

LOS DELITOS DE FUNCIÓN DEL FUERO MILITAR Y LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN PENAL DEL LEGISLADOR



FRANCISCO CARRUITERO LECCA

Profesor de Derecho y Ciencia Política UNMSM

SUMARIO: 1. RESUMEN. 2. ABSTRACT. 3. PALABRAS CLAVES. 4. KEY WORDS. 5. INTRODUCCIÓN. 6. OBJETIVOS. 6.1. OBJETIVOS GENERALES. 6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS. 7. ESTADO DE LA CUESTIÓN. 8. HIPÓTESIS. 9. VARIABLES. 9.1. VARIABLE INDEPENDIENTE. 9.2. VARIABLE DEPENDIENTE. 10. MARCO TEÓRICO. 10.1. LOS MODELOS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO. 10.2. EL MODELO EUROPEO CONTINENTAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y SU ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA E ITALIA Y LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. 10.3. EL MODELO ANGLOSAJÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR. 10.4. EL MODELO ALEMÁN, FRANCÉS Y HOLANDÉS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR. 10.5. LA DISCRECIONALIDAD DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. 10.6. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS DE FUNCIÓN. 10.7. LA INTERPRETACIÓN A FAVOR DE LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO ORDINARIO. LOS DELITOS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 11. MARCO METODOLÓGICO. 11.1. POBLACIÓN Y MUESTRA. 11.2. MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN. 11.2.1. ANÁLISIS DEL REGISTRO DOCUMENTAL. 11.2.2. COMPARACIÓN CON OTROS PAÍSES DE EUROPA Y AMÉRICA REFERENTE A LA NORMATIVIDAD PENAL MILITAR. 11.2.3. OBSERVACIÓN. 11.2.4. 11.2.5. BÚSQUEDA EN INTERNET. 11.3 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS. 11.4. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LOS DATOS. 11.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN. 12. BIBLIOGRAFÍA

1. RESUMEN.- El presente trabajo tiene por objeto presentar las razones por las que la justicia militar tiene su fundamento en el respeto de los principios constitucionales de la función jurisdiccional y del Sistema de Defensa Nacional, pues su objetivo central es que se respeten los derechos fundamentales de sus integrantes y se cumplan los fines de las Fuerzas Armadas, los cuales apuntan a garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

Sobre el Estado Constitucional de Derecho, es importante señalar la importancia de la vinculación entre el principio de separación de poderes y la jurisdicción militar. Al respecto, debe recordarse que el principio de separación de poderes tiene base en la Constitución Política de 1993, en el artículo 43° del Título II: "Del Estado y la Nación", donde se regula que el gobierno se organiza según el principio de la separación de poderes.

De otro lado, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacer justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o de derecho de retención), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato a la jurisdicción, que es, además un poder-deber.

A la luz de ello, es sabido que los ámbitos del derecho militar, del derecho penal militar y de la jurisdicción militar han pasado por circunstancias socio-políticas y han sufrido fluctuaciones diversas, en razón de los diversos sucesos históricos de cada país, la posición de las Fuerzas Armadas y las orientaciones legislativas imperantes.

2. ABSTRACT.- The Present work has by object to present/display reasons by that military justice has his foundation in respect of principles constitutional of function jurisdictional and of System of National defense, because its central objective is that the fundamental rights of their members are respected and the aims of the Armed Forces are fulfilled, which aim to guarantee independence, the sovereignty and the territorial integrity of the Republic.

The Constitutional State of Right, it is important to indicate to the importance of the entailment between the principle of separation of powers and the military jurisdiction. On the matter, 43° of Title II must remember that the principle of separation of powers has base in the Political Constitution of 1993, in the article: "Of the State and the Nation", where he regulates himself that the government is organized according to the principle of the separation of powers.

The jurisdictional function must be understood like that one primary aim of the consisting of State dissolving the interindividual conflicts.

Indeed, before the impediment to make justice by own hand (safe in the cases of legitimate defense or spleen), it is the State the one in charge to solve the legal controversies that arise between the men. In this context, the actionable one has the faculty to resort before the jurisdictional organ of the State to execute an action, to which it corresponds like correlate to the jurisdiction, that is, in addition power-to have.

In the light of it, it is known that the scopes of the military law, the military law and the military jurisdiction have happened through sociopolitical circumstances and have undergone diverse fluctuations, in regard to the diverse historical events of each country, the prevailing position of the Armed Forces and legislative directions

3. PALABRAS CLAVES

Delitos de función, Fuero Militar, Tribunal Constitucional, Estado Constitucional, unidad de la función jurisdiccional, defensa nacional, oficiales militares en actividad, cuerpo jurídico militar

4. KEYS WORDS

Crimes of function, Military jurisdiction, Constitutional Court, Constitutional State, unit of the jurisdictional function, national defense, military officials in activity, army judge advocate general

5. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, y sobretodo a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional, la jurisdicción militar viene siendo objeto de una serie de cuestionamientos, que en su mayoría aluden a la naturaleza de los delitos que se conocen en este fuero.

Ciertamente, los denominados delitos de función contenidos en el Código de Justicia Militar, han sido materia de estudio por parte del Tribunal Constitucional, concluyendo en muchos casos que en realidad son delitos comunes o propios del Derecho Disciplinario, de tal suerte que no deberían tener dicha



categoría. Dicha conclusión se ha expuesto porque se ha considerado que la tesis del delito de función que rige en nuestro sistema jurídico es aquella que corresponde al delito de función esencialmente militar.

Sin embargo, dicha tesis en la práctica, apunta hacia la desaparición de la jurisdicción militar, lo cual resulta grave si se considera que esta institución tiene reconocimiento constitucional con base en razones históricas y del Derecho Comparado.

Es así, que la jurisdicción militar existe en la actualidad en la mayoría de países del mundo, en Estados democráticos que han adoptado diversos modelos, pero que al fin y al cabo reconocen un Fuero Militar y su estatuto jurídico particular.

Asimismo, el tema de la justicia militar en nuestro país data desde la época de la conquista, con el sometimiento del Perú a las ordenanzas españolas, siendo que en 1728, vía dicha modalidad se regularon las facultades del Auditor de Guerra y, en 1768, su Majestad Fernando VI dictó para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército, las normas del derecho penal y procesal penal militar.

