesto la existencia de un conflicto armado entre Estados, situación que no se verificó en los hechos que dieron lugar al denominado caso Chavín de Huántar. De este modo, no queda claro sí para la Sala Penal los hechos tenían naturaleza común o militar.

Asimismo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recurrió al criterio de causalidad para deducir la competencia de la justicia militar en los hechos. Así señala que los comandos actuaron como grupo militar en cumplimiento de una orden superior, por lo que de haberse verificado infracciones o excesos punibles, estos deben reputarse como ocurridos en el ejercicio de una función militar, por lo que los eventuales autores deben ser sometidos a la justicia militar. Así a la Sala Penal le basta con que los hechos se hayan verificado como consecuencia o a causa de una orden superior,

sin entrar a analizar la vinculación de la función que se desempeñaba con el bien o los bienes jurídicos afectados.

Adicionalmente a todo ello, la referida Sala decidió que los encausados por los mismos hechos Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Azcurra y José Zamudio Ayala, sigan siendo juzgados en la misma vía a pesar de concluir que la competencia material la tiene la Justicia Militar. Ello sobre la base de considerar que los referidos procesados constituían “personas ajenas al operativo militar”, dado que son personas ajenas al grupo de comandos que actuó en el rescate de los rehenes. De acuerdo a este criterio de la referida Sala Penal de la Corte Suprema, sólo los autores materiales o directos deben ser juzgados por la Justicia Militar. Ello no sólo resulta técnicamente incorrecto dado que se desconoce la existencia de distintos niveles de autoría y participación en la comisión de un ilícito y rompe con el principio de unidad del título de imputación, juzgándose los mismos hechos ante órdenes competenciales distintas, sino que además, es una solución incongruente con los propios criterios asumidos por la Sala Penal para decidir la competencia a favor de la justicia castrense. En efecto, salvo Montesinos Torres, todos los demás procesados ante la justicia ordinaria tenían la condición de militares en actividad al momento de los hechos, por lo que, de acuerdo al criterio de fuero personal asumido por la Sala Penal, debieron también ser procesados ante la Justicia Militar.

Por otro lado, a todos los procesados ante la justicia ordinaria se les imputa algún nivel de participación en los hechos, ya sea dando órdenes o tomando decisiones, como es el caso de Montesinos Torres y de Bari Hermoza, o actuando directamente como es el caso de Huamán Azcurra y Zamudio Aliaga, por lo que de acuerdo al criterio del lugar de la comisión del delito o el de causalidad, también debieron ser juzgados por la Justicia Militar. Así el hecho de que los

mencionados procesados no hayan pertenecido formalmente al grupo de comandos, no enerva ninguno de los criterios asumidos por la propia Sala.

De este modo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de manera confusa y contradictoria, dirime la contienda de competencia a favor de la Justicia Militar, recurriendo a criterios que, como ya demostramos, resultan incompatibles con el Art.173° de la Constitución y por ende ampliamente superados y desechados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

Esta situación resulta grave y preocupante, toda vez que, la referida Sala Penal de la Corte Suprema ha fallado en contra de la interpretación del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contraviniendo lo establecido en la Primera Disposición General de la Ley No. 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como en el inciso 1) del Art.68° de la Convención Americana de Derechos Humanos. De este modo, la ejecutoria en cuestión no sólo expone nuevamente al Estado Peruano ante el riesgo de ser condenado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por vulnerar la Convención Americana, sino además de ser considerado un Estado en rebeldía por no dar cumplimiento a las sentencias anteriores.

Siendo ello así, corresponde a los jueces y tribunales civiles y castrenses, preferir los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana sobre la materia, antes que los criterios asumidos por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la contienda de competencia en el caso Chavín de Huántar 74.

Para Carlos Rivera, Abogado e investigador del Instituto de Defensa Legal en un artículo publicado en el portal de actualidad jurídica de la Revista THEMIS, a fines del 2012, opina que el caso “Chavín de Huantar”, debe ser la expresión más reciente de cómo la política mete sus narices

74 DEFENSORIA DEL PUEBLO, Informe Defensorial No.66. ¿Quién Juzga qué ?, Abril 2003, Lima-Perú, pág.79.

en las decisiones judiciales. El contenido y fallo de la sentencia emitida el 15 de Octubre del 2012 por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima expresa eso nítidamente luego indica, el hacer de la contradicción la característica más relevante de una decisión judicial sólo demuestra que han existido otros elementos perturbadores de una decisión imparcial de los jueces, como se sabe, el Ministerio Público había presentado acusación contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás Hermoza Ríos, Roberto Huamán Azcurra y Jesús Zamudio Aliaga como autores mediatos de las supuestas ejecuciones extrajudiciales de tres personas del grupo terrorista del MRTA que tomaron la casa del embajador del Japón y secuestraron a varias decenas de personas durante más de 4 meses del 16 de Diciembre de 1996 hasta el 22 de Abril de 1997, fecha en la que se produjo una operación militar que facilitó el rescate de los rehenes.

El 15 de Octubre del 2012, el fallo de la Tercera Sala Penal determinó la absolución de Montesinos, Hermosa y Azcurra de la acusación fiscal bajo el argumento de que el Ministerio Público no había aportado elementos de prueba que demuestren que ellos habían planificado y emitido órdenes para asesinar a los elementos terroristas que sobrevivieran a la operación militar conocida como Operación Chavín de Huantar. En este caso, ningún integrante de los llamados comandos Chavín de Huantar estuvieron en condición de acusados, sólo acudieron como testigos, se reitera esto porque desde el Ministerio de Defensa, a partir del anuncio hace casi un año atrás de la llegada de este caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha mantenido una posición sumamente agresiva de interferencia política en el curso del proceso judicial.

La Fiscalía había presentado como tesis del caso que la ejecución extrajudicial del terrorista llamado “Tito”, es decir el NN14, se habría perpetrado por las disposiciones emitidas y ejecutadas por una cadena de mando paralela a la cadena de mando militar instalada para la realización de la operación

militar. Esa cadena de mando paralela habría estado liderada por Vladimiro Montesinos y los elementos de ejecución habrían sido elementos del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN).

La sentencia descarta categóricamente esta tesis. Si bien reconoce que la presencia de Montesinos y de los elementos del SIN era un hecho aceptado por el comando militar, también señala que Montesinos no tenía participación alguna en la conducción de la operación, salvo en algunos requerimientos que finalmente ejecutaba Huamán Azcurra. De igual modo, reconoce que la intervención de los elementos del SIN estaba centrada en la toma de muestras fotográficas, tomas en video y soporte informático en las comunicaciones, aunque señala que la frecuencia radial de los elementos del SIN y los de la patrulla Tenaz (Comandos) era diferente y por ello concluye en mayoría que no pudo existir comunicación entre ambos grupos. Si bien es particularmente relevante el reconocimiento de que los elementos del SIN estuvieron presentes por autorización expresa del Jefe operativo de la operación militar, el Coronel EP José Williams Zapata, la sentencia desarrolla una persistente línea de valoración de los hechos y de los roles de los acusados destinada esencialmente a excluir al SIN del evento criminal. Planteada así la valoración de las cosas, la absolución de Montesinos es presentada como una conclusión casi natural.

Sobre la base de estas consideraciones, la sentencia declara que no ha existido una cadena de mando paralela. A partir de esta afirmación comienzan los problemas de fondo de la sentencia. En primer término, resulta hartamente inconsistente la exclusión de responsabilidad de Montesinos y del propio Hermosa cuando se sostiene que no ha sido demostrada la existencia de una acción militar paralela a la de los comandos. Decimos ello porque, si no hay cadena paralela, entonces es posible deducir más aún si estamos hablando de una operación militar que el comando militar a cargo de la ejecución de la operación es el responsable de todas las acciones que se producen en el teatro de operaciones (es decir, la casa).

En segundo término, las circunstancias de la detención y posterior muerte de “Tito” dan cuenta que la operación militar ya había terminado y los rehenes estaban siendo evacuados a las casas contiguas. Si bien el Tribunal se cuida de calificar la muerte del mencionado terrorista como una ejecución extrajudicial, lo cierto es que los elementos periciales que muestra y analiza permiten concluir sin duda alguna que se trata de una ejecución extrajudicial. Pero entonces surge la pregunta: ¿ Quién mató a Tito de un solo disparo . La posición en mayoría de los vocales Rojjasi y Farfán, dan cuenta que Tito, luego de haber sido identificado y capturado por 2 policías adscritos al SIN y que estos comunicaran su detención según su versión a Zamudio, fue reingresado a la residencia del embajador por una persona, vestida de militar. En cambio, la vocal Lizarraga precisa que los policías habían declarado que el que lo recoge es un comando y lo retorna a la residencia. Luego, aparece muerto en los ambientes interiores de aquella. Sobre la base de estas suposiciones, tanto los vocales Rojjasi y Farfán, si bien no concluyen muy claramente, insinúan que los autores del crimen habrían sido elementos del SIN subordinados a Zamudio y de esta manera subordinan el esclarecimiento del caso hasta el momento que éste sea detenido y declare qué pasó aquel día. No es muy difícil saber que Zamudio no será detenido y, por lo tanto, la decisión de estos jueces deja una puerta cerrada por mucho tiempo.

Por su lado, la vocal Lizárraga señala que, si fue un comando el que recogió a Tito, “..la orden debió haber partido de un superior perteneciente a la patrulla Tenaz, en la medida que el Coronel Zamudio al tomar conocimiento de la intervención del subversivo Tito, pudo haber dado cuenta de tal hecho a personal integrante de la patrulla Tenaz, y este a su vez, podría haber dispuesto que un comando lo recoja y lo retorne a la residencia...”, por ello, sostiene que, si bien el Fiscal Superior señaló que descartaba la participación de los miembros de la patrulla Tenaz en la ejecución extrajudicial de Tito,”...esta opinión no genera convicción en la suscrita, más aún si los hechos investigados en este

proceso se refieren a la autoría mediata de la muerte del subversivo...”.

En términos concretos, este voto de la vocal Lizárraga deja abierta la posibilidad de que los comandos hayan tenido algún margen de intervención no solo en la detención de Tito sino tal vez en su muerte.

Consecuentemente, la decisión de absolver a los acusados bajo el argumento que no existió una cadena de mando paralelo y excluirlos de las órdenes ilegales destinadas a eliminar a los sobrevivientes, terminó colocando a los magistrados en un callejón sin salida, lo cual se expresa en la contradicción de sus argumentos.

Era un asunto cantado que el objetivo del Ministerio de Defensa era conseguir las absoluciones de Montesinos, Hermosa y Huamán. Según los estrategas del MINDEF, ello les permitiría sostener ante la Corte IDH que no hubo ejecuciones extrajudiciales y así salvar la responsabilidad del Estado. Si bien el fallo de la Tercera Sala Penal pareciera sintonizar con ese objetivo, el hecho concreto es que, a pesar de la evidente resistencia del Tribunal de calificar la muerte de Tito como una ejecución extrajudicial, lo cierto es que las evidencias determinan que existió tal ejecución. Entonces, en el proceso ante la Corte es probable que nuevamente se determine la responsabilidad internacional del Estado Peruano.

b. Caso “Leonor La Rosa”

El 24 de Febrero de 1997, el señor Jorge Contreras Montenegro, presentó una denuncia ante la Justicia Militar contra los oficiales del Ejército peruano Sánchez Noriega, Salinas Zuzunaga, Anderson Kohatsu y Salcedo Sandoval imputándoles la responsabilidad por un supuesto maltrato sufrido por su esposa, Leonor La Rosa Bustamante a propósito de la incomunicación a la cual fue sometida en el contexto de una investigación funcional realizada contra la referida señora, por el Servicio de Inteligencia del Ejército.

Sobre la base de los mismos hechos, en el mes de Abril del mismo año, la señora La Rosa denunció ante la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, la afectación de su integridad psíquica y física, toda vez que, había sufrido una serie de lesiones graves.

Frente a ello, el Vocal Instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar – CSJM, planteó una contienda de competencia que fue dirimida a favor de la justicia castrense por la Corte Suprema. La Corte Suprema recurrió al criterio del fuero personal, consagrado en el derogado Art.324° del CJM (D. L.No.23214 de 1980), para deducir la competencia de la justicia castrense.

El 9 de Mayo de 1997, la Sala de Guerra del CSJM condenó a los mencionados oficiales a 8 años de privación de la libertad y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil, por la comisión de los delitos de desobediencia y abuso de autoridad. El 24 de noviembre de 1997, la Sala Revisora del CSJM, absolvió a los oficiales Sánchez Noriega y Anderson Kohatsu y confirmó la sentencia con relación a los oficiales Salinas Zuzunaga y Salcedo Sandoval.

El 6 y 8 de Julio de 1999, los condenados Salcedo Sandoval y Salinas Zuzunaga, respectivamente, plantearon ante el CSJM, sendas acciones extraordinarias de revisión, las mismas que fueron declaradas procedentes. Sin embargo, ninguno de los argumentos expuestos en ambos casos, calificaban en los cinco incisos del artículo 690° del CJM, que habilitaba la procedencia de la acción extraordinaria de revisión. De este modo, el CSJM anuló la sentencia de la Sala Revisora de 24 de noviembre de 1997 y ordenó un nuevo pronunciamiento. Finalmente, el 20 de Noviembre del 2002, los condenados Salcedo Sandoval y Salinas Zuzunaga, consiguieron que la Justicia Militar los absuelva de los delitos por los que se encontraban cumpliendo condena.

Ciertamente que en este proceso de revisión que culminó en la absolución de los referidos oficiales, la Justicia Militar, al entender que tenía competencia para conocer de unos hechos, sólo por la

condición de militar de los condenados y de la víctima, criterio del fuero personal, no tomó en cuenta que, en tanto órgano del Estado peruano que se encuentra investido de potestad punitiva, se encuentra obligado por la interpretación que de las normas y la Constitución realiza el Tribunal Constitucional, así como, por los pronunciamientos de la Corte Interamericana, tal como se señaló anteriormente. El criterio de fuero personal y las normas en las que se expresa como el artículo 324° del CJM, quedó derogado en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, en la medida que resulta contrario al principio de igualdad y unidad de la función jurisdiccional. Por lo demás, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana han rechazado el criterio del fuero personal o la mera cualificación como militar del agente y el sujeto pasivo como criterio de habilitación de la competencia de la justicia castrense a partir del criterio de material o del bien jurídico afectado.

En este sentido, la Justicia Militar ha procedido en este proceso de revisión en contra del mandato expreso de la Primera Disposición General de la Ley No. 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que le obliga a resolver de acuerdo a las interpretaciones del Tribunal Constitucional así como del inciso 1) del Art. 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a todos los órganos del Estado a cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana.

Pero si ello no fuera suficiente, este proceder de la justicia castrense desconoce frontalmente el Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado peruano y la señora Leonor La Rosa, celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Caso Leonor La Rosa Bustamante, No. 11,756 CIDH. En la Tercera cláusula de este acuerdo el Estado peruano se compromete a: “.....realizar exhaustiva investigación de los hechos y aplicar las sanciones legales contra toda persona que se determine como participante de los hechos, sea como autor intelectual, material u otra condición,

aún en el caso de que se trate de funcionarios o servidores públicos, sean civiles o militares”.

Asimismo, el Estado se comprometió a que :

“La investigación emprendida en 1997 deberá ser llevada con sujeción al ordenamiento jurídico del Estado peruano que comprende los tratados internacionales de los cuales es parte, entendiendo que el Poder Judicial y el Ministerio Público son los únicos órganos competentes para la investigación jurisdiccional penal y civil”.

De este modo, la actuación de la Justicia Militar en este caso, no sólo genera un problema de inconstitucionalidad, sino además responsabilidad internacional para el Estado peruano, al incumplir frontalmente un Acuerdo de Solución Amistosa celebrado en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

c. Caso “Cantuta”

La Masacre de La Cantuta, tuvo lugar en el Perú el 18 de Julio de 1992 durante la presidencia del Ing. Alberto Fujimori Fujimori, un profesor universitario y nueve estudiantes de la limeña Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle – La Cantuta, fueron secuestrados y desaparecidos por un grupo de paramilitares pertenecientes al Ejército del Perú. El incidente es notable no sólo por la violaciones a los derechos humanos que implicó, sino por la subsecuente impunidad que disfrutaron sus perpetradores. Fue uno de los crímenes que el gobierno peruano estableció en su pedido de extradición de Fujimori frente al gobierno de Japón el 2003 y es uno de los que también presentó al gobierno de Chile; por el mismo motivo.

En la madrugada del 18 de Julio de 1992, 2 días luego de la explosión del coche bomba en la céntrica calle miraflores de Tarata, miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, así como de la Dirección de Inteligencia del Ejército, muchos de los cuales supuestamente pertenecían al recién

establecido Grupo Colina, entraron a las residencias de la Universidad Enrique Guzmán y Valle.

Una vez dentro, las Tropas forzaron a todos los estudiantes a salir de sus habitaciones y echarse boca abajo en el piso. Nueve estudiantes, sospechosos de estar conectados a la explosión de Tarata, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortíz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa fueron separados de los demás y llevados aparte. Mientras tanto, en las residencias de los profesores, un grupo de soldados irrumpió a la casa del profesor Hugo Muñoz Sánchez. Luego de registrar su dormitorio, se llevaron al profesor. Ninguna de las diez víctimas fue vuelta ver.

En Abril de 1993, un grupo de Oficiales militares peruanos liberaron anónimamente un documento detallando los eventos en la Cantuta. Su documento señalaba que el escuadrón de la muerte había secuestrado, torturado y asesinado a las víctimas enterrándolas rápidamente luego. Posteriormente, tal como se señaló durante una investigación iniciada por el Congreso, las fuerzas armadas exhumaron, incineraron, y volvieron a enterrar los cuerpos en otra ubicación. Los “soplones” militares nombraron a los miembros del Grupo Colina que participaron en el incidente, se identificó al Jefe de las Operaciones Mayor Santiago Martín Rivas y señalaron que el grupo operaba bajo órdenes directas de Vladimiro Montesinos, la cabeza del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y asesor del presidente Fujimori quien también tenía conocimiento de estos delitos.

El 6 de Mayo, el General Humberto Robles Espinoza, el tercer Oficial de mayor rango del Ejército, denunció públicamente varias violaciones a los derechos humanos cometidas por el SIN y las fuerzas armadas, incluyendo la matanza de la Cantuta (Posteriormente fue dado de baja del Ejército y fue víctima de amenazas de muerte. Finalmente huyó del país logrando el asilo político en Argentina.

En Junio de 1993, Justo Arizapana Vicente, un reciclador que trabajaba y su amigo Guillermo Catacora, entregaron un plano al congresista Roger Cáceres Velásquez y al periodista de Radio Comas Juan Jara Berrospi. Cáceres compartió luego el plano con la revista Sí que lo publicó en Julio de ese año. Una investigación en el sitio indicado en el plano por el fiscal reveló cuatro fosas clandestinas. Los análisis forenses llevados en los restos, y en otro grupo de huesos encontrados en otro sitio, revelaron que pertenecían a Muñoz Sánchez y a varios de los estudiantes, y que al menos algunos de ellos fueron torturados antes de ser ejecutados mediante un disparo en la nuca.

Las autoridades militares iniciaron una investigación de las matanzas en mayo de 1993. En diciembre de 1993, un fiscal formuló cargos contra varios miembros del Ejército. Un conflicto de jurisdicción se motivó entre los fueros militar y civil. La controversia se ventiló ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que el 3 de Febrero de 1994, no determinó que Fuero debía aplicarse. La noche del 7 de Febrero, el Congreso aprobó una Ley según la cual la Corte Suprema podía decidir ese tipo de materias mediante la existencia de una mayoría simple, en vez del voto unánime que se exigía. En un voto de tres a dos, la Sala Penal de la Corte Suprema decidió que el caso debía ventilarse bajo la jurisdicción militar.

El 21 de Febrero de 1994, el Consejo Supremo de Justicia Militar sentenció a diez de los autores a sentencias de prisión entre 1 a 20 años.

Luego de la reelección de Fujimori en Abril de 1995, en otra sesión nocturna del 14 de Junio de 1995 el Congreso aprobó la Ley No.26749 conocida como la “Ley de Amnistía”, que ordenaba la liberación de todos los individuos presos por la matanza de La Cantuta.

La Ley de Amnistía fue abrogada luego al final del gobierno de Fujimori en el 2000 y el 21 de Mayo del 2001 la Fiscal de La Nación, Nelly Calderón, presentó cargos contra Fujimori acusándolo

de ser uno de los “coautores” de esta masacre y de la masacre de Barrios Altos de 1991. Presentó evidencias de que Fujimori, actuando en conjunto con Vladimiro Montesinos, ejerció control sobre el grupo Colina. Los cargos alegaban que el grupo Colina no hubiera cometido crímenes de esa magnitud sin las órdenes expresas de Fujimori o su consentimiento, y que la formación y el funcionamiento del grupo Colina fue parte de una política integral contrasubversiva que implicó violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos.

Durante el juicio al ex – presidente Alberto Fujimori, nueva evidencia habría dejado al descubierto que al menos uno de los estudiantes fue identificado como miembro de Sendero Luminoso, sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia finalmente determinó que ninguno de los estudiantes, ni el profesor del caso La Cantuta tenían vínculos con algún grupo subversivo Fujimori recibió, el 7 de Abril del 2009 una pena de 25 años de prisión efectiva, por considerarse estos asesinatos selectivos, delitos de lesa humanidad. El día 02 de Enero del 2010 la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema confirmó la sentencia de 25 años de prisión a Alberto Fujimori por los casos Barrios Altos y la Cantuta, y el secuestro de Gustavo Gorriti y Samuel Dayer. (Los Delitos Contra La Humanidad conforme a la Ley No.26926, se incorporaron al Código Penal el 21/2/98).

d Caso “Barrios Altos”

Apróximadamente a las 22:30 horas del 3 de Noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jr. Huanta No.840 del vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima. Al producirse la irrupción, se estaba celebrando una “pollada”, es decir, una fiesta para recaudar fondos con el objeto de hacer reparaciones en el edificio. Los atacantes llegaron al sitio en dos vehículos, uno de marca jeep Cherokee y otro Mitsubishi. Estos automóviles portaban luces y sirenas policiales, que fueron apagadas al llegar al lugar de los hechos. Los individuos cuyas edades oscilaban entre los 25 y 30 años, encubrieron sus rostros con

pasamontañas y obligaron a las presuntas víctimas a arrojarse al suelo. Una vez que éstas estaban en el suelo, los atacantes les dispararon indiscriminadamente por un período aproximando de dos minutos, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a las cuatro, quedando una de estas últimas Tomás Livias Ortega, permanentemente incapacitada. Posteriormente, con la misma celeridad con que habían llegado, los atacantes huyeron en los dos vehículos, haciendo sonar nuevamente las sirenas. Las personas sobrevivientes declararon que las detonaciones sonaban “apagadas”, lo cual permite suponer que utilizaron silenciadores. Durante la investigación, la policía encontró en la escena del crimen 111 cartuchos y 33 proyectiles del mismo calibre, correspondientes a pistolas ametralladoras. Más adelante las investigaciones señalaron de manera más precisa a los responsables: el Presidente de la República, su asesor, el Servicio de Inteligencia Nacional, el denominado grupo Colina conformado por los elementos del Servicio de Inteligencia del Ejército. En el punto referido a las denominadas Cuestiones Procesales, la sentencia de la Corte Interamericana del 14 de Marzo del 2001 deja muy claramente sentada su posición sobre la naturaleza de los delitos investigados. La Sala Penal ratifica que teniendo en consideración las características de los crímenes de Barrios Altos, la desaparición de Pedro Yauri y los campesinos del Santa; estamos ante crímenes de lesa humanidad.

El 29 de Octubre del 2007, la Primera Fiscalía Suprema Penal formuló acusación penal contra el ex – presidente del Perú, Alberto Fujimori Fujimori, por el delito de homicidio calificado (asesinato) en agravio de las víctimas de los hechos de los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, por el delito de lesiones graves, en agravio de los sobrevivientes de la matanza de Barrios Altos y por el delito de secuestro en agravio del empresario Samuel Dyer Ampudia y del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen. Fujimori, es sindicado como autor de los delitos antes mencionados, en su calidad de ex Jefe de Estado, y como tal, responsable de la adopción de una política de Estado secreta y

clandestina de lucha contra el terrorismo que contempló la utilización de métodos ilegales como la eliminación física de presuntos subversivos, y abiertamente contrarios al marco constitucional vigente. Alberto Fujimori fue sentenciado a 35 años de pena privativa de libertad, en los últimos meses Fujimori tiene una enfermedad y sus familiares quieren que le liberen para continuar con su tratamiento y que termine sus últimos días junto a ellos y no en una cárcel sino en su casa.

e Caso “Cesti Hurtado”

Los militares en situación de retiro es otra categoría de sujetos que fue sometida al Fuero Militar. El Caso “Cesti Hurtado”, ha sido sin duda uno de los más sonados al respecto. Gustavo Adolfo Cesti Hurtado era un broker de seguros que había pertenecido anteriormente a los institutos castrenses hasta que pasó al retiro con el grado de Capitán. Debido a una operación de seguros efectuada por el Ejército con la Compañía de Seguros Popular y Porvenir, en la cual Cesti Hurtado intervino en calidad de Asesor, se le abrió a este último instrucción por los delitos de desobediencia, contra el deber y dignidad de la función, negligencia y fraude, ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.

