

§ 8 Aplicación de la ley penal en relación con las personas

I. Principio de la igualdad de las personas. II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno. 1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio. 2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio. 3. Ministros de Estado. 4. Vocales de la Corte Suprema. 5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos. 6. Magistrados del Tribunal Constitucional. 7. Defensor del Pueblo. 8. Contralor General. III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional. 1. Jefes de Estado extranjeros. 2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios. 3. Fuerzas armadas extranjeras. IV. Derecho penal de menores. V. Derecho penal militar. 1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar. a. Legislación desde 1980. b. Legislación desde 2006. c. Legislación desde 2008. 2. Criterios de aplicación de la ley penal militar. a. Criterio personal. b. Criterio del lugar de comisión. c. Criterio material. 3. Noción de delito en la parte general del Código de Justicia Militar Policial. 4. Catálogo de delitos de la parte especial del Código militar.

I. Principio de la igualdad de las personas

En el art. 2, inc. 2, Const. se establece el derecho fundamental de la “igualdad ante la ley”. Además, se precisa que nadie “debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Por último, en el art. 103, pf. 1, se dispone que pueden “expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”. Disposiciones semejantes figuraban en los arts. 2, inc. 2, y 187, inc. 1, Const. de 1979. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar de modo taxativo previstas en las leyes o tratados internacionales. Comentando la antigua Carta Fundamental de 1979, Pareja Paz Soldán sostuvo que la Constitución afirma “una igualdad de derecho, no de hecho, igualdad en la partida, pero no en la llegada”⁴²⁹. 918

De manera imperfecta, se repite, al inicio del art. 10, principio de igualdad previsto en la Constitución, diciendo que la “ley penal se aplica con igualdad”). Respecto al derecho penal, Bramont Arias afirma que el principio de igualdad “sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en idénticas circunstancias, esto es, que todos los habitantes sean tratados del mismo modo, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones”, y concluye: “en pocas palabras: igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones”⁴³⁰. 919

Empero, este principio, elemento esencial de la idea de justicia, debe ser observado en su realización concreta. La simple exigencia formal de igualdad no tiene mayor importancia en sí misma, debido a que la demanda de justicia, en la práctica, depende de presupuestos que están fuera del 920

⁴²⁹ PAREJA, 1973, p. 562. Cfr. RUBIO/BERNALES, 1981, p. 98 ss.

⁴³⁰ BRAMONT ARIAS, 1950, p. 242.

principio que la regula; es decir, las circunstancias sociales y los criterios decisivos para igualar o diferenciar las personas y las condiciones en que se aplica la ley. En este sentido, tiene razón Hart, cuando afirma que sin la determinación de tales criterios, el principio de igualdad es una fórmula vacía⁴³¹. Pero aun cuando éstos fueran establecidos, como lo hace la Constitución italiana de 1947⁴³², las graves diferencias sociales existentes entre las personas hacen ilusoria una real igualdad en y ante la ley. Por lo que, en el mejor de los casos, la formulación de tal principio significa una exigencia formal de que la decisión (legislativa o judicial) sea tomada sobre la base de valoraciones y consideraciones generales, y no en forma caprichosa o arbitraria⁴³³.

- 921 El principio de igualdad tiene dos aspectos, la igualdad de las personas, por un lado, *en* la ley y, por otro, *ante* la ley. Por lo tanto, en materia penal, sus alcances son también dobles. Así, el legislador debe dictar sólo leyes generales y comunes. En consecuencia, la incriminación de un comportamiento, la fijación de la pena o medida de seguridad no deben hacerse en razón de privilegios personales o de clase o jerarquía sociales. Así mismo, las autoridades competentes deben ejercer la acción pública, dadas las condiciones legales (*ratione temporis* y *ratione loci*), contra quien cometa un delito sin distinción de sexo, edad, nacionalidad, raza, confesión, rango social. No se respetó este principio cuando se dispuso, de manera general, en el art. 1, del DL N° 25662, del 13 de agosto de 1992⁴³⁴, que los miembros de la Policía Nacional, en actividad, retiro o dados de baja por medida disciplinaria, serán sancionados con el doble del tiempo máximo de la pena prevista en el Código o leyes especiales cuando “incurran en hechos punibles calificados de delitos comunes”. En este sentido, una Sala Superior en lo Penal consideró inaplicable el citado decreto ley, vía control de constitucionalidad difuso, sosteniendo que éste violaba el principio de igualdad ante la ley y el carácter general de las normas establecidas en la Constitución, así como del principio de la proporcionalidad de las sanciones establecido en el Código⁴³⁵. Por el contrario, no se viola el principio de igualdad cuando,

⁴³¹ HART, 1963, p. 198.

⁴³² En su art. 3, expresa: “Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley, sin consideración a su sexo, raza, idioma, religión, convicciones políticas y posición social y personal”.

⁴³³ Ross, 1970, p. 227 ss.

⁴³⁴ Derogado por el art. 1 de la Ley N° 26758, del 08 de marzo de 1997.

⁴³⁵ ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 3319-95 Arequipa, en ROJIASI, 1997, p. 109; Cfr. ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 3319-95 Lambayeque, en ROJIASI, 1997, p. 122.

de modo específico, se atenúa o agrava la represión de ciertos delitos en consideración de circunstancias particulares del sujeto activo (la condición de madre en caso de infanticidio o de tutor, curador, albacea en el delito de apropiación ilícita).

La regulación constitucional de la igualdad formal no excluye que, en nuestra legislación, se reconozcan algunas excepciones en consideración de la función que desempeñan algunas personas. Constituyen circunstancias que impiden aplicar el derecho penal común a las personas concernidas, ya sea de manera temporal o definitiva, en relación con todos sus actos o sólo con algunos. El mismo criterio de la igualdad supone que se traten dos situaciones similares de modo semejante, y de manera diferente en la medida en que son distintas⁴³⁶. Si según las reglas referentes a la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas, ésta no se aplica siempre de forma igual, estas excepciones legales no merman sin embargo el carácter obligatorio absoluto de la misma. La ley es siempre obligatoria para todos los que, encontrándose en situaciones equivalentes, merecen un tratamiento similar. Además, hay que tener en cuenta si la exclusión concierne la aplicación de la ley penal sustantiva o la jurisdicción penal. Nos referiremos sólo a los problemas vinculados con la aplicación del derecho penal material⁴³⁷ y no a los concernientes a la jurisdicción, ya que ésta corresponde al derecho procesal. 922

II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno

Las derogaciones al principio de igualdad se distinguen de las reglas relativas al ámbito territorial o temporal de la ley porque no delimitan de manera directa un cierto ámbito de aplicación, sino que constituyen un sistema de excepciones, algunas de las cuales son consideradas con frecuencia como simples restricciones al derecho penal internacional⁴³⁸. 923

Así, se extraen del dominio de aplicación de la ley penal común a algunas personas (menores de 18 años⁴³⁹, diplomáticos, funcionarios) o se les 924

⁴³⁶ Cfr. ATF 107 Ia 228.