En la actualidad, la Constitución de 1993, en sus artículos 139° inciso 1, 141° y 173°, ratificó la eficacia de la justicia militar, como jurisdicción excepcional independiente de justicia ordinaria, tal como ya lo había recogido de forma similar la Carta Política de 1979; siendo que la Ley N° 26677, aprobada en 1996, modificó parcialmente la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar, ambos de 1980.

Siendo ello así, la teoría de los delitos de función esencialmente militares genera el problema de no identificar un bien jurídico exclusivo y cierto de las Fuerzas Armadas (como veremos más adelante), lo cual de facto hace que el Fuero Militar no tenga razón de existencia, pues su objeto, que son bienes jurídicos concretos, no existirían. Del mismo modo, dicha teoría resulta contradictoria del principio de libertad de configuración penal del

legislador, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no tiene competencia para fijar qué teoría del delito de función adopta nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, es necesario replantear la tesis que debe regir el ámbito de los delitos de función en nuestro país, en aras de identificar bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional acordes con el reconocimiento constitucional de este fuero y de fortalecer el Sistema de Defensa Nacional.

Dicho replanteamiento debe considerar en primer lugar que dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado, siendo que la discrecionalidad del legislador no se relativiza en su característica de autonomía, sino en los límites que la Constitución ha establecido. Lo mismo sucede, en el caso de todos los órganos del Estado, como Tribunal Constitucional.

Asimismo, debe entenderse que el concepto de delito de función no se circunscribe a un único modelo, sino que se pueden distinguir hasta dos tipos de delito militar propio: el delito esencialmente militar y el delito militarizado. El delito esencialmente militar es el que únicamente afecta bienes jurídicos propios militares; y el delito militarizado es el que afecta bienes jurídicos complejos, en cuyo caso el legislador realiza un juicio de valor entre dos bienes jurídicos prevaleciendo el militar debido a la importancia que éste tiene al interior de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Siendo ello así, es legítimo, atendiendo al principio de separación de poderes, que la determinación de los alcances de la definición del delito de función, sea una opción política, que exclusivamente corresponde al Congreso de la República. Así, el legislador, en virtud de su opción política natural (en tanto Poder Constituido), ha adoptado para efectos del conocimiento de casos en el fuero militar, por la prevalencia del delito de función propio militarizado. Ello, se evidencia en la tipificación de delitos como la injuria o la difamación,



Además, el replanteamiento que proponemos afianza la idea que los bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses y policiales se relacionan directamente con las misiones constitucionales que cumplen éstas, dentro del Sistema de Defensa Nacional, que como tales tienen en su ámbito una incidencia de vital importancia por ser los directos responsables; situación que los diferencia marcadamente de la posición de cualquier ciudadano u otros funcionarios públicos.

Otro aspecto a considerar es el hecho que el deber militar comporta valores y principios constitucionales, los cuales no pueden ser otros, sino los vinculados con las misiones asignadas a las instituciones castrenses en la Carta Política. En ese sentido, el mantenimiento de la disciplina si constituye un bien jurídico, materia de protección por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en tanto importa el interés institucionalmente vital para el mantenimiento y cumplimiento de las funciones constitucionales encomendadas a estos órganos.

Del mismo modo, la defensa del orden constitucional es una función directamente encomendada a las instituciones castrenses y policiales, siendo que un incumplimiento de este deber acarrea daños irreparables para la propia continuidad del Estado. La defensa nacional no puede resultar un aspecto independiente de la defensa del régimen constitucional.

De otro lado, el examen de la actual regulación de los delitos de función, como producto del poder de configuración penal del legislador, debe tener presente dos últimos aspectos: el conocimiento de casos propios del Derecho Internacional Humanitario y la preferencia del Derecho Disciplinario.

En efecto, sobre los delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, debemos decir que efectivamente no pueden constituir delitos de función, en tanto este ámbito del Derecho tiene sus propias reglas competenciales preestablecidas. En cuanto a la preferencia del Derecho

Disciplinario, debemos decir que debe pasar por un examen de proporcionalidad de cada delito, análisis que no puede ser desarrollado desde una lógica abstracta, sino que debe estar contextualizada en función del ámbito en que opera.

Nos formulamos la siguiente pregunta de investigación, ¿Qué aspectos debe considerar la determinación del concepto de delito de función en el Fuero Militar a fin de solucionar los constantes cuestionamientos a dicha institución constitucional?

Así las cosas, los objetivos del presente artículo de investigación son los siguientes:

6. OBJETIVOS

6.1. Objetivo General

Proponer un replanteamiento del concepto de delito de función a partir de la relación entre los bienes jurídicos materia de protección y las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales.

6.2. Objetivos específicos

- Analizar el proceso histórico de la positivización de los delitos militares en el Perú.
- Definir el concepto de delito de función que rige en nuestro ordenamiento jurídico.
- Determinar la naturaleza de los bienes jurídicos materia de protección en el Fuero Militar.
- Presentar los alcances del principio de libertad de configuración penal del legislador.
- Analizar las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de delitos de función del Fuero Militar.
- Revisar y adecuar el actual marco de los delitos de función con la finalidad de determinar si está de acuerdo con las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y Policiales.
- Precisar el contenido del test de proporcionalidad en la determinación de los delitos de función y de las faltas disciplinarias castrenses.



7. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Sobre el estudio de la justicia Militar en el Perú, existe abundante bibliografía, sin embargo, concretamente sobre la determinación de los bienes jurídicos en relación con las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales, únicamente se tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

Mediante doctrina jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha llegado a conclusiones muy cuestionables respecto de la determinación del delito de función. Por tal razón, la presente investigación hará incidencia en los fundamentos contenidos en las sentencias a fin de desarrollar un modelo acorde con el principio de primacía de la Constitución y el principio de libertad de configuración penal del legislador, desarrollando la naturaleza de los bienes jurídicos materia de protección en el ámbito del Fuero Militar.

Entre los estudios en el Perú, referente a la reforma de la justicia militar en el Perú como tema general, se aprecia que han sido realizados en especial por académicos vinculados a las universidades Pontificia Universidad Católica, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Nacional de Trujillo así como instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Instituto de Defensa Legal y el Consorcio Justicia Viva.