En la medida en que Cesti Hurtado si bien había pertenecido a las Fuerzas Armadas, pero al momento de la denuncia no sólo era ya un Capitán en situación de retiro, sino que inclusive los delitos que se le imputaban no configuraban en estricto delitos de función (se trataba de delitos comunes), los cuestionamientos a la competencia de los jueces militares para conocer este caso no se hicieron esperar. Tal es así que, la orden de detención dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar en principio había sido dejada sin efecto como consecuencia de la sentencia definitiva de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de fecha 12 de Febrero de 1997, que declaró fundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por Cesti Hurtado. A pesar de esto, el fuero militar se rehusó a cumplir la sentencia antes citada a través de la resolución de fecha

26 de febrero de 1997 e hizo efectiva la orden de detención dictada contra él con anterioridad. Tales hechos motivaron la actuación de la Defensoría del Pueblo, que emitió la Resolución Defensorial No.012-97/DP, del 24 de Marzo de 1997, por la que se recomienda al Consejo Supremo de Justicia Militar que cumpla la sentencia de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, luego con un Oficio la Defensoría del Pueblo exhorta al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar para que dé cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia del 29 de Setiembre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de la libertad de Cesti Hurtado y la Resolución Defensorial No.56-99/DP del 29 de Octubre de 1999, por medio de la cual se recuerda al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar el deber de respetar lo establecido en el Art. 44° de la Constitución, es decir, el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, así como la obligatoriedad y el carácter definitivo y ejecutable que inviste a las sentencias de la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció, respecto de este caso en concreto, en la sentencia del 29 de setiembre de 1999 señalando: “ En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En consecuencia, el juicio oral al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho de ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el Art.8.1 de la Convención”⁷⁵. Después, el Consejo Supremo de Justicia Militar acogió la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷⁵ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, señala en su Art.8, 8.1, sobre Garantías Judiciales que: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, 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.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en la Contienda de Competencia 37 – 2009 entre el Tribunal Superior Militar Policial – Fuerza Aérea del Perú contra el 58° Juzgado Penal de Lima, donde se solicitó que la causa penal incoada contra Víctor Ariza Mendoza y Otros por delito contra el Estado y la Defensa Nacional – Atentado contra la Seguridad y Traición a la Patria, en las modalidades de Revelación de Secretos Nacionales y Espionaje, se remita a la jurisdicción militar policial, determinó lo siguiente: El fuero privativo consideró que le correspondía conocer el proceso por cuanto: el Fiscal Penal Militar Policial- Fuerza Aérea del Perú, en adelante FAP –Suplente con fecha dieciséis de noviembre del dos mil nueve (fojas dos) formuló denuncia penal contra el Técnico Inspector Fuerza Aérea del Perú, previsto y sancionado por los artículos 66° , numerales 3, literales c) y f), y 5, y 67° del Código de Justicia Militar Policial, en adelante, CJMP.

El Juzgado Militar Policial de la FAP en Lima por auto de fojas diecisiete de fecha diecisiete de noviembre del referido año, Causa Número 31001 – 2009-0166, abrió instrucción en la vía ordinaria contra el citado denunciado por delito contra la Defensa Nacional en la modalidad de Traición a la Patria en tiempo de paz, previsto y sancionado en el numeral tres, literal c) del artículo 66° y artículo 67° del CJMP, en agravio del Estado Peruano – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea del Perú, con mandato de detención.

La Jurisdicción Ordinaria se avocó al conocimiento de la causa por cuanto: el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Especializada contra la Criminalidad Organizada formalizó denuncia penal contra Víctor Ariza Mendoza por delitos contra El Estado y la Defensa Nacional – Atentados contra la Seguridad y Traición a la Patria – en las modalidades de revelación de secretos nacionales y espionaje en agravio del Estado Peruano, y Lavado de Activos en agravio del Estado. También denunció a los ciudadanos chilenos Daniel Márquez Torrealva y Víctor Vergara Rojas por

instigación de los delitos antes mencionados, así como al ciudadano peruano Justo Rufino Ríos Aguilar por complicidad necesaria de los referidos delitos. Luego, el Juzgado de Turno Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima por auto de fojas ciento cuatro, del día trece de noviembre del dos mil nueve abrió instrucción en la vía ordinaria contra: 1. Víctor Ariza Mendoza, ciudadano peruano, por autoría de los delitos contra El Estado y la Defensa Nacional – Atentados contra la Seguridad y Traición a la Patria en las modalidades de revelación de secretos nacionales y espionaje en agravio del Estado Peruano y Lavado de Activos en agravio del Estado Peruano. 2. Daniel Márquez Torrealba y Víctor Vergara Rojas, ciudadanos chilenos, por instigación del delito contra el Estado y la Defensa Nacional – Atentados contra la Seguridad y Traición a la Patria – en las modalidades de revelación de secretos nacionales y espionaje en agravio del Estado Peruano. 3. Justo Rufino Ríos Aguilar, ciudadano peruano, por complicidad necesaria del delito contra el Estado y la Defensa Nacional – Atentados contra la Seguridad y Traición a la Patria – en las modalidades de revelación de secretos nacionales y espionaje en agravio del Estado Peruano.

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en su fundamento cuarto analizó las posiciones de ambas jurisdicciones así: A. La Jurisdicción militar policial señaló que los hechos antes descritos se subsumen en el numeral tres, inciso c), del artículo 66° y el artículo 67° del CJMP. Dichas normas están incursas en el Título I: Delitos contra la Defensa Nacional, Capítulo I: Traición a la Patria, del CJMP. El Art. 66° del CJMP establece, bajo el nomen iuris “traición a la patria”, lo siguiente: “Será sancionado (...), el militar o policía, que durante conflicto armado internacional cometa alguna de las acciones siguientes: Colaborar estratégicamente, favoreciendo al enemigo o intentando favorecerlo, perjudicando la defensa nacional en los siguientes casos: c) Proporcionando al enemigo, potencia extranjera u organismo internacional, cualquier información, procedimiento, asunto, acto, documento, dato u objeto cuya reunión o explotación sirva para tal fin”.

El Art.67° del CJMP, bajo el nomen juris “traición a la patria en tiempo de paz” precisa: “Los supuestos del artículo anterior, en los casos que no exista guerra exterior, ni conflicto armado internacional, serán sancionados....”. **B.** La jurisdicción penal ordinaria precisó que estos hechos están incursos en el Título XV “Delitos Contra El Estado y la Defensa Nacional”, Capítulo I “Atentados contra la Seguridad Nacional y Traición a la Patria”, artículos 330°, revelación de secretos nacionales y 331° espionaje, del Código Penal, en adelante CP. El Art.330° prescribe: “El que revela o hace accesibles a un Estado extranjero o a sus agentes o al público, secretos que el interés de la República exige guardarlos, será reprimidoSí el agente obra por lucro o por cualquier otro móvil innoble, la pena será ...”. El Artículo 331° estatuye: “El que espía para comunicar o comunica o hace accesibles a un Estado extranjero o al público, hechos, disposiciones u objetos mantenidos en secreto por interesar a la defensa nacional, será reprimido....”.

La Corte Suprema en el fundamento sexto de la sentencia realiza la compulsa de la posición de las partes y fundamenta que el artículo 173° de la Constitución permite definir un concepto constitucional de delito de función militar policial desde una perspectiva material, objetivo-subjetiva de suerte que la institucionalidad de la jurisdicción militar se erija como un fuero material o de causa, no personal, que comprenda, exclusivamente, el ámbito penal militar y policial (Artículo II, primer párrafo, LOFFMP). Desde una perspectiva general es claro que el hecho delictivo militar policial debe estar expresa o taxativamente contemplado en un tipo delictivo tipificado en el Código de la materia (Artículo 9° , apartado uno del CJMP, Art.III LOFFMP). Esto , sin duda, deriva del principio nullum crimen sine lege.

2.9.Sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucionales algunos artículos de la Ley Orgánica y del Código de Justicia Militar.

El 10 de Diciembre del 2003, la Defensoría del Pueblo presentó una Demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar (D. L.No. 23201) y el Código de Justicia Militar (D.L.No.23214), la cual fue declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional en Sentencia del 09 de Junio del 2004 y publicada el 30 de Octubre del mismo año en el diario oficial El Peruano (Expte. No.0023-2003-AI/TC), en dicha sentencia el Tribunal Constitucional estableció los parámetros constitucionales que la justicia militar debía respetar y exhortó al Congreso para que legislara sobre la materia, a pesar de ello, el Congreso de la República insistió con su diseño inconstitucional, no tomando en cuenta los parámetros dados por el máximo intérprete de la Constitución y dictó una nueva legislación penal militar y policial a través de la Ley No.28665, Ley Orgánica de Justicia Militar y el D.Leg. No. 961, Código de Justicia Militar Policial. Esta nueva legislación motivó la presentación de nuevas demandas de inconstitucionalidad por el Ministerio Público y por el Colegio de Abogados de Lima, las mismas que fueron declaradas fundadas en parte por su evidente inconstitucionalidad (Expte. No.0004-2006-PI/TC, Expte. No.0006-2006-PI/TC, Expte.No.0012-2006-PI/TC), la evolución del proceso de reforma de la Justicia Militar a través de todos los procesos de inconstitucionalidad antes mencionados, han servido para que el Tribunal Constitucional nos brinde una importante jurisprudencia en relación a este tema, especialmente en relación a los principios constitucionales que debe respetar la Justicia Militar en su configuración.

La Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expte.No.0017-2003 -AI/TC, respecto a la Ley No. 24150, que regulaba la actuación de las Fuerzas Armadas durante los

estados de excepción, ésta última había adquirido actualidad al momento de presentada la demanda por los hechos ocurridos en el departamento de Puno en Mayo del 2003. En ese entonces se acusó a las Fuerzas Armadas de cometer excesos cuando asumieron el control del orden interno en dicha localidad, lo cual generó la muerte de un estudiante universitario. Todos los hechos producidos fueron inicialmente investigados por la Justicia Militar y fue a partir de estos hechos que la Defensoría del Pueblo interpone demanda de inconstitucionalidad sobre la mencionada Ley. Todo ello devino en la sentencia del Tribunal Constitucional del 09 de Junio del 2003, que a nuestro parecer es el primer paso hacia la reforma de la justicia militar, ya que el máximo interprete de la constitución definió las atribuciones de las Fuerzas Armadas y delimitó la competencia de la Justicia Militar. En la sentencia en mención, asimismo, se declaró la inconstitucionalidad la utilización del criterio formal, del fuero personal, del lugar de comisión del delito, de ocasionalidad y el de causalidad que venían siendo utilizados para darle contenido al delito de función.

Luego de invalidar los criterios señalados el Tribunal Constitucional señaló que el criterio material es el único idóneo para determinar cuándo nos encontramos a un delito de función. El criterio material alude al bien jurídico protegido o afectado y está relacionado con los intereses o bienes que constituyen el objeto de protección de la norma penal y que la dotan de especialidad. El delito de función quedó así definido 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”(Fundamentos Jurídicos 128-134).

Sin embargo, si bien con esta sentencia se dió un gran paso en relación a la Reforma de la

Justicia Militar aún era necesario discutir la constitucionalidad del Código de Justicia Militar, D. Ley No.23214, y la Ley Orgánica de Justicia Militar, D. Ley No. 23201. Dentro de los cuestionamientos que se le hacían a la justicia militar y policial, tenemos: su dependencia al Poder Ejecutivo, la composición de los tribunales por militares en actividad, procesos inquisitivos un Ministerio Público no independiente y la definición de la justicia militar como extensión del poder de mando, entre otros aspectos, los cuales eran válidamente cuestionables.

La sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No.0023-2003-PI/TC, se dicta el 09 de Junio del 2004, en relación al proceso de inconstitucionalidad seguido contra el Código de Justicia Militar, D. Ley No.23214 y la Ley Orgánica de Justicia Militar, D.L. No.23201, consideramos que esta sentencia constituyó el inicio de la incorporación de la justicia militar y policial, como una instancia especializada garante y respetuosa del marco constitucional. Entre otras consideraciones el Tribunal Constitucional definió el principio de unidad como la garantía de la exigencia de que los juzgados y tribunales formen un único cuerpo organizado, con un gobierno común, organizados por instancias o niveles funcionales de actuación independientes entre sí. Así señala que en el caso peruano, de acuerdo a la Constitución, este cuerpo organizado sería el Poder Judicial. Además se refirió a las válidas excepciones al principio de unidad pero sin dejar claro si estas se ubicaban dentro o fuera del Poder Judicial. Asimismo, respecto al principio de independencia e imparcialidad se estableció que mientras el principio de independencia judicial protege al juez frente a influencias externas del proceso, provengan de fuera o de dentro de dicha organización, el principio de imparcialidad se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, agregó además en relación a la labor del Ministerio Público que la Constitución a diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional cuyo ejercicio se ha

encomendado a diferentes órganos, no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público, por ello es que las atribuciones constitucionales que posee este órgano constitucional no puede ser ejercida por cualquier otro órgano ya que no existe una norma constitucional que habilite un supuesto de excepción. Por ello el TC en los fundamentos 75 y 76 de esta sentencia declara inconstitucional el organismo denominado “Ministerio Público” creado por el D. L.No. 23201 ya que contraviene la autonomía del Ministerio Público consagrado en los artículos 158 y siguientes de la Constitución. Asimismo, se declaró inconstitucionales los artículos 6°, 12°, 31°, del D.L.No.23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, ya que el hecho 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 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.

Finalmente, para evitar situaciones de vacíos, exhortó al Congreso de la República, para que en un plazo no mayor de 12 meses dicte la legislación militar y policial correspondiente que se ajuste a la Constitución y a las Leyes.

Las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional recaídas sobre los Expedientes No.004-2004-PI/TC y No.006-2004-PI/TC, como es sabido luego de la sentencia del 09 de Junio del 2004 y ante la exhortación del Tribunal Constitucional, el Congreso de la República dictó una nueva legislación penal militar y policial, lo hizo a través de la Ley No.28665, Ley Orgánica de Justicia Militar y el Decreto Legislativo No.961, Código de Justicia Militar, la primera de estas normas fue cuestionada a través de dos demandas de inconstitucionalidad presentadas por el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima, las cuales fueron declaradas fundadas en parte por

las consideraciones siguientes :

-Se amplía el concepto de imparcialidad jurisdiccional y se señala que el principio de imparcialidad posee dos acepciones: imparcialidad subjetiva, cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso y la imparcialidad objetiva que está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, sí el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

-Se reafirma que el Consejo Nacional de la Magistratura se constituye como un órgano constitucional que goza de independencia en el ejercicio de atribuciones constitucionales, tales como la selección y nombramiento de los jueces y fiscales y que la realización de tales funciones no puede depender de ningún otro poder público o personas públicas o privadas. Así por ejemplo en relación a la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora creada por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley No.28665, así como, la Cuarta Disposición Transitoria de la misma Ley, el Tribunal estima que ésta es inconstitucional porque vulnera las atribuciones constitucionales del CNM. Así señala “la jurisdicción militar forma parte del poder jurisdiccional del Estado y como tal se encuentra vinculada por el conjunto de disposiciones constitucionales relacionada con su naturaleza de órgano jurisdiccional, dentro de las cuales destaca claramente las que regulan el sistema de nombramiento de jueces militares”.

-El máximo intérprete de la Constitución desarrolla a plenitud el principio de unidad jurisdiccional y sus excepciones constitucionales, dentro de las cuales se encuentra la jurisdicción especializada en lo militar. De ese modo señala que el principio de unidad implica que el Estado Peruano posee en conjunto, un sistema jurisdiccional unitario en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. El Poder Judicial es el titular indiscutido

en el ejercicio de la jurisdicción, sin embargo, ello no significa que sea el único que pueda ejercerla ya que nuestro ordenamiento establece excepciones constitucionales a dicha titularidad (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral, militar y arbitral). Así el principio de unidad implica que no puede existir ningún órgano jurisdiccional que no posea las mismas garantías procesales que posee la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, se precisó que en el caso de la jurisdicción especializada en lo militar independientemente de que se ubique dentro o fuera del Poder Judicial deberá poseer garantías procesales no menores de las que existen en la jurisdicción ordinaria, así como un estatuto jurídico que procure la preservación de la autonomía judicial y el trato igualitario entre sus miembros.

-La Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 0012-2004-PI/TC, en este proceso de inconstitucionalidad el Colegio de Abogados de Lima cuestionó la constitucionalidad del D.Leg.No.961, Código de Justicia Militar Policial. En sentencia del 15 de Diciembre del 2006 el Tribunal Constitucional reitera que el criterio material es el más idóneo para darle contenido al delito de función militar y además señaló que para la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere que éste sea un bien jurídico particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses. Asimismo, se declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos contra la defensa nacional que consagraba el Código de Justicia Militar Policial (CJMP) y que ha consideración del Tribunal no constituían delitos de función o porque no superaron el principio de proporcionalidad ya que los bienes jurídicos de carácter constitucional que estaban en juego podían ser protegidos por el Derecho Disciplinario (De 70 delitos de función, se declararon

inconstitucionales 38 delitos de función del CJMP).

Como se ha señalado luego de declarada la inconstitucionalidad de la legislación penal militar y policial en los Expedientes No. 004-2006-PI/TC y No.006-2004-PI/TC el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República para que legisle sobre la materia, así dispuso una *vacatio sententiae* que vencía el 31 de Diciembre del 2006, estableciendo expresamente que al vencimiento de dicho plazo “ocasionaría que la declaración de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales dispositivos legales”, asimismo, se señaló que esta *vacatio* era exigible para no crear vacíos legislativos o no crear peores efectos de los que se podían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. Lamentablemente el Congreso de la República no sólo no expidió la respectiva normatividad sobre la nueva organización de la justicia militar, sino que el 16 de Diciembre del 2006 aprobó la Ley No.28934 que prorrogó el diseño orgánico de la justicia militar que el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional.

Es así que al amparo del Art.203.7 de la Constitución Política del Estado, el Colegio de Abogados de Lambayeque, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley No. 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar y policial. Finalmente en sentencia del 26 de Agosto del 2008 el Tribunal Constitucional declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lambayeque en consecuencia inconstitucionales los efectos que venía produciendo el derogado Art.1° de la Ley No.28934. Además declara improcedente la demanda en lo demás que contiene por haberse producido la sustracción de la materia. Durante el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley No.28934 el Congreso de la República expidió la Ley No.29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar y Policial Sin embargo, esta Ley que actualmente regula la justicia militar, ha sido cuestionada desde su promulgación ya que nuevamente el Congreso ha legislado la justicia militar desconociendo

principios constitucionales. En una última sentencia el Tribunal Constitucional recaída en el Expte. No.00001-2009-PI/TC, referente a la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra varios artículos de la Ley No.29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, el Tribunal Constitucional falló declarando fundada la demanda de inconstitucionalidad, respecto del último párrafo del Art. 4° de la Ley No. 29182, conforme a lo señalado en los fundamentos 5 y 6 de la indicada sentencia, infundada la demanda respecto al Art. 39° e infundada la demanda de inconstitucionalidad respecto a los demás artículos impugnados de la Ley No.29182 ⁷⁶.

⁷⁶ La STC que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra varios artículos de la Ley No.29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, es con respecto al último párrafo del Art.4°. de la Ley No.29182, conforme a los fundamentos indicados 5 y 6 de la misma, los cuales se refieren al nombramiento de los Vocales y Jueces del Fuero Militar Policial y a su Régimen Disciplinario, la declaración de infundada de la demanda de inconstitucionalidad respecto al Art.39° de la Ley No.29182, se refiere al cambio de colocación del personal militar-policial, se realiza a solicitud del interesado, salvo las necesidades del servicio, el servicio a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional y las necesidades sólo deden enmarcarse en los regímenes de excepción en las zonas geográficas involucradas en él y declaró infundados los demás artículos impugnados de la Ley No.29182; acotada.

2.10.Situación actual del Fuero Militar Policial con un marco normativo que es objeto de cuestionamientos por la Comunidad Jurídica Nacional.

En la actualidad el Fuero Militar Policial viene siendo objeto nuevamente de cuestionamientos de su marco normativo, esto es, de su Ley Penal y Procesal Penal Militar, contenidos en el denominado Código Penal Militar Policial, el D.Leg. No.1094, el cual como se ha señalado anteriormente fue declarado inconstitucional, muchos de sus artículos por el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 15 de Diciembre del 2006, recaída en el Expediente No. 0012-2004-PI/TC, esto es, de 70 delitos de función, contenidos en el D.Leg. No.961, 38 fueron declarados inconstitucionales, lo que significaba de que quedaban sin efecto desde el día siguiente de su publicación en el diario Oficial El Peruano, además de tener autoridad de cosa juzgada, sin embargo, muchos de estos delitos se repiten en el C.P.M.P. como son: el delito de Rebelión Militar Policial, el de Sedición, el de Derrotismo, el delito Contra personas protegidas por el D.I.H., el de Lesiones Fuera de Combate, el de Confinación Ilegal, el de Métodos Prohibidos en las Hostilidades, Los Delitos Contra Las Operaciones Humanitarias, Utilización Indebida de los Signos Protectores, el de Daños Extensos y Graves al Medio Ambiente Natural, el de Omisión de Aviso ó Repulsión, el de Afectación Deliberada al Servicio, el de Agresión al Superior en Grado, el de Ofensas al Superior, el de Amenazas al Superior, el de Perjuicios al Servicio de Seguridad, el de Averías por Culpa, el de Excesos en el Ejercicio del Mando, la Modalidad Culposa en el Ejercicio del Grado, Jerarquía o Mando, Excesos en el Ejercicio del Mando en Agravio del Subordinado, el de Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional, la Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio, el de Sustracción por Culpa, el de Certificación Falsa Sobre Asuntos de Servicio, el de Uso Indebido de Condecoraciones, Insignias ó Distintivos y la Destrucción de Documentación Militar ó Policial.

En total se repiten 26 delitos de función que fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, los cuales quedaron sin efecto conforme a la Sentencia del máximo intérprete de la Constitución, esto no ha sido observado por el legislador del Poder Ejecutivo al emitir el D. Leg. No. 1094, lo que descontando a los 74 delitos de función que se consideran en el C.P.M. P., quedarían 48 Delitos de Función, que no tendrían motivo para su cuestionamiento y quedarían vigentes en en nuestro ordenamiento jurídico.

Una opinión sumamente autorizada sobre este particular la ha dado el Dr. César Landa Arroyo, ex – Presidente del Tribunal Constitucional y reconocido Constitucionalista, quien al referirse al D. Leg No.1094 del Código Penal Militar Policial, ha precisado que, esta norma legal debería ser derogada porque presenta una colisión con la Sentencia del Tribunal Constitucional referido a la inconstitucionalidad de algunos artículos de esta norma, este comentario lo hizo al publicarse el nuevo Código Militar Policial, el cual al incorporar una serie de hechos que el Tribunal Constitucional consideró como delitos que tienen que ser materia de juzgamiento por la justicia penal ordinaria, ya que presentan una colisión en relación a la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código de Justicia Militar Policial, esta Ley está infringiendo una sentencia del TC que tiene efecto vinculante, que es cosa juzgada y no puede ser desconocida, esto ya es materia de un control difuso es decir de inaplicación. También debe ser materia de derogación, ya sea a través de una vía expeditiva legislativa o de la acción de inconstitucionalidad, por cuanto, el juzgamiento en la vía militar de hechos subsecuentes de muerte, no es precisamente materia para lo cual existe la Justicia Militar. Consideró que este nuevo Código de Justicia Militar Policial representa un retroceso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sentó un precedente vinculante en esta materia, señaló que, se convalida una estructura con visos que son cuestionables en torno a garantizar una justicia militar autónoma, independiente y competente para juzgar delitos estrictamente de carácter militar,

este comentario lo realizó el Dr. César Landa Arroyo, en la conversación con el programa “No hay derecho” de Ideeleradio, y lo ratifica en la entrevista que le ha realizado el investigador en año 2014 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica; donde fue Decano.

