



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
(Universidad del Perú, DECANA DE AMERICA)  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

GERMAN J. BIDART CAMPOS - JOSE F. PALOMINO MANCHEGO  
(COORDINADORES)

# JURISDICCION MILITAR Y CONSTITUCION EN IBEROAMERICA

(LIBRO-HOMENAJE A DOMINGO GARCIA BELAUNDE)

CENTURION MORINIGO - SAGÜES  
FERNANDEZ SEGADO - SEMINO  
ETO CRUZ - PINTO FERREIRA  
BREWER CARIAS - MIGUEL HARB  
FIX-ZAMUDIO - LANDA ARROYO  
DE VERGOTTINI - DA SILVA - QUINTERO

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
(SECCION PERUANA)



GRIJLEY



**JURISDICCION MILITAR Y  
CONSTITUCION EN IBEROAMERICA**



**GERMAN J. BIDART CAMPOS - JOSE F. PALOMINO MANCHEGO**  
(COORDINADORES)

---

**BREWER CARIAS - CENTURION MORINIGO - DA SILVA  
DE VERGOTTINI - ETO CRUZ - FERNANDEZ SEGADO  
FIX-ZAMUDIO - MIGUEL HARB - LANDA ARROYO  
PINTO FERREIRA - QUINTERO - SAGÜES - SEMINO**

**JURISDICCION MILITAR Y  
CONSTITUCION EN IBEROAMERICA**  
(LIBRO-HOMENAJE A DOMINGO GARCIA BELAUNDE)

**INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**  
(SECCION PERUANA)



**GRIJLEY**

**Primera edición: junio 1997.**

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.*

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

© 1997 - Editora Jurídica **GRIJLEY** - Lima, Perú

Jr. Lampa 1115 Of. 203 - Lima 1. Teléfono: 427-6038 - Telefax: 427-7854



Editora y Distribuidora Jurídica **Grijley** E.I.R.L.

---

---

# BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

---

---

11

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

*Rector:* CÉSAR PAREDES MANRIQUE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

*Decano:* JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL

*Miembros fundadores:*

- Manuel BARQUÍN
- Germán J. BIDART CAMPOS
- Jorge CARPIZO
- Héctor FIX-ZAMUDIO
- Pedro José FRÍAS
- Domingo GARCÍA BELAUNDE
- Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA
- Manuel GARCÍA-PELAYO (†)
- Mario JUSTO LÓPEZ (†)
- Alberto MENESES-DIREITO
- Luiz PINTO FERREIRA
- Humberto QUIROGA LAVIÉ
- Luis Carlos SÁCHICA
- Rolando TAMAYO Y SALMORÁN
- Diego VALADÉS
- Jorge R. VANOSSI
- Enrique VESCOVI

SECCION PERUANA

*Presidente:*

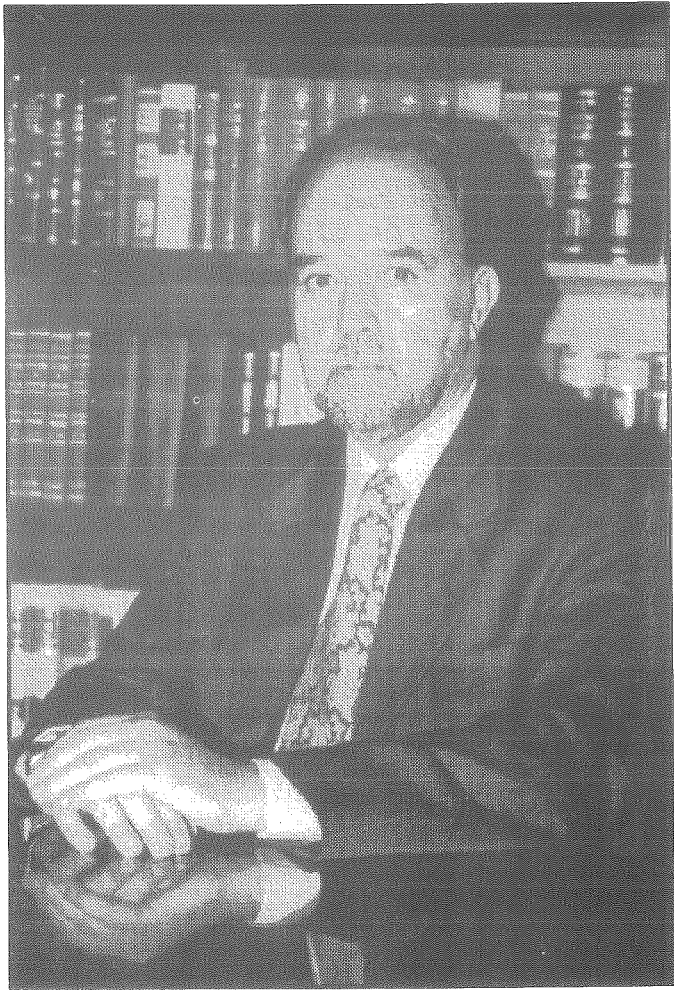
FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA

*Secretario:*

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO







*Handwritten signature*



## PRESENTACION

### I. LA RAZON DE SER DE UN HOMENAJE

Con motivo de cumplir cincuenta años de existencia y veinticinco años de fecunda docencia universitaria, un grupo de amigos, colegas, profesores y discípulos de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, plenamente identificados en el terreno académico, hemos estimado conveniente rendirle un homenaje sencillo y espontáneo, pero de gran significado intelectual, como testimonio científico y reconocimiento de gratitud. ¡Y qué mejor que con el presente "Libro-Homenaje" rotulado *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica!* El título, rico y amplio en contenido, merece una justificada y breve explicación. Los constitucionalistas que habían dedicado sus soberanos esfuerzos tanto a la parte dogmática como a la parte orgánica de la Constitución con sentido común, tenían que rubricar su pensamiento enfocando el tema, por demás muy delicado, de la Jurisdicción Militar, encuadrado y contraído constitucionalmente. La experiencia demuestra que la vida de la milicia, mediante la Jurisdicción Militar, ha sido faro de atención en países tales como Argentina, Brasil, Uruguay y Chile, debido a los regímenes militares; aun cuando en otros Estados, como es el caso de Costa Rica y Panamá, no tienen campo de acción. Ello dio motivo para que, a propósito de homenajear la dilatada trayectoria académica de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, la Jurisdicción Militar constituya en esta oportunidad la faena intelectual y el vehículo de expresión de los constitucionalistas que aquí colaboran. Y a renglón seguido, intimarlo, como dos ejes, con el tema de la Jurisdicción Constitucional. De ahí, pues, el porqué del título de *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*.

Sentado lo anterior, conviene recordar que los homenajes que se tributan por escrito para testimoniar y corresponder a los maestros,

constituyen cada día la radiografía en la cual se apuntala el trabajo y la talla científica del homenajeado y de los participantes. No está demás traer a la memoria que, en el lenguaje del Derecho Constitucional, a título provisorio, se han publicado los siguientes homenajes: *Mélanges HAURIUO* (París, 1929); *Studi filosofici giuridici dedicati al Professore GIORGIO DEL VECCHIO* (Módena, 1931); *Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG* (París, 1933); *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di LUIGI ROSSI* (Milano, 1952); *Homenaje a D. NICOLÁS PÉREZ SERRANO* (2 ts., Madrid, 1959); *Studi in onore di EMILIO CROSA* (2 ts., Milano, 1960); *Law, State, and International Order: Essays in Honor of HANS KELSEN* (Knoxville, 1964); *Festschrift für GERHARD LEIBHOLZ* (2 ts., Tübingen, 1966); *Mélanges offerts a GEORGES BURDEAU* (París, 1977); *Libro Homenaje a MANUEL GARCÍA-PELAYO* (2 ts., Caracas, 1980); *Scritti in onore di EGIDO TOSATO* (3 ts., Milano, 1984); *Estudios en Homenaje al Profesor DIEGO SEVILLA ANDRÉS* (2 ts., Valencia, 1984); *Scritti in onore di VEZIO CRISAFULLI* (2 ts., Padova, 1985); *Homenaje a CARLOS RUIZ DEL CASTILLO* (Madrid, 1985); *Studi in onore di PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA* (Milano, 1987); *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en Hommage a MAURICE DUVERGER* (París, 1987); *Estudios en Homenaje al Dr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO* (3 ts., México, D.F., 1988); *Festschrift für CARL SCHMITT* (Berlín, reimpresión, 1989); *COSTANTINO MORTATI: Costituzionalista calabrese* (Napoli, 1989); *Homenaje a CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA* (2 ts., Bogotá, 1993); *Estudios de Derecho Público en Homenaje a IGNACIO DE OTTO* (Oviedo, 1993); *El Derecho Público actual. Homenaje al profesor PABLO A. RAMELLA* (Buenos Aires, 1994); y *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en Homenaje a JORGE CARPIZO* (México, D.F., 1994).

Por citar algunos ejemplos más, a guisa de recordación, las revistas también se han ocupado de homenajear a los científicos. Ahí están el *Homenaje a PABLO LUCAS VERDÚ* (Revista de Política Comparada, núms. 10-11, Madrid, 1984), y los *Estudios en Homenaje al profesor Don LUIS SÁNCHEZ AGESTA* (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 15, Madrid, 1989).