Existen algunas tesis tanto de pre grado como de post grado. Tal es el caso de la tesis de Ernesto Blume Rocha (2003), referido a la historia de la justicia militar en el Perú, o la tesis de María Luisa Talavera Robles, referida al Análisis de la incorporación de la Administración de Justicia Militar del Poder Judicial (2004).

8. HIPÓTESIS

La determinación del concepto de delito de función debe atender a la necesaria correspondencia entre los bienes jurídicos materia de protección y las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y Policiales.

9. VARIABLES

9.1. Variable independiente

La determinación del concepto de delito de función

Indicadores

La naturaleza del delito de función en el Fuero Militar.

El principio de libertad de configuración penal del legislador.

Las tesis de delitos de función existentes en la doctrina.

La competencia del Tribunal Constitucional para definir el concepto de delito de función.

9.2. Variable dependiente

La correspondencia entre los bienes jurídicos y las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y Policiales.

Indicadores

Los bienes jurídicos materia de protección en el Fuero Militar.

Las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales.

La trascendencia de la responsabilidad de las Fuerzas Armadas y policiales en la protección de bienes jurídicos militares.

La preferencia del Derecho Disciplinario y el test de proporcionalidad.

10. MARCO TEÓRICO

10.1. Los modelos de la Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado

Con la finalidad de conocer el contenido y la ubicación de la jurisdicción militar en España es necesario, detenerse en los modelos de justicia militar predominantes en el derecho comparado. El derecho comparado, confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos modelos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado, que para el caso del presente estudio nos referimos a España. El derecho comparado obedece pues, a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro.



Así el estudio de los modelos de la Jurisdicción Militar, es necesario para apreciar tanto las diferencias y similitudes con los defectos y los aciertos de ese orden, esto con el fin de perfeccionar las instituciones jurídicas de la Jurisdicción Militar española.

Como señala José Julio Fernández Rodríguez, el recurso de la comparación es un lugar común en las ciencias sociales, originando una serie de concretas perspectivas metodológicas que ya adquirieron carta de naturaleza en tiempos pasados y cuyo máximo exponente quizá sea la *Comparative Politics* de origen norteamericano, poseedora de un estudiado y concreto método de investigación. La veracidad de lo dicho no nos exime de recordar la especificidad de la Ciencia Jurídica dentro del orbe de las ciencias sociales y la posesión de específicas pautas metodológicas y epistemológicas que la dotan de la más absoluta autonomía. En cuanto al campo del Derecho Comparado hay que afirmar que no sólo se enmarca dentro de los criterios propios de la investigación jurídica sino que, además, posee unas especificidades que le otorgan el carácter de disciplina independiente, aunque eso sí, sin rebasar los límites de la Ciencia del Derecho. Es así que el método empleado por los comparatistas es exclusivamente el método jurídico, por lo cual desde este punto de vista ninguna diferencia existe entre la obra de los cultores del Derecho Comparado y de los cultores de las otras disciplinas jurídicas, mientras que existe una correspondiente distinción entre sus obras y la de los filósofos, sociólogos, antropólogos, etnólogos y politólogos.

Hacemos nuestros los planteamientos sostenidos por Ezequiel Abásolo; toda vez que, afirma que, desde mediados del siglo XX se advierten en todos los países del mundo profundas transformaciones en la concepción de la Jurisdicción Militar. En este sentido, cabe señalar que las experiencias adquiridas con la segunda guerra mundial condujeron no pocas veces a la reformulación de lo jurídico-castrense, y, por ejemplo, estimularon un nuevo concepto de disciplina, que resultó restrictivo del deber de obediencia militar. Asimismo, se

hizo patente una paulatina "juridización" e "internacionalización" del derecho penal militar, proceso que resultó simultáneamente estimulado por los encuentros científicos de la especialidad que comenzaron a llevarse a cabo desde la década de 1950, por la aceptación de los protocolos adicionales de 1977 -que complementaron la regulación del derecho de los conflictos armados, denominado por la doctrina "derecho de Ginebra"-, y por el mayor protagonismo alcanzado por las organizaciones supranacionales. De este modo, respecto de lo dicho en último término cabe recordar que el 22 de febrero de 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió crear un tribunal penal internacional para juzgar a los responsables de la comisión de violaciones graves al derecho internacional humanitario -vale decir, las violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y a las leyes y los usos de la guerra comúnmente aceptados cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. Sin embargo, a despecho de esta definida orientación, durante los últimos años el inusitado crecimiento de la delincuencia organizada y el flagelo del terrorismo fundamentalista también motivaron que las autoridades de no pocos países recurriesen a la jurisdicción militar en tanto que instrumento de control del orden público, y que concibiesen la idea de proyectar a las fuerzas armadas hacia el "interior" de los respectivos Estados.

En el mismo sentido continúa Ezequiel Abásolo que en cuanto a los principales cambios advertidos en la regulación penal militar europea de estos años, cabe señalar, además, que una enmienda constitucional alemana de 19 de marzo de 1956 decidió restringir el funcionamiento de los tribunales militares germanos a los tiempos de guerra, y a la hipótesis de que las fuerzas armadas del país cubriesen servicios en el extranjero o en los buques de guerra. Asimismo, que al año siguiente se dictó, en el mismo país, una ley penal militar de 48 artículos, que separó el derecho de fondo del procesal y que rechazó la substantividad de la penalidad militar, cuerpo normativo que fue reemplazado por otro análogo en 1974. Por otra parte, cabe recordar que en mayo de 1957 Dinamarca sancionó un



nuevo Código Penal Militar; que en 1965 hizo lo propio Francia, país que en julio de 1982 decidió suprimir la jurisdicción militar para tiempo de paz; que en 1971 y 1976 se reformó el derecho militar inglés; que en 1981 Italia decidió integrar la jurisdicción militar al Poder Judicial, substituyendo al tribunal supremo militar por un tribunal castrense de apelación subordinado a la Corte Suprema de casación, y que cuatro años después se reformó el Código Militar italiano para tiempo de paz; que en julio de 1982 los Países Bajos adjudicaron las funciones de la jurisdicción castrense a salas especiales de los tribunales ordinarios, integradas con un jurista militar y dos civiles; y que en 1985 España sancionó un nuevo Código Penal Militar, inspirado, en buena medida, en el derecho alemán.