Otra opinión autorizada sobre lo que es el Delito de Función y a quienes alcanza sus disposiciones la ha dado el Jurista Dr. Felipe Villavicencio Terreros, en la publicación aparecida por Internet bajo la denominación “Derecho Penal Militar:Dr. Hugo Müller Solón, donde cita al Dr. Felipe Villavicencio Terreros, quien al referirse al Art.III de la Ley No.29182,Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, señala que, en él se establece :“Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente a militares y policías en situación de actividad. Al respecto, sobre la base de una definición de esta naturaleza, la Corte Suprema emite una sentencia vinculante, que es una sentencia a su juicio muy importante, corresponde al caso Pomatanta Ambarrán ⁷⁷ la Corte Suprema, dándole una lectura más penal al tema, empieza a esbozar las dimensiones o las características de lo que es el delito de función y se refiere a la Ejecutoria Suprema vinculante publicada el 23 de Noviembre del 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Este pronunciamiento define al delito de función siguiendo algunos lineamientos para identificar lo que es el tipo penal militar, primera cuestión: a) que se trate de bienes jurídicos que afecten a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional, dice se trata del objeto material, b) que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad, y c) que como circunstancia externa del hecho que define la situación en la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio. Esta opinión también corrobora el criterio material para definir al Delito de Función, que es la afectación de bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, realizados por un militar o policía y en acto de

⁷⁷ Op. Cit. pág. 59.

servicio y que no puede considerar delitos que no son de naturaleza de función como los delitos comunes (no es función del militar o del policía, matar, robar, hurtar, falsificar documentos, abusar de su autoridad, agredir o amenazar al superior, cometer rebelión, sedición u otros delitos diferentes a la función militar o policial).

El Fuero Militar Policial con respecto a los cuestionamientos que han realizado instituciones como el Colegio de Abogados de Lima, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público, que han dado lugar a demandas de inconstitucionalidad contra los D. Leg. No. 961 del Código de Justicia Militar y la Ley No.29182 de Organización y Funciones de este Fuero, publicadas en su página web, su Ex - Presidente Contralmirante CJ (r) Carlos Enrique Mesa Angosto, ha señalado en un artículo denominado “Actualidad de la Justicia Militar Policial en el Perú”, publicado por la Oficina de Relaciones Públicas e Imagen Institucional del Fuero Militar Policial ,que es indiscutible que los del delitos comunes cometidos por miembros de las fuerzas del orden sean juzgados en el Fuero Común, pero es injusto que el personal militar de las fuerzas armadas, así como, el personal de la policía que luchan en el frente de batalla sean enjuiciados en dicha instancia por actos propios de su función, como es el hecho de utilizar sus armas en acciones de combate contra las fuerzas del terrorismo y del narcotráfico, señala que es necesario valorar la importancia del fortalecimiento del Fuero Militar Policial, una institución sólida, respetuosa de nuestra Constitución y de los Tratados en materia de Derechos Humanos, que garantiza que nuestras Fuerzas Armadas y Policía Nacional cumplan con sus funciones de defensa y preservación del orden interno en el país.

Como parte de sus acciones de fortalecimiento el Fuero Militar Policial acude a todas las instancias y foros nacionales e internacionales. En marzo del 2009, indica que, en su condición de Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial, asistió a Washington a la audiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para exponer la posición de la justicia militar

peruana ante una petición del Instituto de Defensa Legal (IDL), en esa ocasión, se logró que los comisionados de la CIDH, conozcan mejor la importancia de su labor, ya que existía un grado de desinformación al respecto, motivado por organizaciones que habían creado algunos mitos en torno a su institución. Luego, indica que ante el Tribunal Constitucional, se ha demostrado la constitucionalidad del Fuero Militar Policial, desvirtuando los argumentos de una demanda del Colegio de Abogados de Lima cuestionando la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, denunciando el hecho de que los jueces fueran militares en actividad. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Ángel contra Holanda), el Tribunal Supremo del Canadá, en el caso Michael Génereux contra la Reina y la Corte Constitucional de Colombia (Expte. C-676/01) ⁷⁸ señalan que es imprescindible que los magistrados del Fuero Militar sean militares, por que la experiencia y los conocimientos militares que poseen, les permiten ejercer su función jurisdiccional con eficacia, a diferencia de un juez del fuero común que puede carecer de formación, entrenamiento y vivencia militar.

Agrega que en la actualidad, con la dación de su nuevo Código y la optimización de su Ley de Organización y Funciones, conforme a las recomendaciones del Tribunal Constitucional, el Fuero Militar Policial ha consolidado su institucionalidad y espacio jurídico, para contribuir con mayor eficacia en el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y Policiales y de esa manera coadyuvar al esfuerzo conjunto del Estado Peruano por la paz y la seguridad nacional.

Al respecto, en la Exposición de Motivos de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, regulado por la Ley No.29182, del numeral VII. Consideraciones Finales; se indica :

⁷⁸ MESA ANGOSTO, Carlos Enrique, Contralmirante CJ (r), Ex – Presidente del Tribunal Militar Policial, Revista del Fuero Militar Policial, “Actualidad de la Justicia Militar Policial en el Perú”, Oficina de Relaciones Públicas é Imagen Institucional del Fuero Militar Policial; 2012.

“El Fuero Militar por expresa disposición de la Constitución Política del Perú existe y está vigente para juzgar exclusivamente a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en caso de delitos de función tipificados por el Código de Justicia Militar.

Los Poderes del Estado y los distintos órganos constitucionales tiene el deber y la responsabilidad de preservar dicho mandato constitucional, dentro de un marco de respeto mutuo y relaciones recíprocas con dicho Fuero, contribuyendo al fortalecimiento del sistema democrático y a la institucionalidad del país.

En esa línea el Congreso de la República está llamado a debatir y aprobar la nueva Ley Orgánica del Fuero Militar, que sustituya la Ley No.28665, en estricta armonía con la Constitución, subsanando las observaciones formuladas por el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura, así como, las objeciones planteadas por el Tribunal Constitucional.

A su vez, el Tribunal Constitucional está llamado a valorar la nueva Ley Orgánica del Fuero Militar, reconociendo como lo ha hecho antes, la innegable vigencia de dicho Fuero, haciendo prevalecer el mandato constitucional sobre cualquier posición ó interpretación, rechazando igualmente cualquier intento falaz que apunte a neutralizar su normal funcionamiento.

Por su parte las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional deberán adecuar sus normas y reglamentos internos para cumplir y responder a las exigencias del Fuero Militar en todos sus aspectos jurisdiccionales y administrativos, en el marco del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional previsto en la Constitución.

Finalmente, el Fuero Militar debe promover una campaña sostenida de difusión de las normas que lo rigen y las actividades que realiza, para el conocimiento general de la ciudadanía y lograr su reconocimiento como institución tutelar de la Nación.

Asimismo, en el Diario de Debates de la Ley No.29182 de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, se encuentran las intervenciones de los Congresistas de distintos Partidos Políticos como del Partido Aprista Peruano, del Partido Alianza Parlamentaria, Partido Unidad Nacional, entre otros. A continuación se transcriben las intervenciones en los Debates de la Ley No.29182; de los siguientes Congresistas :

MERCEDES CABANILLAS BUSTAMENTE (PARTIDO APRISTA PERUANO) :

Señor Presidente:”En esta nueva etapa de la presentación del texto sustitutorio del Proyecto de la Ley No.1421/2007-CR, contenido en el dictamen de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas que propone la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, voy a continuar explicando los alcances de su articulado, en esta oportunidad, recogiendo algunos comentarios que forman parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional respecto al Expediente No.0023-2003-AI/TC, sobre observaciones a la Ley No.28865, Ley de Organización Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia penal Militar Policial, que esatamos tratando de modificar con el fin de introducir en ella todo aquello que sea viable, realista, funcional y constitucional.

En tal virtud, en relación con el principio de unidad y de exclusividad de la función jurisdiccional, existe un solo poder jurisdiccional del Estado, sin embargo, la propia Constitución, tanto en su Art. 139º, inciso 1), como en su Art.173º, establece con absoluta claridad la excepcionalidad é independencia del Fuero Militar Policial, lo cual hace necesario dar éste un tratamiento especial.....”

ALBERTO ANDRADE CARMONA (PARTIDO ALIANZA PARLAMENTARIA) :

Señor Presidente : “Es de la mayor trascendencia que el Congreso de la República subsane un vacío Normativo que existe en una actividad fundamental del Estado, como es la administración de justicia

en el ámbito militar policial, porque, como ya es conocido, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable casi la totalidad de los Arts. de la Ley No. 28665 y a partir de entonces la justicia militar viene desarrollándose sus actividades en un régimen provisional previsto por la Ley. Esa provisionalidad no es buena para las Fuerzas Armadas, para las Fuerzas Policiales, ni para los ciudadanos peruanos. No debemos olvidar que en el Perú siempre lo provisional se convierte en definitivo. Esa es la razón por la que no debemos mantener más tiempo esa indefinición en la justicia militar, sobre todo a la luz de los últimos acontecimientos, como son los ocurridos en Ocobamba y Tayacaja, éste último en Huancavelica en los que perdieron la vida cinco policías y un civil. Creémos que hechos como éstos ya no iban a darse, pero se han dado, y se han dado unidos al narcotráfico. No debemos olvidar que el Perú es un país de vastas fronteras, respecto de las cuales existen cuestiones territoriales pendientes con países limítrofes. Tenemos que ser vigilantes en lo que se refiere a nuestras fronteras y a nuestra defensa nacional y para ello necesitamos unas fuerzas armadas y policiales a la altura de sus deberes constitucionales, a efectos de garantizar la seguridad nacional y el orden interno. Con este fin, tenemos que darles las herramientas que requieren. Eso es lo que le da mayor importancia a la aprobación de esta propuesta legislativa.

JHONY LESCANO ANCIETA (PARTIDO ALIANZA PARLAMENTARIA) :

Señor Presidente : “En realidad, la justicia militar policial es de mucha importancia en nuestro país, porque tiene que ver con el juzgamiento de quienes están dedicados a salvaguardar el orden interno, la soberanía y la seguridad nacional. Sin embargo, el tema de la justicia militar policial ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Comisión Especial que evaluó el sistema de justicia en nuestro país. El Congreso tiene en su poder el informe de la Administración de Justicia (CERIAJUS), en el cual formula una serie de observaciones y planteamientos que, en mi criterio, deben ser tomados en

cuenta por la Presidenta de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas, el informe emitido por el CERIAJUS, implica una evaluación integral de la administración de justicia en el país. Estuvo conformada por todas las autoridades que tiene que ver con la división de poderes, lo cual no está plasmado en el Art.10° de la propuesta en debate, ya que en éste se establece que los vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República. Nosotros sabemos perfectamente que los Poderes del Estado, aún cuando el Fuero Militar fuese un fuero especial, tienen que ser autónomos é independientes.....”.

ROLANDO SOUZA HUAMANBAL (PARTIDO GPF) :

Señor Presidente : “Esta es una iniciativa que, evidentemente toma al toro por las astas en lo que a justicia militar se refiere. Hay toda una concepción ideológica de por medio en el sentido de la justicia militar debe o no debe existir.No confundamos,entonces la participación de la justicia militar que como ha señalado la presidenta de la Comisión dictaminadora, existen en muchas partes del mundo. Existe en España, en México é incluso en los Estados Unidos, donde hay un Tribunal Militar que, a partir de los jurados designan jueces y fiscales militares. Aquí lo que se ve tiene que dejar claramente establecido es de que delitos de función se trata. Y ¿Cuáles son estos delitos, Señor Presidente? . Como bien lo ha señalado la presidenta de la Comisión Dictaminadora, los delitos de función son aquellos contemplados en el Código de Justicia Militar.¿ Cometidos presuntamente por quienes Señor Presidente ?. No por cualquiera, sino únicamente por militares y policías en actividad. Ése es un punto que debe quedar claramente establecido en el texto sustitutivo materia de debate, Señora Presidenta de la Comisión Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas, no pueden ser civiles sometidos a la jurisdicción militar, ni militares en situación de retiro. Por eso es la discrepancia de que militares en situación de retiro formen parte del Cuerpo

Jurídico Militar Policial, sí estos no pueden ser sancionados, tampoco debe formar parte de dicho Cuerpo Jurídico, como dice el conocido aforismo jurídico: “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”.

Sin embargo, debe advertirse que, la Sentencia que declaró inconstitucionales 38 artículos del D.Leg. No. 961 del anterior Código de Justicia Militar Policial al que hemos hecho alusión, mantiene su autoridad de cosa juzgada, conforme a lo prescrito en el Art. 82° del Código Procesal Constitucional, Ley No. 28237 del 31 de Mayo del 2004, la cual es concordante con su Art.83° en su 2° párrafo que precisa: “Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado, lo cual significa que, el legislador del Poder Ejecutivo al considerar en el D.Leg.No.1094 del Código Penal Militar Policial, delitos de función que fueron desterrados de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo ha contravenido la Constitución Política del Perú de 1993 (Art.204°), sino también el Código Procesal Constitucional que señala con claridad : “..las normas que son declaradas inconstitucionales quedan sin efecto”, debiendo esta norma legal que regula el Código Penal Militar Policial, ser derogada por otra Ley debidamente estudiada por la Comisión del Congreso de la República de Defensa Nacional y Orden Interno que considere estrictamente delitos de función militar y policial, con la convocatoria amplia y consensuada de la Comunidad Jurídica Nacional, esto es, por los Colegios de Abogados del país, por los organismos de la administración de Justicia Militar (Tribunal Supremo Militar Policial) y del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, representantes del Ministerio de Defensa y del Interior, por los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del país, donde previo debate académico y jurídico, se establezca en definitiva, cuál debe ser la definición correcta de delito de función conforme a la doctrina del derecho penal en el Perú, puesto que,

no existe en el derecho comparado a nivel americano y europeo, la denominación de delito de función siendo su similar, el término de delito militar y en todo caso, debe definirse conforme a la dogmática del derecho penal de la Teoría General del Delito, tarea que nos compete a los Abogados Especialistas en el Derecho Penal.

Cabe agregar que a lo señalado por el ex – Presidente del Fuero Militar Policial, Contralmirante de la AP (r), Carlos Enrique Mesa Angosto, el Abogado Juan Zúñiga Ascencios, Magíster en Derecho Civil y con estudios de Doctorado en la U.N.M.S.M., ha publicado en Internet los Cuestionamientos al Código Penal Militar Policial, señalando que, el 26 de Octubre del 2010, se realizó la Audiencia sobre “Justicia Militar e Impunidad en el Perú”, ante la Comisión Interamericana de D.D.H.H. en el marco del 140° períodos de sesiones que realiza este organismo para conocer y analizar problemas de D.D.H.H. dentro de los Estados parte de la OEA.

En la audiencia solicitada por el Instituto de Defensa Legal (IDL) y la Coordinadora Nacional de D. D.H.H. estuvieron presentes David Lobatón Palacios y Carlos Rivera Paz, como petitionarios y por el Estado Peruano: El Presidente del TSMP, Almirante (r) Carlos Mesa Angosto, la Procuradora Supranacional de D.D.H.H. Delia Muñoz, el Fiscal Víctor Cubas Villanueva y la Abogada del Ministerio de Defensa Paola Fune. La Audiencia tenía como objeto mostrar la situación de la Justicia Militar y la actuación de las F.F.A.A. en el país; así como la necesidad de reformar :

- a. D.Leg.No.1094 (Nuevo Código Penal Militar Policial).
- b. D.Leg.No.1095 (Ley de Uso de la Fuerza).
- c. D.Leg.No.1096 (Modifica la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial).
- d. Ley No.29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial).

Para que se ajusten a los estándares internacionales.

En este sentido, David Lobatón integrante del IDL, expuso la irregularidad de la dación de los Decretos Legislativos 1094, 1095 y 1096, señalando que los mismos implican la creación de un círculo de impunidad a favor del personal militar para dejar sin real sanción delitos comunes y violaciones de D.D.H.H., que cometan a futuro los integrantes de las F.F.A.A., pues se han vuelto a introducir 15 delitos penales que habían sido expulsados por el Tribunal Constitucional de la competencia del Fuero Militar por no encajar dentro del concepto del delito de función e indicó cómo es que con esta normatividad, específicamente el D.Leg. No.1095, las F.F.A.A. intervienen ilícitamente en el orden interno para reprimir protestas sociales.

Específicamente se señaló que este círculo de impunidad funcionaría de la siguiente manera:

- a) El F.M.P.dependiente y parcial, por ser integrado por jueces en condición de militar, en situación de actividad, procesa, juzga y sentencia ó exculpa a los militares involucrados en actos ilícitos (D.Leg.No.1096 que refuerza la Ley No. 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial).
- b) Se emite un marco legal que permite el uso de la fuerza letal de las F.F.A.A. en el orden interno ante un grupo hostil en situaciones como: lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales e incluso en apoyo de la policía cuando la capacidad de ésta sea sobrepasada en el control del orden interno o existiera el peligro que ello ocurriera (D.Leg.No.1095).
- c) Ante cualquier exceso o conducta ilícita atribuidos al personal militar (que no necesariamente son delitos de función), que ocurriera con ocasión de las acciones realizadas durante estas intervenciones se establece a la Justicia Militar Policial como la jurisdicción competente (en los Decretos Legislativos Nos.1094 y 1095).

d) Como problema adicional, el uso discrecional que el Tribunal Constitucional estaría haciendo de

la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de D.D.H.H. y de la Corte Interamericana, pues en su fallo de Diciembre del 2009, habría manipulado esta información.

Ante lo dicho el I.D.L. y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, solicitaron tres medidas a la Comisión Interamericana sobre D.D.H.H.:

1. Que, recomiende al Estado Peruano reformar los Decretos Legislativos: 1094, 1095 y 1096, y aprobar una legislación sobre Justicia Penal Militar Policial que se ajuste a los estándares interamericanos fijados en la materia.
2. Que, la C.I.D.H., emita un informe especial en relación a la situación de la justicia militar y policial en el Perú; y
3. Que, dada la controversia entre los peticionarios y el Estado Peruano en torno a la interpretación de las decisiones de la Corte y Comisión Interamericana en cuanto a los estándares que debe observar la justicia militar en el Perú, el Estado Peruano formule una consulta a la Comisión Interamericana de D.D.H.H. a fin de que tenga a bien responder a las siguientes preguntas:
 - a. ¿Es compatible con el Art.8.1 de la Convención Americana de D.D.H.H. la doble condición de Juez ó Fiscal Militar y de Oficial Militar en situación de actividad?.
 - b. ¿Es compatible con la Convención Americana de D.D.H.H., el juzgamiento por parte de la Justicia Militar de delitos comunes y de violaciones de D.D.H.H. cometidos por militares?.

En su intervención el Presidente del Fuero Militar Policial, Contralmirante de la AP en retiro, Mesa Angosto, indicó que, lo dicho por los peticionarios es “incorrecto”, y que con su exposición iba a destruir el mito creado por el IDL y la Coordinadora Nacional de D.D.H.H., en relación a que el Fuero Militar propicia la impunidad. Señaló que, el Tribunal Constitucional había definido que el

“concepto de delito de función puede variar según las circunstancias...”,y que la competencia de la competencia de la justicia militar se adecuaba a éste, así como a lo dispuesto por la Sentencia Radilla Pacheco vs. México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2009 ⁷⁹.

⁷⁹ MESA ANGOSTO, Carlos Enrique, Op. Cit.pág.2.

Seguidamente, la Abogada Paola Funes, se dirigió a la Corte para relatar lo que establecía el contenido del D.Leg.No.1095 y cómo éste no contravenía los estándares de D.D.H.H. Para ello, se limitó a enumerar los ámbitos de intervención de las F.F.A.A. y las normas sobre el empleo y uso de la fuerza según los escenarios de intervención.

Los comisionados realizaron un conjunto de preguntas. La Comisionada María Silvia Guillén, preguntó a los representantes del Estado, si las F.F.A.A., estaban capacitadas para cumplir funciones de orden interno.

En este sentido, mostró e instó al Estado a señalar “sí es cierto o no” y en todo caso, ¿Cuál es la explicación del Estado, para que, con las modificaciones legales recientes se reintroduzcan como delitos de función 15 tipos penales que ya habían sido expulsados ? “.

Seguidamente, mostró su preocupación en la participación de militares en el control de manifestaciones públicas, dado que, en “teoría puede ser una cosa”, e instó a que el Estado explique cómo es en la práctica, a fin de que, lo dicho “no quede sólo en el papel”.

A su turno, el abogado de IDL, David Lobatón, cuestionó lo dicho por Mesa Angosto en relación a que el “concepto de delito de función puede variar según las circunstancias...”, indicando que, ello no es así, lo referido por el Almirante en retiro es una cita descontextualizada de la Sentencia del Tribunal Constitucional del año 2009 y para el IDL, es una muestra más de la antojadiza manipulación que constantemente realiza el Fuero Castrense de las Sentencias del Alto Tribunal.

El Estado Peruano, no pudo responder satisfactoriamente a las interrogantes de los Comisionados.

Al respecto, el Presidente de la C.I.D.H. pidió al Estado Peruano, mayor información, dado que, el Presidente del Fuero Castrense, Carlos Mesa, no terminó de contestar su consulta sobre los 15 delitos reintroducidos al Código Penal Militar, refiriéndose sólo a un tipo penal (robo de armas).

Por otro lado, manifestó su preocupación sobre el concepto de estado de emergencia que maneja el Estado Peruano y sí mediante éste no se cumplen otros criterios objetivos. Pues de manera general puede ocurrir que, un Estado tenga hipertrofiadas las fuerzas militares y empequeñecidas las fuerzas policiales de manera que constantemente van a estar recurriendo a las fuerzas militares para esos efectos (intervención en el orden interno).

Del mismo modo, el Estado nunca llegó a responder la pregunta de la comisionada Guillén en torno a que, sí las F.F.A.A. estaban preparadas para cumplir funciones en el orden interno.

Mientras que los peticionarios manifestaron enfáticamente que las F.F.A.A., no estaban capacitadas para enfrentar disturbios en el orden interno, tal como lo facultaba el D. Leg.No.1095.Finalmente el Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, terminó la audiencia señalando la importancia que la CIDH, dá a este tema y que los Comisionados harán seguimiento al mismo.

Consecuentemente, resulta imperiosa la necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal, contenidas en el D. Leg. No. 1094, la Ley No.29182 y el D. Leg.No.1096, respectivamente, a nuestra Constitución Política del Perú de 1993, tanto en la forma como en el fondo, denominando correctamente al Código de Justicia Militar como está señalado en nuestra Constitución y no como Código Penal Militar Policial, lo cual no fué explicado por el legislador del Poder Ejecutivo al expedir el D.Leg. No.1094, definiendo al delito de función conforme a la Teoría del Delito del Derecho Penal, por ser el Derecho Penal Militar una rama del Derecho Penal de carácter especial, lo cual, no significa que se trate de una rama autónoma del mismo, siéndole de aplicación los mismos principios, preceptos e institutos del Derecho Penal Común.

Recientemente, en una publicación de la Revista “El Jurista”, publicada por el Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar”, en el mes de Noviembre del 2013, ha aparecido un artículo cuyo

autor es el Sr. Gral. de Brigada del Ejército del Perú (Retiro), Roger Araujo Calderón, quien es Vocal Supremo de la Vocalía Suprema de Instrucción del Fuero Militar Policial, quien sostiene que una noción del delito de función, debe hacerse, de acuerdo a la definición dada por Jiménez de Asúa ⁸⁰, por lo que, puede decirse que, delito de función, es la acción típica, antijurídica, culpable, imputable, a un militar ó policía en situación de actividad que cumple una función vinculada con los fines constitucionales asignados a las fuerzas armadas y Policía Nacional, reprimido con una pena ejemplarizadora, esta posición es coincidente con la planteada por el autor de la presente Tesis.

Otro aporte valioso a la “Teoría del Delito de Función”, que propugnamos en esta Tesis, la ha dado el Dr. César San Martín Castro, en un artículo publicado en la Revista de Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008, con el título “La Reforma de la Justicia Militar en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Contenido Material del Delito de Función”, cuando señala sobre la toma de postura sobre el criterio material y su capacidad para delimitar el ámbito protegido por el delito de función, e indica que, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en concordancia con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi y Otros ⁸¹ y la doctrina establecida por el TC, mediante resolución que resolvió la Competencia No.18-2004 ⁸² estableció como precedente vinculante aplicable a toda la judicatura peruana la delimitación de competencias en caso de delito de función, conforme a los caracteres objetivo-materiales de la jurisdicción militar. El criterio material, en su condición de desarrollo constitucional de lo establecido en el Art. 173° de la Constitución, es el único medio idóneo para determinar cuándo se está frente a un delito de función en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Y tiene como premisa la exigencia de

⁸⁰ ARAUJO CALDERON, Roger, Gral. de Brigada en Retiro del E.P., Revista “El Jurista”, Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar”, pág. 99; Noviembre del 2013.

⁸¹ CIDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros. Sentencia del 30 de Mayo de 1999.