## II. PERFIL HUMANO Y ACADEMICO DE UN CONSTITUCIONALISTA

De pasada, debemos desgajar la vastísima actividad desarrollada, sin mácula, por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, quien nació en Lima el 13 de

julio de 1944. Su período formativo, o sea, sus estudios primarios y secundarios los inició en el Colegio La Inmaculada de los padres jesuitas. A continuación, los estudios universitarios los realizó paulatinamente en la Facultad de Letras (1961-1962) y en la Facultad de Derecho (1963-1967) de la Pontificia Universidad Católica; los estudios de la doctoral de Filosofía tanto en la Facultad de Letras de la Universidad Católica (1963) como también en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1964-1965); y la doctoral de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1968).

Las investigaciones que efectuó GARCÍA BELAUNDE en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin (USA), dentro de un Programa Cooperativo entre dicha Universidad y la Universidad Católica (1969), fue decisiva para su formación y evolución intelectual. En esa línea de pensamiento y visión científica, el célebre historiador JORGE BASADRE no se equivocó cuando en la década de los años setenta sentenció: "GARCÍA BELAUNDE, especializado en esta materia –se refiere al Derecho Constitucional– en la Universidad de Wisconsin, rompe la perspectiva legalista de ella, el culto a la norma, e incluye en sus cursos las instituciones políticas y las fuerzas y realidades que, sin estar reconocidas oficialmente o aún estándolo, tienden a crear lazos en torno al Poder con fines de dominio. Quiere, asimismo, que el alumno no sólo se informe sino que, además interprete y cuestione".

Como resultado de sus estudios universitarios, GARCÍA BELAUNDE es Bachiller en Humanidades (1973), Bachiller en Derecho (1966) y abogado (1968) por la Pontificia Universidad Católica. Y es Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1974).

Escalonando el orden universitario, su carrera académica iniciada en su etapa de juventud, es la siguiente: Instructor del curso de Historia de la Cultura en la Facultad de Letras de la Universidad Católica (1963-1967); Profesor de Introducción al Derecho en la Facultad de Humanidades de la Universidad Católica (1970); Profesor ordinario del área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica (desde 1968); Profesor del curso electivo Derecho Constitucional Especial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica (1970-1976); Profesor contratado de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1973-1975); Profesor contratado de

Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (1974-1981); Profesor ordinario de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (desde 1984); y Profesor de la Maestría con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica (desde 1991). También ha sido creador y primer profesor de los cursos “Derechos Humanos” y “Garantías Constitucionales” (Procesal Constitucional) en la Pontificia Universidad Católica, en los inicios de la década de los ochenta.

Se colige de lo expuesto que GARCÍA BELAUNDE tiene gran parte de su vida consagrada a la enseñanza, a la par que es abogado en pleno ejercicio. Formado en un hogar de honda raíz cristiana GARCÍA BELAUNDE es, sin parangón, un entusiasta animador de vocaciones que orienta, apoya y aconseja con competencia a los alumnos que recién empiezan a moldear sus primeras armas en el mundo jurídico. Siguiendo a JOSÉ ORTEGA Y GASSET, GARCÍA BELAUNDE está convencido que el docente universitario debe “formar vocaciones”. Y acrecienta sus virtudes, demostrando sencillez y humildad cuando consulta algún tema con sus colegas y sus alumnos, no obstante conocerlo y dominarlo. De ahí que GARCÍA BELAUNDE –contertulio de primer orden– no deja de lado el entusiasmo universitario. Siempre recuerda que: “el intercambio de ideas es muy beneficioso”. Bien es verdad que la dieta intelectual que ha recibido GARCÍA BELAUNDE en la cantera familiar por parte de sus maestros, es decir, su padre DOMINGO GARCÍA RADA (†1994), y su abuelo VÍCTOR ANDRÉS BELAUNDE (†1966), ahora la da en el magisterio a sus alumnos y discípulos.

Una gota más. Empleando una metodología atinente, el estudio, la enseñanza *ex cathedra*, y la investigación del Derecho Constitucional General, Comparado, Procesal Constitucional, y del Perú, por parte de GARCÍA BELAUNDE es, desde una perspectiva histórica, doctrinal, legislativa, jurisprudencial y analítica, para luego dar fondo y entroncar su *ethos* pensante con una orientación netamente interpretativa. Prueba de ello son las ideas fértiles puestas de relieve, con elegante caracterización en cada uno de sus trabajos modélicos que a continuación se enumeran, pensados y escritos al compás de su evolución intelectual. Bien es cierto que GARCÍA BELAUNDE se encuentra abocado al menester constitucional y cuyos aportes con estilo depurado y articulados con buena sintaxis, son reconocidos y citados por los autores extranjeros. Quien desee investigar sobre

la Acción de Habeas Corpus, en toda su dimensión, tiene que consultar obligatoriamente dos obras claves de GARCÍA BELAUNDE, a saber: *El Habeas Corpus interpretado* (1971) y *El Habeas Corpus en el Perú* (1979). Más de pronto su ensayo comparativo *El Habeas Corpus en América Latina* (1994) rubrica lo antes expuesto. De ahí pues que, sin exageración, el Habeas Corpus es para GARCÍA BELAUNDE su “criatura más querida” (*sem liebstes kind*). Ampliando el tema diremos que GARCÍA BELAUNDE tiene como zona de atracción la Jurisdicción Constitucional, para lo cual nos remitimos a la vasta literatura sobre el tema que ha trazado, citada en seguida. Apostillemos también que el activismo constitucional y jus-filosófico desarrollado por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE se enlaza como clave del arco con el periodismo de ideas –una arista más en su *pathos* y su *ethos*– que ejercita con criterio riguroso y exposición cristalina. En efecto, GARCÍA BELAUNDE practica el periodismo en los diarios capitalinos y del extranjero, desde su simpática juventud, infundiendo ideas antes que hechos narrativos, con un matiz académico, al estilo de los pensadores europeos y norteamericanos que hacen periodismo.

Quintaesenciando las razones por las cuales GARCÍA BELAUNDE es un constitucionalista de fuste, diremos que es debido a que desde sus años juveniles abraza una inmensa predilección por el Derecho Constitucional, tarea a la cual se viene dedicando cada vez más; su pensamiento se nota en toda su madurez intelectual; sienta bases sobre la actual coyuntura político-constitucional; transmite su experiencia viva interpretando la Constitución con serenidad y objetividad, siguiéndola en sintonía y exponiéndola sistemáticamente; estudia la Constitución desde adentro, precisando todos sus movimientos reflejados en las ideas políticas actuales representadas por los diferentes partidos políticos; se nota en sus trabajos bibliografía riquísima y de primera; y se aprecia originalidad en cada uno de sus labores desde una óptica constructiva y hermenéutica, dejando de lado el simple comentario constitucional exegético. De igual modo, GARCÍA BELAUNDE, ha calado todos los tópicos constitucionales y defendido con tesón los derechos humanos a través de las garantías constitucionales.

### III. LA AFICION POR LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Empero, su devoción y enseñanza apostólica por el Derecho Constitucional se conjuga y remacha con el cultivo de la Filosofía del Derecho.

Desde su primer ensayo sobre la materia etiquetado *La justicia en el pensamiento de ARISTÓTELES (a propósito de un ensayo de HANS KELSEN)* (1967) escrito en plena lozanía juvenil, pasando por *La justicia en los orígenes de la Filosofía del Derecho* (1975), *Conocimiento y Derecho* (1982), *Nota sobre la presencia de la egología en el Perú* (1983), *Tridimensionalismo jurídico: balance y perspectiva* (1984), *¿Existe un derecho natural en la filosofía griega?* (1987), *Variantes hispánicas del tridimensionalismo jurídico* (1988), *La ciencia del derecho y la filosofía del derecho* (1988), *Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico* (1990), *En torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos* (1992), y *Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica* (1995), GARCÍA BELAUNDE ha destilado sus ideas jus-filosóficas con precisión y tono intelectual, asumiendo una postura personal. Al principio, encantado con la corriente del positivismo jurídico, para luego replantear y ubicarse con serias reflexiones en una contextura analítica, sin dejar a la zaga la teoría tridimensional del derecho. Haber hermanado el Derecho Constitucional con la Filosofía del Derecho, inquietudes científicas *por mor*, –una especie de convivencia platónica– ha sido el secreto y el éxito para que GARCÍA BELAUNDE adquiera en grado aceptable progreso, vigor intelectual y, por ende, triunfos en el universo cultural. Y, desde luego, por la disciplina que asume y emplea en el trabajo intelectual y en la investigación científica.