Es por tal razón que la existencia de un ordenamiento jurídico militar autónomo y diferente del ordenamiento jurídico civil es y ha sido la constante en las sociedades a lo largo de la historia. Al respecto José Jiménez Villarejo, refiere:

Qué conviene recordar que ha sido un rasgo típico de la sociedad tradicional del que perviven en la moderna no pocos residuos, el de particularidad, mayor o menor de los ejércitos con respecto de la sociedad global. Una manifestación de dicho rasgo —cuya versión patológica sería un cierto grado de autonomía del mando militar en relación con el poder civil, es la existencia de un ordenamiento jurídico singular, de carácter fundamentalmente sancionador que tiene como objetivo prioritario tutelar determinados valores —entre ellos, con evidente relieve, la disciplina— definidos y vividos como indispensables para la eficacia e incluso para toda la existencia de la institución castrense. La especialidad de este ordenamiento se ha subrayado, en no pocas ocasiones, con tanta fuerza que se ha rechazado la posibilidad de que su interpretación y aplicación se realice desde una instancia jurídica ajena a los ejércitos.

Ante la existencia de la jurisdicción militar, se aprecia distintos sistemas o modelos que regulan su organización, funciones,

competencias y, sobre todo, su ubicación en relación a la jurisdicción ordinaria. A decir de Francisco Fernández Segado, dejando de lado las diferencias, pueden encontrarse algunos principios generales que rigen actualmente en este campo, siendo estos:

- Permanencia de los órganos jurisdiccionales militares
- Intervención del elemento civil en los mismos.
- Pluralidad de instancias e integración orgánica en el esquema común a través de los posibles recursos ante el órgano jurisdiccional supremo.
- Limitaciones de las fuentes de atribución de competencias al delito militar.

En la actualidad se observa en todos los sistemas jurisdiccionales militares una tendencia predominantemente hacia la reducción competencial, el reforzamiento de su independencia, el respeto a las garantías procesales de los inculcados ante ellos y su integración a la jurisdicción ordinaria.

En el ámbito de los sistemas jurídicos políticos comparados los diferentes tipos de justicia militar pueden sistematizarse en tres grandes modelos: 1. El europeo continental, 2. el anglosajón y el 3. alemán, francés y holandés.

10.2. El modelo Europeo Continental de la Jurisdicción Militar y su especial referencia a España e Italia y los países latinoamericanos

El modelo Europeo Continental concede la existencia de tribunales permanentes en tiempos de paz, siendo los países representativos del mismo: España e Italia y los países latinoamericanos quienes como Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, México, San Salvador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, son parte de este modelo. Este modelo se contrapone al anglosajón, pues se distingue por la inexistencia de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente en tiempos de paz. Dichos órganos son convocados cada vez que se presenta un caso concreto. Los países más representativos son Inglaterra y Estados



Unidos.

En este modelo Europeo Continental de la Jurisdicción Militar, el sistema italiano de justicia militar, resulta de especial interés, pues, la Constitución Italiana vigente de 1947, en el tercer párrafo del artículo 103, prescribe: Los tribunales militares ejercerán, en tiempo de guerra, las competencias establecidas por la ley. En tiempo de paz podrán conocer, únicamente, de los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas.

Explica Olga Gil García, que en cuanto a Italia, su historia es menos compleja pero también es singular. El primer problema se planteó sobre todo en lo que se refiere a los militares in cogendo, que aunque antes estaban sometidos al Código penal militar de paz, lo que provocó la reforma de 23 de marzo de 1956, núm. 167, limitando la extensión de su contenido, regulado en el artículo 7 del Código penal militar de paz. Esto fue así por la causa que se siguió en Milán contra Renzo Renzi y Guido Aristarco, periodista con licencia ilimitada que levantó mucha polémica en Italia, al estar los acusados sometidos a la jurisdicción militar por esta situación. El delito que se le acusaba era el de "vilipendio delle Force Armate", cometido al escribir en la prensa un artículo referido a la actuación del Ejército italiano en Grecia durante la Segunda Guerra Mundial. En 1977 se propuso, con las firmas exigibles, un referéndum para la supresión del ordenamiento militar por parte del Partido Radical, que no fue admitido por la Corte Constitucional. Su rechazo se basó en que la Corte de Casación mantuvo que para suprimir los órganos judiciales militares solo podía ser con leyes constitucionales. Dos años más, tarde en 1979, el Partido Radical modula su propuesta centrada en los órganos judiciales militares, y su composición, en concreto a la presidencia en ellos de oficiales nombrados Jueces. El Tribunal Constitucional admitió el referéndum, fijando para su celebración el día 10 de febrero de 1981. Para evitarlo no hubo más solución que reformar la Ley y modificar la justicia castrense. Se dicta con toda premura una Ley el 7 de mayo del mismo año con esta reforma, que lo evita, siendo la que está en vigor y que provoca una gran renovación dentro de la

jurisdicción castrense, sobre todo en cuanto significa de refuerzo de la independencia judicial.

En el mismo sentido precisa Luis Maside Miranda, que la organización jurídico- militar italiana viene regulada por el Decreto de 9 de septiembre de 1941 y fue reestructurada por Ley n.º. 180 /1981 de 7 de mayo creando los Tribunales Territoriales que se configuran con un Auditor Presidente (Magistrado Militar) y dos jueces, uno es magistrado militar y otro es un oficial perteneciente a los Ejércitos de Tierra, Mar, Aire o la Guardia de Finanzas, pero si el procesado es oficial, el Juez Togado Instructor ha de ser del mismo empleo, y en el caso de que no fuera oficial, el Juez puede ser suboficial. Contra las sentencias que dicten los Tribunales castrenses se podrá interponer, en tiempo y forma, recurso de apelación ante el Tribunal Militar de Apelación, con sede en Roma, (y dos Secciones en Nápoles y Verona) integrado por un Auditor Presidente (Magistrado Militar) cuatro vocales, dos son Magistrados militares (jurídico-militares) y los otros dos son oficiales pertenecientes a los tres Ejércitos o a la Guardia de Finanzas (según el Ejército al que pertenezca el acusado) pero siempre del empleo de Teniente Coronel a no ser que el condenado recurrente tenga un empleo superior a éste último citado, en cuyo caso, los Vocales Militares tendrán que ser del mismo grado. También se constituye con el Fiscal General (Procuratore Generale) de ese Tribunal que representa al Ministerio Fiscal (Il pubblico Ministero). Otro aspecto importante es que se estructura la justicia militar en tres instancias, al igual que la jurisdicción ordinaria, tomando en cuenta que antes en la jurisdicción militar solo se admitía dos instancias. La unidad jurisdiccional se logra en el Tribunal Supremo (Corte di Cassazione) que con idéntica composición conoce, en última instancia, del procedimiento penal militar.