⁸² Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Competencia No. 018-2004.

vinculación material entre la conducta del agente (militar ó policía), y el objeto jurídicamente protegido en el ámbito funcional castrense que se ve afectado por su actuación. La calificación de delito de función sugiere que el bien jurídico protegido guarde relación con las finalidades, organización y funciones que constitucionalmente le corresponden a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Así conforme a la referida resolución de la Competencia No. 18-2004, la Corte Suprema ha establecido como notas estructurales del tipo penal militar, primero en relación con el objeto protegido, que se trate de conductas realizadas por los agentes militares o policiales que afecten bienes jurídicos pertenecientes a las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, segundo, sobre el círculo de autores, que el delito de función únicamente puede ser cometido por agentes militares o policiales en situación de actividad, y tercero, respecto a las circunstancias externas del hecho cometido, que depende de la situación en la que la acción típica debe tener lugar, es decir, que no basta con que un agente militar en situación de actividad atente contra un bien jurídico de las fuerzas armadas y policiales, sino que es imprescindible que dicha afectación ocurra en el marco de sus actos de función de servicio, eso es, que se dé como ocasión del hecho.

Al respecto, se ha establecido la insuficiencia de la simple referencia al carácter castrense del bien afectado. Por ello, el delito de función tiene como aspecto fundamental la afectación de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional y su particular funcionalidad, conforme a los fines constitucionales que se encargan. Según el TC, se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses. La opinión del TC puede ser matizada en el sentido de que un bien jurídico de carácter militar-policial puede incluso ser susceptible de ser atacado por particulares

Ello no es contradictorio con la necesidad de que la conminación de un delito de función tenga por objeto la protección de un bien jurídico castrense, sino que antes bien es expresión del carácter fragmentario del derecho penal. Así, existen bienes jurídicos que pueden ser lesionados tanto por el agente militar o policial como por civiles, siendo por ende objeto de procesamiento tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción militar, es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la defensa nacional, que pueden ser cometidos por particulares (sometidos a las normas respectivas del Código Penal), como por militares o policías en situación de actividad (competencia de juzgamiento de la Jurisdicción Militar).

Por tanto, el objeto protegido a través del establecimiento de un delito de función busca resguardar un ámbito institucional que permita el normal cumplimiento de las finalidades constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales, vale decir, velar por la defensa del Estado, de la seguridad nacional y del orden interno. Se trata, por tanto, de un bien privativo de la institución a la que pertenece el efectivo militar o policial, objeto de protección que reviste suficiente importancia a fin de obtener un merecimiento y necesidad de tutela penal. Pero no obstante, por el carácter fragmentario del derecho penal, puede en ocasiones tener incidencia en la jurisdicción ordinaria. Así para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida en el tipo legal militar policial, o sea susceptible de ser realizado por efectivos militares o policiales en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que dicha conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses.

Por ello, de acuerdo con lo expuesto, no podrían constituir delitos de función (precisamente por ausencia de su objeto protegido), actos que atenten contra bienes jurídicos penales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, ya que estos no

constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por tanto, han de ser únicamente protegidos por la legislación ordinaria. En tal sentido, cuando el Art. 46-A CP establece que, constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal sí el sujeto se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición funcionario público, debe entenderse que la circunstancia agravante descrita en la individualización de la pena, cometida por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, no se refiere a delitos de función cometidos por estos, sino a delitos comunes que cometieron en su condición de Oficiales, caso contrario; se aplicaría el CJM.

Así, el TC y la Corte Suprema de Justicia, exigen también, como componente del delito de función la afectación de bienes jurídicos castrenses mediante la necesaria realización de actos de servicio.

En este sentido, se señala: “El ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, debe haber sido cometido en acto de servicio, es decir con ocasión de él.

En suma, los elementos componentes del contenido material del delito de función, establecidos como precedentes vinculantes, aplicables a toda la judicatura peruana en la resolución de Competencia No.18-2004, han sido recogidos en sus caracteres más relevantes por el TC, así como, la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, sostiene que, el delito de función :

“Es una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses. Para ello es preciso que, la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar.

Asimismo, el sujeto activo del ilícito penal – militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, y debe ser cometido cuando el efectivo se encontraba en dicha situación.

Finalmente, que haya sido cometido en acto del servicio”.

Por tanto, sólo a través del cumplimiento de los requisitos materiales exigidos para la configuración del delito es que se podrá acotar su ámbito de existencia, con el objeto de excluir aquellas conductas que no son constitutivas de un delito de función y, por tanto, de única competencia de la jurisdicción ordinaria. No deben incorporarse a la Justicia Militar elementos ajenos al juzgamiento del delito de función, para cumplir con el mandato constitucional establecido en el Art.173° de la Constitución.

Es imperativo en un Estado democrático de derecho, que la Justicia Militar tenga un alcance restrictivo y especial respecto a la unidad jurisdiccional, y esté por tanto encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, por agentes cualificados, en ejercicio de actividades funcionales del ámbito militar ó policial.

Para finalizar, a la fecha que el maestrista terminaba la elaboración de la presente Tesis, el Tribunal Constitucional, publicó el día 22 de Agosto del 2015, la Sentencia que declara infundada en parte, fundada en parte e improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo único de la Ley 29548, diversos artículos del D.Leg.No.1094 (Código Penal Militar Policial) y diversos artículos del D.Leg.No.1095, donde una vez más el Supremo intérprete de la Constitución del Perú de 1993, ha declarado la inconstitucionalidad de 15 artículos de CPMP, que en su mayoría ya habían sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en anterior Sentencia del año 2006 (STC 0012-2006-PI/TC), esta vez, en respuesta a la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por 6430 ciudadanos, representados por el Sr. Miguel Jugo Viera, en contra del Artículo Único de la Ley 29548 que otorgaba facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia

Militar – Policial, sobre el uso de la fuerza, normas procesales y penitenciarias para militares y policías, procesados o condenados y contra 29 artículos del D.Leg.No.1094 que regula el Código Penal Militar Policial, así como, de algunos artículos del D.Leg.No.1095, que establece reglas de Empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, lo que demuestra una vez más la falta de técnica legislativa en materia penal militar por parte del Poder Ejecutivo a quien se le delegó la facultad de legislar por el Poder Legislativo, que una vez más ha probado su incapacidad para emitir una norma legal concebida por dicho Poder del Estado, desde la Comisión de Defensa y Orden Interno, repitiendo los mismos errores del pasado y que a nuestro pesar; podrían ser repetidos en el futuro.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS, HIPÓTESIS, VARIABLES, INDICADORES Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Problemas y la Hipótesis de Investigación :

3.1.1. Problemas de Investigación.

¿ Qué factores influyen en la tipificación de los delitos cometidos por el personal militar-policial y en la determinación del Fuero Competente para juzgar dichos delitos ?.

¿Cuál es la relación entre la aplicación de la Ley Penal Militar-Policial y la determinación del Fuero Competente para juzgar el delito cometido por el personal militar-policial ?.

¿Cuál es el nivel de conocimiento que tiene el personal militar-policial sobre la Ley Penal Militar-Policial ?.

¿Cuál es el contenido del Plan Curricular de las Escuelas de Formación de las F.F.A.A. y de la P.N.P., con relación a que comprenden cursos sobre la Ley Penal Militar – Policial ?.

3.1.2. Hipótesis de Investigación.

“Los factores que infuyen en la tipificación de los delitos cometidos por el personal militar-policial y en la determinación del Fuero Competente para juzgar estos delitos, son de índole político, educativo é institucional”.

3.2. Variables e Indicadores :

Se emplean para la presente investigación dos tipos de variables, las variables independientes y las variables dependientes :

3.2.1. Variables Independientes :

Variable Independiente 1.

Aplicación de la Ley Penal Militar-Policial en las Contendas de Competencia entre el Fuero Militar y el Fuero Común; por los delitos cometidos.

Indicador :

Calificación de la Contienda de Competencia entre el Fuero Militar y el Fuero Común; al que corresponde el delito cometido.

Sistema de Medición :

Nominal.

Categorías :

1. Fuero Militar-Policial.
2. Fuero Común.

Variable Independiente 2.

Nivel de conocimiento del personal militar policial sobre la Ley Penal Militar Policial.

Indicador :

Calificación cuantitativa sobre el nivel de conocimiento del personal militar de la Ley Penal Militar Policial.

Sistema de Medición :

Ordinal.

Categorías :

1. Conoce (6 a 10).
2. No conoce (menos de 6).

Variable Independiente 3.

Contenido del Plan Curricular de los programas de las Escuelas Militar y Policial, en

cuanto comprenden cursos sobre la Ley Penal Militar Policial.

Indicador :

Número de Cursos en el Currículo, sobre la Ley Penal Militar Policial.

Sistema de Medición :

Ordinal.

Categorías :

1. 1 ó más Cursos.
2. Ningún Curso.

3.2.2. Variable Dependiente :

Fuero Competente para juzgar el delito cometido por el personal militar policial.

Indicador :

Tipificación del delito por la Ley, sí es delito común ó de función.

Sistema de Medición :

Nominal.

Categorías :

1. Fuero Competente.
2. Fuero No Competente.

3.3. Metodología de la Investigación :

3.3.1. Diseño de la Investigación.

El diseño de la presente investigación es experimental y de campo, por cuanto, se va a estudiar el concepto, conocimiento y que piensa el personal militar –policial de las Leyes Penal y Procesal Penal Militar (Código Penal Militar Policial y Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial), si estas a su parecer están adecuadas a la Constitución Política del Perú de 1,993, en el mismo lugar donde ejercen sus funciones

como militares o policías y en el caso del personal que presta servicios en la Justicia Militar que ahora se denomina Militar-Policial, así como, la forma como están aplicando Los Jueces Militares Policiales la Ley Penal y Procesal Penal Militar para resolver las Contendidas de Competencia entre el Fuero Militar y el Fuero Común, tomando en cuenta la opinión y concepto que tienen Abogados de reconocido prestigio profesional que han asesorado casos ante la Justicia Militar Policial los últimos años a procesados y agraviados empleando el diseño longitudinal, a fin de analizar como ha evolucionado la actitud de las personas antes mencionadas sobre las contiendas de competencias y si estas se justifican o son innecesarias por ser perjudicial para los justiciables.

3.3.2. Tipo de Investigación.

El tipo de investigación a realizar es mixto, explicativo y descriptivo, puesto que, se orienta a identificar las causas o factores que han determinado o determinan que en la actualidad la Ley Penal y Procesal Penal Militar, no estén debidamente adecuadas a la Constitución Política del Perú de 1,993, lo cual no es un problema nuevo, sino que viene dándose desde hace muchos años atrás, para lo cual, se orientará a la explicación y descripción de este fenómeno mediante variables e indicadores a fin de llegar a las conclusiones y recomendaciones para la solución de este problema.

3.3.3.Unidad de Análisis, Universo y Selección de Muestra.

Se analizarán los hechos observados y experimentados en campo de manera homogénea espontánea, objetiva y cuantitativa.

3.3.4.Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos, Construcción de Hipótesis,Trabajo de Campo.

La presente investigación aplicará las técnicas de observación, recolección o recopilación

de datos, documental, bibliografía de autores nacionales o extranjeros, la entrevista, examen de expedientes en sede judicial militar policial, se realizará entrevistas a Jueces del Fuero Militar Policial y del Fuero Común, Abogados Penalistas que patrocinan o han patrocinado casos ante el Fuero Militar Policial, personal militar y de la policía que están procesados o fueron procesados ante el Fuero Militar Policial y que se ven perjudicados por la demora de sus procesos, revisión de expedientes ante la Sala Penal de la Corte Suprema y Tribunal Supremo Militar Policial que han tramitado las contiendas de competencia entre ambos Fueros, luego, se hará la contrastación de nuestra hipótesis con los resultados obtenidos en la recopilación de datos que confirme nuestra hipótesis que es conforme a la realidad y lo que se quiere demostrar con el trabajo de campo.

3.3.5. Ordenamiento y Análisis de Datos.

Después de tabular y graficar los datos obtenidos, se procederá al análisis e interpretación de los datos que han sido ordenados cuantitativamente a fin de identificar las variables o factores que se interrelacionan para efecto de determinar las causas y efectos del hecho o fenómeno objeto de estudio a fin de demostrar mi hipótesis formulada, para ello haré el empleo de la estadística descriptiva (porcentajes, media aritmética, correlaciones, etc), a fin de demostrar el grado en que se producen los hechos (período de los últimos 30 años) como se resolvieron las contiendas de competencia por los Jueces Militares Policiales del Fuero Militar Policial y la estadística inferencial (demostración de cantidades respecto a las muestras obtenidas en la recopilación de datos), esto se relacionará con los hallazgos obtenidos de otras investigaciones científicas sobre el tema de contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar.

3.3.6. Aportes de la Investigación a la Doctrina y a la Teoría, Legislación y a la Legislación y a la Jurisprudencia.

La presente investigación va a constituir un aporte a la doctrina nacional sobre el Derecho Penal y Procesal Penal Militar, a la Teoría del Delito de Función ó Delito Militar, a la Teoría del Fuero Militar, Teoría de la Contienda de Competencia, Teoría del Bien Jurídico Protegido Militar ó Policial, etc. a la legislación penal y procesal penal militar y a la jurisprudencia penal nacional, por cuanto, va a definir y conceptualizar los términos Delito de Función ó Delito Militar, si estos términos son iguales ó diferentes, si el llamado Delito de Función es igual al Delito de Función Militar Policial y éste término está acorde a la Constitución Política de 1,993, a la doctrina nacional y extranjera existente en el medio sobre el Derecho Penal Militar y Procesal Penal Militar, para la fundamentación de las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia que resuelven sobre las Contendidas de Competencia entre el Fuero Común y el Militar, se ajusten a la Ley Penal y Procesal Penal Común y Militar y después estas sentencias no sean objeto de cuestionamientos por los justiciables ante organismos de justicia supranacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos por presunta violación a los Derechos Humanos de los justiciables con el desprestigio internacional del Estado Peruano; como presunto violador de los Derechos Humanos.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN DE LOS FORMATOS DE ENTREVISTAS DEL FENÓMENO DE ESTUDIO DEL TRABAJO DE CAMPO.

Como parte de esta investigación se han recabado las opiniones de la comunidad jurídica, así como del personal militar y policial involucrado en este tema sobre el fenómeno de estudio, a través de entrevistas que se realizaron de manera personal y directa mediante la técnica de la entrevista, a través de un cuestionario de preguntas que se preparó previamente, que ha servido como plan de la entrevista, pues la conversación personal con el entrevistado resultó ser mucho más rica en contenido, lo que se ha complementado con la visita in situ a los mismos lugares para recabar mayor información.

Se han entrevistado a profesionales especialistas en la materia, entre magistrados del fuero militar y del fuero común, Abogados especialistas en Derecho Constitucional, Derecho Penal y Procesal Penal, con experiencia en defensas en el fuero común y militar, a estudiantes de las Facultades de Derecho de las Universidades de San Marcos y Católica, Cadetes de la EMCH, EOFAP, EOPNP entrevistados que se anexan a la presente investigación y que han contribuido a confirmar nuestra tesis de la necesidad de adecuar la ley penal y procesal penal militar a la Constitución Política del Perú de 1993 para ponerlas en inmediata vigencia a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y Militar; en perjuicio de los justiciables.

Cabe resaltar que en el trabajo de campo realizado por el maestrista y la información obtenida en Internet, en las Escuelas de Formación de las FF.AA (Escuela Militar de Chorrillos, la Escuela Naval), y en la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional del Perú, así como, en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales, Mayor de San Marcos, Federico Villarreal, Particulares

San Martín de Porres y en la Pontificia Universidad Católica del Perú, se pudo observar lo siguiente :

En la Escuela Militar de Chorrillos en la actualidad, a los Cadetes no se les imparte un Curso Básico de Derecho Penal Militar, llevando los Cadetes un curso referencial del Código de Justicia Militar; complementario a otro curso de Derecho Militar.

En la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional del Perú, los Cadetes en su formación como Oficiales, sí llevan el Curso de Derecho Penal Militar, en el 2º Año y lo refuerzan en el 5º Año.

En la Escuela Naval, a los Cadetes tampoco se les imparte el Curso Básico de Derecho Penal Militar al igual que en la Escuela Militar de Chorrillos, sólo se les imparte instrucción de manera referencial del Código de Justicia Militar, a otra asignatura de derecho administrativo; en su malla curricular.

En la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, no se pudo realizar entrevista o recabar información sobre el tema materia de la presente Tesis, dando como respuesta dicha institución de que toda información conforme a sus normas internas, debería solicitarse a través de la Dirección de Informaciones de la Fuerza Aérea, Oficina de Acceso a la Información y Transparencia, por lo cual, se ha obviado y prescindido de realizar entrevista a los Cadetes de dicha Escuela.

En lo que se refiere a las Universidades, se ha obtenido los Planes de Estudios ó Currícula de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales Mayor de San Marcos, Federico Villarreal, Particulares, San Martín de Porres y Católica del Perú, en donde se ha recabado la siguiente información :

En la Facultad de Derecho de la UNMSM, los alumnos de la Facultad de Derecho en el Sexto Año pueden llevar como asignatura electiva, el Curso de Derecho Penal Militar y Procesal Privativo,

conforme al Plan de Estudios del 2008.

En la Facultad de Derecho de la U.N.F.V. los alumnos en el Tercer Año llevan como curso obligatorio el curso de Derecho Penal Privativo, conforme a la Currícula de Estudios del año 1994.

En la Facultad de Derecho de la U.S.M.P. los alumnos en el Décimo Segundo Ciclo, como especialización, llevan en la especialidad de Derecho Penal, el Curso de Derecho Penal Privativo, conforme al Plan de Estudios 2013-II, quedando a criterio del alumno escoger esta especialidad.

En la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, los alumnos conforme a su Plan de Estudios del 2001-I, no llevan el Curso de Derecho Penal Militar o Penal Privativo de manera obligatoria ni electiva.

4.1. Presentación del formato de entrevista a magistrados del Fuero Común o Militar Policial.

Estimado Doctor Juez Penal o Juez Penal Militar Policial de Lima:

La presente entrevista es una técnica de investigación a ser empleada por el entrevistador para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal, que busca indagar sobre la necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal Militar a nuestra Constitución Política de 1993, a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y Militar, e indagar sobre la existencia de un vacío legal sustantivo en la correcta definición del delito de función, que son de su especialidad, por lo que, se le agradece su valiosa colaboración dando respuesta al siguiente cuestionario de preguntas:

- 1. ¿ Qué entiende Ud. por “Delito de Función”, referido a militares y policías?
.....
.....
.....
.....
- 2. ¿ Considera Ud. que el delito de función está correctamente definido en el Código Penal Militar Policial o existe un vacío legal?
.....
.....
.....
.....
- 3. ¿ Considera Ud. que, el legislador al definir el delito de función ha cumplido con definirlo conforme a la Teoría del Delito del Derecho Penal?
.....
.....
.....
.....
- 4. ¿ Considera Ud. que, hay claridad o ambigüedad en las reglas procesales sobre los límites y extensión de la justicia penal militar?.
.....
.....
.....
.....
- 5. ¿ Considera Ud. que, de existir vacío legal sustantivo en la definición del delito de función o en su defecto ambigüedad en la aplicación de las reglas procesales sobre la competencia de la justicia militar producen la posibilidad de manipulación por el poder político para el desvío de jurisdicción en los casos de su interés?.
.....
.....
.....
.....

6 ¿ En el ejercicio de su función de Juez Penal en los últimos años ha conocido o viene conociendo casos donde se ha planteado contienda de competencia con el fuero militar o común?.(Según corresponda).

¿ Puede precisar cuántos?.

.....
.....
.....
.....

7 ¿ Sabe Ud. qué, en el Código Penal Militar Policial vigente, existen en su texto normativo delitos de naturaleza común como: Robo, Hurto, Falsificación de Documentos, etc., de ser afirmativa su respuesta, considera Ud. que estos delitos deben quedar en este Código o ser excluidos del mismo?.

.....
.....
.....
.....

8 ¿ Considera Ud.qué, el CPMP al prever delitos comunes en su texto normativo y estar estos delitos señalados en el Código Penal, generan entre el Fuero Común y Militar, innecesarias contiendas de competencia?.

.....
.....
.....
.....

9 ¿Qué sugerencia daría Ud. para revertir esta situación?.

.....
.....
.....
.....

10 ¿Cuál sería a su modo de ver la definición del delito de función, para estar adecuado a la Constitución Política de 1993?.

.....
.....
.....
.....

Firma : _____

N. y A. Dr. : _____

Juzgado : _____

4.2. Presentación del formato de encuesta a abogados que han patrocinado causas en el fuero Militar y Comun donde se han planteado contienda de competencia y/o abogados especialistas en derecho penal, procesal penal y derecho constitucional con conocimiento de la justicia militar.

Estimado Dr. Abogado Defensor, Especialista en Derecho Penal, Procesal Penal o Constitucional (según corresponda), la presente encuesta es una técnica de investigación para ser empleada por el encuestador, a fin de optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal, que busca indagar sobre la necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal Militar a nuestra Constitución Política de 1993, a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y Militar en perjuicio de los justiciables e indagar sobre la existencia de un vacío legal sustantivo en la correcta definición del delito de función y otros temas que son de su especialidad, por lo que, se le agradece su valiosa colaboración dando respuesta al siguiente cuestionario de preguntas:

1 ¿Qué entiende Ud. por delito de función referido a militares y policías?.

2 ¿Considera Ud. que el delito de función está correctamente definido en el CPMP o existe un vacío legal?

3 ¿Considera Ud. que el delito de función en su actual definición en el CPMP, cumple con la Teoría del Delito del Derecho Penal?

4 ¿Considera Ud. que, el actual CPMP contiene reglas ambiguas sobre los límites y extensión de la justicia penal militar?.

5 ¿Tiene conocimiento que, en el CPMP se encuentran en su texto normativo delitos de naturaleza común como el Hurto, el Robo, la Falsificación de Documentos, etc, considera Ud. Dr. que es correcto que estén en el CPMP o deben ser excluidos del mismo?.

6 ¿Considera Ud. que, el CPMP al considerar delitos comunes en su cuerpo normativo y en el Código Penal, generan entre el Fuero Militar y el Fuero Común, innecesarias contiendas de competencia?

7 ¿Cuántos casos ha patrocinado al personal militar y/o policial donde se ha planteado contienda de competencia en los últimos años y cuál ha sido su resultado?.

8 ¿Considera Ud. que, al generarse contienda de competencia innecesarias entre el Fuero Común y Militar por estar considerados delitos comunes en el CPMP, estos son perjudiciales a los justiciables?.

9 ¿Qué sugerencia daría Ud. para revertir esta situación?.

10.¿Cuál sería a su criterio la definición correcta del delito de función para que esté debidamente adecuado a nuestra Constitución Política de 1993?.

Firma: _____

N y A Dr. : _____

4.3. Presentación del formato de entrevista a cadetes y/o alumnos de la EMCH, EOPNP, ENAV, EO FAP :

Estimado Cadete y/o Alumno de la EMCH-ENAV-EOFAP-EOPNP, la presente entrevista es una técnica de investigación a ser empleada por el entrevistador para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal, que busca indagar sobre la necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal Militar a nuestra Constitución Política de 1993, a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y Militar en perjuicio de los justiciables, por lo que, se le agradece su valiosa colaboración dando respuesta al siguiente cuestionario de preguntas:

1. ¿Qué entiende por delito de función referido a militares y policías?

2 ¿En su formación de Cadete/Alumno ha llevado el Curso de Derecho Penal Militar?

3 ¿Qué sabe Ud. sobre contienda de competencia?.

4 ¿Sabe Ud. cómo se llama actualmente el Código de Justicia Militar?.

5 ¿Qué delitos de función conoce Ud.?

6 ¿Sabe Ud. que existen tipificados delitos de naturaleza común en el actual Código de Justicia Militar?

7 ¿Si Ud. como Oficial en actividad cometiera un delito de función, que Fuero considera que lo debe juzgar?

8 ¿Consideraría Ud. que, en la malla curricular de su Escuela de Oficiales deberían llevar un Curso Básico de Derecho Penal y Procesal Penal Militar, para conocer mejor sobre la Justicia Militar?.

9 ¿Sabe o conoce Ud. de casos en donde personal de las FFAA y/o PNP han sido juzgados en el Fuero Militar y después han sido juzgados en el Fuero Común?.

10.¿Cuál es a su criterio el Fuero que debe juzgar a Oficiales de las FFAA y/o PNP en actividad cuando se cometen los delitos de robo, hurto, falsificación de documentos, abuso de autoridad, en estas instituciones (Fuero Común o Militar)?.

Firma: _____

N. y A. Cadete/Alumno: _____

Escuela / Año : _____

4.4. Presentación del formato de entrevista a alumnos de las Facultades de Derecho de Lima :

Estimado Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad (UNMSM-PUCP-UNFV), la presente entrevista es una técnica de investigación a ser empleada por el entrevistador para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal, que busca indagar sobre la necesidad de adecuar la Ley Penal y Procesal Penal Militar a nuestra Constitución Política del Perú de 1993, a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y Militar en perjuicio de los justiciables, por lo que, se le agradece su valiosa colaboración dando respuesta al siguiente cuestionario de preguntas:

1 ¿Qué entiende Ud. por delito de función de militares y policías?.