Hay un punto de cardinal importancia en la obra escrita de GARCÍA BELAUNDE. Y es el siguiente. Nuestro homenajeado es un viejo conocedor de la Teoría Pura del Derecho, y de su creador, a la sazón HANS KELSEN. Hallándose de Director de la revista *Thémis*, fue autorizado por el propio KELSEN, mediante carta de 3 de abril de 1967, para publicar el artículo *¿Por qué debe ser obedecida la ley? (Why should the Law be obeyed?)* De otro lado, GARCÍA BELAUNDE ha difundido el pensamiento kelseniano, discrepando en algunos tópicos, en sus clases de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho que dicta en las Universidades Católica, de Lima, sin olvidar San Marcos. Para lo cual ha tenido a la vista las principales obras del jefe de la *Wiener Schule*, algunas de ellas, tales como *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* utilizadas como materiales de enseñanza, y reproducidas a mimeógrafo, justamente por su escasez en nuestro medio. Ese vacío se ha colmado,



gracias a su iniciativa, con la reciente publicación del referido y ya clásico ensayo en la revista *Ius et Veritas*, nº 9, Lima, 1994, editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es más, GARCÍA BELAUNDE, como siempre fino y preciso catador, prosiguiendo su aventura jurídica ha escrito una nota a pie de página, al prólogo que redactó KELSEN con el título de *Un libro de EISENMANN sobre la Corte Constitucional austriaca*, aparecido en la revista *Ius et Praxis*, nº 14, Lima, 1989. En la revista *Ius et Veritas*, nº 6, Lima, 1993, podemos consultar el inhallable artículo de HANS KELSEN *El control de la constitucionalidad de las leyes (Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana)* que del inglés ha traducido GARCÍA BELAUNDE, y ha agregado además una amplia nota explicativa a pie de página, con el consiguiente permiso del *HANS KELSEN-Institut*, cuyo director es ROBERT WALTER. Lo expuesto demuestra cómo se debe asumir la obligación científica y académica por parte del docente universitario, y cómo deben cumplirla todos aquellos que cultivan la Ciencia del Derecho desde sus diferentes perspectivas.

#### IV. MERITOS PUBLICOS Y ACADEMICOS

Entre otras distinciones y condecoraciones nacionales y extranjeras obtenidas por derecho propio, especificaremos que DOMINGO GARCÍA BELAUNDE es Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Miembro del Colegio de Abogados del Callao, Miembro Honorario del Colegio de Abogados de La Libertad, Miembro de la Sociedad Peruana de Filosofía, Miembro del Comité Peruano de la Academia Internacional de Derecho Comparado (con sede en La Haya), Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Buenos Aires, 1974). Vocal del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (desde 1975), Miembro correspondiente de la Asociación Latinoamericana de Informática Jurídica y Derecho Cibernético (con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela), Miembro del Comité Consultivo Internacional de Derecho Constitucional de la Asociación Latinoamericana de Informática Jurídica y Derecho Cibernético, Miembro correspondiente de la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos (ASSLA) con sede en Roma (Italia), Miembro fundador del Grupo de Investigaciones de Derecho Constitucional del Centro de Azione

Latina (con sede en Roma); Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Parlamentario y Constitucional de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina), Miembro de honor del Instituto de Derecho Público y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario (Argentina), Miembro fundador del World Association of Law Professor (Washington), Profesor Distinguido de la Universidad Externado (Colombia), Profesor Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Parlamentario del Senado de la Nación Argentina, Miembro Titular correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Profesor Honorario de las Universidades Nacionales de San Agustín (Arequipa), Altiplano de Puno, de Trujillo, Privada "Los Andes" y Miembro de la Academia Peruana de Derecho.

GARCÍA BELAUNDE también ha participado a nivel internacional en calidad de invitado, como ponente o conferenciante, en un aproximado de sesenta congresos, coloquios, reuniones, jornadas, seminarios, simposios, forums y encuentros.

La conjunción de atributos intelectuales arriba enunciados se complementa con actividades académicas que ha practicado en su condición de Secretario de Redacción de la revista Mercurio Peruano (1966-1967); editor de la revista *Thémis* (1965-1967), publicada en aquella época por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la que fue fundador; editor de la revista *Derecho*, órgano del Programa de Derecho de la Universidad Católica (1969-1971); y Director de la revista *Ius et Praxis*, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima (1984-1991). En alguna oportunidad GARCÍA BELAUNDE ha expresado que: "el propósito de toda revista es despertar inquietudes y comunicar novedades".

Hemos de referir, por último, que GARCÍA BELAUNDE ha volcado su experiencia profesional, sin fisuras, en su actuación como Miembro de diversas Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima (desde 1975); Miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima (1977); Presidente de la Comisión Redactora del Ante-Proyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo (agosto-diciembre de 1981) que se plasmó en una Ley que está en vigencia hasta ahora; Miembro del Consejo Nacional de Cultura (1982-1983); Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio

de Justicia (1985-1986, y nuevamente será en 1996); Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores (1986-1992); y Vicepresidente de la Comisión de Reforma Constitucional del Poder Judicial (1992).

Habida cuenta de todo lo expuesto, el pensamiento fértil y humanista de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE –sus frutos intelectuales– nos lleva a sostener que estamos frente a una de las cabezas más lúcidas del Derecho Constitucional Iberoamericano, que ha pertrechado todos sus conocimientos en favor de la cultura. La impronta de su pensamiento, derramando doctrina en la vida universitaria, y larga producción científica trazada tesoneramente por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, que se refleja en el presente volumen, nos condujo con emotiva sinceridad y lealtad hacia él, a “hacer un aniversario” (*anniversario sacro litare*). En el entretanto, esa lealtad y profundo afecto, acentuemos, perdurará, así nos encontremos como el viejo SÓCRATES agonizante; o, aunque cueste mucho decirlo, hasta cuando nos llegue el día del último viaje.

Buenos Aires, Navidad de 1994-Lima, Semana Santa de 1995.

*Germán J. Bidart Campos*  
*José F. Palomino Manchego*



## BIBLIOGRAFIA DE DOMINGO GARCIA BELAUNDE

### a) Libros y folletos

1. *El constitucionalismo peruano y sus problemas*, Programa Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1970, tomo I; Suplemento al Tomo I, Lima 1971.
2. *El Habeas Corpus interpretado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1971.
3. *La Justicia en los orígenes de la filosofía del derecho*, Sociedad Peruana de Filosofía, Lima 1975.
4. *El Habeas Corpus en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1979.
5. *Constitución y Política*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1ra. edición, Lima 1981; 2da. edición ampliada, EDDILI, Lima 1991.
6. *Conocimiento y Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1982.
7. *Mar y Constitución*, Universidad de Lima, Lima 1984; 1ra. reimpresión, Lima 1987.
8. *Una democracia en transición (Las elecciones peruanas de 1985)*, 1ra. edición, CAPEL, San José 1986; 2da. edición ampliada, Okura editores, Lima 1986. La primera edición ha sido reproducida en "Síntesis" (Madrid) N° 3, setiembre-diciembre de 1987, Revista documental de Ciencias Sociales.

9. *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, EDDILI - Justo Valenzuela, 2 tomos, Lima 1989-1993.
10. *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, Temas de Derecho Público N° 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1990.
11. *Esquema de la Constitución peruana*, Ediciones Justo Valenzuela, Lima 1992.
12. *Las Constituciones del Perú*, Edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima 1993 (con la colaboración de Walter Gutiérrez C.)
13. *La Constitución traicionada* (con Pedro Planas), Seglusa Editores, Lima 1993.
14. *La Constitución peruana de 1993* (con Francisco Fernández Segado), Editorial Grijley, Lima 1994.
15. *Cómo estudiar Derecho Constitucional*, Ediciones Jurídicas, Lima 1994.

**b) Prólogos, notas y artículos en libros y revistas<sup>(\*)</sup>**

1. *Lo que la cultura debe ser "además"* en "Generación" (órgano de la Asociación Artística y Cultural Jueves), año 1, número 2, noviembre - diciembre de 1964.
2. *Presentación* (sin nombre) en "Thémis" (editado por los alumnos de Derecho de la Universidad Católica), año 1, número 1, octubre- diciembre de 1965.
3. *Nuestro nombre* en "Thémis", año 1, número 1, octubre - diciembre de 1965.
4. *Invitación a filosofar* (1ra. parte) en "Generación" año 1, número 3, enero - febrero 1965; la segunda parte en "Generación" año 2, número 4, julio - agosto 1966.

---

(\*) Salvo indicación en contrario, todos los textos han sido publicados en Lima. No se incluyen artículos periodísticos, ni notas de apoyo, ni reseñas bibliográficas.