10.3. El Modelo Anglosajón de la Jurisdicción Militar

El modelo Anglosajón se distingue por la inexistencia de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente en tiempos de



paz. Dichos órganos son convocados cada vez que se presenta un caso concreto. Los países más representativos son Inglaterra y Estados Unidos y con una competencia muy concreta: motín, sedición y desertión, por lo que puede juzgar únicamente a militares en actividad.

En el sistema Anglosajón, según la Mutiny Act, de 1869, la Justicia Militar en tiempos de paz reside en los Consejos de Guerra (Courts Martial), atribuyéndoles competencia para conocer de los delitos de motín, sedición y desertión. Esta Mutiny Act, estaba sujeta a la prórroga anual del Parlamento, para extenderse a otros delitos militares. Ulteriormente se dispuso que debía promulgarse una nueva norma legal cada cinco años, aunque anualmente se debía dictar una resolución legislativa para que la ley continúe en vigor.

Igualmente la Defensoría del Pueblo de Perú, afirma, que las principales características del modelo anglosajón son: la rigurosa delimitación de las competencias de las cortes marciales y de las personas que éstas pueden juzgar, siendo aplicables a los militares en actividad y a los reservistas, solo mientras dura su servicio activo. En cuanto a los no militares la regla es que no están sujetos a la ley militar, ni siquiera en tiempo de guerra, salvo escasas y aisladas excepciones. Los tribunales militares, en todos los casos son órganos que no tienen existencia permanente, siendo expresamente convocados por la autoridad pertinente, para el enjuiciamiento de un determinado caso o casos.

10.4. El modelo alemán, francés y holandés de la Jurisdicción Militar

Este modelo, propio de Alemania, Francia y Holanda, admite la existencia de tribunales militares únicamente en tiempos de guerra.

En los casos de defensa y de tensión, las Fuerzas Armadas estarán autorizadas para proteger objetos civiles y asumir tareas de regulación del tráfico, en tanto que ello sea necesario para la realización de su misión de defensa. Además, en los casos de defensa y de tensión, podrá también confiarse a las Fuerzas Armadas la protección de objetos civiles para

apoyar así medidas policiales; en estos casos, las Fuerzas Armadas cooperarán con las autoridades competentes.

Para prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, el Gobierno Federal podrá, siempre que se den las condiciones expresadas en el artículo 91, apartado 2, y cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, utilizar las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía y al Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras en la protección de objetos civiles y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. Deberá cesar la actuación de las Fuerzas Armadas cuando así lo exigieran el Bundestag o el Bundesrat.

La administración de las Fuerzas Armadas se realizará por una administración federal propia con su propia infraestructura administrativa. Ella asumirá las tareas de gestión del personal y del abastecimiento material directo de las Fuerzas Armadas. Las tareas vinculadas con las pensiones de mutilados y con las construcciones pueden ser conferidas a la Administración de las Fuerzas Armadas sólo por una ley sometida a la aprobación del Bundesrat. Asimismo requieren la aprobación del Bundesrat las leyes que habiliten a la Administración de las Fuerzas Armadas para intervenir en derechos de terceros; ello no rige para leyes relacionadas con cuestiones de personal.

En Alemania los miembros de las Fuerzas Armadas están sujetos al Código Penal común y se les juzga por delitos comunes en el sistema judicial civil. No hay servicios de corrección de militares; encarcelados los militares cumplen sus condenas en las cárceles civiles ordinarias. Los militares tienen los mismos derechos y las libertades civiles que gozan los demás ciudadanos. Se les permite tomar parte activa en la vida política, ser miembros de partidos políticos y afiliarse a sindicatos y asociaciones profesionales. Varios cursos de acción están abiertos a los militares de las denuncias o quejas, tanto dentro de la Bundeswehr, y en los

tribunales ordinarios.

Los delitos de carácter específicamente militar cometidos por miembros de la Bundeswehr, se tratan en dos secciones de los tribunales militares del Tribunal Administrativo Federal y por tres tribunales disciplinarios militares con un total de veintinueve cámaras. Un juez civil profesional preside cada cámara, asistido por los jueces militares de honor. Las cámaras son los tribunales de primera instancia para los procesos judiciales disciplinarios contra los militares. Los tribunales militares del Tribunal Administrativo Federal son los tribunales de apelación, cada uno compuesto de tres jueces civiles y dos jueces de honor militar. Las oraciones varían de baja del servicio a las sanciones pecuniarias a la reducción de rango. El nivel más bajo de la ofensa, como la desobediencia o la ausencia no autorizada, podrán ser objeto de manera informal en la unidad propia del militar.

10.5. La discrecionalidad del legislador en materia penal y la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano

Como se ha manifestado, los cuestionamientos a los delitos que conoce la jurisdicción militar, han sido ampliamente advertidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, en la última sentencia referida al vigente Código de Justicia Militar (que es el cuerpo jurídico donde están contenidos la integridad de los delitos de función), Expediente N° 00012-2006-PI/TC, estimó, entre otras consideraciones, que varios artículos 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. Asimismo, precisándose además las características que identifican el delito de función.

En efecto, el Colegiado Constitucional precisó que "en el Estado democrático y social de derecho el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues

debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado"

Ciertamente, en la actualidad, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad y el principio de proporcionalidad (por ejemplo, no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido). Sin embargo, dicha discrecionalidad es relativa únicamente en ese sentido, no pudiéndose entender, bajo ningún supuesto, que el legislador no tiene un amplio margen de libertad dado por la Constitución, en tanto poder autónomo. Así, el Tribunal Constitucional español reconoce:

"El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir (33) de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática". (el resaltado es nuestro).