2 ¿En su formación de Abogado, como estudiante de Derecho, ha llevado el curso de Derecho Penal Militar o Privativo?.

3 ¿Sabe Ud. cómo se denomina actualmente al Código de Justicia Militar?.

4 ¿Sabe Ud. qué es una contienda de competencia?

5 ¿Qué delitos de función conoce Ud.?.

6 ¿Sabe Ud. que hay delitos de naturaleza común en el actual Código de Justicia Militar?

7 ¿Sabe Ud. sí un personal de las FFAA. ó PNP comete un delito de robo en situación de actividad en una dependencia militar o policial que Fuero lo debe juzgar?.

8 ¿Sabe o conoce Ud. en qué casos el personal de las FFAA o de la PNP al cometer delitos comunes en situación de actividad o en el ejercicio de sus funciones ha sido juzgado en en el Fuero Común?.

9 ¿Según su criterio considera justo y legal que el personal militar o policial al cometer un delito de función ó común, sea juzgado y sentenciado en un Fuero que no le corresponde?

10 ¿Qué entiende Ud. sobre Fuero Común y Fuero Militar?.

Firma : _____

N y A Alumno: _____

Universidad/Facultad/Año: _____

4.5. Resultados de las entrevistas empleando cuadros estadísticos y gráficos :

CUADRO N° 01
RELACION DE GRUPOS ENTREVISTADOS EN LA TESIS
(DISTRIBUCION PÓRCENTUAL)

N°	GRUPO ENTREVISTADO	CANTI DAD	PORCENTAJE
01	MAGISTRADOS DEL FUERO MILITAR –POLICIAL	05	17.85%
02	ABOGADOS QUE HAN PATROCINADO CAUSAS EN EL FUERO COMUN, ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL Y OTROS.	05	17.85%
03	MAGISTRADO DEL FUERO COMUN.	00	0%
04	ALUMNOS DE LAS FACULTADES DE DERECHO DE LIMA.	03	10.75%
05	CADETES Y/O ALUMNOS DE LAS ESCUELAS MILITARES Y/O POLICIALES	10	35.70%
06	PERSONAL MILITAR Y/O POLICIAL QUE HAN TENIDO PROCESOS POR DELITO DE FUNCION O CONOCEN EL CPMP.	05	17.85%
TOTAL:		28	100%

FUENTE:

-LOS GRUPOS ENTREVISTADOS MENCIONADOS, EN LOS AÑOS 2013-2014

CUADRO N° 02										
<u>RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS A LOS MAGISTRADOS DEL FUERO MILITAR, POLICIAL, ABOGADOS QUE HAN PATROCINADO CAUSAS EN EL FUERO COMUN Y MILITAR, ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL Y OTROS</u>										
N°	PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA	RESPUESTAS DE LOS GRUPOS ENTREVISTADOS								
		MFMP		APCFM		MFC		SUB-TOTALES		TOTALES
		SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	
01	¿EL DELITO DE FUNCIÓN ESTA CORRECTAMENTE DEFINIDO EN EL CPMP?	4	1	0	5	0	0	4	6	10
02	¿EL LEGISLADOR AL DEFINIR EL DELITO DE FUNCION HA CUMPLIDO CON LA TEORIA DEL DELITO?	2	3	0	5	0	0	2	8	10
03	¿CONSIDERA QUE HAY FALTA DE CLARIDAD O AMBIGÜEDAD EN LAS REGLAS PROCESALES SOBRE EXTENCION DE LA JMP?	3	2	5	0	0	0	8	2	10
04	¿TIENE CONOCIMIENTO QUE EN EL CPMP ESTAN EN SU TEXTO NORMATIVO DELITO DE NATURALEZA COMUN?	3	2	5	0	0	0	8	2	10
05	¿CONSIDERA QUE EN EL CPMP AL CONSIDERAR DELITOS COMUNES GENERA INCESARIAS CONTIENDAS DE COMPETENCIAS ENTRE EL FC Y FM?	2	3	5	0	0	0	7	3	10

FUENTE:
-MAGISTRADOS DEL FMP, ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL, CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PENAL EN EL 2013-2014

CUADRO N° 03
RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS A CADETES Y/O ALUMNOS DE LAS
ESCUELAS DE OFICIALES DEL EP-MARINA-PNP

N°	PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA	RESPUESTAS DE LOS GRUPOS ENTREVISTADOS										TOTALES
		CAD.EMCH		A EO PNP		CAD.ENAV		CAD.EOFAP		SUB-TOTALES		
		SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	
01	¿QUÉ ENTIENDE POR DELITO DE FUNCION ?	3	1	1	2	2	1	0	0	6	4	10
02	¿EN SU FORMACION DE CADETE HA LLEVADO EL CURSO DE DERECHO PENAL MILITAR?	0	4	3	0	2	1	0	0	5	5	10
03	¿SABE QUÉ ES CONTIENDA DE COMPETENCIA?	2	2	1	2	0	3	0	0	3	7	10
04	¿SABE COMO SE LLAMA ACTUALMENTE EL CJM?	1	3	2	1	0	3	0	0	3	7	10
05	¿CONOCE LOS DELITOS DE FUNCION EN EL ACTUAL CJM?	1	3	1	2	0	3	0	0	2	8	10
06	¿SABE DE QUÉ, EXISTEN DELITOS COMUNES EN EL ACTUAL CPMP?	4	0	2	1	2	1	0	0	8	2	10
07	¿CONSIDERARIA USTED NECESARIA QUE EN LA MALLA CURRICULAR DE SU ESCUELA SE LLEVE UN CURSO BASICO DE DERECHO PENAL MILITAR?	4	0	3	0	2	1	0	0	9	1	10

FUENTE:

-CADETES Y/O ALUMNOS DE LAS ESCUELAS DE OFICIALES DEL EP-MARINA-PNP EN LOS AÑOS 2013-2014

CUADRO N°04
RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN EN LAS FACULTADES DE DERECHO
DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES Y PARTICULARES

N°	UNIVERSIDAD NACIONAL Y/O PARTICULAR (FACULTAD DE DERECHO)	LLEVA EN SU CURRICULA EL CURSO DE DERECHO PENAL MILITAR		COMO LO LLEVAN	PORCENTAJE
		SI	NO		
01	U.N.M.S.M	SI		CURSO ELECTIVO	25%
02	P.U.C.P		NO	NO SE LLEVA	25/
03	U.P.S.M.P.	SI		CURSO OBLIGATORIO ESPECIALIDAD PENAL (6TO AÑO)	25%
04	U.N.F.V	SI		CURSO OBLIGATORIO (3	25%
TOTALES	04	03	01		100%

FUENTE:

-FACULTADES DE DERECHO DE PRINCIPALES UNIVERSIDADES NACIONALES Y/O PARTICULARES (75% LLEVAN EL CURSO DE DERECHO PENAL MILITAR)
 AÑOS 2013-2014

CUADRO N° 05
RESULTADO DE LA INVESTIGACION EN LAS ESCUELAS DE FORMACIÓN DE LAS FF.A.A.
Y LA PNP

N°	ESCUELA DE FORMACIÓN DE LAS FF.AA. Y PNP	LLEVA EN SU CURRICULA EL CURSO BASICO DE DERECHO PENAL MILITAR		PORCENTAJE
		SI	NO	
01	E.M.C.H	--	NO	33.3%
02	E.O.P.N.P	SI	--	33.3%
03	E.N.A.V	--	NO	33.3%
TOTALES	03	01	02	100%

FUENTE:

-ESCUELAS DE FORMACIÓN DE LAS FF.AA Y PNP

CUADRO N° 06
DENOMINACION DE LA LEY MILITAR EN ALGUNOS PAISES DE AMERICA
Y EUROPA

N°	PAIS	CONTINENTE	DENOMINACIÓN DE LA LEY PENAL MILITAR	PORCENTAJE
01	EE.UU	A	C.J.M	10%
02	MEXICO	A	C.J.M	10%
03	BRASIL	A	C.P.M	10%
04	ARGENTINA	A	C.J.M	10%
05	PERÚ	A	C.P.M.P	10%
06	VENEZUELA	A	C.J.M	10%
07	ECUADOR	A	C.J.M	10%
08	CHILE	A	C.J.M	10%
09	ESPAÑA	E	C.P.M	10%
10	ITALIA	E	C.P.M	10%
TOTALES	10	8 A + 2 E		100%

FUENTE:

-CCJJMM DE LOS PAISES INDICADOS AL 2014

CUADRO N° 07
PERÍODOS DE GOBIERNO, PRESIDENTES DEL PERÚ, NORMAS LEGALES,
DENOMINACION Y SU ADECUACION O NO A LA CONSTITUCION VIGENTE

N°	PERÍODOS DE GOBIERNO	PRESIDENTES DEL PERÚ	NORMAS LEGALES	DENOMINACION DE LA NORMA LEGAL	ADECUACIÓN A LA CONSTITUCION	CONSTITUCIÓN VIGENTE
01	1980	F.M.B	D.LN° 23214	C.J.M	NO	1979
02	1985-1990	A.G.P	D.LN° 23214	C.J.M	NO	1979
03	1990-1995	A.F.F	D.LN° 23214	C.J.M	NO	1993
04	1995-2000	A.F.F	D.LN° 23214	C.J.M	NO	1993
05	2000-2005	A.T.M	D.LN° 23214	C.J.M.	NO	1993
06	2005-2010	A.G.P	D.LEG N°961	C.J.M.P	NO	1993
07	2010-2015	O.H.T	D.LEG N°1094	C.P.M.P	NO	1993

FUENTE:

-CC.PP. PERÚ 1979, 1993, CJM DL N° 23214, CJM D.LEG.N° 961, CPMP D.LEG.N°1094

<u>CUADRO N°08</u>					
<u>NORMAS LEGALES, PRESIDENTES DEL PERÚ, FUERO COMPETENTE, DELITOS SANCIONADO Y OTROS</u>					
N°	NORMA LEGAL	PRESIDENTE DEL PERU	FUERO COMPETENTE	DELITO SANCIONADO	PERSONAS QUE JUZGABA
01	D.L N° 23214	F.M.B	FUERO MILITAR	TRAICIÓN A LA PATRIA (GE)	CIVILES Y MILITARES
02	D.LN° 25659	A.F.F	FUERO MILITAR	TRAICIÓN A LA PATRIA (G.I)	CIVILES QUE FORMABAN OOT
03	D.LEG.N°895	A.F.F	FUERO MILIAR	TERRORISMO AGRAVADO	CIVILES INTEGRANTES DE BANDAS ORGANIZADAS
<u>FUENTE:</u> -DD.LL N° 23214- 25659, D.LEG N° 895, NORMAS LEGALES DEROGADAS POR EL D.LEG. N° 961 Y STC (EXP.N°210 AI/TC)					

CUADRO N° 09
RESPUESTAS DEL PERSONAL DE LAS FF.AA. Y PNP ENTREVISTADOS

N°	PREGUNTAS DE ENTREVISTA	RESPUESTA DEL GRUPO DE PERSONAL FF.AA. PNP ENTREVISTADO		TOTALES
		SI	NO	
01	¿QUÉ ENTIENDE POR DELITO DE FUNCION MILITAR POLICIAL?	5	0	5
02	¿EN SU FORMACIÓN MILITAR POLICIAL LLEVO EL CURSO DE DERECHO PENAL MILITAR?	2	3	5
03	¿SABE USTED COMO SE DENOMINA ACTUALMENTE EL CJM?	2	3	5
04	¿SABE QUE ES UNA CONTIENDE DE COMPETENCIA?	3	2	5
05	¿CONOCE LOS DELITOS DE FUNCION?	2	3	5
06	¿SABE QUE HAY DELITOS COMUNES EN EL ACTUAL CJM?	2	3	5
07	¿CONSIDERA NECESARIA EN SU FORMACION PROFESIONAL LLEVAR DE MANERA OBLIGATORIA CURSOS DE CAPACITACIÓN EN DERECHO PENAL MILITAR?	5	0	5

FUENTE:

-PERSONAL MILITAR POLICIAL QUE HAN TENIDO PROCESO EN EL FUERO MILITAR O CON CONOCIMIENTO DEL CPMP, DELITO DE FUNCIÓN Y DEL FUERO MILITAR.

CUADRO N° 10
RELACIÓN DE CASOS QUE HAN ORIGINADO CONTIENDA DE COMPETENCIA ANTE
EL FUERO COMUN, MILITAR Y/O CON PRONUNCIAMIENTO DE LA CIDH Y TC.

N°	CASO	DELITOS	AÑOS	CORTE QUE DIRIMIO SENTENCIO	FUERO
01	“BARRIOS ALTOS”	- HOMICIDIO CALIFICADO - LESIONES GRAVES	1991	-CIDH - CSJR	COMÚN
02	“SANTA BARBARA”	- HOMICIDIO Y FALSEDAD	1991	-CSJM	MILITAR
03	“LA CANTUTA”	- HOMICIDIO CALIFICADO	1992	-CSJR CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE ADMISTIA) -CSJR	MILITAR FUERO COMÚN
04	“IPARRAGUIRRE REVOREDO”	- TRAICIÓN A LA PATRIA	1992	-TC	COMÚN
05	“LEONOR LAROSA”	- LESIONES GRAVES} - DESOBEDIENCIA - ABUSO DE AUTORIDAD	1997	-CSJR	MILITAR
06	“CESTI HURTADO”	- DELITO FRAUDE - NEGLIGENCIA - DESOBEDIENCIA - CONTRA EL DEBER Y DIGNIDAD DE LA FUNCION	1997	-CSJM -CIDH	MILITAR
07	“CHAVIN DE HUANTAR”	- HOMICIDIO CALIFICADO	1997	-CSJR -CIDH	MILITAR COMUN
08	“DURAN Y UGARTE” (MOTIN PENAL EL FRONTON)	- HOMICIDIO CALIFICADO	1999	-CIDH	COMÚN
09	“CASTILLO PETRUZZI”	- TRAICIÓN A LA PATRIA	1999	-CIDH	COMÚN
10	“CANTORAL BENAVIDES”	- TRAICIÓN A LA PATRIA	2000	-CIDH	COMÚN
11	“CARTAGENA VARGAS”	- TERRORISMO	2002	-TC	COMÚN
12	“CRESPO BRAGAYDAR”	- TERRORISMO	2002	-TC	COMÚN
12	“ARIZA MENDOZA”	- CONTRA EL ESTADO DEFENSA NACIONAL	2009	-CSJR	MILITAR
13	“IPARRAGUIRRE REVOREDO”	- TRAICIÓN A LA PATRIA	1992	-TC	COMÚN

FUENTE:

**-INFORME DEFENSORIAL N°66 DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-2003, “LA REFORMA DE JUSTICIA MILITAR”
 CRISTHIAN DONAYRE MONTESINOS-2004 Y “MANUAL DE DERECHOS HUMANOS DEL CCFFA” – 2001.**

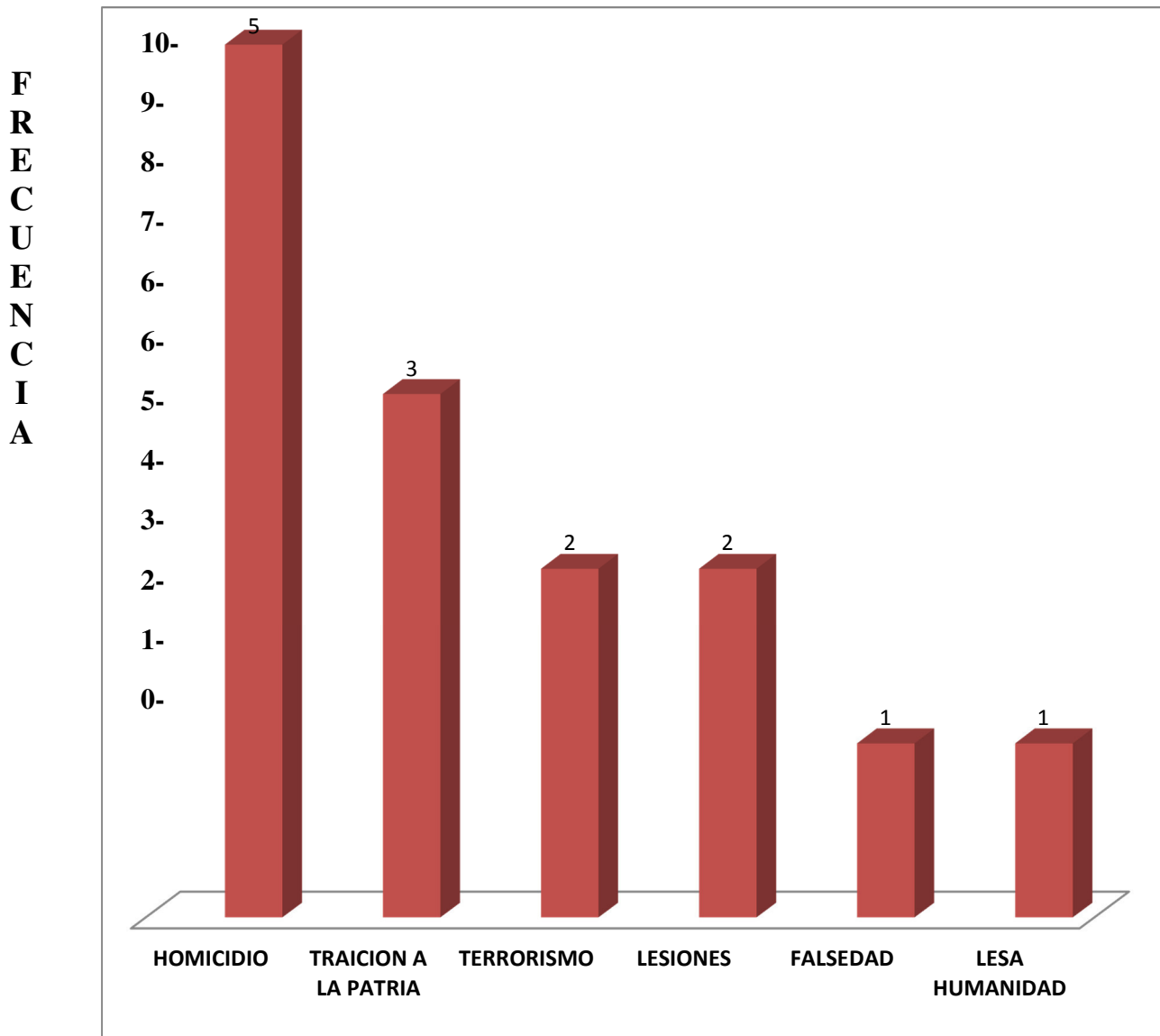
CUADRO N° 11**CASOS DE CONTIENDAS DE COMPETENCIA DONDE HAN INTERVENIDO PERSONAL MILITAR –POLICIAL CONTRAVINIENDO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 Y EL CODÍGO PENAL D.LEG. N° 635 RESUELTOS POR LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

N°	PERSONAL MILITAR – POLICIAL INVOLUCRADO Y AGRAVIADO	DELITOS	AÑOS	SALA PENAL QUE DIRIMIÓ LA COMPETENCIA	FUERO
01	- Tte. PNP Iván Zarate Nolasco. - SO. PNP José Pasco Hilario. - El Estado.	- Delito contra la Administración de Justicia. - Fuga de detenido.	2003	- Sala Penal Transitoria a favor del Juzgado Penal de Huancayo	COMÚN (DEBIDO PROCESO)
02	- José Bravo Mendoza y Otros. - Edy Quilca Cruz y Otros	- Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. - Homicidio Calificado	2003	- Sala Penal Transitoria a favor del Segundo Juzgado Penal de Puno	COMÚN (LA VIDA DE PERSONAS CIVILES)
03	- Cap. EP. Jhony Abanto Vélez y Otros. - Hidelfonso Riva Trigos	- Contra el Cuerpo y la Salud. - Lesiones Graves.	2003	- Sala Penal Transitoria a favor del Juzgado Mixto de la Provincia de Rodríguez Mendoza – Amazonas	COMÚN (INTEGRIDAD FÍSICA DE PERSONAS CIVILES)
04	- PNP Walter Alburqueque Ordinola. - Benigna Untiveros Durand.	- Contra el Patrimonio. - Extorsión	2003	- Sala Penal Transitoria a favor del Cuarto Juzgado Penal de Huancayo.	COMÚN (PATRIMONIO DE PERSONAS CIVILES)
05	- EP. Carlos Fernando Ampuero - El Estado y Robert Huaraca Altamirano.	- Contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios.	2003	- Sala Penal Transitoria a Favor del Primer Juzgado Penal de Abancay – Apurímac	COMÚN (DEBIDO PROCESO -JUEZ NATURAL)

FUENTE:**-BIBLIOTECA JURIDICA DEL TRIBUNAL SUPREMO MILITAR – POLICIAL - CAJM – 2017.**

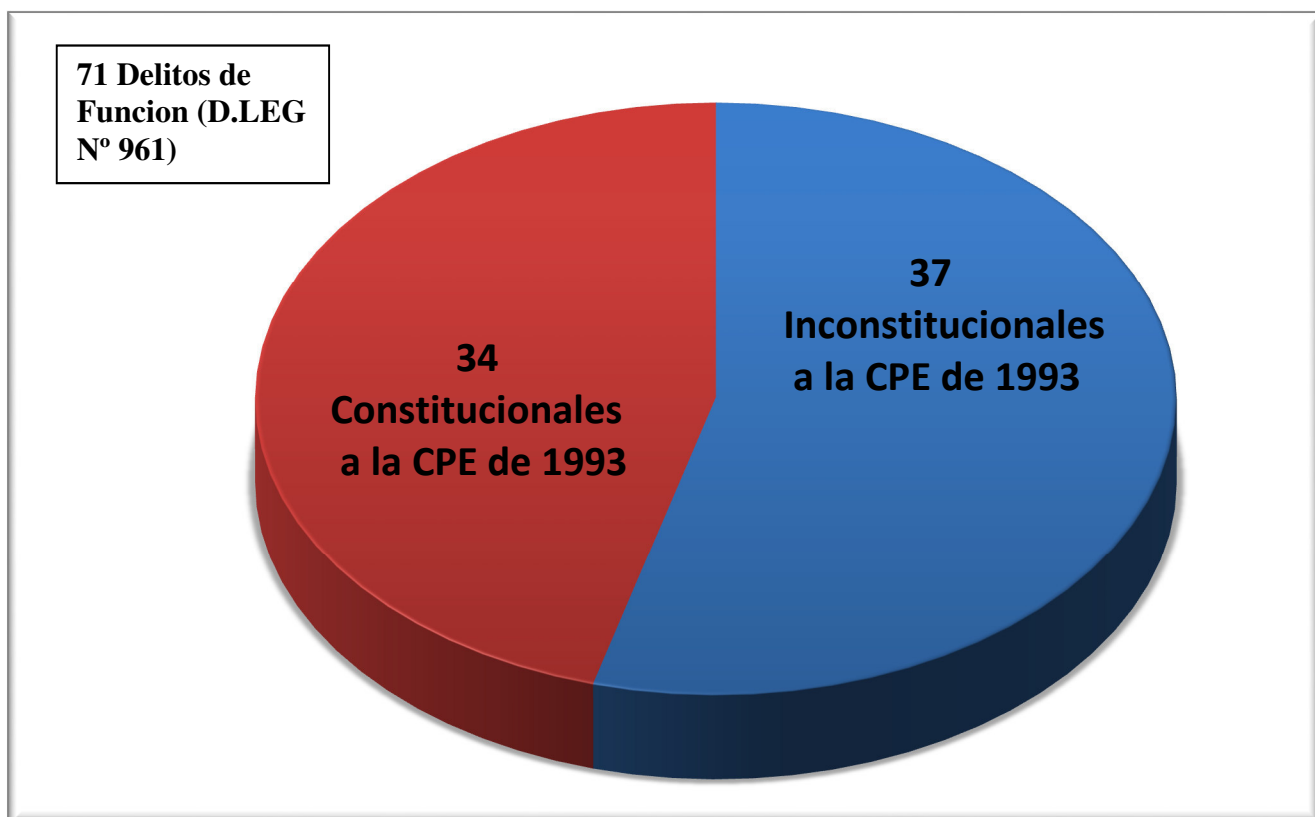
I.GRAFICO N°01.- DELITOS COMUNES PROCESADOS EN EL FUERO MILITAR

(PERIODO 1991 – 2009)

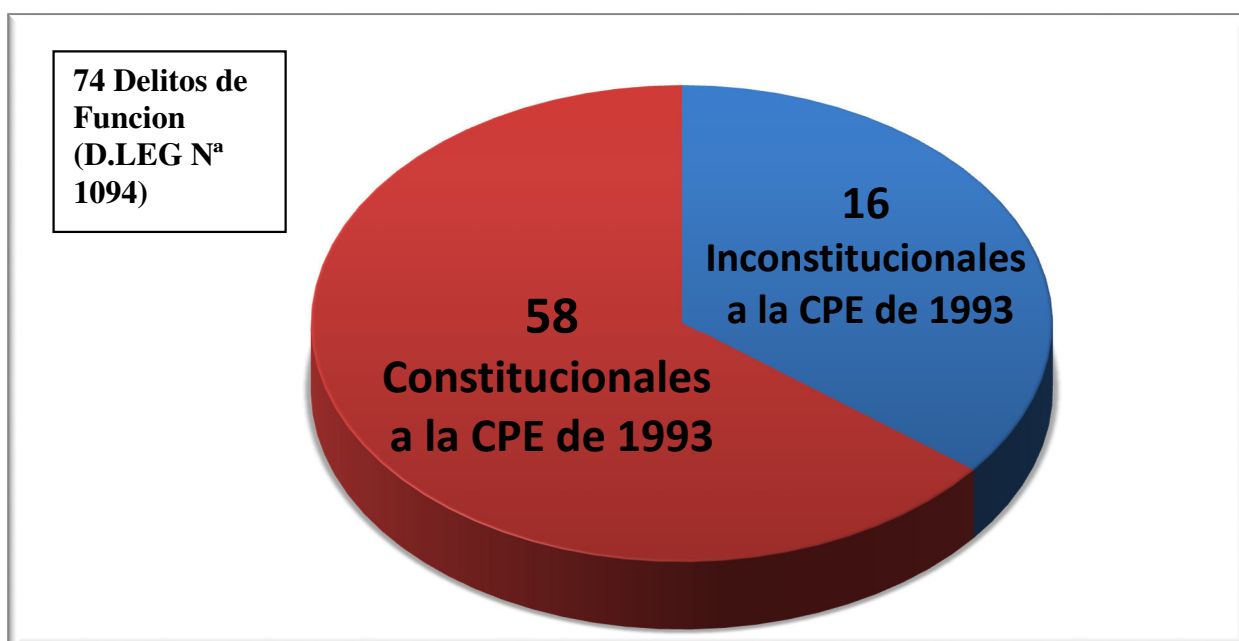


FUENTE : IDEM DEL CUADRO N° 10

II. Gráfico N° 02: DELITOS DE FUNCION QUE HAN SIDO DECLARADOS INCONSTITUCIONALES A LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU DE 1993 EN EL CJMP – D.LEG N° 961 (EXPTE. N° 012-2004-PI/TC) :



III. Grafico N° 03: DELITOS DE FUNCION CONSTITUCIONALES É INCONSTITUCIONALES A LA CPP DE 1993 EN EL D. LEG. N° 1094-CPMP RESUELTOS EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL No.00022 2011-PI/TC DEL 08 DE JULIO DEL 2015 :



PRESENTACIÓN DEL INFORME FINAL, CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES BIBLIOGRAFIA Y ANEXOS

5.1.INFORME FINAL :

La presente Tesis se ha desarrollado de la siguiente manera :

A. EN LA PARTE METODOLÓGICA :

a. En lo que corresponde a la hipótesis referida : “ Los factores que influyen en la tipificación de los delitos cometidos por el personal militar-policial y en la determinación del Fuero Competente para juzgar estos delitos”, se han obtenido los resultados que permiten conocer que, estos factores; son de tipo : **político, educativo é institucional.**

b A este de respecto, el mayor porcentaje (66%) de entrevistados entre magistrados del Fuero Militar Policial y Abogados que han patrocinado causas en dicho Fuero y en el Fuero Común han afirmado que, el delito de función, no está correctamente definido en el Código Penal Militar, así como, han afirmado que el legislador al definir el delito de función, no ha cumplido con definirlo acorde a la Teoría del Delito del Derecho Penal.