5. *Víctor Andrés visto por su último secretario* en "Oiga" número 205; 23 de diciembre de 1966, y en "Mercurio Peruano", número 464, noviembre - diciembre de 1966.
6. *Breve paralelo entre el Código penal peruano de 1863 y el de 1924* en "Thémis", número 3, 2do. semestre de 1966.
7. *Noticia sobre los inéditos de Víctor Andrés Belaunde* en "Mercurio Peruano", número 465, enero - febrero de 1967.
8. *El significado de "Thémis"* (sin nombre) en "Thémis", año 3, número 5, 2do. semestre de 1967.
9. *La Justicia en el pensamiento de Aristóteles, (a propósito de un ensayo de Hans Kelsen)* en "Thémis", año 3, número 5, 2do. semestre de 1967.
10. *Consideraciones esquemáticas en torno al "espíritu de la ley"* en "Thémis", año 4, número 6, 1er. semestre de 1968.
11. *Lo que no es la cultura* en "Generación" año 2, número 4, setiembre - octubre de 1968.
12. *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano* en "Derecho" (editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú), número 29, 1971.
13. *Perú* (con J. Avendaño) en AA.VV. "Expropriation in the Americas", Univ. of Columbia, New York 1971, editor A.F. Lowenfeld.
14. *El Estado en la filosofía jurídica de Giorgio Del Vecchio* en "Anuario de Filosofía del Derecho" (Madrid), tomo XVI, 1971 - 1972; y en "Derecho" (Univ. Católica), número 30, 1972.
15. *Aspectos recientes del constitucionalismo peruano* (1966 - 1973), Apéndice a "Derecho Constitucional Peruano" de José Pareja Paz-Soldán, 5ta. edición, 1973.
16. *Los orígenes del Habeas Corpus* en "Derecho" (Univ. Católica), número 31, 1973.
17. *Naturaleza jurídica del Habeas Corpus* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (editada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), número 2, 1973.

18. *Legislación peruana sobre Habeas Corpus* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) números 1-2-3, enero - diciembre de 1975.
19. *Prólogo* a Fco. Miró Quesada Rada "Ciencia Política, actualidad y perspectiva", Biblioteca Peruana de Ciencia Política, 1976.
20. *Desarrollo constitucional peruano* en "Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia" (editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México), número 5, enero - abril de 1976.
21. *Gobiernos de facto* en "Boletín Informativo", (editado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa), número 11, 1976.
22. *Cuarenta años de constitucionalismo peruano (1936 -1976)* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) vol. 41, números 1-2-3, enero - diciembre de 1977.
23. *Contribuciones de Racso al Derecho* en "Revista del Foro", número 2, abril - junio de 1977; corregido y con nuevo apéndice: *Racso y el Derecho*, en AA.VV. "Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet", Cultural Cuzco editores, 1988.
24. *Preparación, selección y nombramiento de jueces en el Perú*, Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Gante, Bélgica, agosto - setiembre de 1977; resumida en la ponencia general presentada por el prof. Héctor Fix-Zamudio, en "Towards a justice with a human face", Ghent 1977.
25. *Comentario al proyecto de Código de Procedimientos Penales en lo referente al Habeas Corpus* (con Alberto Borea) en "Revista del Foro", número 1 enero - marzo de 1977.
26. *La jurisdicción constitucional en el Perú*, en "Revista de la Universidad Católica" (nueva serie) número 3, mayo de 1978 y en AA.VV. "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1984.
27. *Derecho constitucional y Ciencia política (a propósito de la relación entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político)* en



- “Derecho” (Univ. Católica), número 33, 1978 (una primera versión se publicó en “Historia, problema y promesa”, Homenaje a Jorge Basadre, editado en 2 tomos por la Universidad Católica, 1978).
28. *La Constituyente ¿para qué?* (con L. Pásara, A. Quispe C., M. Rubio, B. Caravedo, C. Urrutia), Retama Editorial, 1978.
  29. *Bibliografía de Raúl Ferrero Rebagliati* en “Economía y Finanzas”, (editada por la Academia Nacional de Ciencias Económicas), número 13, abril de 1978, y ampliado y corregido en “Libro de Homenaje a Raúl Ferrero R.”, 1984.
  30. *El Poder Judicial en el proyecto constitucional* en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, número 423, abril de 1979.
  31. *El Derecho Romano en el Perú* en “Index” (International Survey of Roman Law) N° 6, 1976, (Roma) y con adiciones en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, número 424, mayo de 1979.
  32. *Normas económico-financieras en la nueva Constitución* (mesa redonda), en “Revista del Instituto Peruano de Derecho y Técnica Bancaria”, número 3, julio de 1979.
  33. *Control constitucional* en “Revista del Foro”, números 2-3-4, abril - diciembre de 1979.
  34. *Perú: 25 años de evolución político-constitucional (1950-1975)* en AA.VV. “Evolución de la organización político-constitucional en América Latina”, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, tomo II.
  35. *Una visita a Biscaretti di Ruffia* en “Revista de la Universidad Católica”, N° 6, diciembre de 1979.
  36. *El mar en el debate constitucional* en “Revista de la Academia Diplomática del Perú”, N° 19-20, enero - diciembre 1978 - 1979; en “Revista de Marina”, año 66, N° 1-2, vol. 365, julio - octubre 1980 y en “Panorama sobre el nuevo Derecho del Mar” Marina de Guerra del Perú, 1981 (1ra. edición), 1987 (2da. edición).
  37. *La persona en el derecho constitucional latinoamericano* en “Derecho” (Univ. Católica), número 34, abril de 1980.

38. *El Habeas Corpus en la nueva Constitución* en "Revista Jurídica del Perú", número III, julio - setiembre de 1980.
39. *Amparo mexicano y Habeas Corpus peruano* en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado" (México), N° 39, setiembre-diciembre de 1980.
40. *La evolución legislativa del Habeas Corpus en el Perú (1897- 1979)* en AA.VV. "La nueva Constitución y el Derecho Penal", Grupo Nacional Peruano, Asociación Internacional de Derecho Penal, 1980.
41. *El dominio marítimo en la nueva Constitución peruana* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) vol. 44, N° 1-3, enero - diciembre de 1980 y en "Panorama sobre el nuevo Derecho del Mar" Marina de Guerra del Perú, 1981 (1ra. edición) y 1987 (2da. edición).
42. *La nueva Constitución peruana* en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", (México), N° 40; enero - abril de 1981.
43. *Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979* en "Derecho" (Univ. Católica), N° 35, junio de 1981.
44. *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional* en "Revista de Jurisprudencia Peruana", N° 444 - 446; 1981.
45. *El Presidente del Consejo de Ministros en la nueva Constitución peruana* en "Revista Jurídica del Perú", N° 1, enero - marzo de 1982.
46. *¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?* en "Anuario Jurídico" (México), N° IX, 1982.
47. *La acción de Habeas Corpus (intervención)* en "Revista del Foro" N° 1, enero - junio de 1982.
48. *Defensa Nacional y Constitución* en "Defensa Nacional" (Revista del CAEM) N° 2, diciembre de 1982.
49. *La influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)* en "Revista de Derecho Político" (Madrid), N° 16, invierno 1982 - 1983.

50. *Los derechos humanos como ideología en "Derecho"* (Univ. Católica), número 36, diciembre de 1982.
51. *La reforma de los planes de estudio de Derecho en América Latina: notas y comentarios en AA.VV. "VIII Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho en América Latina"*, Udual-Universidad Central del Este, San Pedro de Macorís, República Dominicana, 1982; en "Anuario", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica Argentina, Tomo V, Rosario 1983; y en la "Revista Peruana de Ciencia Política y Ciencias Sociales", N° 1, 1988.
52. *Nota sobre la presencia de la egología en el Perú en "Derecho y Ciencia Política"* (Revista de la Universidad Garcilaso de la Vega), número 1, diciembre de 1983; revisado y ampliado en "Ius et Praxis", número 5, julio de 1985.
53. *Los ochenta años de Carlos Cossio en "Revista de Ciencias Sociales"* (Valparaíso) N° 23, 1983.
54. *Constitucionalidad vs. inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa"*, marzo- abril de 1984, año II, número 5.
55. *Prólogo a José Pareja Paz-Soldán "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución Peruana de 1979"*, 3ra. edición, Justo Valenzuela editor, 1984.
56. *La acción de Habeas Corpus en "Ley Orgánica del Tribunal de Garantías - Ley de Habeas Corpus"*, Ministerio de Justicia, edición oficial, s/f. (1984).
57. *Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas en AA.VV. "Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno"*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1984.
58. *Tridimensionalismo jurídico: balance y perspectiva en "Thémis"*, 2da. época, número 2, diciembre de 1984; en AA.VV. "Libro homenaje a José León Barandiarán" Ed. Cultural Cuzco S.A., Lima 1985; y en "Archivos latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho", tomo II, 1981-1985 (Valencia, Venezuela).

59. *El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales en "Ius et Praxis"*, número 4 diciembre de 1984.
60. *Nota preliminar a V.A. Belaunde "La realidad nacional"*, 5ta. edición, 1984.
61. *Descentralización en el Perú actual* en "Ius et Praxis", número 6, diciembre de 1985; una versión preliminar en AA.VV. "Simposio Internacional de Derecho Autonómico", Publicaciones de la Generalitat Valenciana, Valencia (España) 1988.
62. *Gracias, señor empresario...* en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa", número 11, marzo - abril de 1985.
63. *Cómo estudiar Derecho Constitucional* en "Derecho" (Univ. Católica), número 39, diciembre de 1985, y en "Derecho Constitucional General y Teoría del Estado" (selección de lecturas), Raúl Chanamé Orbe, José F. Palomino Manchego, Luis Sáenz Dávalos, Ediciones Jurídicas, 1994.
64. *Prólogo a Alberto Borea O. "El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy"*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985.
65. *Las personas jurídicas ¿tienen derechos fundamentales?* en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa", número 17, marzo-abril de 1986.
66. *Perfil del Parlamento peruano* en AA.VV. "Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem", Ed. Cultural Cuzco S.A., 1986; en "Revista Parlamentaria Iberoamericana" (Madrid), número 2, 1986 y en "Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional" UNAM, México 1987, tomo II.
67. *Constitución económica peruana* (fragmento) en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa", número 20, 1986; el texto completo en "Externado" (Bogotá), número 3, noviembre de 1986.
68. *Inconstitucionalidad del impuesto de salida* en "Ius et Praxis", número 7, julio en 1986.
69. *Thémis, hace veinte años ...* en "Thémis", segunda época, número 4, 1986 (con errores); completo en "Thémis", segunda época, número 6, 1987.