Entonces, la discrecionalidad del legislador no se relativiza en su característica de autonomía, sino en los límites que la Constitución ha establecido. Lo mismo sucede, en el caso de todos los órganos que conforman el Estado, dentro de los cuales se encuentra el propio Tribunal Constitucional, órgano que a pesar de



ser constitucionalmente autónomo, también goza de discrecionalidad relativa, en tanto sus funciones no pueden contravenir principios constitucionales, como el principio de separación de poderes.

Por ello, consideramos que sólo en el sentido presentado hasta aquí, debe entenderse la línea de desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, cuando señala:

“dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes”

10.6. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS DE FUNCIÓN

El artículo 173º de la Constitución dispone 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”.

En el fundamento 34 del fallo citado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha referido, respecto de los delitos de función que “la única materia que puede conocer el Código de Justicia Militar se encuentra limitada al conocimiento de los delitos relacionados estricta y exclusivamente con conductas de índole militar que afectan bienes jurídicos que la Constitución le ha encomendado proteger a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”.

Dicha posición, viene a confirmar lo que su jurisprudencia anterior sobre la materia, ya había advertido: “lo que caracteriza al delito de función no es la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.”

Para entender los alcances de la definición del delito de función postulada por el Tribunal Constitucional es necesario recurrir a las

teorías más representativas que lo desarrollan. Las teorías sobre el delito de función, distinguen entre delitos militares propios y delitos militares excepcionales.

El delito militar propio es aquel delito que únicamente puede ser cometido por un militar, constituyendo una infracción a los deberes militares, afectándose así bienes jurídicos militares. Se clasifican en dos tipos:

1. Delito esencialmente militar

Es el que únicamente afecta bienes jurídicos militares, se encuentra tipificado en torno a bienes jurídicos simples que protegen el cumplimiento de deberes esencialmente militares. Constituye una infracción a los deberes de función que sólo incumbe a quienes tienen esa situación (militares).

2. Delito militarizado

Es el que afecta bienes jurídicos militares y bienes jurídicos comunes; es decir que afectan bienes jurídicos complejos o de contenido abierto pudiendo englobar deberes esencialmente militares y comunes. En este caso, el legislador realiza un juicio de valor entre dos bienes jurídicos prevaleciendo el militar debido a la importancia que éste tiene al interior de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (política criminal).

Por otro lado, el delito militar excepcional es aquel donde el sujeto activo puede ser un militar o un civil, operando de esta manera una relativa militarización subjetiva poniendo a cargo de civiles deberes militares. Ello se produce normalmente, dada la gravedad de las circunstancias en caso de conflicto armado externo.

Siendo ello así, se colige que el Tribunal Constitucional ha tomado partido, interpretando que los delitos de función que consagra la Constitución, se ubican en el ámbito de los delitos militares propios, en su modalidad de delitos esencialmente militares, es decir, se configurarán como tales si afectan bienes jurídicos exclusivamente militares.

En consecuencia, dicha ubicación de los delitos



de función, es una interpretación con base en la doctrina, en tanto fuente de derecho, que ha realizado el Tribunal Constitucional, pero que de ninguna manera parte directamente de lo que la Constitución ha establecido al respecto.

En otro extremo, los que postulan que la teoría que adopta nuestro ordenamiento es el del delito esencialmente militar, alegan la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, donde el órgano jurisdiccional determinó que:

"En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar".

Como se puede apreciar, la Corte no ha sido categórica en determinar que los delitos de función correspondan a su clasificación de delitos esencialmente militares, ello por cuanto se ha establecido para efectos de su configuración el criterio de vinculatoriedad (intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares) y no de exclusividad. De ahí, que cuando se hable de "bienes jurídicos propios del orden militar", se debe tener en consideración una interpretación relacional con las misiones constitucionales encomendadas tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional.

Entonces, mal puede entenderse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos imponga al delito de función como uno esencialmente militar, sino que por el contrario, de un análisis real y sistemático de la sentencia, se puede determinar que es perfectamente posible que el concepto de delito de función se enmarque dentro de los alcances del concepto de delito militarizado, correspondiendo de esta

forma al legislador realizar un juicio de valor entre dos bienes jurídicos, trascendiendo el militar debido a la importancia que éste tiene al interior de las instituciones castrenses y policiales.

Lo anterior tiene respaldo en lo reconocido ampliamente por el propio Tribunal Constitucional peruano, siempre que reconozca que entre las características básicas de los delitos de función se encuentra en primer lugar:

"la afectación sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses".

No se ha puntualizado entonces, que la afectación de los bienes jurídicos deba ser de interés único y exclusivo (sin posibilidad además que tal interés puede recaer en otros sujetos de manera indirecta) de la Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional para la calificación de los delitos de función.

Lo que sí es un hecho es que existe una norma con rango de ley que ha determinado, bajo el principio de legalidad, que rige con mayor presencia en el ámbito del Derecho Penal, cuáles son los delitos de función: el Código de Justicia Militar, que atendiendo a su contenido recoge la clasificación del delito militarizado. Es decir, persiste una realidad: el legislador, en virtud de su opción política legítima, ha adoptado para efectos del conocimiento de casos en el fuero militar, por la prevalencia del delito de función propio militarizado. Ello, se evidencia en la tipificación de delitos como la injuria o la difamación, donde se pueden diferenciar dos bienes jurídicos afectados: el honor y la disciplina, revistiendo este último, de manera clara, mayor trascendencia para el ámbito castrense, y consecuentemente para el cumplimiento de las misiones encomendadas a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, por lo que califica como



delito de función.

No se trata de identificar un interés jurídico compartido, para determinar que un delito no es de función. Si ello fuera así, el postulado constitucional del reconocimiento del fuero militar quedaría en letra muerta, precisamente porque las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional son deberes que interesan a todos los órganos del Estado y a los propios ciudadanos. Ello, como es lógico, no está en discusión, siendo que el tema que justifica el establecimiento de los delitos de función es la misión directa que la Constitución impone a las referidas instituciones, en tanto la responsabilidad de la seguridad externa e interna recae en ellas, y no (al menos directamente) en la ciudadanía o en los demás órganos, entre los que se encuentra, claro está el propio Tribunal Constitucional.