⁴³⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 19 I; SOLER, 1976a, T.I, p. 199.

⁴³⁸ STRATENWERTH, 2000b, § 5 N° 2 y 26; Cfr. también MAURACH/ZIPE, 1992, § 11 I N° 2 y § 11 II N° 39; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 101 ss.

⁴³⁹ Ley N° 26447, del 21 de abril de 1995, que deroga el DL N° 25564. Según el art. 18 inc. 2 del NCPP, la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer “los hechos punibles

somete a reglas especiales (adolescentes, militares). Las reglas que prevén estas excepciones forman parte sea del derecho sustantivo o del derecho procesal. Su fundamento se encuentra en el derecho interno o el derecho internacional; por esto, en el art. 10, se dice que las prerrogativas “habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales”. En este sentido, se puede hablar de que la legalidad de las excepciones implica un *numerus clausus* de las mismas.

- 925 Conforme dispone el art. 99 Const., el órgano competente para iniciar una investigación por la presunta comisión de un delito, en el caso del Presidente de la República, Congresistas, Ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República, es la Comisión Permanente del Congreso, vía trámite parlamentario de antejuicio político. Es preciso resaltar que éste es una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal, precisamente porque de su resultado depende la iniciación formal de la persecución penal, siendo aplicable las consecuencias jurídicas dispuestas en el art. 84. Así, lo reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Exp. N° 5068-2006-HC/TC (F.J. 12)⁴⁴⁰.

1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio

- 926 Los congresistas, representantes de la Nación, no “están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación”. Esta inviolabilidad es indispensable para que puedan ejercer en libertad y tranquilidad sus funciones. Así, no pueden ser objeto de medidas de coerción directas; por ejemplo, detenidos o sometidos a proceso como cualquier persona. Este privilegio está complementado por la inviolabilidad del recinto del Congreso, estatuida mediante la prohibición de que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional ingresen a éste (art. 98, inc. 2, Const.). Sin embargo, esto no significa que los actos por ellos cometidos no puedan constituir infracciones y, por lo tanto, dar lugar, por ejemplo, a la legítima defensa⁴⁴¹.

cometidos por adolescentes”.

⁴⁴⁰ Así, sostuvo el Tribunal Constitucional en la STC del 15 de noviembre de 2006, Exp. N° 5068-2006-HC/TC (asunto Tineo Cabrera) que “el trámite parlamentario en el antejuicio político suspende la prescripción penal... En el caso concreto, dado que el recurrente gozaba de la prerrogativa del antejuicio político, es evidente que aquel era un trámite indispensable, como paso previo, para que se diera inicio al proceso penal”.

⁴⁴¹ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 19 II 3.

En el ámbito penal, este privilegio implica que su titular no pueda ser perseguido ni sancionado mientras ejerza su cargo. De acuerdo con el art. 93, inc. 3, Const., los congresistas “no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento”⁴⁴². Esta inmunidad penal es un obstáculo de orden procesal. 927

Por el contrario, respecto a algunos actos que cometan en el ejercicio de su función se otorga el beneficio de la inviolabilidad. Así, según el art. 93, p. 2, Const., “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”. De allí que ellos no pueden ser sancionados por ningún delito de expresión que cometan al exponer opiniones durante el desempeño de su cargo; por ejemplo, injuria (art. 130), difamación (art. 132), desacato (art. 375). Se trata en buena medida de una causa de justificación, en el sentido de que realizan un acto típico en el ejercicio de sus funciones⁴⁴³. 928

2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio

El Presidente de la República no goza del privilegio de la inviolabilidad, reconocido en favor de los congresistas, respecto a delitos de función o delitos comunes. La ley penal no deja de aplicársele, pero, para ser perseguido penalmente, es necesario que sea suspendido en el ejercicio de su cargo por el Congreso y sometido a antejuicio (art. 100 Const.). Éste es iniciado mediante la acusación constitucional a cargo de la Comisión Permanente del Congreso (art. 99 Const.)⁴⁴⁴. 929

De conformidad con el art. 117 Const., el Presidente “sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso [“si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros”], salvo en los casos previstos en el art. 134 Const., y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y 930

⁴⁴² SOLER, 1976a, T.I, p. 199; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 251; PEÑA CABRERA, 1995, p. 244.

⁴⁴³ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 119

⁴⁴⁴ El trámite parlamentario está previsto en el denominado T.U.O del Reglamento del Congreso, publicado el 30 de junio de 1998.

otros organismos del sistema electoral”. Para comprender mejor los alcances de este privilegio hay que considerar, que terminado el mandato presidencial, queda la acción expedita para perseguir al ex presidente por los otros delitos que hubiera cometido “durante su periodo”, sin que el tiempo transcurrido pueda ser tenido en cuenta para los efectos de la prescripción⁴⁴⁵.

3. Ministros de Estado

- 931 Los Ministros de Estado sólo gozan del privilegio procesal de antejuicio (art. 99 Const.); puesto que el art. 128, inc. 1, declara que “son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan”. Y, en el inc. 2, que “son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente”⁴⁴⁶.

4. Vocales de la Corte Suprema

- 932 En relación con estos funcionarios, a los que la LOPJ reconoce el rango de Ministros, los arts. 99 y 100 de la Carta Fundamental estatuyen el privilegio del antejuicio por las infracciones que cometan contra la Constitución y por todo delito que realicen en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas.

5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos

- 933 El primero es, en relación con los segundos, *primus inter pares*. De acuerdo con el penúltimo párrafo del art. 158 Const., los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. En consecuencia, el Fiscal de la Nación y los Fiscales Supremos se benefician del privilegio del antejuicio, regulado en los arts. 99 y 100 Const. Así lo prevé, expresamente, el art. 18 de la LOMP⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ HURTADO POZO, 2005; p. 342; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 249.