70. *Nota preliminar* a V.A. Belaunde "La vida universitaria", Okura editores S.A., 2da. edición, 1987.
71. *Constitución y sistema financiero* en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa", número 25, 1987.
72. *Nota preliminar* a Carlos Fernández Sessarego "El Derecho como Libertad", Ediciones Studium, 1987; 2da. edición, Universidad de Lima, 1994.
73. *Sistema electoral y representación política en el Perú actual* en AA.VV. "Sistemas electorales y representación política en Latinoamericana", Fundación F. Ebert e Instituto de Cooperación Iberoamericana, vol. II, Madrid 1986; reproducido, con errores, en "Derecho" (Univ. Católica), número 41, diciembre de 1987 y completo en "Derecho" (Univ. Católica), número 42, diciembre de 1988.
74. *La constitución económica en el Perú actual* en "Ius et Praxis", número 10, diciembre de 1987.
75. *La ciencia del derecho y la filosofía del derecho* en AA.VV. "Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez", Editorial Cultural Cuzco, 1988.
76. *Variantes hispánicas del tridimensionalismo jurídico* en AA.VV. "Conferencias do III Congresso brasileiro de Filosofia jurídica e social", Espaço Cultural, João Pessoa (Paraíba), 1988 y en "Ius et Praxis", número 12, diciembre de 1988.
77. *Sipnosis de la normatividad electoral peruana* en AA.VV. "Legislación electoral comparada (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay)", CAPEL-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Uruguay, San José (Costa Rica) 1988.
78. *Suspensión de garantías ¿o de derechos?* en AA.VV. "Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio" UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo I, México 1988.
79. *La Sociedad Peruana de Filosofía y sus publicaciones* en "Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía", tomo VI, 1988, y en "Revista Venezolana de Filosofía" (Caracas) número 24, 1988.

80. *La democracia difícil* en "Los caminos del laberinto", número 5, setiembre de 1987.
81. *El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales* en AA.VV. "El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate", Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986.
82. *¿Reforma constitucional?* en AA.VV. "La Constitución diez años después", Constitución y Sociedad - Fundación Friedrich Neumann, 1989.
83. *La Constitución, diez años después...* en Cámara de Diputados, "Asamblea Constituyente", Homenaje al Décimo aniversario de la Constitución, 1989 (preparada por Enrique Chipoco Tovar).
84. *Funciones legislativas del Ejecutivo moderno: el caso peruano* en "Lecturas sobre temas constitucionales", Comisión Andina de Juristas, número 3, 1989 y en "IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional" UNAM, México 1992.
85. *Las vueltas del amparo* en "Lecturas sobre temas constitucionales", Comisión Andina de Juristas, número 3, 1989.
86. *El control de la constitucionalidad de las leyes en Iberoamérica* en AA.VV. "Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi", Cultural Cuzco S.A. editores, 1989; una versión preliminar en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (Madrid), tomo XCVII, 2da. época, N° 5, noviembre de 1988.
87. *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú* en "Ius et Praxis", número 13, junio de 1989.
88. *Derecho económico y constitución económica* en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa", N° 33, 1989.
89. *Sobre la jurisdicción constitucional* en "Revista del Foro" N° 1, enero - junio de 1989 (fragmento); reproducido en "Ars Iuris" (Univ. Panamericana) México, N° 3, 1990, con el título "La jurisdicción constitucional como concepto"; el texto completo, con el primer título, en AA.VV. "Sobre la jurisdicción constitucional", Aníbal Quiroga, compilador, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, y en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Apéndice, Tomo VI, Buenos Aires 1990 (con reimpressiones).

90. *Nota sobre las garantías constitucionales en el Perú* en "Legislación sobre garantías constitucionales" Edición oficial, Ministerio de Justicia, 1989 y en la "Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos" (San José) N° 10, julio-diciembre de 1989.
91. *El constitucionalismo peruano en la presente centuria* en AA.VV. "El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX" UNAM, México 1989, tomo IV; en "Derecho" (Univ. Católica), números 43-44, diciembre 1989 - diciembre 1990 y en AA.VV. "Doctrina constitucional", INDEJUC, Trujillo 1992.
92. *¿Existe un derecho natural en la filosofía griega?* en AA.VV. "Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches" tomo II, UNAM, México 1987.
93. *Tres años de jurisprudencia constitucional peruana* en "Boletín Informativo" N° 1, 1989 (Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México).
94. *Sobre el movimiento constitucional peruano* Trujillo 1990. Sobretiro. Prólogo al libro de Víctor Julio Ortecho "Derechos y garantías constitucionales", 2da. edición, Trujillo 1990.
95. *Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979* en "Lecturas sobre temas constitucionales" Comisión Andina de Juristas, número 4, 1990.
96. *¿Alcalde o parlamentario? Un dilema constitucional y una solución administrativa* en "Advocatus", Revista de Derecho (editada por los alumnos y egresados de la Univ. de Lima), número 1, 1990.
97. *La jurisdicción constitucional en Perú* en "La Revista de Derecho", Universidad Central (Santiago de Chile) número 1, año II, enero - junio de 1988 (intervención en el Primer Seminario Latinoamericano sobre justicia constitucional, con errores).
98. *Habeas data: un nuevo instrumento legal* en "Justicia" número 3, agosto 1990.
99. *Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico* en AA.VV. "Congreso Brasileiro de Filosofia do Direito" Espaço Cultural,

- João Pessoa (Paraíba), diciembre 1990 y en "Ius et Praxis", número 16, diciembre de 1990. Recogido en "Direito, política, filosofía, poesía" Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário, Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr. coordenadores, Editora Saraiva, São Paulo 1992.
100. *Prólogo a AA.VV. "Sobre la jurisdicción constitucional"* Aníbal Quiroga León, compilador, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990.
  101. *Procesos constitucionales en la Constitución brasileña de 1988* en "Lecturas sobre temas constitucionales" Comisión Andina de Juristas, número 5, 1990.
  102. *El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas* en "Lecturas sobre temas constitucionales" Comisión Andina de Juristas, número 6, 1990.
  103. *Prólogo a Enrique Chirinos Soto "Cuestiones constitucionales 1933 - 1990"*, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1991.
  104. *Prólogo a Víctor Andrés Belaunde "La realidad nacional"*, Editorial Horizonte, 7ma. edición, 1991.
  105. *La Acción de Inconstitucionalidad en el derecho comparado* en "Lecturas constitucionales andinas", Comisión Andina de Juristas, número 1, agosto de 1991; en "El Derecho" (Buenos Aires) 30 y 31 de enero de 1992 y en la "Revista de la Facultad de Derecho de México"; Vol. 42, México, números 181-182; enero-abril de 1992. Una versión preliminar en "La Revista de Derecho" (Santiago), número 2, julio - diciembre, 1991.
  106. *Prólogo a Magdiel Gonzáles "La excepcionalidad en la Constitución"*, Lann Editorial, 1991.
  107. *El Presupuesto de 1991: idas y venidas* en "El Jurista", Revista Peruana de Derecho, Nº 3, agosto de 1991.
  108. *Sistema constitucional del Perú* (fragmento) en "Anuario Jurídico", Nº 1, 1991 (Univ. San Martín de Porres, Facultad de Derecho); el texto completo con el título de *El sistema constitucional peruano* en AA.VV. "Los sistemas constitucionales iberoamericanos",



- D. García Belaunde, F. Fernández Segado y R. Hernández Valle, Coordinadores, Editorial Dykinson, Madrid 1992.
109. *Forma de gobierno en la Constitución peruana* en "Revista de Estudios Políticos" (nueva época) Madrid, Nº 74, octubre-diciembre de 1991; en "Notarius" año II, número 2, 1991; en "Ius et Praxis", números 19-20, enero-diciembre de 1992. Traducido al italiano con el título "La forma di governo nella Costituzione peruviana" en "Diritto e Società", número 4, Padova, 1993.
  110. *La participación política en el Perú* en "Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor", Editorial Cuzco S.A., 1992.
  111. *Esquema de la Constitución peruana* (prólogo) en "El Jurista", número 6, julio de 1992.
  112. *Intervención* (con errores) en AA.VV. "Perú, futuro político" Centro de Estudios de la Realidad Peruana (CERP) Editor Ibesa, 1992.
  113. *En torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos* en AA.VV. "Lógica, razón y humanismo" (La obra filosófica de Francisco Miró-Quesada C.); David Sobrevilla-Domingo García Belaunde editores, Univ. de Lima, 1992.
  114. *Garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en el Perú* en AA.VV. "Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica" UNAM, México 1992; en "Revista de Faculdade de Direito de Caruaru", Pernambuco (Brasil) número 20, 1992; en "Derecho" número 46, diciembre 1992 y en "Reflexiones Jurídicas" (Chiclayo) número 3, mayo 1993.
  115. *Un jurista de nuestro tiempo* (a propósito del último libro de Carlos Fernández Sessarego) en "Revista Jurídica", (Trujillo) número 130, 1991-1992.
  116. *Estructura del Estado en la Constitución* (con errores) en AA.VV. "Perú: crisis y desafío", VI Congreso Nacional de la Empresa Privada, CONFIEP, 1992.
  117. *El Derecho Constitucional como Derecho Público* en "El Derecho" (Asunción) año 4, número 29, febrero de 1993.