La determinación de los alcances de la definición del delito de función, es una opción política, que exclusivamente corresponde al Congreso de la República. Este órgano, claramente ya tomó una posición, por lo que un pronunciamiento del Tribunal Constitucional contradiciéndolo, comporta una manifiesta inmiscusión en las atribuciones constitucionales del Poder Legislativo.

10.7. LA INTERPRETACIÓN A FAVOR DE LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO ORDINARIO

Ahora bien, la conclusión anterior no contradice la regla de que ante duda de la naturaleza de un delito, se debe resolver a favor del delito ordinario. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha expresado que, En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, de modo tal que, de un lado,

de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas debe resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria".

Siendo ello así, queda claro, que en el caso de los delitos de función contenidos en el Código de Justicia Militar Policial, no se está ante tal duda, siendo que se reconoce plenamente (atendiendo al contenido del deber militar desarrollado anteriormente) el bien jurídico afectado, en atención del interés vital institucional -de la existencia misma- de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Recuérdese que el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que:

En cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere que éste sea un bien jurídico particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses".

De ahí que conductas como el insulto al superior, la agresión, la coacción, la injuria o las amenazas en el ámbito castrense, si afectan directamente el mantenimiento de la disciplina dentro de la organización castrense. Atendiendo a la voluntad del legislador de instituir el delito de función en su clasificación de delito militar propio militarizado (si no fuera así, no hubiera incluido estos delitos dentro del Código de Justicia Militar), consideramos que dicha posición es la que debe prevalecer.

10.8. LOS DELITOS MILITARES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Respecto de los delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional

Humanitario, debemos decir que efectivamente no pueden constituir delitos de función, en tanto este ámbito del Derecho tiene sus propias reglas reguladas en virtud de que como tal el Derecho Internacional Humanitario se constituye en aquel derecho aplicable a los conflictos armados, el mismo que tiene por finalidad reglamentar la forma como se llevan a cabo las hostilidades, fundamentalmente intentando evitar que los conflictos alcancen un punto de no retorno.

En atención de lo anterior, mal se haría en reconocer la competencia del fuero castrense para estos casos, considerando que existen obligaciones internacionales del Estado respecto de los órganos competentes para conocer de estos asuntos. A lo que debemos sumar, el patente valor e interés que esta rama del Derecho viene cobrando en la actualidad a partir de los conflictos internacionales que vemos todos los días a través de los medios de comunicación, siendo un hecho que "en la historia reciente de las relaciones internacionales jamás se había apelado tanto al derecho de los conflictos armados como hoy en día; nunca este cuerpo normativo había estado tan presente no sólo en el discurso doctrinal, sino también en los medios diplomáticos".

11. MARCO METODOLÓGICO

11.2. Población y Muestra

La población del presente trabajo de investigación se encuentra circunscrita a los diversas Instituciones del Derecho Penal Militar-Policial en el Perú.

11.3. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección

Para esta investigación utilizaremos las técnicas fundamentales en todo tipo de investigación, utilizando como instrumento de medición a:

11.3.1. Análisis del registro documental

Esta técnica estará en función del análisis doctrinario y teórico de los diversos estudios de juristas tanto nacionales como extranjeros.

11.3.2. Comparación con otros países de

Europa y América referente a la normatividad penal militar

Para el mejor cumplimiento de esta técnica se ha creído conveniente revisar adecuadamente cuales han sido los procesos históricos de la codificación penal militar.

11.3.3. Observación

Observamos en la realidad fáctica, que existe un conflicto entre el legislador y el Tribunal Constitucional, a tal extremo que el Parlamento regula una normatividad y el Tribunal Constitucional enmienda la plana.

11.3.4. Búsqueda en Internet

El uso de este servicio tiene como objetivo poder obtener información nacional y extranjera para de este modo hacer un análisis crítico de los mismos.

11.4. Métodos y procedimientos para la recolección de datos

Una vez que se ha realizado la correspondiente investigación se procederá a seleccionar los ítems que estén acorde a las variables seleccionadas, esta información será clasificada en una matriz de datos, la misma que trasladaremos a un ordenador computarizado, el cual nos permitirá realizar las técnicas estadísticas apropiadas que sostenga nuestra hipótesis.

11.5. Análisis estadístico de los datos

Una vez realizado el procedimiento de recolección de datos, los resultados que se obtengan a través de las diversas técnicas empleadas, deberán ser calificadas en virtud del nivel de significancia que observemos entre el material recogido y las hipótesis de trabajo operacional, lo cual nos permitirá realizar el análisis e interpretación de nivel científico que fundamentará los resultados parciales y las conclusiones definitivas.

11.6. Tipo de investigación

Su finalidad es básica, el objetivo es estudiar la influencia de las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales en la determinación de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de función del Fuero Militar. Temporalmente, se puede clasificar de



longitudinal retrospectiva, en cuanto la base del estudio son los acontecimientos, no de un año, sino de muchos. Por su profundidad es explicativa, porque además de describir los fenómenos que se estudia, lo que pretende es determinar si se puede considerar la vinculación de los bienes jurídicos protegidos en el Fuero Militar y las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales, como factores influyentes de la reforma de la justicia militar en el Perú.

En efecto, su amplitud es macro sociológica. Estudia un gran grupo social: los militares y policías, gran parte del Perú. En función de sus fuentes, es secundaria, porque nos vamos a servir de datos históricos ya existentes. Su carácter, es cualitativa, porque estudia a un fenómeno único e intenta una comprensión íntima, cualitativa del mismo. La naturaleza, es histórico-documental.

12. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABÁSULO, Ezequiel, El derecho penal militar en la historia argentina, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XXXV, 2002.

CONDORELLI, L. "L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du Droit international humanitaire". En: *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du Droit international*. París. 1998. Pág. 127.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Hacia una Reforma de la Justicia Militar en el Perú, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La justicia militar en el derecho comparado"; en *Poder Judicial* (Madrid), segunda época, n° 23, septiembre de 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Teoría General, Derecho Comparado, El caso español, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Justicia Militar en el Derecho Comparado" *Revista de derecho General*, Madrid, 1995.

PIZZORRUSSO, Alessandro, Curso de Derecho Comparado, Ariel, Barcelona, 1987.