⁴⁴⁶ PAREJA, 1973, p. 266.

⁴⁴⁷ Cfr. HURTADO POZO, 1984, p. 113 ss.

6. Magistrados del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, denominación preferible a la de Tribunal de Garantías Constitucionales empleada en la Constitución de 1979, es el órgano, autónomo e independiente, de control de la Constitución. Sus siete miembros, elegidos por cinco años, gozan de la misma inmunidad y de los mismos privilegios que los congresistas (art. 201 Const.). En el art. 14 de la Ley N° 26435, del 6 de enero de 1995, denominada LOTC, se habla de los mismos derechos y prerrogativas. En el art. 13 de esta misma ley, se estatuye, a semejanza de lo establecido respecto a los congresistas, que sus miembros no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucción de ninguna autoridad; así mismo de que gozan de inviolabilidad. En este sentido y para asegurar su libertad y autonomía, se decreta también que no responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad. Además, se dispone que no pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito. En caso de infracción de la Constitución (arts. 99 y 100) y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, sólo serán procesados previo antejuicio, iniciado mediante acusación constitucional. 934

7. Defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo tiene la función de “defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía” (art. 162 Const.). Su representante, el Defensor del Pueblo, elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal, según el art. 161, inc. 3, Const. goza de la inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas. En este marco, en el art. 5 de la LODP (Ley N° 26520, del 8 de agosto de 1995), se establece que el Defensor del Pueblo goza de “total independencia en el ejercicio de sus funciones, no está sujeto a mandato imperativo, ni recibe instrucciones de ninguna autoridad”; así mismo que se beneficia de “inmunidad” y “no puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo flagrante delito” (también, arts. 99 y 100 Const.). 935

8. Contralor General

Responsable de la Controlaría General de la República (art. 82 Const.), órgano superior del Sistema Nacional de Control, es elegido por el Congreso 936

a propuesta del Poder Ejecutivo y goza del privilegio del antejuicio, conforme a los arts. 99 y 100 Const.

III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional

1. Jefes de Estado extranjeros

937 De acuerdo con el art. 297 del Código Bustamante, están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados, que se encuentren en su territorio. De esta manera, se consagra la inviolabilidad de los Jefes de Estado, representantes oficiales de la soberanía de sus propias Naciones. Su sometimiento a las leyes extranjeras no estaría acorde con los intereses del Estado que representan. Sin embargo, este privilegio no significa impunidad, en razón a que quedan sujetos a lo estatuido en la legislación de su propio país.

938 El Tratado de Montevideo de 1889, suscrito y ratificado por el Perú, no contiene disposición expresa en relación con los Jefes de Estado. Por el contrario, en el de 1940 sí se prevé de modo expreso su caso, extendiendo el goce del privilegio además a los miembros de su séquito⁴⁴⁸.

2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios:

939 La costumbre de enviar y recibir embajadores permanentes se desarrolló a fines del siglo XV y parece que tuvo su origen cuando en los principales Estados europeos se organizaron fuerzas armadas permanentes. Y casi desde sus inicios, los juristas consideraron su inviolabilidad como la piedra angular del “*jus legationis*”⁴⁴⁹. Los problemas surgieron cuando se comprendió que la independencia de los Embajadores era el complemento necesario de su inviolabilidad y que la misma no podía ser alcanzada sino con su no sometimiento a la jurisdicción penal o civil del Estado huésped. Fue Hugo Grocio, quien luego de aceptar las opiniones tradicionales de que el Embajador personificaba a su Soberano y que llevaba consigo su propia ley, afirmó que éste debía ser considerado jurídicamente como encontrándose “*extra territorium*”⁴⁵⁰. Este criterio de la extraterritorialidad fue en general aceptado hasta inicios del siglo pasado.

⁴⁴⁸ Ver art. 7, inc. 2.

⁴⁴⁹ Consultar el excelente trabajo de SIMMONDS, 1959, p. 170 ss.

⁴⁵⁰ Cfr. CAHIER, 1974, p. 186; KRAFFT, 1984, p. 141.

En la actualidad, esta justificación ha sido abandonada por constituir una ficción innecesaria. Se invoca la denominada teoría del interés de la función, estatuida en el preámbulo de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas⁴⁵¹. Según este criterio, la finalidad de los privilegios reconocidos a los diplomáticos (*völkerrechtliche Privilegien*) no es la de “conceder ventajas a los individuos, sino de garantizar el cumplimiento eficaz de sus misiones diplomáticas en tanto que representantes de los Estados”⁴⁵². De modo que es en el interés común de las relaciones internacionales que los representantes diplomáticos gozan de ciertos privilegios jurídicos. 940

De acuerdo con la Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos (del 20 de febrero de 1928), los mismos están exentos de toda jurisdicción civil y/o criminal del Estado ante el cual se encuentran acreditados, no pudiendo, salvo autorización de su gobierno para renunciar a tal privilegio, ser procesados ni juzgados sino por sus propios Tribunales (art. 19). Además, se establece que la inviolabilidad se extiende a todo funcionario diplomático, al personal oficial de la representación, a los familiares que viven bajo el mismo techo, y a los papeles, archivos y correspondencia de la misión (art. 14). Casi lo mismo se establece en el art. 298 del Código Bustamante. 941

A los Representantes Consulares, que se limitan a ejercer funciones de índole comercial y administrativa, se les excluye, con frecuencia, de la inviolabilidad reconocida a los Embajadores y a su séquito⁴⁵³. 942

3. Fuerzas armadas extranjeras

El art. 299 del Código Bustamante establece, en el supuesto caso de que un Estado contratante haya autorizado la ocupación temporal y parcial de su territorio, que este Estado no perseguirá ni aplicará sus leyes penales a los autores de delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares. La represión penal incumbe, de esta manera, al Estado al cual pertenecen las tropas extranjeras. En el Tratado de Montevideo de 1889, no se estableció norma alguna con relación a esta situación. En el año 1940, se determinó que el juzgamiento de los miembros de un cuerpo de ejército sería realizado conforme a “los principios señalados por el Derecho Internacional 943

⁴⁵¹ Aprobada el 18 abril 1961.

⁴⁵² KRAFFT, 1984, p. 150; Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 245.

⁴⁵³ Ver art. 335, que reprime la violación de las inmunidades del jefe de un Estado o de algún agente diplomático, en tanto que infracción contraria a las relaciones exteriores del Estado.