118. *Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)* en "Cuadernos de Derecho", número 2, marzo de 1993 (con errores) y en "Ayer" (Madrid) número 8, 1992, número monográfico dedicado a "El primer constitucionalismo iberoamericano".
119. *Reelección: el caso peruano* en "Debate constitucional" (Comisión Andina de Juristas) número 5, 30 de junio de 1993.
120. *Presentación* a Hans Kelsen "Introducción a la Teoría Pura del Derecho", Luis Alfredo ediciones, 1993.
121. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos* en "Agora", número 1, setiembre de 1993.
122. *Presentación* a Víctor Andrés Belaunde "El Cristo de la fe y los Cristos literarios" Fondo Editorial, Universidad Católica, 1993.
123. *La interpretación constitucional como problema* en "Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita", Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993, tomo II; en "Revista Tachirense de Derecho" (Táchira, Venezuela) número 4, julio - diciembre de 1993; en "Pensamiento constitucional", Escuela de Graduados, Maestría en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994; en "Revista de Estudios Políticos", Nueva época (Madrid), número 86, octubre - diciembre de 1994; en "Revista de Faculdade de Direito de Caruaru", Pernambuco, año XXX, núm. 21, 1995; y en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", Medellín, 2, 1996.
124. *La reforma del Poder Judicial en el Perú* en "Ius et Veritas", número 7, 1993.
125. *El referendun constitucional* (Perú, 1993) en "Boletín Electoral Latino-americano" (San José), número X, julio-diciembre de 1993 y en "Gaceta Jurídica", tomo IV, abril de 1994.
126. *Itinerario bibliográfico de "La crisis presente"* apéndice a la obra de Víctor Andrés Belaunde "La crisis presente", Luis Alfredo ediciones, 6ta. edición, 1994.
127. *Las garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993* en "Lecturas sobre temas constitucionales", Comisión Andina de Juristas, número 10, julio de 1994.

128. *La nueva Constitución del Perú en AA.VV.* "El Derecho Público actual", Homenaje al prof. Pablo A. Ramella, coordinador Alberto M. Sánchez, Edic. Depalma, Buenos Aires 1994; y en AA.VV. "Problemas actuales del Derecho Constitucional" (Estudios en homenaje a Jorge Carpizo), UNAM, México 1994. Publicado en inglés "The new Peruvian Constitution" en "Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart", Tübingen 1995.
129. *El Habeas Corpus en América Latina* en "Ius et Veritas", número 9, 1994; en "Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos", San José, núm. 20, julio-diciembre de 1994; y en "El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano", Ricardo Combellas (coordinador), COPRE - Fundación Adenauer, volumen II, Caracas 1996.
130. *Los procesos constitucionales en América Latina* en "Gaceta Jurídica", tomo XII, diciembre de 1994; y en "Desafíos constitucionales contemporáneos". César Landa y Julio Faúndez (editores) University of Warwick, School of Law - Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Constitucional, 1996. Publicado en inglés: "Constitutional processes in Latin America" en "Contemporary constitutional challenges", César Landa and Julio Faúndez (editors), University of Warwick, School of Law - Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1996.
131. *La judicatura en el proyecto constitucional* en "Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional", Huancayo, número 4, diciembre de 1994 y en "Ius et Praxis", número 25, junio de 1995.
132. *Prólogo* a "Compendio de legislación constitucional" de Walter Gutiérrez C. y Carlos Mesía R., edición oficial, Ministerio de Justicia, 1995.
133. *Prólogo* a "Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional" de Francisco Fernández Segado, Ediciones Jurídicas, 1995.
134. *Pinto Ferreira* en "Revista de Faculdade de Direito de Caruaru", Pernambuco, año XXX, número 21, 1995.

135. *Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica* en "Revista Jurídica del Perú", número 3, julio-setiembre de 1995 y en "Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía", tomo VII, 1996.
136. *La distribución territorial del poder en Iberoamérica* en "Derecho y Sociedad", número 10, 1995 y en "Revista Jurídica", Trujillo, número 133, 1995.
137. *El nuevo sistema electoral en el Perú* en "Análisis internacional", CEPEI, número 10, mayo-agosto de 1995 (con errores); revisado y corregido en "Gaceta Jurídica", tomo 25, enero de 1996 y en "Scribas", Arequipa, año 1, número 1, 1996.
138. *Elementos de la administración pública en el Perú (una perspectiva introductoria)* en "Alegatos", México, número 30, mayo-agosto de 1995.
139. *La amnistía: pro y contra* en "Revista Jurídica del Perú", número 4, octubre-diciembre de 1995.
140. *Contribuciones jusfilosóficas de los dos Villarán* en "Diálogo con la jurisprudencia", número 2, diciembre 1995.
141. *Representación y partidos políticos: el caso del Perú* en "Pensamientos constitucional", Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Católica, 1995.
142. *Presentación a Francisco J. del Solar "Orden público y orden interno"*, Temas de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Universidad Garcilaso de la Vega, 1996.
143. *La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales* en "Desafíos constitucionales contemporáneos", César Landa y Julio Faúndez (editores), University of Warwick - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. Versión en inglés en "Contemporary constitutional challenges", César Landa and Julio Faúndez, editors; University of Warwick, School of Law - Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo editorial, 1996. Título de la traducción: "The new peruvian constitution" the judiciary and constitutional guarantees"

144. *Nota preliminar* a “Congresos Nacionales de Derecho Constitucional” (Crónicas: I-IV, 1987-1993), Gerardo Eto Cruz y José F. Palomino Manchego (editores), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Trujillo, 1996.
145. *Conformado a regañadientes* en “Ideele”, número 88, julio de 1996.
146. *La reforma del Estado en el Perú* en “La reforma del Estado. Estudios comparados”, UNAM - Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, México, 1996.
147. *Prólogo* a “Cuestiones constitucionales” de Toribio Pacheco, Editorial Grijley, 1996.

Lima, agosto de 1996.



## ADHESIONES

El presente libro de homenaje a DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, fue pensado en torno a un tema muy concreto y sobre todo con pocas colaboraciones, preferentemente de profesores extranjeros. Obedeció este plan a criterios de carácter editorial y también financieros, ya que toda obra, como se sabe, tiene que poner límites a su inversión. Sin embargo, conforme pasaba el tiempo, diversos amigos y colaboradores de nuestro homenajeado, han querido hacerse presentes, lo cual, por razones de tiempo y programación, no es posible. Por eso hemos optado por anotar los nombres de los profesores que, en forma expresa, hicieron llegar su adhesión, haciendo la salvedad que nos hemos limitado a quienes ejercen la docencia en la disciplina del Derecho Constitucional.

ABAD YUPANQUI, SAMUEL  
ALARCÓN QUINTANA, LUIS  
BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE  
BOREA ODRÍA, ALBERTO  
BLANCAS BUSTAMANTE, CARLOS  
BLUME FORTINI, ERNESTO  
CABALA PINAZO, REMIGIO  
CARPIO MARCOS, EDGAR  
CATERIANO BELLIDO, PEDRO  
CHANAMÉ ORBE, RAÚL  
CHIPOCO CÁCEDA, CARLA  
DANÓS ORDOÑEZ, JORGE  
DEL SOLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ  
DURÁN ABARCA, WASHINGTON

EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY  
ETO CRUZ, GERARDO  
FERNÁNDEZ FONTENOY, CARLOS  
FERRERO COSTA, RAÚL  
GARCÍA-SAYÁN, DIEGO  
GARCÍA TOMA, VÍCTOR  
GONZÁLES OJEDA, MAGDIEL  
GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER  
HERRERA PAULSEN, DARIO  
KRESALJA ROSELLÓ, BALDO  
LANDA ARROYO, CÉSAR  
MESÍA RAMÍREZ, CARLOS  
MIRÓ QUESADA RADA, FRANCISCO

MOSCO SO PEEA, CAELOS  
OCHOA CAE DICH, CÉSAR  
OLIVARI ORTEGA, WALTER  
ORBEGOSO VENEGAS, SIGIFREDO  
ORTECHO VILLENA, VÍCTOR JULIO  
PANIAGUA CORAZAO, VALENTÍN  
PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F.  
PAREJA PAZ-SOLDÁN, JOSÉ  
PAZ DE LA BARRA, VLADIMIR  
POWER MANCHEGO-MUÑOZ, JORGE  
PLANAS SILVA, PEDRO  
QUIROGA LEÓN, ANÍBAL

QUISPE CORREA, ALFREDO  
RADA JORDÁN, EDUARDO  
REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS  
RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, ELVITO  
RUBIO CORREA, MARCIAL  
SÁENZ DÁVALOS, LUIS  
SOTO VALLENAS, GASTÓN  
TAMAYO PINTO-BAZURCO, AUGUSTO  
UCHUYA CARRASCO, HUMBERTO  
VALEGA GARCÍA, CÉSAR  
VALDIVIA CANO, RAMIRO  
VELÁSQUEZ RAMÍREZ, RICARDO

VILCAPOMA IGNACIO, MIGUEL

Los coordinadores.