GARCÍA, Prudencio, El drama de la autonomía militar, Madrid, Alianza, 1995.

GIL GARCÍA, Olga, La Jurisdicción Militar en la etapa constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1999.

GOMES CARNEIRO, Mario, "Los elementos fundamentales del derecho militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza"; en *Revista Española de Derecho Militar* n° 12 (julio-diciembre de 1961).

GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, Manuel, "La extensión de la jurisdicción militar en el derecho comparado"; en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, n° 2-3, 1975.

JIMENEZ VILLAREJO, José, Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional, Editorial Colex, 1991, Madrid.

MASIDE MIRANDA, Luis, Panorámica de Derecho Comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar, En *Anuario I, da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 1997.

MILLÁN GARRIDO, Antonio, Comentario a José ROJAS CARO, "Derecho disciplinario militar"; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 56/57, julio de 1990-junio de 1991, t. II.

PLATTNER Denise, "La represión penal de las violaciones del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales"; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 101 (septiembre-octubre de 1990).

QUINTANA, Juan José, "La violación del derecho internacional humanitario y su sanción: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia"; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 123 (mayo-junio de 1994).

RODI, Gildo, "La justicia militar en tiempo de



paz en los países pertenecientes a la N.A.T.O. y en España y Suiza"; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 11, enero-junio de 1961.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, "La obediencia debida en el derecho penal militar"; en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 3 (enero-junio de 1957).

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, "La ley penal alemana de 30 de marzo de 1957"; en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 4 julio-diciembre de 1957.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar: de jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Granada, Editorial Comares, 1996.

VEUTROY, "El nuevo semblante de la justicia militar en Italia" *REDM*, n° 20, p. 23.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Expediente No 0023-2003-PI/TC. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat barón de Montesquieu y la Brede, y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello desconocer los derechos y las libertades fundamentales.

2 Dictamen No 08 de fecha 25 de septiembre de 2007, aprobado por unanimidad por la Comisión de Defensa Nacional, orden interno, desarrollo alternativo y lucha contra las drogas, cuya Presidenta es la Congresista Mercedes Cabanillas del APRA, p. 3

3 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Teoría General, Derecho Comparado, El caso español, Editorial Civitas, Madrid, 1998, 241.

4 PIZZORRUSO, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1987, 79.

5 ABÁSULO, Ezequiel, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XXXV, 2002, p. 605.

6 GARCÍA, Prudencio, *El drama de la autonomía militar*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 412 y 413.

7 Cfr., con RODRÍGUEZ DEVESA, José María, "La obediencia debida en el derecho penal militar"; en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 3 (enero-junio de 1957), pág. 30 y ss.

8 GOMES CARNEIRO, Mario, "Los elementos fundamentales del derecho militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza"; en *Revista Española de Derecho Militar* n° 12 (julio-diciembre de 1961), pp. 200 - 209.

9 PLATTNER Denise, "La represión penal de las violaciones del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales"; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 101 (septiembre-octubre de 1990).

10 QUINTANA, Juan José, "La violación del derecho internacional humanitario y su sanción: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia"; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 123 (mayo-junio de 1994).

11 ABÁSULO, Ezequiel, op. cit, p. 606.

12 RODRÍGUEZ DEVESA, José María, "La ley penal alemana de 30 de marzo de 1957"; en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 4 julio-diciembre de 1957, pp. 70 y 71.

13 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La justicia militar en el derecho comparado"; en *Poder Judicial* (Madrid), segunda época, n° 23, septiembre de 1991, p. 72.

14 RODI, Gildo, "La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la N.A.T.O. y en España y Suiza"; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 11, enero-junio de 1961, p. 106.



- 15 GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, Manuel, "La extensión de la jurisdicción militar en el derecho comparado"; en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, n° 2-3, 1975, p. 363.
- 16 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., p. 71.
- 17 Ibidem, pág. 52.
- 18 SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar: de jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Granada, Editorial Comares, 1996, p. 30.
- 19 Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., p. 61.
- 20 Ibidem, p. 60.
- 21 MILLÁN GARRIDO, Antonio, Comentario a José ROJAS CARO, "Derecho disciplinario militar"; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 56/57, julio de 1990-junio de 1991, t. II, p. 872.
- 22 JIMENEZ VILLAREJO, José, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Editorial Colex, 1991, Madrid, p. 91.
- 23 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Justicia Militar en el Derecho Comparado" *Revista de derecho General*, Madrid, p. 366.
- 24 GIL GARCÍA, Olga, *La Jurisdicción Militar*, op cit, p. 33.
- 25 MASIDE MIRANDA, Luis, *Panorámica de Derecho Comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar*, En *Anuario I, da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, pp. 364-365, 1997.
- 26 VEUTRO Y.: "El nuevo semblante de la justicia militar en Italia" *REDM*, n°. 20, p. 23.
- 27 Cfr. VENDITTIR.: Op. Cit. p. 173.
- 28 Integrado por magistrados de la jurisdicción ordinaria
- 29 Cfr. VENDETTI: Op. cit., p. 200 YVEUTRO: Op. cit. p. 35.
- 30 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Hacia una Reforma de la Justicia Militar en el Perú*, 2002, p. 20.
- 31 Ibidem, op. cit, p. 20.
- 32 Expediente N° 00012-2006-PI/TC (fundamento 14).
- 33 Tribunal Constitucional de España, STCE 136/1999 fundamento 23
- 34 EXPEDIENTE N° 00012-2006-PI/TC (Fundamento 29).
- 35 Igualmente, en el fundamento 38 ha precisado que: "(...) Para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses".
- 36 EXPEDIENTE N° 0023-2003-AI/TC (Fundamento 87)
- 37 De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo propio implica "perteneciente a uno que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello. Característico o peculiar de cada persona o cosa.", *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1993. Pág. 1190
- 38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, sentencia de fondo, párrafos 117 y 118.
- 39 EXPEDIENTE N° 00012-2006-PI/TC (fundamento 36).
- 40 EXPEDIENTE N° 00012-2006-PI/TC (Fundamento 38. b).
- 41 CONDORELLI, L. "L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du Droit international humanitaire". En: *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du Droit international*. Paris. 1998. Pág. 127.