Público”, cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tuviera relación legal con dicho ejército.

IV. Derecho penal de menores

- 944 En el Código de los Niños y Adolescentes, se trata de regular todo lo referente a los menores, comprendidas las cuestiones de derecho penal. De esta manera, han sido derogadas o modificadas las disposiciones sobre menores contenidas en el Código. Sin embargo, no se ha mantenido la debida concordancia entre ambas leyes. Es notable, por ejemplo, el hecho de que en el primero se contradiga el criterio básico consistente en rechazar toda regla fundada en el denominado derecho penal de autor.
- 945 Desde el título mismo del código, se distingue entre niños y adolescentes. El criterio utilizado para efectuar esta clasificación es bastante confuso respecto al derecho penal, pues, resulta más apropiado para el carácter general del mismo código, el que comprende, por ejemplo, tanto el aspecto civil como el represivo.
- 946 En el art. I, pf. 1, se determinan dos categorías de menores. Se considera, “niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”. Esta edad límite corresponde a la de la minoría penal estatuida en el art. 20, inc. 2.
- 947 Según los arts. IV, pf. 3, y 184, en “caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección”. La consecuencia absurda y no pensada es que se abre la posibilidad de aplicar estas medidas a partir de la concepción del nuevo ser y que también se comprendan, como posibles agentes de comportamientos penales al embrión y al feto, incluidos en la definición de niño. Los niños están del todo fuera del derecho penal.
- 948 En cuanto a los adolescentes, con falta de técnica legislativa, se ha considerado necesario definir al: “adolescente infractor de la ley penal” (fórmula correspondiente a la denominación del Capítulo III, del Libro Cuarto, Título II del Código de los niños y los adolescentes). En el art. 183 de este Código, se dispone que se considera como tal a “aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible como delito o falta en la ley penal”. Si se suprime esta disposición la ley no pierde nada, ya que dicha definición se desprende lógicamente del texto legal. Por esto, no se define, en el Código, al “infractor de la ley penal”.

De conformidad con los arts. IV y 217, a los adolescentes se les aplicarán medidas socio-educativas. De este modo, éstos también son excluidos del ámbito del derecho penal común. Sin embargo, si se leen con cuidado las disposiciones que les conciernen, son sujetos de un derecho penal especial bastante represivo⁴⁵⁴.

La delimitación genérica de las categorías de niños y adolescentes en el art. I del Código correspondiente tiene también efectos indeseados respecto a la parte especial. Así, al disponerse en el pf. 2, *in initio*, del art. I que el “Estado protege al concebido para todo lo que le favorece” y, en el art. II, que el “niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica”, al mismo tiempo que, en el art. 1, se estatuye que “el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”, cabe preguntar si es aún coherente distinguir entre aborto y homicidio, puesto que se está considerando que el embrión es una persona y, por tanto, víctima según lo previsto en el art. 106. 949

La regulación de las medidas carece de técnica legislativa, en cuanto están establecidas junto a las aplicables a los niños o adolescentes en “presunto estado de abandono” (art. 243). En primer lugar, se indican las medidas socio-educativas correspondientes a los adolescentes (arts. 229 ss.) y luego las medidas de protección aplicables a los niños (art. 242). Si bien se afirma que están sobre todo destinadas a la protección de los menores y adecuadas a su personalidad, en varios casos su aspecto punitivo no puede ser ocultado por la simple terminología utilizada. Por ejemplo, el hecho de designar una de las sanciones con la expresión “libertad restringida” (art. 234) es sólo un eufemismo, ya que consiste en la “la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente” para sujetarse al “Programa de Libertad Restringida, tendente a su orientación, educación y reinserción”, por “un término máximo de doce meses”. Lo mismo se puede decir en relación con la medida de “internación (sic) en un establecimiento para tratamiento”, la que está definida, en el art. 235, como “una medida privativa de libertad”, que se “aplicará como último recurso por el período mínimo necesario, el cual no excederá de tres años”. Esta medida ha sido prevista para los casos de “un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código y cuya pena sea mayor de cuatro años” (art. 236, lit. a, de “reiteración en la perpetración de otras infracciones graves” (art. 236, lit. b y de “incumplimiento injustificado y reiterado de la me- 950

⁴⁵⁴ Cfr. *infra* N° 1635 ss.

didada socio-educativa impuesta” (art. 236, lit. c). Tratándose de adolescentes entre 12 y 18 años que cometan el denominado “pandillaje pernicioso” (art. 193 a 199), la “internación”, según las circunstancias, puede durar hasta seis años (art. 195) y ha sido prevista para diversos hechos.

- 951 Atención particular y rechazo firme merece la regulación del denominado “pandillaje pernicioso” (arts. 193 a 199). Su descripción contradice el principio de legalidad. En el art. 193, se estatuye que “se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas”. La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aún de modo ocasional, una pandilla y cometan actos tendientes a (elemento subjetivo del tipo legal) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman realmente. La medida prevista para esta figura delictiva básica es la de “internación” no mayor de tres años y, en el caso agravado del art. 195, de hasta seis años. De acuerdo con el art. 235, “la internación es una medida privativa de libertad”; por tanto, no difiere de una pena privativa de la libertad por más que se le llame medida socio-curativa.
- 952 La trapacería legislativa es doble. Por un lado, al ocultar la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, al pasar de contrabando una figura delictiva que está muy vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley N° 26447, que dejó sin efecto la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal, fijado en 18 años en el art. 20, inc. 2. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política criminal tuitiva. Este proceder muestra falta de ética, además de la ignorancia y desconocimiento de la técnica legislativa, de quienes favorecieron este tipo de disposiciones.

V. Derecho penal militar

1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar

- 953 Para tratar la manera como se regula la aplicación de la ley penal a los militares y policías es indispensable tener en cuenta el contexto general constituido por la legislación penal militar material y procesal. Por esto

conviene, aunque sea de manera muy breve, describir en forma somera la denominada justicia militar.