En su mayoría(80%)considera que,hay falta de claridad o ambigüedad en las reglas procesales sobre extensión de la Justicia Penal Militar Policial. La mayoría expresa que, tiene conocimiento que, en el Código Penal Militar Policial, existe en su texto normativo, delitos de naturaleza común y consideran mayoritariamente que, el Código Penal Militar Policial, comprenden delitos comunes, genera innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar; **ver Cuadro 2.**

c En lo que respecta al factor **educativo**, los Cadetes y Alumnos de las Escuelas de Formación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a excepción de los de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, que no han participado en el presente trabajo de investigación, como se ha explicado anteriormente, en su mayoría (60%), entiende lo que es el delito de función (60%). El 50%, ha señalado que, en su formación de Cadete ó Alumno, ha llevado el Curso de Derecho Penal Militar, pero no entienden que es la Contienda de Competencia, no saben como se llama actualmente el Código de Justicia Militar. Asimismo, no conocen los delitos de función, pero saben que existen delitos comunes en el actual Código, considera necesaria que, en la malla curricular de la Escuela, se lleve un Curso Básico de Derecho Penal Militar y Procesal Penal Militar; como se ilustra en los **Cuadros No.03 y 05.**

d En lo referente a la enseñanza del Curso de Derecho Penal Militar y Procesal Penal Militar, en las Facultades de Derecho de las principales Universidades Públicas y Privadas, como son las Universidades, Nacional Mayor de San Marcos, la Federico Villarreal, y entre las Privadas la Pontificia Universidad Católica y la San Martín de Porres, como se puede apreciar en el Cuadro No.04, se ha constatado que, en la Decana de América, el curso de Derecho Penal y Procesal Penal Militar es electivo, mientras que, en la Universidad Dederico Villarreal, este curso es obligatorio en el 3er Año de Facultad.

En las Privadas, en la PUCP, no se lleva en su Plan de Estudios, el citado curso. En la Universidad San Martín de Porres, es obligatorio, como especialidad del Derecho Penal, en el 6° Año de Facultad. Estos resultados revelan la poca importancia que se le dá a este curso para el desarrollo de esta materia que es una especialidad del Derecho Penal General, lo que

es un factor para que no se haya elaborado desde el punto de vista académico, propio del académico, propio del mundo universitario y de las Escuelas de Derecho en el país, la Teoría del Delito de Función, la Teoría de la Jurisdicción Independiente Militar ó del Fuero Militar, que son base para delimitar la naturaleza jurídica, del Delito de Función y del Fuero Militar, lo cual debe ser analizado por Abogados especialistas en Derecho Penal y que deben ser formados por las universidades del país; ver **Cuadro No.04**.

- e En lo referente a la correcta denominación que debe tener la Ley Penal y Procesal Penal Militar en nuestro país, hemos apreciado que, no está adecuada a nuestra Constitución Política del Perú de 1993, la cual conforme al artículo 51°, de la Carta Magna, prevalece sobre toda norma legal, por el principio de primacía de la Constitución. La Carta Magna, en el Art. 173°, prescribe que, en el 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** pero no se señala en la Constitución, que se refiera al **Código Penal Militar Policial** y tampoco que el Fuero respectivo, sea el **Fuero Militar Policial**, frente a esto, se ha efectuado la comparación con otros países de América y Europa, se tiene que, de 10 países examinados en la denominación de la Ley Penal Militar, en su mayoría (60%), tiene como denominación a su Ley Penal Militar, como Código de Justicia Militar, lo cual es concordante con sus Constituciones Políticas de cada país, esto se ilustra en el **Cuadro No.06**. También se puede observar que, en los períodos de gobierno desde el ex – Presidente Constitucional de la República Arquitecto, Fernando Belaúnde Terry, de 1980 hasta la actualidad, las normas Jurídicas que han regulado a la Ley Penal y Procesal Penal Militar, son Decretos Leyes, dados por gobierno de facto y Decretos Legislativos, que fueron emitidos por el Poder Ejecutivo por

delegación del Poder Legislativo, siendo así que, tanto en el D.L.No.23214, del Código de Justicia Militar que se emitió el 24 de Julio de 1980, durante el gobierno de facto del Gral. Morales Bermúdez, como el D. Leg.No.961 que se emitió durante el gobierno Constitucional de Alejandro Toledo y el actual,el D.Leg.No.1094,que se emitió en el gobierno de Alan García Pérez, no cuentan con su exposición de motivos que fundamente doctrinaria é históricamente la norma, el efecto de su vigencia en la legislación nacional,el análisis del costo beneficio de la futura norma legal, que debe tener toda norma legal conforme al Reglamento del Congreso de la República que tiene fuerza de Ley,lo cual evidencia de que ningún gobierno a la fecha se ha preocupado por adecuar debidamente la Ley Penal y Procesal Penal Militar, en su aspecto normativo, a nuestra Constitución Política del Perú, creando denominaciones que no están contempladas en nuestra norma fundamental y demuestra el exceso en las atribuciones que ha realizado el Poder Ejecutivo al momento de legislar, al dar Decretos Legislativos que se oponen a lo prewscrito en nuestra Constitución Política del Perú y que deben ser corregidas por el Poder Legislativo, como responsable de emitir las Leyes de la República y de su función legislativa que está prevista en nuestra Constitución Política del Perú de 1993.

f En el aspecto **político**, la Ley Penal y Procesal Penal Militar en el Perú, ha sido utilizada por los gobiernos de facto, para procesar a civiles, lo cual es una desnaturalización del delito de función, un ilícito penal cometido por un civil o civiles en contra de bienes jurídicos que afectan a las Fuerzas Armadas y/o, a la Policía Nacional, no puede ser de ninguna manera considerado como delito de función, ni tampoco, delitos de naturaleza común que afectan bienes jurídicos comunes, como la vida, el cuerpo y la salud, el patrimonio, etc. cometidos por militares o policías en el ejercicio de sus funciones, pueden ser considerados como delitos de función. Es más, desde el año 1980 al presente, pasando por los gobiernos democráticos citados, no se han preocupado por adecuar el Código de Justicia Militar ó actual Código Penal Militar Policial a la Constitución Política del Perú, vigente a la fecha del período de gobierno de turno, lo cual se grafica en el **Cuadro No.07**, donde puede apreciarse que, las normas legales emitidas son Decretos Leyes ó Decretos Legislativos, estos últimos, por facultad delegada del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, en muchos de los casos con evidente deficiencia en la técnica legislativa, puesto que, el legislador del Poder Ejecutivo, no acostumbra hacer la exposición de motivos de la norma que emite, lo que al final trae como consecuencia que dicha norma adolezca de la debida fundamentación, lo que puede ser usado por el poder político para tergiversar el verdadero espíritu que debe tener la norma legal, la misma que, debe ser clara y precisa en sus definiciones y terminología y que no permita, hacer de ella interpretaciones ajenas a su finalidad, por su ambigüedad, lo cual como se puede apreciar en el **Cuadro No.07** y en el **Cuadro No.08**, se ilustra el mal uso que ha tenido el Fuero Militar por los gobiernos de turno desde el del Arquitecto Fernando Belaúnde hasta el del Ingeniero, Alberto Fujimori Fujimori, que permitieron el juzgamiento de civiles, en los DD.LL.23214, antiguo Código de Justicia Militar, bajo la figura del delito de Traición a la Patria, en tiempo de guerra, el D.L.No.

25659, por la pertenencia, ser integrante, suministrar, a las organizaciones terroristas, informes datos, planes, etc. sus juzgamientos, en el indicado Fuero Castrense, lo cual ha sido corregido en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en los Casos : Castillo Petruzzi, Cesti Hurtado y Durand Ugarte, donde se ha establecido que, la Justicia Militar aplicada a civiles viola normas de la Convención Americana sobre el derecho a un juez competente, acorde con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; de la cual el Perú es país signatario.

g. En el aspecto **institucional**, como se ha precisado anteriormente, tanto el Ministerio de Defensa, como el Ministerio del Interior, no han demostrado a la fecha interés en revertir la actual situación y adecuar el actual Código Penal Militar Policial, D.Leg. No. 1094, a nuestra Constitución Política del Perú de 1993. De igual manera, el Ministerio de Justicia, tampoco ha cumplido con esta adecuación, estas entidades avalaron la dación de esta norma legal el 31 de Agosto del año 2010, durante el gobierno del ex – Presidente Constitucional de la República Alan García Pérez, a sabiendas que, en su texto normativo contiene figuras delictivas de naturaleza común que fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expte.No.012-2004-PI/TC, con calidad de Cosa Juzgada y no debieron por ningún motivo volver a ser consideradas en el texto normativo como normas vigentes, puesto que, éstas quedaron automáticamente sin efecto, fueron derogadas y excluidas de nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, tanto los Institutos Armados, el Ejército del Perú, la Marina de Guerra, la Fuerza Aérea del Perú, a excepción de la Policía Nacional del Perú, no vienen dando cabal cumplimiento a la Primera Disposición Complementaria del Código Penal Militar Policial, que prescribe sobre la difusión é instrucción de este cuerpo normativo, cuando se señala: “Las Fuerzas Armadas y la

Policía Nacional del Perú, a partir de la vigencia del presente cuerpo legal, tienen la obligación de difundir é instruir los preceptos establecidos en el mismo, a todo su personal, en sus diversos niveles de formación, capacitación y especialización militar policial”.

Este comportamiento institucional, del Ministerio de Defensa, del Ministerio del Interior, los Institutos Armados y la propia Policía Nacional, contribuyen a generar una situación de STATU QUO, que no permite generar un verdadero cambio en la forma de pensar de los funcionarios del Ministerio Defensa y del Ministerio del Interior, para emitir un ante - proyecto de Ley de Nuevo Código de Justicia Militar, con su Exposición de Motivos, que esté verdaderamente adecuada a nuestra Constitución Política, que expresa en su Art.173° que 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, sin embargo, el Fuero Militar Policial, en contravención a lo interpretado por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Constitución Política pretende imponer la figura del Delito de Función Militarizado, tal como lo sostuvo el ex - Presidente del Fuero Militar Policial, Contralmirante CJ Carlos Enrique Mesa Angosto, indicado en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el Caso Radilla Pacheco vs. México emitida el 23 de Noviembre del 2009; cuando afirma :

“Que es factible que conductas punibles de naturaleza común sean ventiladas en la jurisdicción militar, siempre que tengan relación directa y próxima con la función de las fuerzas del orden o con la afectación de bienes jurídicos castrenses”.

Ejemplo de delitos de función militarizados, según el criterio del Contralmirante Mesa Angosto serían los siguientes: espionaje, rebelión, sedición, robo de armas, falsificación o adulteración de documentos, etc.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece el siguiente concepto

funcional del delito de función:

“Sí bien, en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar”.

Esta Sentencia del Caso Radilla Pacheco, es aplicable a este caso concreto, pero no puede tener efectos jurídicos o ser aplicable para nuestro país, pues se trata de un caso donde intervino la CIDH contra el Estado Mexicano, lo cual no enerva en nada a la Sentencia del Tribunal Constitucional de nuestro país, que tiene todos sus efectos jurídicos y es vinculante a todos los poderes públicos, conforme al Art.VIIº del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional normado en la Ley No.28237, por lo que, lo alegado por el ex – Presidente del Fuero Militar Policial, Mesa Angosto, carece de fundamento jurídico y es contrario a Derecho, de continuarse con este criterio errado generarían innecesarias Contiendas de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar, puesto que, los delitos comunes que todavía se consideran en el Código Penal Militar Policial sobre todo el de apropiación ilegítima de material destinado al servicio(robo), hurto, falsificación y adulteración de documentos, exceso en el ejercicio del mando (abuso de autoridad), etc, pueden evitarse, sí se excluyen de manera total los delitos de naturaleza común, que fueron dejados sin efecto por el Tribunal Constitucional, como se ha mencionado y se eliminarían las Contiendas de Competencia entre ambos Fueros, tal como, se puede apreciar en los gráficos, sobre la tendencia de Contiendas de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar en los últimos años.

h. Se ha probado que existe vacío legal en la correcta tipificación del delito de función en militares

y policías, y que éste produce ambigüedades en la aplicación de las reglas procesales sobre jurisdicción y competencia de la justicia común y de la justicia penal militar, asimismo, existe la posibilidad de manipulación del poder político en nuestro ordenamiento legal para facilitar el desvío de jurisdicción de la justicia común hacia la militar en asuntos de su interés.

- i. Se ha verificado de que no existe en la dogmática penal militar peruana una noción clara de lo que constituye el delito de función, en militares y policías, que tampoco existe ninguna descripción en el Código Penal Militar Policial, que se haya tipificado o descrito de forma correcta, la figura genérica del tipo rector ó las figuras jurídicas que integrarían este tipo rector de lo que se debe entender como delito de función; acorde con lo prescrito en la Constitución Política del Perú.
- j. Se ha alcanzado con éxito los objetivos planteados en la presente investigación, pues se ha llegado a determinar que, algunas figuras delictivas de la legislación penal militar vigente, no están todavía adecuadas a la Constitución Política del Perú y que por ello contribuyen a generar innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar (en la Constitución Política de 1993 , no hay una precisión y claridad al señalar en el Art. 173° que : “En caso de 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”. En el Código Penal Militar Policial al definir al Delito de Función, no se hace conforme a la dogmática del Derecho Penal, ni se establece la figura rectora del Delito de Función, que sirva como figura genérica del mismo, peor aún, el Fuero Militar Policial al sostener la figura del Delito de Función Militarizado, no hace más que, generar mayor confusión y ambigüedad a la correcta definición del mismo, que debe hacerse conforme a la dogmática del Derecho Penal y no que se generen innecesarias contiendas de competencia con el Fuero Común (Art.185° del C.P.M.P. Contienda de Competencia con el Fuero

Común), a tal punto que, el Tribunal Constitucional, ha vuelto a resolver otra Demanda de Inconstitucionalidad presentada por 6430 ciudadanos contra 29 artículos del Código Penal Militar Policial, lo que reafirma nuestra Tesis de que es necesaria y urgente la adecuación de la Ley Penal Procesal Militar a nuestra Constitución Política del Perú de 1993, a fin de evitar innecesarias Contendas de Competencia entre el Fuero Común y el Militar.

B. ANALIZADOS LOS DATOS DE LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA, SE HAN LOGRADO LAS SIGUIENTES PRECISIONES :

- a** En Roma, la jurisdicción o “iurisdictio”, estaba referida a la potestad de un funcionario especial llamado MAGISTRADO, cuya función era decidir sobre el derecho (juris dicere) o “decir el derecho” de un actor para presentar una causa o llevar un asunto a juicio, pudiendo ser causas civiles o penales. Esta era ejercida por representantes del poder soberano del Estado, del cual era manifestación aquella. Esta era ejercida por funcionarios que tenían poder militar y político y, que en la época del conflicto patricio-plebeyo en la República, se les otorgó a la “pretura” el poder jurisdiccional, como facultad para declarar la admisibilidad o no de una causa para ser llevada a juicio y sentencia. Se puede apreciar también, la idea de jurisdicción, como una facultad para “decir el derecho”, dentro de una llamada circunscripción territorial o de acuerdo a la importancia o gravedad del caso, pero es más bien una noción vaga, imponiéndose aquella referida a la facultad de un determinado funcionario público, para definir el derecho de acción, no de declararlo, siendo esta última, una facultad de los “iudex arbiters”.
- b** En la época comprendida entre la caída del Imperio Romano de Occidente, hasta la Revolución Francesa, hubo una evolución de la Jurisdicción como Institución, la que es entendida como una facultad de administrar justicia, dejándose para los legisladores, la atribución de crear leyes, con excepción de los pueblos de influencia británica, donde los fallos judiciales se convirtieron en la

fueron fuente más viva de creación del Derecho. La jurisdicción fue ejercida así, durante la Etapa Medieval por las nacientes ciudades o villas, posteriormente, al inicio del Renacimiento, los monarcas recuperan fuerza y con ella la atribución de la jurisdicción, la que nuevamente es trasladada a las poblaciones agrupadas en villas a través de los denominados Fueros. La Iglesia, a través de los llamados Tribunales del Santo Oficio, adquiere Jurisdicción sobre cuestiones que ellos calificaban de relacionados con los asuntos espirituales, administrando justicia penalmente.

- c** En España, en la etapa medioeval, los súbditos van adquiriendo a través de las llamadas “Cartas Reales”, una serie de privilegios ó **“fueros”**, a través de “Declaraciones de Principios”, que establecieron reglas para que el súbdito fuera juzgado por sus iguales, como fue el caso de Inglaterra. La institución del Fuero, sobre todo en este país, fue sinónimo de privilegio, de tratamiento jurídico especial, instituyéndose los fueros procesales o personales, es decir, en razón de la clase o calidad de persona que se era.
- d** En la etapa moderna, los nacientes Estados arrebatan el poder jurisdiccional a los emperadores, monarcas y a la iglesia, aunque el régimen de los fueros, sobre todo, en el ambiente de influencia española, subsistieron; y en la época contemporánea, se destaca una Función Jurisdiccional totalmente sujeta al Estado, así como, la desaparición de los Fueros de Privilegio (el Perú es un caso aparte) se penalizan drásticamente los crímenes atroces cometidos por militares, tipificándolos ya sea como crímenes de Guerra, crímenes contra la Paz o crímenes contra la Humanidad; y nace una Jurisdicción Internacional para su juzgamiento.
- e** En el Perú con la conquista, se trasladó el Derecho Castellano con todas sus características, respecto a atribuciones de la Jurisdicción por el monarca y su ejercicio por el Virrey y sus funcionarios regios. Asimismo, hubo dispersión de la jurisdicción por la gran cantidad de fueros

procesales especiales entre los que se encontraba el Fuero Militar.

- f** En la etapa republicana, nace la idea de la autonomía del Poder Judicial y de la Separación de Poderes, así como, de la atribución jurisdiccional para los funcionarios estatales que no ostenten el poder político, pero se mantiene la idea de los fueros especiales y personales. A partir de 1980 se afianza un criterio de constante ampliación de los límites de la Jurisdicción Militar, instalándose a nivel legislativo y práctico, una concepción extensiva del llamado delito de función como acto propio de militares y policías, permaneciendo aún indefinido conceptualmente y sin descripción del tipo penal genérico en actual Código Penal Militar Policial; D.Leg.No.1094.

C. DE LA INVESTIGACIÓN TEÓRICA SE HAN PODIDO OBTENER LOS SIGUIENTES

RESULTADOS :

- a** Algunos doctrinarios entienden la institución de la jurisdicción como poder o potestad de administrar justicia, mientras que otros la identifican como la función pública de administrar justicia, estableciéndose por tanto, que no hay definiciones absolutas o válidas para todos los tiempos o para todos los pueblos, pues varían no sólo las formas de administrar justicia, sino que los hechos y métodos lógicos de juicio tienen que ser valorados dentro de un determinado contexto histórico, por ello, la noción que la investigación desarrolla y suscribe en este trabajo, es aquella que se tiene dentro de la concepción contemporánea del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, dentro de la cual, la jurisdicción es la atribución soberana del pueblo de administrar justicia y es ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, quienes a su vez ejercen la función jurisdiccional.
- b** La competencia es la porción de la función jurisdiccional que cada juez o tribunal ejerce de acuerdo a criterios de materia, tiempo, espacio, turno u otros previamente establecidos en la Ley.

La competencia es el único modo válido y legal de ejercer la jurisdicción y, tiene íntima relación con el derecho fundamental del Juez Natural, cuya vulneración dá lugar al desvío de competencia y cuando se trata de la Justicia Militar se le identifica a este fenómeno como “desvío de jurisdicción”.

c A nivel teórico, se observa que, se llega a discutir la constitucionalidad de la Jurisdicción Militar en cuanto a su competencia en materia de juzgamiento de delitos, así lo sostiene CANASI, quien asevera que incluso la denominación de Código de Justicia Militar sería inadecuada, por cuanto, aún en materia de delitos y no precisamente de faltas, nos hallamos siempre ante un Código de Disciplina Militar. La Doctrina Penal Italiana, de gran influencia en el medio peruano, ha logrado imponer la noción de Jurisdicción Penal Militar y la del Derecho Penal Militar, concepto este último cuyo contenido, con su propia característica y especificidad castrense, en la parte represiva se apartaría de lo administrativo e incluso, lo propiamente penal, para constituir una normatividad “sui generis”. No obstante, siendo la jurisdicción única y exclusiva, no resulta correcto referirse a la Justicia Militar como jurisdicción militar, puesto que, lo que ésta ejerce es una competencia específica, es decir, una porción de la función jurisdiccional por razón de la materia.

d También se ha logrado establecer que la tipicidad comprende: El Tipo de Delito, que es el esquema o imagen rectora y una abstracción descriptiva e independiente de los otros elementos del delito, y la figura del Delito, que son imágenes normativas que contienen el injusto y la culpabilidad, es decir, entran en juego los elementos subjetivos, y sus elementos se orientan hacia la imagen rectora del “tipo de delito”. La adecuación típica, entonces, compromete la coincidencia exacta de una conducta con el tipo delictivo descrito en la Ley, es por ello que en la actualidad,

por la influencia de las teorías de la encuadrabilidad o subordinación, se maneja la noción de tipicidad, como sinónima de adecuación típica, convirtiéndose en una concepción mucho más amplia. De aquí nace la idea de tipicidad como adecuación típica del hecho ilícito a la figura descrita en la Ley, siendo ésta la exteriorización o manifestación de su antijuridicidad. La tipicidad es pues, el indicio más importante de la antijuridicidad, el tipo realiza el mandato de la máxima “nullum poena sine lege”, ejerciendo de este modo una importante función de garantía y seguridad jurídica.

e La tipicidad, independientemente de su relación con la antijuridicidad, cumple un rol importante en el Derecho Penal moderno; porque:

1. Constituye una garantía jurídica política de la libertad.
2. Desempeña una función orientadora y sistematizadora para todos los demás aspectos del delito y permite unir la parte especial con la parte general del Derecho Penal.
3. Cumple una función práctica en su aplicación positiva, pues el Juez, valiéndose del tipo, interpreta los hechos de la realidad pero encuadrados en una norma legal.
4. Permite la aplicación racional del principio “Ultima Ratio”.

f No es suficiente que el delito sea una acción antijurídica y culpable, sino que, la acción debe adecuarse típicamente a una fórmula legal, de allí al no darse éste supuesto teórico en el caso que es materia de esta investigación, resulta que aún se aprecia una notoria deficiencia en la correcta descripción de lo que debe señalarse en la Ley Penal Militar como el tipo rector del Delito de Función en Militares y Policías, así como, las conductas que se vienen juzgando bajo esta nomenclatura, no encuadran dentro de la fórmula legal prevista y en muchos casos son de naturaleza común y no de función.