# El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina (\*)

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

*Universidades Nacional de Buenos Aires y Católica  
(Argentina)*

**SUMARIO:** I. Las Fuerzas Armadas. El "órgano castrense". "Poder militar" y "poder civil". La abolición del fuero militar como fuero "personal". La "defensa nacional" y la "seguridad interior". II. Los "poderes militares" del Congreso. En caso de guerra. Sobre las Fuerzas Armadas. La jurisdicción militar. III. Los "poderes militares" del Presidente. Su concepto. El poder disciplinario. La naturaleza de los actos en ejecución de los poderes militares. IV. La jurisdicción militar penal y los tribunales militares. El fuero militar como fuero real. El art. 67, inc. 23. La competencia "potestativa" para crear tribunales militares. Los delitos "militares". La naturaleza de los tribunales militares. La revisión judicial. La naturaleza "federal" del código militar. La coordinación entre la jurisdicción militar penal y el art. 100. Los conflictos de competencia entre tribunales militares y tribunales civiles. V. La jurisdicción militar y los civiles. La sujeción de civiles a los tribunales militares. El deber militar de los civiles.

## I. LAS FUERZAS ARMADAS<sup>1</sup>

### El "órgano castrense"

1. Doctrinariamente, se plantea una interesante cuestión en torno de la cual tomar partido: o las fuerzas armadas son "órganos" estatales,

---

(\*) El presente trabajo se elaboró antes de la Reforma Constitucional de 1994.

(1) V.: nuestro "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, Bs. As., T. IV, "Sociología del derecho constitucional", 1992, cap. IX ("Las fuerzas armadas").

o son meramente “sujetos auxiliares del Estado” sin calidad de órganos. En nuestro derecho constitucional no se ha trabajado la opción, bien que sin confrontar demasiado una postura con la otra hay tendencia a ubicar a las fuerzas armadas en la categoría de *órganos*: “*órgano castrense*”; y así suele aparecer en las obras de derecho administrativo.

Creemos sería esta posición. Pero veamos antes qué argumentos principales se han dado en su apoyo.

En primer lugar, se dice que son órganos estatales porque con ellos se organiza la *defensa* a que alude el preámbulo y el art. 21 de la Constitución. No juzgamos acertado atribuir a las fuerzas armadas el carácter de órganos solamente por la “finalidad” defensiva que invisten, porque si tal finalidad cuadra dentro de la competencia del Estado, no necesariamente quien cumple dicha finalidad debe ser o es un órgano estatal; bien podría ser un mero “sujeto auxiliar”; así, los partidos y el cuerpo electoral cumplen la finalidad de proveer de gobernantes al poder, y ni unos ni otros son órganos.

En segundo lugar, que los órganos de poder intervengan en la provisión de empleos militares tampoco alcanza para fundar la calidad del supuesto órgano castrense. Hasta el Acuerdo con la Santa Sede de 1966 también aquellos órganos intervenían en la provisión de obispos para las iglesias catedrales mediante el patronato, y es bien ponderada la tesis –por nosotros admitida– de que era totalmente impropio hablar de “órganos” eclesiásticos, porque la Iglesia Católica nunca fue –ni es– una persona estatal con carácter de órgano.

En tercer lugar, las competencias reguladoras del congreso sobre las fuerzas armadas no son indicio de que éstas poseen naturaleza de órganos estatales, porque el congreso regula muchas instituciones que no lo son (asociaciones sindicales y de todo tipo, partidos, etc.)

En cambio, la *jefatura* que la Constitución atribuye al *poder ejecutivo* sobre las fuerzas armadas parece incardinar a éstas en el ámbito de los órganos estatales dependientes del presidente de la república, y lo más probable es que, reconocida la naturaleza de “órganos castrenses”, éstos deban incluirse en el rubro de los *órganos “extrapoderes”*.

## **“Poder militar” y “poder civil”<sup>2</sup>**

2. Seguramente no es propio del objeto de esta obra incursionar en detalle en el tema de la relación entre el llamado “poder militar”, (o la fuerza armada) y el “poder civil” (o los órganos de poder del Estado). De todos modos, aunque muy dogmáticamente, hemos de afirmar que nuestra Constitución formal recoge la *separación* entre poder militar y poder civil, y *subordina* el primero al segundo. Valga insistir en la jefatura o comandancia que el presidente de la república inviste respecto de las fuerzas armadas que dependen de él, aparte de las competencias militares del congreso.

En la *Constitución material* esta subordinación se ha deteriorado en alto grado, y se ha traducido en buena parte en el frecuente intervencionismo militar, que no sólo debe computarse a través de los gobiernos militares en épocas de facto –desde 1930 hasta 1983– sino en el evidente carácter de *factor de poder* que han detentado las fuerzas armadas.

Si una sola razón hubiéramos de dar para propiciar la separación entre poder militar y poder civil, y para fundar la negativa a que las fuerzas armadas ocupen a título propio el poder del Estado, volveríamos a la noción del poder político como poder “total” (“de” y “para” toda la sociedad), que no se compadece con su ocupación y ejercicio por un “poder” (el militar) que es sectorial y que, marginando la participación social en la designación de los gobernantes, asume por sí y para sí las funciones estatales.

### **La abolición del fuero militar como fuero “personal”**

3. En línea general se ha dicho siempre que la abolición y la prohibición constitucional de los *fueros personales* no arrasan la posible subsistencia del fuero militar como *fuero “real”*, “*de materia*”, o “*de causa*” (que no ha sido suprimido), cuyo fundamento radica en la *naturaleza* de los actos (y no de sus autores) que sirven de base a los procesos ante la justicia militar.

---

(2) V.: Fernández, Gonzalo F., “Democracia, estabilidad y desarrollo político en América Latina”, Bs. As., 1985, cap. VII.

De una vieja jurisprudencia de la Corte (por ej., casos “Mórtola” y “Espina”) surge el principio de que la abolición de los fueros personales significa que ningún militar goza, por razón de “su estado”, del privilegio de ser juzgado por tribunales militares en causas civiles por delitos que no violan las ordenanzas militares, y cuyo juzgamiento incumbe a otros tribunales (los comunes o “civiles”) por la naturaleza de los hechos; pero la supresión de los fueros personales no ha arrebatado a los tribunales militares la competencia para conocer y juzgar infracciones a las leyes que rigen a las fuerzas armadas. Tal la pauta del derecho judicial más antiguo.

No obstante, recientemente hemos elaborado la tesis –que más adelante desarrollaremos– de que para reconocer carácter constitucional de fuero real a la jurisdicción militar no basta que los hechos que juzga sean infracciones a la ley militar que rige a las fuerzas armadas, porque lo esencial y decisivo es que esa ley militar que sanciona infracciones incluya en su categoría *única*mente a los hechos que real y estrictamente dañan a la organización castrense, límite que no se guarda cuando –por ej.– se califican como infracciones militares a delitos comunes que, aunque puedan ser conexos con el servicio castrense, pertenecen al campo general del derecho penal común.

### **La “defensa nacional” y la “seguridad interior”**

4. La legislación en vigor “separa” la llamada *defensa nacional* de la *seguridad interior*, y somete cada una a una normativa propia.

En ocasión de discutirse y sancionarse la ley 23.554 de defensa nacional, del año 1988, se circunscribió su régimen al caso de *agresiones externas*, y se definió la defensa nacional como “la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las fuerzas armadas, en forma disuasiva o efectiva, para enfrentar las agresiones de origen externo. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad de sus habitantes”.

A continuación, la citada ley dispone:

“Art. 3º.- La defensa nacional se concreta en un conjunto de planes y acciones tendientes a prevenir o superar los conflictos que esas agresiones

generen, tanto en tiempo de paz como de guerra, conducir todos los aspectos de la vida de la nación durante el hecho bélico, así como consolidar la paz, concluida la contienda”.

“Art. 4°.- Para dilucidar las cuestiones atinentes a la defensa nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la defensa nacional de la seguridad interior. La seguridad interior será regida por una ley especial”...

“Art. 6°.- La defensa nacional constituye un derecho y un deber para todos los argentinos, en la forma y términos que establecen las leyes”.