La legislación penal militar ocupa un amplio campo en el sistema jurídico nacional. La amplitud alcanzada por la competencia de los órganos judiciales militares es también desmesurada. La evolución de la legislación militar muestra una permanente y acentuada tendencia hacia la represión y la violación tanto de los principios del derecho penal liberal como del debido proceso⁴⁵⁵. Las causas de esta situación anómala no hay que buscarlas sólo en el ámbito limitado de las instituciones militares y policiales, sino en la excesiva influencia castrense en la vida del país. 954

En el art. 139 Const., se prevé como “jurisdicción independiente” la militar. Dos errores contiene esta declaración, por un lado, contradecir la unidad y exclusividad de la jurisdicción del Estado, afirmada en el pf. 1 de la misma disposición y, por otro, hablar de jurisdicción en lugar de competencia de los jueces militares. Éstos deben estar integrados en el sistema judicial general, como órganos especializados para conocer los asuntos penales militares y no conformando un sistema independiente. En la práctica y a pesar de lo dispuesto en el art. 141 Const., la Corte Suprema no tiene ninguna posibilidad de conocer en casación las decisiones de los tribunales castrenses⁴⁵⁶. 955

En cuanto a las personas sometidas a la competencia de la justicia militar, en el art. 173, se menciona a los militares y policías en el caso de “delito de función”, pero al mismo tiempo se amplía esta competencia a los civiles cuando se trate de delitos de traición a la patria y de terrorismo. De esta manera, se acentuó la tendencia seguida en las Constituciones de 1933 y 1979, abandonándose de manera radical el criterio establecido en el art. 156 Const. de 1920. Según esta disposición, “la Justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional”. 956

La admisión en esta última de este criterio liberal constituyó el triunfo de una corriente favorable a restringir, de manera conveniente, los alcances del fuero militar. Criterio que se impuso, así mismo, en la elaboración del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, art. 10. 957

⁴⁵⁵ DOIG, 2002, p. 27 ss.

⁴⁵⁶ GARCIA BELANUNDE, 1993, p. 247.

958 Resulta oportuno recordar lo que, respecto del CJM de 1963⁴⁵⁷, retomado casi integralmente en el derogado CJM⁴⁵⁸, afirmó Abraham Talavera: “todos los cuestionamientos que se han ido haciendo en cada uno de los cuerpos legales comentados (CJM de 1898, 1939 y 1950), se consolidan en este Código, de tal manera que no contiene nada positivo, siendo una involución jurídica”⁴⁵⁹. Así mismo, destacó que son características de este Código “el juzgamiento de ausentes, gran apertura a considerar dentro de su jurisdicción a la civilidad, incorporación de figuras delictivas cuyos bienes jurídicos (protegidos) corresponden al Derecho penal común”⁴⁶⁰.

a. Legislación desde 1980

959 En 1980, la legislación relativa a la justicia militar fue modificada para adaptarla a la Constitución de 1979. Se promulgó el nuevo CJM de 1980⁴⁶¹ y la LOJM⁴⁶². La celeridad con la que el Gobierno militar, en las postrimerías de su régimen, procedió a realizar esta reforma implicó que, una vez más, las “leyes” fundamentales de la justicia militar fueran elaboradas de manera pretoriana por los mismos interesados. Esta circunstancia explica por qué dichos cambios no constituyeron una renovación esencial. Así, la parte relativa al derecho penal del CJM siguió, en buena cuenta, manteniendo reglas provenientes del primer Código Penal civil de 1863. De modo que las nociones fundamentales de la parte general eran diferentes a las del código sustantivo de 1924; caso raro de duplicidad normativa en un mismo dominio y en el mismo país.

960 A pesar de la reforma constitucional que culminó con la adopción, en 1993, de una nueva Constitución, no se procedió a una inmediata reforma de la legislación penal militar, como sucedió en 1980. Las modificaciones efectuadas fueron condicionadas por la situación política. Así, a través de la Ley N° 26677, del 24 de octubre de 1996, se reformaron diversos artículos de la LOJM y del derogado CJM. De esta manera, el derecho penal y el sistema judicial castrense, continuaron siendo utilizados de manera intensa bajo la lógica de la “política de evitación del Poder Judicial” y de excepción con respecto al derecho penal común.

⁴⁵⁷ DL N° 14613, del 24 de julio de 1963.

⁴⁵⁸ DL N° 23214, del 24 de julio de 1980.

⁴⁵⁹ TALAVERA, 1976, p. 132.

⁴⁶⁰ TALAVERA, 1976, p. 212.

⁴⁶¹ DL N° 23214, del 24 de julio de 1980.

⁴⁶² DL N° 23201, del 19 de julio de 1980.

En 2001, el Ministerio de Defensa del denominado Gobierno de transición a la democracia dio a conocer un proyecto de reforma de la legislación penal militar⁴⁶³, solicitando sugerencias y comentarios a todo aquel que creyera conveniente hacerlas. Así mismo, el Poder Ejecutivo, presentó al Congreso sendos proyectos para reformar el CJM y la LOJM⁴⁶⁴. Archivados al finalizar el periodo parlamentario del gobierno de transición, su trámite fue actualizado en octubre del 2001 en el nuevo Congreso⁴⁶⁵. El Consejo Supremo de Justicia Militar tomó también la iniciativa de presentar nuevos proyectos, que el Congreso admitió a trámite⁴⁶⁶. 961

Todas estas iniciativas de reforma estuvieron condicionadas por los resultados de las discusiones y trámites de revisión de la Constitución. Por la Ley N° 27600, se encargó a la Comisión de Constitución del Parlamento de revisar de manera integral la Constitución y proponer un proyecto de reforma total, tomando en consideración, en especial, la Constitución de 1979. 962

El modelo de justicia militar establecido mediante el CJM, la LOJM y la Ley sobre las normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las FFAA asumen el control interno⁴⁶⁷, tenía como principales características: (a) la afectación manifiesta de derechos fundamentales de contenido procesal mediante el recorte de garantías personales y la vulneración de principios de la función jurisdiccional; (b) la dependencia orgánica de la jurisdicción militar al Poder Ejecutivo; (c) la falta de un concepto material claro de delito de función como único comportamiento militar o policial objeto de la jurisdicción militar; (d) el sometimiento a la jurisdicción castrense de civiles por la comisión de delitos de traición a la patria, terrorismo o por la simple afectación de intereses militares; (e) la conformación de los tribunales castrenses por militares en situación de actividad, dependientes funcionalmente del Poder Ejecutivo; (f) la índole inquisitiva del proceso militar; (g) el incumplimiento del principio de independencia y objetividad del Ministerio Público⁴⁶⁸. 963

⁴⁶³ Diario oficial El Peruano, del 1 de julio de 2001.