- g** La atipicidad queda entendida entonces, como la ausencia de fórmula legal o precepto normativo que contenga la descripción de todos los elementos y circunstancias objetivas y subjetivas, que conforman la conducta ilícita castigada por la Ley, su importancia es tal, que determina o restringe la posibilidad punitiva del Estado.
- h** Sobre la calidad de funcionarios o servidores públicos de los militares y policías, en la doctrina peruana como en el derecho positivo, subyace la noción de las disposiciones del texto constitucional y en forma expresa en toda la legislación administrativa, por lo que, para los efectos de represión, el Código Penal, equipara en su artículo 425°, la condición de funcionario con la de servidor público.
- i** La especial estructura jerárquica de la institución castrense, implica la observancia de la Obediencia Debida, en los actos de servicio (orden legítima), más no la obediencia ciega, pues por encima de cualquier orden ilícita, está el respeto a la Ley y al orden jurídico que todo funcionario público está obligado a guardar y, con especial fuerza el funcionario militar o policial, porque este es uno de los fines de su función.
- j** El juzgamiento de todo delito cometido por militares y policías distintos a sus deberes de función corresponde a la justicia ordinaria, como infracción de deberes genéricos de los funcionarios públicos, debiendo tipificárseles conforme a lo que establece el Código Penal en su Título XVIII sobre Delitos Contra La Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, dentro de lo que se encuentra el abuso de autoridad, colusión, peculado, enriquecimiento ilícito, entre otros, existiendo además la figura de retardo o rehusamiento de auxilio policial, requerido por la autoridad civil, del cual sólo puede ser sujeto activo el funcionario policial, prevista en el Art. 378° del Código Penal, normatividad penal común, que contiene la posibilidad que el funcionario

policial, puede ser sujeto activo de dichos delitos de función, comunes a todos los funcionarios u oficiales públicos, y por tanto, es posible de ser juzgado en la justicia penal común. En este caso como es lógico, no tiene jurisdicción ni competencia la Justicia Penal Militar, pues se trata de delitos comunes; no de infracciones al Código Penal Militar Policial.

D DEL RESULTADO DEL ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS NORMATIVOS DENTRO DE LOS QUE SE ENCUENTRA INMERSA ESTA INVESTIGACIÓN, SE HA ENCONTRADO QUE :

- a** En los textos constitucionales de 1979 como de 1993, se recoge el Derecho al Juez Natural, así como la prohibición del desvío de jurisdicción, considerados ambos como Derechos Fundamentales de la persona humana, esto en sintonía con los nuevos avances y tendencias de las doctrinas de Derechos Humanos y Derecho Procesal a nivel mundial.
- b** Asimismo, en dichas normas constitucionales se consagró que, 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, sin embargo, en la actual Ley Penal Militar, normada por el D. Leg. No.1094, no está descrito aún correctamente, el tipo rector del Delito de Función conforme a la Dogmática del Derecho Penal, esto es, describiendo los elementos objetivos y subjetivos del mismo, sin embargo, el tipo descrito sólo menciona lo siguiente:”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.
- Esta descripción del tipo penal rector del Delito de Función, omite mencionar los demás elementos sustanciales de todo delito, como son: la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, la punibilidad é imputabilidad, para describir de manera completa y correcta el delito de función así como, ha omitido mencionar el elemento subjetivo (dolo ó culpa), necesarios para que se

configure la figura rectora del Delito de Función.

- c** La Ley Penal Militar vigente, contiene en su texto normativo figuras delictivas que son de naturaleza común como: Exceso en el Ejercicio del Mando (Abuso de Aurtoridad), Apropiación Ilegítima de Material Destinado al Servicio (Robo), Hurto de Material Destinado al Servicio (Hurto), Falsificación o Adulteración de Documentación Militar Policial (Falsificación de Documentos) y Otras, en número de 29, y algunas de ellas fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expte.No.012-2006-PI/STC , Proceso de Inconstitucionalidad contra diversos artículos del D.Leg.No.961, anterior Código de Justicia Militar Policial, a mérito de la Demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima, teniendo la calidad de Cosa Juzgada, no debiendo ser nuevamente consideradas por el legislador del Poder Ejecutivo, al emitir el D.Leg. N.1094 del Nuevo Código Militar Policial, el cual ha argumentado que, esta nueva norma, constituye una sustancial mejora respecto al D.Leg.No.961, declarado inconstitucional, toda vez que, adecúa el marco normativo penal militar policial a los nuevos criterios que ha establecido el Tribunal Constitucional, guardando concordancia con la normativa, criterios y jurisprudencia establecidos al respecto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, no obstante, a la fecha de elaboración de la presente Tesis se ha vuelto a resolver otra demanda de inconstitucionalidad contra 29 artículos del D. Leg.No.1094, por el Tribunal Constitucional, Demanda que esta vez ha sido presentada por un grupo de ciudadanos entre ellos instituciones civiles y ONGs; quienes han cuestionado la Ley Penal Militar, logrando de declare fundada en parte, dicha demanda de inconstitucionalidad, con la exclusión de 16 figuras del delito de función que estuvieron contempladas en dicha norma legal lo cual ratifica nuestra Tesis de que es necesaria y urgente su inmediata adecuación a nuestra Ley de Leyes.
- d** Con el transcurso del tiempo el Código de Justicia Militar Peruano, actualmente llamado Código

Penal Militar Policial, se ha convertido en un cuerpo normativo sin el debido sustento doctrinario ni científico que esté acorde con el avance de la Ciencia del Derecho Penal, que es su esencia como Derecho Penal General, por ser el Derecho Penal Militar, una especialidad del mismo, tal como lo expresa el distinguido maestro y jurista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, no significa que sea una rama completamente autónoma del mismo, prueba de ello, el actual Código Penal Militar Policial, el D.Leg. No.1094, ha adoptado, el mismo modelo del sistema acusatorio adversarial, contemplado en el Código Procesal Penal, D.Leg.No.957 del año 2004, el cual viene implementándose de manera progresiva en nuestro país y que ahora regula la parte procesal de este Código Penal Militar Policial, sin embargo, en la parte sustantiva o general del mismo, no se ha adecuado, doctrinaria, ni científicamente, la Teoría del Delito de Función, la cual debería estar plasmada en este Código, siguiendo las pautas de la Teoría del Delito, esbozada magistralmente por el maestro Zaffaroni en su muy conocido; Manual de Derecho Penal ⁶⁸

⁶⁸ Zaffaroni Eugenio, Raúl, "Manual de Derecho Penal", Parte General, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1994, página 313 y sgtes.

E ESTUDIO Y ANÁLISIS DE CAMPO :

- a Del estudio y análisis de los Casos más emblemáticos que han originado Contienda de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar, resueltas por la Sala Penal de la Corte Suprema ó Tribunal Constitucional y llegando incluso a instancias supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede apreciar que, en muchos de los casos ha sido por la comisión de delitos comunes y no propiamente de la función militar o policial, ejm. (Homicidios, Terrorismo, Traición a la Patria, Lesiones, Lesa Humanidad, Falsedad, etc), se ha generado por el evidente vacío normativo en la Ley Penal y Procesal Penal Militar, la cual no fue desarrollada por el Poder Legislativo, ni por el Poder Ejecutivo, desde que en el año 1979, se estableciera en nuestro ordenamiento jurídico la figura del delito de función, en la Constitución Política de ese año y se repitiera en la actual de 1993, que señala en su Art.173º : “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”
- Este vacío normativo del Código de Justicia Militar que no definió al Delito de Función, como figura rectora del mismo, permitió la manipulación de sus normas por el Gobernante de turno, como se dió en la época del gobierno del Ingeniero, hoy condenado, Alberto Fujimori Fujimori, quien gobernó al Perú desde el año 1990 hasta el año 2000, hasta que, recién en el año 2006 (11 de Enero) se publicara en el diario Oficial El Peruano, el Código de Justicia Militar Policial, el D.Leg.No.961, en su Título II, **DEL HECHO PUNIBLE DE FUNCIÓN**, en el Art.9º, lo que era la **Infracción Militar Policial**; cuando expresaba:
- 1 Son delitos de función militar policial las acciones u omisiones dolosas o culposas sancionadas por este Código.

- 2 Este Código siempre describe los delitos de función dolosos. Los delitos de función culposos deben estar expresamente señalados en la Ley.
- 3 Los delitos de función son de competencia de los jueces militares policiales, mientras las faltas de función serán sancionadas disciplinariamente.
- 4 En ningún caso podrán ser juzgados por la justicia militar los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, discriminación, en los términos definidos en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Perú.

Asimismo, en el Art.III de su Título Preliminar, sobre el Principio de Legalidad, señalaba que:

- 1 Ningún militar o policía podrá ser juzgado o sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito de función militar o policial por la Ley Penal vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella, con excepción de los delitos comunes, así como los crímenes de lesa humanidad, los cuales se rigen por el Código Penal y leyes penales comunes.
- b** Luego, en el 2010 al darse el Código Penal Militar Policial con el D.Leg.No.1094, se ha definido en su Art.II de su Título Preliminar al Delito de Función, como:”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”. En esta definición no se ha descrito a este Delito, conforme a la Teoría del Delito del Derecho Penal, que describe a todo delito con sus elementos consitutivos, objetivos y subjetivos, entre los objetivos, la conducta, la tipicidad, la culpabilidad, la antijuricidad, la

punibilidad, entre los sub-objetivos, el dolo y la culpa, se ha señalado otros elementos objetivos como: sujeto, situación de actividad del sujeto, bien jurídico tutelado y la ocasionalidad del servicio, pero no de manera completa ni precisa como debe ser tipificada una figura delictiva tan importante como el delito de función. Tampoco señala que, en el caso que se cometa este delito por el militar o policía, delito de naturaleza común, este será de competencia del Fuero Común, de manera expresa, inequívoca y categórica, que separe la conducta ilícita cometida por el militar o policía, con la comisión de delitos comunes, los cuales de cometerlos en el ejercicio de la función militar o policial, estos deben ser investigados y juzgados por el Fuero Común o Jurisdicción Ordinaria; lo cual crea indefinición y ambigüedad en la norma.

c A causa de estos vacíos y ambigüedades en la Ley Penal Militar, los gobernantes de turno, manipularon el ordenamiento legal vigente, en diferentes maneras: en el caso de la masacre de Lurigancho, al declararse ex post facto la zona de este penal como zona militar, en el caso de la matanza de la Cantuta, al expedirse también ex post facto una Ley que obligaba una mayoría simple en la dirimencia de las contiendas de competencia, desviándose en ambos casos el juzgamiento de estos delitos de la jurisdicción penal común hacia la llamada jurisdicción penal militar. En el caso de la matanza de Barrios Altos, al expedirse una Ley de Amnistía permitió que la Justicia Militar aplicara esta Ley a favor de personal militar imputado y éstos burlaron el ejercicio de la jurisdicción ordinaria común.

d De las entrevistas efectuadas a los propios Magistrados del Fuero Militar Policial, a Abogados Especialistas en Derecho Penal, Constitucional y Procesal Penal, se obtuvo como resultado que en su mayoría, consideran que, el Delito de Función no está correctamente definido en el Código Penal Militar Policial, entendiéndose que esta definición debe hacerse conforme a la

Teoría del Delito del Derecho Penal, consideran que hay falta de claridad o ambigüedad en las reglas procesales sobre extensión de la Justicia Penal Militar Policial, tienen conocimiento que, en el Código Penal Militar Policial, existen delitos de naturaleza común que generan innecesarias contiendas de competencia entre el Fuero Común y Militar, puesto que, de existir claridad y precisión en la correcta definición del Delito de Función en la Ley Penal Militar y mayor precisión respecto a su delimitación con los delitos de naturaleza común que son de competencia del Fuero Común, de manera expresa e inequívoca en la Ley Penal Militar, quedará desterrada toda posible manipulación del poder político para beneficiar a militares que cometan delitos comunes y que aprovechando sus influencias con el gobernante de turno, consigan ser juzgados en el Fuero Militar Policial, quedando descartada toda posibilidad de juzgamiento a civiles o personas ajenas a la función militar o policial.

5.2.CONCLUSIONES

Respecto al problema planteado, el cual ha sido abordado en sus aspectos, histórico, conceptual teórico-jurídico y estudio de campo, ha permitido al investigador arribar a las siguientes conclusiones :

1. A nivel histórico :

A partir de las postrimerías del Imperio Romano, aparecen los privilegios de los militares para juzgados en toda clase de asuntos por sus jefes o funcionarios castrenses; al margen de la justicia ordinaria. En la época feudal, se robustece el concepto de Fuero Militar y se debe a la aparición de los Auditores en el siglo XVI y a los Consejos de Guerra de guerra de Oficiales en el siglo XVIII, que hacen de éste un fuero de privilegio en razón de la persona, extendiendo su jurisdicción, a todas las causas que tengan que ver con el militar, su familia y allegados,

situación que permanece así hasta finales del siglo XIX, en que son abolidos estos privilegios a través de la Ley de Unidad de Fueros, estableciéndose que la Justicia Ordinaria, es la única competente para juzgar todo tipo de causas de los llamados “aforados de guerra”, salvo algunas excepciones.

El Derecho Incario concentró jurisdicción en el Inca y fue ejercido a través de funcionarios exclusivos, no hubo delitos militares especiales, pero sí fueron especiales, para las clases privilegiadas entre las que se encontraban la de los militares.

En los primeros años de la República, en materia de organización y justicia militar, rigieron las Ordenanzas y Leyes Españolas, hasta 1898, en que se da el primer Código de Justicia Militar, el mismo que otorga una amplísima cobertura jurisdiccional aún sobre civiles. Se le consideró atentatorio a las garantías individuales, y por ello desde su nacimiento hubieron esfuerzos legislativos para reducir los límites de la jurisdicción militar, lo que se logró con la Ley 2442 y las Constituciones de 1920 y 1927, esfuerzos anulados por las constantes aventuras castrenses – políticas de quienes nos han gobernado y han usado, la legislación militar, para combatir al enemigo político – civil.

2. A nivel social :

Se viene presentando como fenómeno cada vez más actual, el hecho de que el llamado Fuero Militar, se ha convertido en un lugar de refugio para que malos elementos militares que cometen crímenes atroces, de gran impacto social, cuya autoría intelectual no les pertenece, buscan juzgamiento en éste Fuero, amparándose en los llamados Delitos de Función, en donde encuentran una suerte de impunidad, como se tiene de los Casos que se han narrado anteriormente.

El ordenamiento legal del país, ha previsto en la Constitución, como en los ordenamientos sustantivos del Código Penal y del Código de Justicia Militar, que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un hecho que no esté expresamente calificado en la Ley como delito, prohibiéndose en el Código Penal el uso de la analogía para subsumir en tipos penales conductas que no encuadren o no estén expresamente consideradas en la Ley como delito, por ello, queda evidenciado, a nivel teórico que, las conductas atípicas de militares y policías no pueden ser subsumidas como delitos de función.

De lo expuesto, resulta evidente que todo acto fuera de ésta contexto conceptual y legal, no corresponde a la función militar ó policial y, constituye un ilícito penal común, no pudiendo calificarse cualquier acto del funcionario militar o policial como acto de servicio, si éste no tiene vinculación interna con la naturaleza y alcances de la función castrense, ni con la finalidad que la Ley le ha señalado a la Institución.

3 A nivel político :

El poder político, siempre ha pretendido que,un delito común,por el sólo hecho de ser cometido por militares o cometido dentro de sus cuarteles o en acto de servicio, tenga o no vinculación con la función institucional, es un delito militar pasible de ser juzgado en la Jurisdicción Militar, lo cual, como se ha comprobado en esta investigación; es un error.

4 El Deber de Función Militar o Policial, al que nos referimos, vendría a ser en términos militares el servicio o acto de servicio al que está obligado el funcionario militar o policial, por órdenes generales ó específicas, legalmente dictadas, que se ajusten a un fin asignado por la Constitución Política del Perú; a la respectiva institución militar o policial. Sí fuere distinto a la infracción de deberes militares o policiales de función, debe juzgarse como infracción de deberes genéricos de los funcionarios públicos, preceptuados en el Código Penal, Título XVIII, Delitos Contra La

Administración Pública que tipifica los delitos cometidos por funcionarios públicos.

- 5 Es necesario que, en el Código de Justicia Militar, de manera explícita se señale la definición clara y precisa de lo que es el Delito de Función, a la luz de la dogmática jurídico penal actual, que considere en su definición, todos los elementos constitutivos del delito, bien jurídico tutelado, la delimitación de este delito con respecto al delito de naturaleza común, siendo el delito de función de exclusiva competencia del Fuero Militar.
- 6 Existen errores de forma y de fondo, en la formulación de la Ley Penal y Procesal Penal Militar vigente, actualmente regulada por el D.Leg. No.1094, que hace que no esté adecuada a la Constitución Política del Perú de 1993, **en la forma**, la denominación de Código Penal Militar Policial no concuerda con la denominación establecida en el Art.173° de nuestra Carta Magna, la cual señala que: “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...**”, así como, la denominación Fuero Militar Policial, tampoco tiene asidero Constitucional, puesto que es tácito que, al referirse que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, se sobreentiende que se está refiriendo al Fuero Militar y no que este se refiera al Fuero Militar Policial, que ha sido una nueva denominación que ha creado el legislador del Poder Ejecutivo, al emitir el D.Leg.No. 1094, del Código Penal Militar Policial, sin considerar la prevalencia que tiene nuestra norma fundamental sobre toda norma legal de inferior jerarquía, conforme al Art.51° de nuestra Ley de Leyes, debiendo ser las denominaciones correctas de acuerdo a nuestra Constitución, las de **Código de Justicia Militar** y el de **Fuero Militar**.

En lo que se refiere **al fondo**, de la Ley Penal y Procesal Penal Militar, existe vacío legal en la tipificación del delito de función, esto es, es necesaria una correcta definición del delito de función, conforme a la **Teoría del Delito**, que describa el tipo penal rector del delito de función, considere todos los elementos constitutivos del delito, objetivos y subjetivos, que son necesarios para definir cualquier delito conforme a la dogmática jurídico-penal, más bien, tanto el Código Penal Militar Policial, el D.Leg. No.1094, como la Ley de Organización y Funcionamiento del Fuero Militar Policial, la Ley No. 29182, que definen de manera diferente en una y otra norma legal, al delito de función, creando ambigüedad y falta de claridad en la aplicación de las reglas procesales sobre la competencia de la Justicia Militar, posibilitando a su vez la manipulación del orden jurídico por parte del poder político para lograr un desvío de jurisdicción, de la Justicia Ordinaria a la Justicia Militar, en el juzgamiento de diversos delitos comunes que fueron cometidos por militares y/o policías; en casos de su especial interés.

- 7 Se ha llegado a determinar que son tres factores que han influido en la tipificación de los delitos cometidos por el personal militar-policial y en la determinación del Fuero Competente para juzgar estos delitos, estos factores son de **tipo político, educativo é institucional**, lo cual revela la falta de interés de los gobernantes de turno y del Estado, que no se han preocupado por dar solución efectiva a este problema, ocasionando que, en muchos de los Casos que se han analizado, el Estado Peruano, haya sido denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos (CIDH), por presuntas violaciones a los Derechos Humanos y luego estas denuncias se hayan derivado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, ocasionando el descrédito a nivel internacional del Perú, como país signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como, el pago de

- 8 Se ha llegado a determinar que, el Poder Ejecutivo al emitir el D.Leg.No.1094, del actual Código Penal Militar Policial, ha reiterado en considerar figuras delictivas que fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expte. No.012-2006-PI/TC, en la Demanda de Inconstitucionalidad contra el D.Leg.No.961, anterior Código de Justicia Militar Policial, presentada por el Colegio de Abogados de Lima, en número de 37 figuras delictivas, sin considerar que al quedar sin efecto estas figuras delictivas de nuestro ordenamiento jurídico, ha vulnerado el principio de la **“AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA”**, prescrita en el Código Procesal Constitucional, normado por la Ley No.28237, y que le otorga a la sentencia firme del Tribunal Constitucional, tal calidad, vinculando a todos los poderes públicos y produciendo efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación . Así mismo, conforme a la norma procesal constitucional, por la declaración de inconstitucionalidad de una norma, no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado, esto es, las figuras delictivas que fueron derogadas por el Tribunal Constitucional, del D.Leg.No.961, aludido, no pueden recobrar vigencia con otra norma legal, plasmada ahora en el D.Leg. No.1094, del vigente Código Penal Militar Policial, razón por la que, se ha planteado una nueva Demanda de Inconstitucionalidad contra dicho Código Penal Militar Policial, por un grupo de ciudadanos, instituciones civiles y ONGs, ante el Tribunal Constitucional, quienes han cuestionado su constitucionalidad, con el antecedente que en su marco normativo, hay figuras delictivas que fueron desterradas de nuestro ordenamiento jurídico y que nuevamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 08 de Julio del 2015, recaída en el Expte.No.00022-2011-PI/TC, ha declarado fundada en parte dicha demanda, declarando nuevamente la inconstitucionalidad de 16 delitos de función y reafirmando la constitucionalidad de 13 delitos de función, de un total

29 delitos de función, lo que demuestra una vez más, la falta de calidad en la técnica legislativa por parte del Poder Ejecutivo quien no consideró al formular dichas figuras delictivas, que podían volver a ser declaradas inconstitucionales, lo que deberá ser corregido por el el Poder Legislativo; emitiendo un nuevo Código de Justicia Militar.

5.3. RECOMENDACIONES :

El problema que ha sido materia de la presente Tesis, es sin duda un problema complejo, cuya solución no es simple, sin embargo, el investigador para efectos de aportar nuestra contribución académica para su solución, se permite hacer las siguientes recomendaciones que sirvan al legislador del Poder Legislativo, quien tiene la facultad y responsabilidad de dar las Leyes que tienen trascendencia y connotación nacional, sobre todo en un tema tan importante y sensible como es, la Administración de Justicia y particularmente; la Justicia Militar:

- 1** Debe derogarse totalmente, mediante una Ley del Congreso de la República, el D.Leg.No.1094 actual Código Penal Militar Policial, el mismo que, consideró en su texto normativo 29 figuras delictivas que fueron objeto de cuestionamiento por la comunidad jurídica nacional muchas de ellas fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expte. No.012-2006-PI/TC, en la Demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el anterior Código de Justicia Militar, el D. Leg. No. 961, lo cual representa más del 30% de estas figuras delictivas que son en total 74, actualmente han sido objeto de otra demanda de inconstitucionalidad presentada por instituciones civiles y ONGs, ante el Tribunal Constitucional, contra el indicado D.Leg.No.1094, logrando se declare nuevamente la inconstitucionalidad de 16 delitos de función y ratificado su constitucionalidad de 13 delitos de función, por lo que, se deberá evitar repetir en el nuevo Código Justicia Militar, los delitos de función que ya fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal

Constitucional con el fin de evitar el círculo vicioso de demandas y declaratorias de inconstitucionalidad que hacen que hasta la fecha la Ley Penal Militar, no esté adecuada a la Constitución Política del Perú de 1993 y con la denominación correcta del Art.173° de la misma; como **Código de Justicia Militar**. Además de ello, la nueva Ley Penal Militar, bajo la denominación correcta de Código de Justicia Militar, deberá considerar la modificatoria del Art. 185° del actual Código Penal Militar Policial, que prevé la Contienda de Competencia con el Fuero Común, **por requerimiento**; el cual tiene el siguiente texto :

Art.185° .- CONTIENDA DE COMPETENCIA CON EL FUERO COMÚN.