⁴⁶⁴ Proyecto de Ley N° 1966/2000-CR y Proyecto de Ley N° 1967/2000-CR, respectivamente.

⁴⁶⁵ Designados con la numeración siguiente: Proyecto de Ley N° 1107/2001-CR y Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR.

⁴⁶⁶ Bajo las designaciones 1203/2001-CR y 1204/2001-CR.

⁴⁶⁷ Ley N° 24150, del 6 de junio de 1985.

⁴⁶⁸ SAN MARTÍN CASTRO/MENDOZA LLAMACPONCCA, 2010, p. 63 ss.

b. Legislación desde 2006

- 964 La regulación de la justicia militar fue cuestionada debido a algunos cambios políticos en el Estado y a iniciativas de corte democrático de instituciones como la Defensoría del Pueblo y el Colegio de Abogados de Lima. El Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre demandas que exigían se declare la inconstitucionalidad de dicha regulación. En sendas sentencias⁴⁶⁹, declaró fundadas en parte los pedidos de inconstitucionalidad y estatuyó que el Parlamento regule la justicia militar conforme a los criterios establecidos en las sentencias dictadas. El Congreso de la República aprobó la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial⁴⁷⁰, y el denominado CJMP⁴⁷¹.
- 965 La ausencia de un verdadero espíritu de renovación es patente en estas modificaciones legislativas. Entre los aspectos de discutible constitucionalidad, en la primera de las dos leyes antes citadas, se reiteró que los militares en situación de actividad podían asumir funciones “jurisdiccionales”, manteniéndose así la dependencia respecto al Poder Ejecutivo (arts. XII, inc. b; 16, inc. 1; 24, incs. 2, 31 y 49; incs. 1 y 81, inc. 3); se atribuyó a la justicia militar la competencia para resolver acciones de garantía interpuestas a nivel del procesamiento por delitos de función (art. 15, inc. 7); se constituyó una Fiscalía Militar Policial autónoma respecto del Ministerio Público (art. 82, inc. 1). En el código mencionado, se establecieron disposiciones sustantivas que en rigor no se ajustaban al contenido material del delito de función, fundamentalmente porque los tipos legales ahí establecidos redundaban en los ya previstos en el Código y los bienes jurídicos concernidos no eran “privativos”, por ende, la jurisdicción ordinaria era la concernida.
- 966 Frente a esto, la Fiscalía de la Nación formuló una demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley de Organización, Funciones y Competencia, que fue admitida parcialmente por el Tribunal Constitucional⁴⁷². Este tribunal insistió en la falta de voluntad de parte del Congreso para emitir una ley procesal penal militar conforme a los pará-

⁴⁶⁹ STC del del 16 de marzo de 2004, Exp. N° 0017-2003-AI/TC; STC del 09 de junio de 2004, Exp. N° 0023-2003-AI/TC.

⁴⁷⁰ Ley N° 28665, del 7 de enero del 2006

⁴⁷¹ DLeg N° 961, del 11 de enero del 2006.

⁴⁷² STC del 29 de marzo de 2006, Exp. N° 0004-2006-PI/TC.

metros constitucionales que ya había establecido en diversas sentencias⁴⁷³: respeto a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional y de independencia e imparcialidad judicial. Principios jurisdiccionales que –como no podía ser de otra manera– son también vinculantes a nivel de la justicia militar policial⁴⁷⁴.

Por su parte, el Colegio de Abogados de Lima interpuso una nueva demanda de inconstitucionalidad contra esa misma ley, que fue también amparada parcialmente por el Tribunal Constitucional. En su sentencia, volvió a afirmar que infringía principios elementales del Estado de derecho, por que se encargaba el ejercicio de la competencia militar a magistrados militares y policiales en servicio. Además, subrayó la inconstitucionalidad de las funciones atribuidas a la Academia de la Magistratura Militar Policial para la capacitación de jueces y fiscales en materia militar policial. También, confirmó los criterios establecidos por la jurisprudencia en materia de garantías procesales, afectadas por la dación de normas manifiestamente inconstitucionales. 967

Finalmente, el mismo Colegio de Abogados interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el CJMP. En su sentencia, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta y, consecuentemente, inconstitucional muchas de sus disposiciones: las relativas a los delitos de rebelión de personal militar policial (art. 68, incs. 1 a 4), sedición (art. 70, incs. 1 y 4), derrotismo (art. 75), contra las personas protegidas por el derecho internacional humanitario (homicidio, lesiones, tratos crueles e inhumanos, secuestro, violación y explotación sexual, tráfico de órganos y experimentación con seres humanos, ejecución extrajudicial y tratos humillantes o degradantes) (arts. 90, incs. 2 al 9), sus formas agravadas por el resultado de muerte o lesiones graves (art. 91), lesión al enemigo fuera de combate (art. 92), confinación ilegal (art. 93), empleo de métodos prohibidos en las hostilidades y su forma agravada (arts. 95 y 96), saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes (art. 97), abolición de derechos y acciones (art. 98), contra operaciones humanitarias (art. 99), utilización indebida de signos protectores (art. 100), daños extensos y graves al medio natural (art. 101), empleo de medios prohibidos en las hostilidades (art. 102) y sus formas agravadas (art. 103), incapacitación voluntaria para el servicio, así 968

⁴⁷³ STC del 16 de marzo de 2004, Exp. N° 0017-2003-AI/TC y STC del 09 de junio de 2004, Exp. N° 0023-2003-AI/TC.

⁴⁷⁴ DORC, 2003, p. 124 ss.

como sus variantes de simulación y colaboración en la incapacitación para el servicio (arts. 115, 116 y 177), agresión al superior (art. 121), coacción, injuria y difamación al superior (art. 123), así como el delito de amenazas (art. 125) y la causación de lesiones graves al servicio de seguridad (art. 130), contra la función y administración militar policial (art. 134), exceso en la facultad de mando (art. 139), afectación culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando (art. 140), y excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (art. 141), afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno (art. 142), facilitamiento culposo de apropiación de patrimonio de las fuerzas armadas (art. 143), avería o deterioro culposo en obras y arsenales (art. 144), certificación falsa (art. 147), uso indebido de insignias y distintivos (art. 148) y destrucción de documento militar policial (art. 149).

c. Legislación desde 2008

- 969 En 2008, se derogó la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y se la reemplazó por otra con la misma designación⁴⁷⁵. En ella se recogió, casi en su integridad, el dictamen recaído sobre un proyecto de ley⁴⁷⁶ propuesto por la comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República.
- 970 Sin embargo, en dicha ley se incurre en los mismos casos de inconstitucionalidad que en las reformas de 1980 y 2006, No se respetan los principios jurisdiccionales de independencia e imparcialidad, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, ni el de objetividad que la Constitución asigna al Ministerio Público. Así por ejemplo, el art. 15, inc. 2, señala que “los tribunales superiores militares policiales... están conformados por tres (3) vocales superiores con grado militar o policial de Coronel o Capitán de navío, en situación de actividad”. Como ya hemos indicado, la situación de actividad requerida para conformar el Tribunal Superior Militar Policial (art. 15) conlleva a que las funciones de la justicia militar policial dependan del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial, más aun cuando por razones funcionales y orgánicas la situación de actividad militar policial genera obligaciones de jerarquía y obediencia, absolutamente incompatibles con el principio de independencia que la Constitución garantiza a la administración de justicia. Esta situación de dependencia de la justicia militar policial

⁴⁷⁵ Ley N° 29182, del 11 de enero de 2008.

⁴⁷⁶ El Proyecto de Ley N° 1421/2006-CR, del 25 de septiembre de 2007,

al Poder Ejecutivo, que prevé la Ley N° 29182, se manifiesta también en el art. 10, en el que se establece que los “vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena (...) entre los oficiales en actividad del Cuerpo Militar Policial”.

Además, el principio de autonomía del Ministerio Público, que garantiza la Constitución en su art. 158, es vulnerado por la citada ley al disponerse, en su art. 23, que “los Fiscales Supremos del Fuero Militar Policial son nombrados de la misma forma y con el mismo procedimiento a los establecidos para los vocales del Tribunal Supremo Militar Policial”, esto es, que el nombramiento de los Fiscales Supremos depende del Poder Ejecutivo. Esta situación de inconstitucional dependencia se pone también en evidencia, en los arts. 33 a 35 de la citada ley, por la creación de un Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial, paralelo al OCMA y ajeno a la LOPJ. La subordinación laboral y salarial del Fuero Militar Policial al Poder Ejecutivo, conforme se prevé en el art. 56, imposibilita también el cumplimiento del principio de independencia, lo que sin lugar a dudas constituye un claro vicio de inconstitucionalidad; así, el citado dispositivo señala que “los oficiales que desempeñan función jurisdiccional y fiscal en el Fuero Militar Policial están sujetos al régimen laboral establecido en su respectiva institución militar o policial de origen, en las que perciben sus remuneraciones, bonificaciones o pensiones, según su grado y nivel correspondiente, de acuerdo con la ley”. Así mismo, se viola el principio de autonomía, reconocido en los arts. 150 y 151 Const. a favor del Consejo Nacional de la Magistratura como único órgano encargado del nombramiento de jueces y fiscales, al preverse en los arts. 10 y 23 – de la ley en análisis – que es el Presidente de la República quien nombra a los Vocales del Tribunal Supremo y Fiscales Supremos del Fuero Militar Policial. Finalmente, la función constitucional asignada a la Academia de la Magistratura (art. 151 Const.) de formación y capacitación de los jueces y fiscales en todos los niveles, como órgano dependiente del Poder Judicial, no es respetada por la creación de un Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, organismo dependiente de la Presidencia del Tribunal Supremo Militar Policial, con el objeto de “perfeccionar y capacitar a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar Policial”, conforme prevé la única disposición complementaria de la Ley N° 29182. 971

Si bien aún no se ha demandado al Tribunal Constitucional que declare inconstitucional, total o parcialmente, la vigente Ley N° 29182, es previsible que una vez la demanda formulada, ésta sea admitida. Ocasión en que el 972

Tribunal, si es consecuente con sus decisiones anteriores, insistirá en que el Congreso, respetando los principios jurisdiccionales, regule el procedimiento penal e instituya los órganos que la apliquen. Esta regulación debe partir del presupuesto que la justicia militar y policial constituye una especialidad de la jurisdicción del Estado, cuya competencia radica en el procesamiento por delitos de función, mas no una excepción a esta jurisdicción, como se ha admitido erróneamente en las reformas inconstitucionales de la justicia militar policial de las tres últimas décadas.

2. Criterios de aplicación de la ley penal militar

- 973 Según los arts. I, inc. 1, y 187 CJMP, compete a los tribunales castrenses el procesamiento por la comisión de delitos de función, determinados conforme a ciertos requisitos. Aunque éstos fueron establecidos en el art. 7 del mismo código, no fueron respetados al elaborarse la parte especial. Lo que ha motivado que varios de sus artículos hayan sido declarados inconstitucionales. Para precisar los criterios de aplicación de la ley penal militar y policial⁴⁷⁷, la doctrina ha propuesto un conjunto de criterios. Con este fin, ha admitido el concepto material del delito de función y seguido las pautas establecidas en un precedente vinculante de la Corte Suprema⁴⁷⁸.

a. Criterio personal

- 974 Según este criterio, la calificación de delito de función depende sólo de que el hecho haya sido cometido por un miembro de las fuerzas militares o policiales⁴⁷⁹. De manera contradictoria, en el derogado CJM de 1980, art. 319, inc. a, se decía en “razón del delito” y, luego, en el art. 320, se indicaba que “la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas contra los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales y, en general, de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado”. Así, a diferencia de la primera expresión que se refiere a la especificidad del delito cometido, en el art. 320 se considera la condición personal de militar. Este criterio era confirmado en los arts. 321 ss., en los que se enumeraban quiénes eran “militares para los efectos de este Código”.

⁴⁷⁷ Sobre el particular, SAN MARTÍN CASTRO/MENDOZA LLAMACPONCCA, 2010, p. 85 ss.

⁴⁷⁸ Resolución del conflicto de competencia del 17 de diciembre de 2004, Exp. N° 18-2004, Fs.Js. 3, 5, 6 y 7.