1. Cuando el Juez Militar toma conocimiento de que otro Juez del Fuero Común también conoce del mismo caso sin que le corresponda, de oficio o a petición de parte y en el término de dos días, solicitará la remisión del proceso. Además de la copia de la resolución, adjuntará copia de las piezas procesales en que se apoye;
2. Sí el **juez requerido** sostiene su competencia, formará el cuaderno respectivo y lo elevará, en el término de tres días, al Tribunal Supremo Militar por intermedio del Tribunal Superior Militar correspondiente;
3. El Tribunal Supremo Militar ,en el término de cinco días, remitirá el cuaderno respectivo a la Corte Suprema de Justicia de la República, con el informe que estime pertinente, para la resolución definitiva.

Para lo cual, deberá agregarse, **el inciso 4**, al Art. 185° , que prevea la Contienda de Competencia **por Inhibición** con el Fuero Común; con el siguiente texto :

- 4 Cuando el Juez, Tribunal Superior ó Tribunal Supremo Militar, tome conocimiento de que otro Juez ó Tribunal del Fuero Común, también conocen del mismo caso por delitos comunes que le

corresponden, de oficio o a petición de parte, bajo responsabilidad, remitirán los actuados a dichos órganos jurisdiccionales, en el plazo de un día hábil, sin perjuicio de conocer, investigar y juzgar los delitos de función militar; previstos en el Código de Justicia Militar.

- 2 El nuevo Código de Justicia Militar a emitirse deberá ser el resultado de un amplio debate y aporte de la Comunidad Jurídica Nacional, donde participen en su elaboración, representantes de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Colegio de Abogados, Facultades de Derecho de las Universidades (Especialistas en Derecho Penal), Ministerio de Defensa, del Interior, de Justicia, del Fuero Militar Policial, Poder Judicial, nombrándose una Comisión Especial por el Ministerio de Justicia, como órgano rector de la Justicia en el país y como sus integrantes, los representantes de los organismos antes indicados, los que presentarán en el plazo que se le fije a esta Comisión un Anteproyecto de Ley, el que deberá contener su Exposición de Motivos que fundamente histórica y doctrinariamente, el origen y la evolución en el Perú de la Justicia Militar y del Código de Justicia Militar, la necesidad y el efecto para la legislación nacional del Código de Justicia Militar y el análisis del costo-beneficio de la futura norma legal, en cuanto a su estructura; se dividirá en: Libros, Títulos, Capítulos, Secciones y Artículos.

3. En el Título II, luego de mencionar **DEL HECHO PUNIBLE DE FUNCIÓN**, y señalar en el artículo respectivo la **INFRACCION MILITAR O POLICIAL**, se hará la descripción de la figura genérica y rectora del Delito de Función; de la siguiente manera:

“El Delito de Función, es toda conducta, típica, antijurídica, culpable, punible, imputable, por acción u omisión, dolosa o culposa, que realiza un militar o policía, en situación de actividad y en acto de servicio, que atenta contra bienes jurídicos estrictamente vinculados con las funciones constitucionales y legales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú”.

4 Esta descripción del tipo genérico y rector, del Delito de Función, no sólo se cumple con lo prescrito en el Art.173° de nuestra Constitución Política de 1993, la que señala: “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”, esto es, se cumple con la descripción propuesta por el investigador de lo que debería ser el tipo genérico y rector del Delito de Función, en el Nuevo Código de Justicia Militar, acorde con la dogmática del Derecho Penal, donde se describen los elementos objetivos y subjetivos del delito, los sujetos activo y pasivo, en el caso del sujeto activo (militar ó policía) y en el caso del sujeto pasivo (las Fuerzas Armadas ó Policía Nacional del Perú), que se encuentren en situación de actividad y en acto de servicio, de lo cual se deduce que, no será de aplicación la Ley Penal Militar al personal militar o policial en situación de retiro, ni será delito de función, aquella conducta que no tenga relación ó vinculación estricta con el servicio que realiza el militar ó policía en cumplimiento de sus funciones, siendo recomendable que, se indique en su Título Preliminar una norma que señale la : PROHIBICIÓN DE SU APLICACIÓN A PERSONAL MILITAR Ó POLICIAL EN SITUACIÓN DE RETIRO, A CIVILES Y EN LA COMISIÓN DE DELITOS COMUNES LOS QUE SERÁN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA, con lo cual quedará debidamente delimitada la Jurisdicción y Competencia del Fuero Militar, por razón de la materia, conforme a Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, que definen al delito de función desde el criterio material o de la naturaleza del delito, vinculándolo a la afectación de bienes jurídicos institucionales, relacionados con la actuación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales de garantizar la independencia, soberanía e

integridad de la Nación, así como garantizar el orden interno, respectivamente. De este modo ambos tribunales rechazan los criterios de mera formalidad, de fuero personal, de ocasionalidad, de causalidad, del lugar de comisión del delito, centrándose en el bien jurídico protegido, el mismo que, necesariamente debe tener naturaleza institucional, cuya titularidad debe recaer en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (Caso Durand y Ugarte en la C.I.D.H. y los Casos Villalba Zapata, Huamaní Tipismana por el Tribunal Constitucional del Perú).

- 5 Esta definición del Delito de Función desde el criterio material o de la naturaleza del delito, que debe tomarse como base para la formulación de la figura rectora y genérica del delito de función, tiene el respaldo de juristas connotados del Derecho Penal y Procesal Penal de nuestro país como son: el Dr.César San Martín Castro, Juez Supremo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, como se ha mencionado anteriormente, del Dr.Felipe Villavicencio Terreros, Abogado Penalista y Profesor Universitario de Derecho Penal, del Dr. César Landa Arroyo, ex – Magistrado del Tribunal Constitucional y actual Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, lo que le dá sustento jurídico a este criterio material, de la misma forma, los demás delitos de función ó figuras específicas, deberán estar directamente relacionadas con las funciones que realizan las Fuerzas Armadas ó la Policía Nacional, expresándose en la nueva Ley Penal Militar, el bien jurídico tutelado objeto de protección por la norma penal, relacionado a las funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, así como, señalar si estos bienes jurídicos que se tutelan son comunes a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, puesto que, en el actual Código Penal Militar dá la impresión que son bienes jurídicos comunes a ambas Fuerzas (Ejm: Rebelión, Sedición, Infidencia, Desobediencia, Deserción, etc).

- 6 Es recomendable que la Comisión que se encargue de formular el Nuevo Código de Justicia Militar adecuado a la Constitución Política de 1993, considere la viabilidad o no de incorporar nuevas figuras delictivas, que cautelen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que como Política Criminal del Estado, combata el flajelo de la corrupción al interior de estas instituciones, por ser un problema de carácter nacional, dejando aquellas figuras delictivas tipificadas en el Código Penal Común, como delitos Contra La Administración Pública : Abuso de Autoridad, Peculado, Concusión, Omisión de Actos Funcionales, Malversación de Fondos, etc. para conocimiento, investigación y juzgamiento del Fuero Común, de los cuales también pueden ser pasibles de sanción los funcionarios públicos militares ó policiales, de conformidad con el Art.425° del Código Penal Común, D.Leg.No.635. y excluya del texto normativo de la nueva norma legal, las 23 figuras delictivas que ya fueron expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional, conforme a la Sentencia de dicho Tribunal, recaída en el Expte.No.012-2006-PI/TC, en la Demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima, contra varios artículos del D.Leg.No.961, anterior Código de Justicia Militar, para que con ello quede debidamente delimitada la competencia del Fuero Militar, respecto a la competencia del Fuero Común y así evitar innecesarias Contiendas de Competencia entre ambos Fueros; lo cual ha sido el objeto de la presente Tesis.
7. Debe considerarse en la nueva Ley que regule el nuevo Código de Justicia Militar, un artículo que obligue al Ministerio de Defensa y del Interior, a difundir a los Institutos Armados y a la Policía Nacional, a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, los preceptos establecidos en la misma, a todo su personal militar y policial, por cuanto, como se ha podido comprobar en esta investigación, no se ha dado cabal cumplimiento a lo prescrito en la primera disposición

complementaria del Código Penal Militar Policial, vigente, normado por el D.Leg.No.1094, que obligaba a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, a difundir sus preceptos a todo su personal militar, en sus diversos niveles de formación, capacitación y especialización militar policial, por lo que, será recomendable que, en la nueva Ley del Código de Justicia Militar, se obligue bajo responsabilidad de los Directores de Educación y Doctrina de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, a considerar en la malla curricular de las Escuelas de Formación, Capacitación y Especialización del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, el Curso de Derecho Penal Militar, en sus niveles Básico, Intermedio y Avanzado, a fin de generar conciencia de la importancia que tiene este Curso en la formación y actualización profesional del militar o policía, así como, medida de prevención que evite la comisión de los delitos de función al interior de los Institutos Armados y de la Policía Nacional, a fin de preservar el orden, la moralidad y la disciplina, valores esenciales en dichas instituciones tutelares, así como difundir el nuevo procedimiento acusatorio adversarial, que viene adoptando la Parte Procesal, desde el año 2010, en el llamado Código Penal Militar Policial, similar al Proceso Penal Común, regulado en el D. Leg. No.957, cuyas instituciones procesales son nuevas y en donde tiene predominancia la litigación oral. Asimismo, es recomendable que, se señale la obligación que tienen las Facultades de Derecho de las Universidades del país, de considerar en sus planes curriculares, de manera obligatoria, el Curso de Derecho Penal Militar, a fin de especializar a los futuros Abogados en esta materia a nivel de Pre – Grado y a nivel de Post – Grado, la Maestría en Derecho Penal Militar, a fin de formar docentes é investigadores en el Derecho Penal Militar, por cuanto, en la presente investigación, se ha comprobado la poca importancia que ha tenido y tiene aún, el desarrollo del Derecho Penal Militar, en nuestro país, que se ha comprobado en esta investigación

por la escasa y casi nula producción bibliográfica en Derecho Penal Militar, lo cual no sólo es de incumbencia de la comunidad militar ó policial, sino de toda la comunidad jurídica en general, en la que también están inmersas las universidades (Facultades de Derecho),a fin de que se formen especialistas en la materia del Derecho Penal Militar, mediante cursos de Diplomados y Maestrías en el Derecho Penal Militar, para que se formen docentes e investigadores que aporten con sus investigaciones y producción bibliográfica para el constante y permanente desarrollo del Derecho Penal Militar; en el país.

- 8 Es imprescindible, hacer reflexionar a quienes acceden al poder político como gobernantes, tomen conciencia del respeto de la autonomía del Poder Judicial y del ejercicio exclusivo de la jurisdicción, siendo la jurisdicción militar, de carácter excepcional y restrictiva para delitos de función, donde no cabe extender los límites de su jurisdicción fuera del marco constitucional y legal, donde sólo caen dentro de su ámbito, el juzgamiento de militares y policías en el ejercicio de las funciones militares ó policiales, en el Fuero Militar correspondiente y todo aquello que no esté enmarcado como delito de función en la Constitución, en la Ley Penal Militar y en las Leyes de Organización y Funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, no será considerado delito de función, sino como delito común y de exclusiva competencia del Fuero Común, en aplicación al principio de legalidad, como única fuente del Derecho Penal Militar, que en latín se expresa como: **“NULLUM CRIMEN SINE PREVIA LEGE”**.
- 9 Finalmente, con el fin de que se corrija la omisión del Poder Ejecutivo de no haber fundamentado como corresponde el agregado del término “Policial”, al D.Leg.No.1094, que ha denominado “Código Penal Militar Policial”, a la Ley Penal Militar Policial, deberá seguirse el procedimiento legal de Reforma de la Constitución, previsto en el Art.206° de nuestra Ley de Leyes, puesto que,

no es el hecho de agregar términos por agregar a los que están señalados en nuestra Constitución sino el de respetar los procedimientos legales establecidos en la misma, para el caso del término policial se justifica, por el principio de primacía de la realidad que se aplica para el Derecho Penal Militar Policial, por cuanto, es un hecho real y cierto que, existen en nuestro ordenamiento Jurídico, Leyes que son comunes a los militares y policías, como las que regulan sus pensiones (D.L.No.19846), su ingresos y remuneraciones (D.Leg.No.1132), las penas a los delitos de función militar policial (D.Leg.No.1094), etc, por consiguiente, lo que falta es el agregar el término “**Policial**”, al Art.173° de nuestra Constitución Política de 1993, cuando expresa :

“ 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....”.

Hecha la fundamentación del porqué del agregado del término “**Policial**”, al Art.173° aludido, se deberá expresar de la siguiente manera :

“En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, están sometidos al Fuero Militar **Policial** y al Código de Justicia Militar **Policial**.....”

Con lo cual quedará definitivamente solucionado el agregado del término policial al Art.173° materia de observación en la Tesis y se habrá adecuado la misma al procedimiento legal establecido por la propia Constitución Política del Perú de 1993 que todo Poder del Estado tiene obligación de observar para cualquier reforma ó modificación que se haga de lo que está señalado textualmente; en nuestra Ley Fundamental del Estado.

5.4. BIBLIOGRAFÍA :

- 1 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 : La Reforma del Derecho Penal Militar Anuario de Derecho Penal 2001-2002.
- 2 ALZAMORA VALDEZ, Mario, “Derecho Procesal Civil – Teoría General del Proceso”, Dirección de Publicaciones de la UNMSM, Lima; 1981.
- 3 ARAUJO CALDERÓN, Roger, Gral. de Brig. EP. Revista “El Jurista”, Centros de Altos Estudios de la Justicia Militar”; Noviembre del 2013.
- 4 BERRIO B.V. “Nuevo Código Penal Militar Policial”, Editorial Berrio, Lima; 2011.
- 5 BIDART CAMPOS, Germán J. “Los Tribunales Militares y la Constitución”, 1985; Editorial Ediar.
- 6 BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel, “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Eddili, Lima; 2002.
- 7 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual”; Tomo I.
- 8 CABANELLAS DE TORRES, Diccionario Militar, Tomo II, Bibliográfica, Omeba, Buenos Aires; 1963.
- 9 CAPELLA RIERA, Jorge, Ponencia presentada en el Seminario Taller “Constitución de una Cultura de Paz”, Trujillo; 1987.
- 10 CARAVANTES, “Tratado Histórico Filosófico de Procedimientos Judiciales en materia Civil” pág.771, España; 1990.
- 11 CARRARA, Francisco, “Programa de Derecho Criminal”, Parte Especial, Vol.V, Editorial Temis, Bogotá, 1961; pág.52.

- 12 CARRUITERO LECCA, Francisco, "Derecho Penal y Procesal Penal Militar", Lima; 2005.
- 13 CASADO BURBANO, Pablo, "Iniciación al Derecho Constitucional Militar", Madrid; 1986.
- 14 CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE CHILE.
- 15 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Ley No.9024 del 16 de Enero de 1940.
- 16 CÓDIGO PROCESAL PENAL, D.LEG.No.957 del 22 de Julio del 2004.
- 17 COMANDO CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS, "Manual de Derechos Humanos- Principios, Normas y Procedimientos", Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Lima, 2001.
- 18 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Reglamento del Congreso; Lima-Perú.
- 19 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, en el año 2007, el 25% del número legal de Congresistas interpuso Demanda de Inconstitucionalidad contra el D.Leg.No.1097, la cual fué declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional dejando vigentes los artículos mencionados líneas arriba.
- 20 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS MEXICANOS DE QUERÉTARO; del 31 de Enero de 1917.
- 21 CONSTITUCIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA DE 1978.
- 22 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS del 22 de Noviembre de 1969.
- 23 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Castillo Petruzzi y Otros; Sentencia del 30 de Mayo de 1999.
- 24 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Fallos, 54, 101, 149 179, 359, 365.
- 25 CHANAMÉ ORBE, Raúl, "Constitución Política del Perú de 1993", Edit. Abogados; Lima 2012.
- 26 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, ¿ Quién Juzga qué ?, Justicia Militar vs. Justicia Ordinaria,

Informe Defensorial No.66 de la Defensoría del Pueblo, Lima-Perú; 2003.

- 27 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, en el 2003, interpuso Demanda de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley No.24150, Expte. No.017-2003-AI, declarada fundada en parte, dejando subsistente esta norma como en el Art. 10° que se indica y modificó otros de sus artículos.
- 28 DIARIO OFICIAL “EL PERUANO”, Normas Legales Separata Especial del “Código de Justicia Militar Policial D.Leg.No.961”, Editora Perú; 2006.
- 29 DONAYRE MONTESINOS, Christian, “La Reforma de la Justicia Militar – Estudios Críticos de la Experiencia Peruana y Comparada”, Jurista Editores, Lima; 2004.
- 30 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XXI, Edit.Bibliográfica Argentina, Argentina Edición; 1966.
- 31 FUERO MILITAR POLICIAL, “Revista el Jurista del Fuero Militar Policial”, Publicación del Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar, Lima; Julio – Diciembre del 2012.
- 32 FUERO MILITAR POLICIAL, “Revista El Jurista del Fuero Militar Policial”, Publicación del Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar, Lima; Noviembre del 2013.
- 33 FUERO MILITAR POLICIAL, Exposición de Motivos del C.P.M.P., D. Leg. No.1094, Biblioteca Jurídica del FMP; Junio del 2011.
- 34 EJECUTORIA SUPREMA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, del 23 de Noviembre del 2004; referente al Caso Pomatanta Ambarrán.
- 35 EJECUTORIA SUPREMA DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 1994, Expte. No.25-93, citada por San Martín Castro, César, Derecho Procesal Penal; Lima.

36 EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE OCTUBRE DE 1989, Expte.No.06-99, donde la

Corte Suprema aplicó el criterio material o de naturaleza del delito, para resolver una
Contienda de Competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar.

37 GARCIA RADA, Domingo, “Manual de Derecho Procesal Penal”, 3ª Edición, pág.29: 1990.

38 GONZALES OJEDA, Magdiel; “La Excepcionalidad en la Constitución”.

39 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “Constitución Política del Perú y Normas Básicas sobre
Procesos Constitucionales”, Gaceta Jurídica, Lima; 2008.

40 HURTADO POZO, José, “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Dirección de
Publicaciones, UNMSM, Lima; 1978.

41 HURTADO POZO, José “La Reforma del Derecho Penal Militar”, Fondo Editorial PUCP,
Lima; 2002.

42 IBAÑEZ CARRANZA, Luz Del Carmen, “Delito de Función de Militares y Policías,
Atipicidad y Efectos”, Lima; 2003.

43 IBEROAMERICA, Ediciones Legales E.I.R.L., “Código Procesal Penal”, Lima,2004.

44 J. ANTON ONECA y L. JIMÉNEZ DE ASÚA : “Derecho Penal”, Vol.II, Madrid, 1930.

45 J.LEANDRO MARTÍNEZ CARDOS RUÍZ : “Comentarios a la Disposición Derogatoria”,
en “Comentarios al Código Penal Militar”, Madrid; 1988.

46 LÓPEZ - REY Y ARROJO, Manuel, “Qué es el Delito”, Editorial Atlántida, Buenos Aires,
pág.153; 2005.

47 MANZINI Vincenzo, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II, Ediar Editores, Bs.Aires, págs.21 y
30; 1961.

48 MESA ANGOSTO, Carlos Enrique, Contralmirante AP del CJ (r), ex – Presidente del

- Tribunal Supremo Militar Policial, Revista del Fuero Militar Policial, “Actualidad de la Justicia Militar Policial en el Perú”, Oficina de Relaciones Públicas é Imagen Institucional” 2012.
- 49 MINISTERIO DE GUERRA, “Diccionario de Términos Militares”, Ministerio de Guerra, Lima; 1980.
- 50 MIROQUEZADA RADA, Francisco, “Introducción a la Ciencia Política”, pág.205, Lima; 2010.
- 51 MIXAN MASS, Florencio, “Derecho Procesal Penal”, Ediciones Jurídicas, Lima; 1988.
- 52 MORENO CASADO, J. “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, Anuario de Historia de Derecho Español, Tomo XXI; 1961.
- 53 ORE GUARDIA, Arsenio, “Estudios de Derecho Procesal Penal”, Editorial Alternativas, Lima; 1993.
- 54 OSORIO Y GALLARDO, Angel, “Bases para la Reorganización Judicial”, Madrid; 1929.
- 55 PEÑA CABRERA, Raúl, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, Grijley, pág.278, 1990.
- 56 PINTO FERREIRA, Luis, “La Jurisdicción Militar y la Constitución de la República Federativa del Brasil “, Universidad Federal de Pernambuco, Brasil; 1988.
- 57 SALA PENAL PERMANENTE de la Corte Suprema de Justicia de la República, Competencia No.018 – 2004, promovida por la Vocalía de Instrucción del CSJM contra el 2º Juzgado Penal de Coronel Portillo; dirimió a favor de este Juzgado.
- 58 SALINAS ZAVALA, Martha Gloria, “Los Instrumentos Procesales de Tutela de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano”, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima; 2005.
- 59 SAN MARTÍN CASTRO, César, “La Reforma de la Justicia Militar en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el contenido material del Delito de Función”, Anuario de Derecho Penal del Tribunal Constitucional, Lima; 2008.

- 60 SAN MARTÍN CASTRO, César, “Derecho Procesal Penal”, Vol. I, Grijley, pág.103; 2010.
- 61 SANTA CRUZ TEIGEIRO, José, “Derecho Romano Clásico”, Casa Editorial Barcelona, 1960; pág.13.
- 62 SENTENCIA del TC, Caso de Marcelino Tineo Silva recaída en el Expediente No. 010-2002-AI/TC, donde el Tribunal Constitucional ha reinterpretado el primer párrafo del Art. 173° de la Constitución Política del Perú de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Casos Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides).
- 63 SENTENCIA del TC, recaída en el Expediente No.012-2006- PI / TC en la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra diversos artículos del D.Leg.No.961 del anterior; Código de Justicia Militar Policial.
- 64 SENTENCIA del TC, recaída en el Expediente No.00002-2008-AI/TC, fundamento 86.
- 65 SENTENCIA del TC, recaída en el Expediente No.0001-2009-PI/TC, en la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima, contra varios artículos de la Ley No.29182 , declarándola fundada, respecto al último párrafo del Art.4°, de la Ley indicada, conforme a los fundamentos indicados 5 y 6 de la misma, la cual se refiere al nombramiento de Vocales y Jueces del Fuero Militar Policial.
- 66 SENTENCIA del TC, recaída en el Expediente No.00022-2011-PI/TC, en la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por 6430 ciudadanos contra diversos artículos del D.Leg.No 1094, C.P.M.P., y Otros, la declaró fundada en parte y Otros.
- 67 TAMBINI DEL VALLE, Moisés, “Las Constituciones del Perú, La Constitución de 1979”, Lima; 1981.

68 TRIBUNAL SUPREMO MILITAR POLICIAL, “Exposición de Motivos del C.P.M.P. -

D.LEG.No.1094 del 31 de Agosto del 2010, Biblioteca Jurídica del F.M.P., Lima; 2016.

69 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “El Delito de Función”, Gaceta del Tribunal Constitucional”, No.2, Lima; 2006.

70 V. CORWIN EDWARDS, “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Ed. Fraternal, traducido por Aníbal Leal, Buenos Aires; 1987.

71 ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Ediciones Jurídicas Lima-Perú; 1994.

72 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y CABALLERO, Ricardo Juan, “Derecho Penal Militar”, Lineamientos de la Parte General, Ediciones Jurídicas Ariel, Bs.Aires, pág; 2010.

5.5. ANEXO (FUENTES DE INFORMACIÓN DE LOS CASOS EMBLEMÁTICOS)

-CASO “ARIZA MENDOZA” (Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que resolvió la Contienda de Competencia, Contienda No.37-2009; del 08 de Febrero del 2010).

-CASO “BARRIOS ALTOS” (Delitos de Función en Militares y Policías – Atipicidad y Efectos, obra de la Dra. Luz Del Carmen Ibañez Carranza, páginas 190 a 199, Abril del 2003, Lima, se encuentra en la Biblioteca del Fuero Militar Policial en la ciudad de Lima).

-CASO “CANTUTA” (Delitos de Función en Militares y Policías – Atipicidad y Efectos de la obra de la Dra. Luz Del Carmen Ibañez Carranza, páginas 181 a 189, Abril del 2003; Lima y de Wikipedia, La Enciclopedia Libre del 12 de Marzo del 2013).

-CASO “CESTI HURTADO” (Informe Defensorial No. 66, ¿ Quién Juzga qué ?, Justicia

Militar vs. Justicia Ordinaria de la Defensoría del Pueblo, páginas 62 a 63, Lima, 2003).

-CASO “CHAVÍN DE HUÁNTAR” (Informe Defensorial No. 66 ¿ Quién Juzga qué ?
Justicia Militar vs. Justicia Ordinaria de la Defensoría del Pueblo, Contienda de
Competencia; páginas 75 a 79, Abril del 2003; Lima).

-CASO “LEONOR LA ROSA”(Informe Defensorial No.66, ¿Quién Juzga qué ?, Justicia
Militar vs. Ordinaria de la Defensoría del Pueblo, páginas 80 a 83, Abril del 2003; Lima.