⁴⁷⁹ SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 99 ss.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha afirmado, de manera clara, “la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía. Por tanto, la justicia castrense no constituye un ‘fuero personal’ conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un ‘fuero privativo’ centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por éstos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”. Así, suponía que no existe un tipo de delito propiamente castrense. Por lo que es incorrecto asimilar, como se hacía en el art. 323 del CJM de 1980, a la condición de militares a “los civiles por delitos de traición a la patria, en caso de guerra exterior; y por infracciones en la aplicación de la Ley de Servicio Militar”. 975

b. Criterio de lugar de comisión del delito

La poca importancia dada a la índole del delito se pone aún en evidencia cuando en el art. 326 del derogado CJM de 1980, se previó el criterio del lugar de comisión de la infracción. Según esta disposición, la “jurisdicción militar” era competente para conocer de los “delitos cometidos en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles, campamentos, maestranzas, fábricas, talleres, centros de instrucción militar y demás establecimientos militares”. De modo que poco importaba la conducta punible que se cometiere, lo determinante era la protección de los locales mencionados. Sin embargo, no existía ninguna justificación para hacer de los establecimientos militares territorios cerrados para la jurisdicción común. Otro ejemplo de este criterio lo constituyó el art. 10 de la Ley N° 24150, declarada inconstitucional. En este artículo, se disponía que podían ser juzgados por la Justicia Militar “los militares y policías que cometan delitos en las zonas declaradas en emergencia”. 976

c. Criterio material

El criterio de la índole material del delito militar, comprendido de manera correcta, es el que más se adecua al sentido de la regla constitucional relativa a la tipificación de los delitos de función, conforme ha sido dispuesto por la CIDH, y establecido como precedente vinculante por la Corte Suprema, mediante la resolución del conflicto de competencia N° 18-2004, del 17 de diciembre de 2004. 977

Para respetar lo previsto en el art. 173 Const., debe comprenderse que nos encontramos sólo frente a un delito de función cuando exista una vinculación material entre la conducta del agente (militar o policía en actividad) y 978

el objeto jurídicamente protegido en el ámbito funcional castrense. A estos dos factores, se agrega que el comportamiento tenga lugar en el marco de los actos de función de servicio.

3. Noción de delito en la parte general del Código militar

- 979 Los alcances de la competencia penal de los órganos judiciales militares están muy relacionados con la manera como se comprenda la expresión “delito de función”, utilizada en el art. 173 Const. Con este fin, es indispensable indagar qué criterios han sido tenidos en cuenta en la elaboración del CJMP para establecer las características generales del delito (parte general), así como al estatuirse el catálogo de delitos (parte especial).
- 980 Según el art. 7 del CJMP “las disposiciones de este código se aplican a los miembros de la Fuerzas Armadas y Policía Nacional, autores y/o partícipes de los tipos penales militar policial o de función militar policial; de acuerdo con los siguientes criterios: 1) Que se trate de conductas que afecten a las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, relacionado con los fines constitucionales que cumplen dichas instituciones, siendo éste su objeto material de tutela penal militar policial. 2) Que el sujeto activo sea un militar o policía, miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que ha realizado la conducta cuando se encontraba en situación de actividad. 3) Que la conducta punible se perpetre en acto de servicio o con ocasión de él. 4) Que la edad del sujeto activo sea superior a los 18 años”.
- 981 Con el establecimiento de los citados elementos constitutivos del delito de función se supera la vacía y formal descripción que se preveía en el art. 2 del CJM de 1980, el cual se limitaba a señalar que “se consideran delitos y faltas militares las infracciones previstas en este Código”. De modo que no se decía nada acerca de los deberes relativos a la función militar que debían ser violados para que un comportamiento sea calificado como un delito sometido al fuero privativo. Así, se abrían las puertas para que se comprenda en este fuero cualquier delito por el simple hecho de ser incorporado en la parte especial del CJM.
- 982 En el art. 7 del CJMP, se sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la CIDH sobre la materia, en la que se fijan las notas esenciales del concepto material del delito de función, también reconocidas por la Corte Suprema en el precedente vinculante citado. Así, en el inc. 1 se detalla que el objeto de la tutela penal militar debe estar relacionado con los fines constitucionales que cumplen dichas instituciones. En su oportunidad,

este Tribunal⁴⁸⁰ afirmó al respecto que “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”. Por ello, al incriminar delitos de función, se busca resguardar un ámbito institucional que permita el cumplimiento correcto 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 interno⁴⁸¹. De acuerdo con lo expuesto, no constituyen delitos de función, por ausencia del objeto protegido, los 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 éstos no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por tanto, han de ser únicamente protegidos por la legislación ordinaria⁴⁸². Por esto, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los arts. 90, incs. 1 al 9, y 91 del CJMP, que tipificaban los delitos contra las personas protegidas por el derecho internacional humanitario, en su forma básica (art. 90) y agravada (art. 91).

En el inc. 2, se señala que son sujetos activos del delito de función únicamente los militares o policías que cometieron el hecho en situación de actividad. Este requisito permite excluir el juzgamiento de civiles en el fuero militar policial, así como de aquellos miembros de las fuerzas armadas y policiales que cometiesen el hecho en situación de no actividad; descartándose, por tanto, el juzgamiento en el fuero militar policial de aquellos militares en situación de “disponibilidad”, como lo ha reconocido la CIDH en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*⁴⁸³, o que cometieron el hecho luego de su “pase al retiro”, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional⁴⁸⁴. 983

Finalmente, en el inc. 3 se exige que la conducta punible se perpetre en acto de servicio o con ocasión de aquél, esto quiere decir que el hecho debe haber sido cometido dentro del marco de actividades funcionales que se le han asignado por un lapso determinado al militar o policía, por lo que si el hecho no es cometido en el ejercicio de la función atribuida es imposible calificarlo de delito de función. 984

⁴⁸⁰ STC del 16 de marzo de 2004, Exp. N° 017-2003-AI/TC, F.J. 134-A.

⁴⁸¹ SAN MARTÍN CASTRO/MENDOZA LLAMACPONCCA, 2001, p. 87.

⁴⁸² STC del 15 de diciembre 2006, Exp. N° 00012-2006-AI/TC, F.J. 38.

⁴⁸³ SCIDH del 29 de agosto de 1999, recaída sobre el caso “Cesti Hurtado”.

⁴⁸⁴ STC del 19 de julio de 1998, Exp. N° 0585-96-HC/TC, F.J. 3.C.

985 En consecuencia, los requisitos constitutivos del delito de función recogidos en el art. 7 CJMP son reflejo de lo que en su oportunidad reconoció el Tribunal Constitucional cuando afirmó que “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. Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el CJM. 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»⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ STC del 15 de diciembre de 2006, Exp. N° 00012-2006-AI/TC, FJ. 38.