Según el art. 9° los integrantes del sistema de defensa nacional son: a) El presidente de la república; b) El Consejo de Defensa Nacional; c) El congreso federal, en ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución para el tratamiento, de cuestiones vinculadas a la defensa y permanentemente a través de las comisiones de defensa de ambas cámaras; d) El Ministerio de Defensa; e) El Estado Mayor Conjunto de las fuerzas armadas; f) El ejército, la armada y la fuerza aérea; g) gendarmería nacional y prefectura naval argentina;

5. En 1992 se promulgó la ley 24.059, de *seguridad interior*, que integra un sistema con la de defensa nacional.

Dispone lo siguiente:

“Art. 2°.- A los fines de la presente ley se define como seguridad interior a la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional”.

“Art. 3°.- La seguridad interior implica el empleo de los elementos humanos y materiales de todas las fuerzas policiales y de seguridad de la Nación a fin de alcanzar los objetivos del art. 2°”.

“Art. 5°.- La seguridad interior, de conformidad con los principios derivados de la organización constitucional, se encuentra reglada mediante leyes nacionales y provinciales referidas a la materia, con vigencia en cada jurisdicción y por la presente ley, que tendrá carácter de convenio, en cuanto a la acción coordinada interjurisdiccional con aquellas provincias que adhieran a la misma”.

“Art. 23.- El empleo de las fuerzas de seguridad y policiales nacionales fuera del ámbito de las normas que reglan la jurisdicción federal estará estrictamente sujeto al cumplimiento de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando estén en peligro colectivo la vida, la libertad y el patrimonio de los habitantes de una región determinada;
- b) Cuando se encuentran gravemente amenazados en todo el país o en una región determinada del mismo, los derechos y garantías constitucionales o la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal;
- c) En situación de desastre según los términos que norman la defensa civil”.

“Art. 24.- Producidos los supuestos contemplados en el artículo precedente, el gobernador de la provincia donde los hechos tuvieron lugar podrá requerir al Ministerio del Interior el concurso de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad del Estado nacional, a fin de dominar la situación... Sin requerimiento del gobierno provincial, no podrán ser empleados en el territorio provincial los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad del Estado nacional sino una vez adoptadas las medidas prescritas en los arts. 6° y 23 de la Constitución Nacional, o bien por orden de la justicia federal”.

Conforme al art. 7°, forman parte del sistema de seguridad interior:

a) El presidente de la república; b) Los gobernadores de las provincias que adhieran a la ley; c) El congreso federal; d) Los ministros del Interior, de Defensa y de Justicia; e) La policía federal y las policías provinciales de aquellas provincias que adhieran a la presente; f) gendarmería nacional y prefectura naval argentina.

6. Lo que a nuestro juicio debe quedar en claro es que ninguna ley puede inhibir o menoscabar la jefatura presidencial sobre las fuerzas armadas, que otorga competencia al poder ejecutivo para recurrir a ellas y disponer su intervención razonable en resguardo tanto de la llamada defensa nacional cuanto de la seguridad interna cuando existe grave perturbación de ambas, imposible de superar por otros medios regulares. Tal competencia existe con ley o sin ley, y ninguna ley puede impedir su ejercicio, porque proviene directamente de la Constitución.

## II. LOS “PODERES MILITARES” DEL CONGRESO

7. Ha de entenderse que el congreso dispone de los llamados “poderes militares” que la Constitución le asigna, pero que los mismos no se superponen, ni reemplazan, a la jefatura que sobre las fuerzas armadas titulariza el presidente de la república por clara disposición de la misma Constitución, la cual jefatura tampoco queda compartida en modo alguno con el congreso.

Se puede decir que en lo *organizacional* la competencia es del congreso, y en lo *operacional* es del poder ejecutivo<sup>3</sup>.

### *En caso de guerra*

8. En orden a los *poderes militares*, el inc. 21 del art. 67 comienza reconociendo al congreso la competencia para autorizar al poder ejecutivo a *declarar la guerra o hacer la paz*. Ello implica poner en vigor el estado de guerra como instituto de emergencia. (Por causa de ataque exterior, la Constitución también admite la declaración del estado de sitio). Pero ese estado de guerra *no es la ley marcial* como transferencia plena de la jurisdicción civil a la jurisdicción militar para toda la población.

Hay que observar que la Constitución no somete la declaración de guerra a condicionamientos o requisitos de situación, como sí lo hace en cambio cuando prevé en qué casos procede la intervención federal o el estado de sitio, ello significa que, respetada la competencia formal antes referida, depende del criterio, la discreción y la prudencia del congreso y del poder ejecutivo declarar o hacer la guerra, y la paz. Esta advertencia es importante para comprender que el hecho de la guerra en sí mismo no puede ser reputado inconstitucional, porque dispuesta la guerra por los órganos competentes la guerra queda habilitada por la Constitución. Esto no quiere decir que en ocasión de la guerra quede permitido violar la Constitución, ni que los poderes de guerra sean superiores a ella, o sean susceptibles de usarse de cualquier manera. Quede claro, entonces, que la guerra –o el “hecho de que haya guerra”– no es inconstitucional, pero “lo

---

(3) Sagüés, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, T. I, Bs. As., 1993, p. 598.

que se hace" en la guerra en uso de poderes de guerra sí puede resultar inconstitucional (si la Constitución es vulnerada; por ej. confiscando propiedad enemiga).

### **Sobre las fuerzas armadas**

9. El inc. 23 del art. 67 pone a cargo del congreso *fixar la fuerza de línea* de tierra y mar (hoy también aérea), en tiempo de paz y de guerra; y formar *reglamentos y ordenanzas* para el gobierno de dichos ejércitos. El inc. 24, autoriza la *reunión de las milicias* de todas las provincias o parte de ellas, cuando lo exija la ejecución de las leyes de la nación y sea necesario contener insurrecciones o repeler invasiones; disponer la organización, armamento y disciplina de dichas milicias, y la administración y gobierno de la parte de ellas que estuviese empleada en servicio de la nación, dejando a las provincias el nombramiento de sus correspondientes jefes y oficiales, y el cuidado de establecer en su respectiva milicia la disciplina prescripta por el congreso.

El inc. 25 le otorga *permitir la introducción de tropas extranjeras* en el territorio de la nación, y la *salida de fuerzas nacionales* fuera de él.

Las provincias tienen prohibido por el art. 108 armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al gobierno federal.

10. Las *milicias* de las provincias pueden ser convocadas por el congreso en tres casos: a) para hacer *cumplir las leyes del estado federal*; b) para *contener insurrecciones* o levantamientos en el orden *federal o provincial*; c) para *repeler invasiones*. Las milicias no forman la fuerza de línea compuesta por soldados permanentes; organizarlas significa determinar quiénes han de integrarlas; armarlas equivale disponer el modo cómo han de ser puestas en armas, y qué clase de armas han de utilizar; establecer su disciplina quiere decir imponer los reglamentos relativos a la táctica, los deberes, la instrucción, etcétera.

La convocatoria de las milicias importa poder de compeler a los ciudadanos para responder a la obligación legal correspondiente, y según jurisprudencia muy antigua de la Corte Suprema, sujeción a la jurisdicción



militar en forma transitoria, mientras dura la movilización en servicio del estado. Las provincias tienen competencia para nombrar jefes y oficiales de las milicias de su jurisdicción territorial. Y para establecer en ellas la disciplina ordenada por el congreso.

### **La jurisdicción militar**

11. Una ardua cuestión se plantea en torno a la llamada jurisdicción *militar* como *fuero real* o de causa. En efecto, mientras la Constitución concede al congreso la facultad de *formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de la fuerza de línea*, asigna también al *presidente de la república* el carácter de comandante en jefe de las fuerzas armadas. De ahí que se discuta si el ejercicio de la jurisdicción militar significa la aplicación de los “poderes presidenciales” en virtud de aquella investidura constitucional.

Nos parece necesario deslindar dos ámbitos: a) la jurisdicción militar meramente *disciplinaria*; b) la jurisdicción *militar penal*. La primera es, sin lugar a dudas, propia y privativa del presidente de la república como comandante en jefe de las fuerzas armadas. La segunda, *no*, porque se trata de una “jurisdicción *especial* –al margen del poder judicial– pero al margen también del poder de mando militar del presidente<sup>4</sup>. La jurisdicción militar “no disciplinaria” –o sea, la *penal*– está a cargo de *tribunales militares*, y *emana de la facultad congresional* –y no presidencial– de emitir reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas armadas; es una jurisdicción creada *por ley*, en cumplimiento de competencias constitucionales, para establecer la Constitución, organización, competencia y procedimiento de los tribunales militares.

El hecho de que la Constitución hable de “ordenanzas” tiene un sentido histórico, porque al dictarse la Constitución estaban en vigor las “ordenanzas” militares españolas del Rey Carlos III; pero, en realidad, se trata de *leyes* –concretamente, el “código de justicia militar”– que dicta el congreso para el gobierno de las fuerzas armadas.

---

(4) V.: Ramayo, Raúl Alberto, “La jurisdicción o justicia militar y el principio de división de poderes”, *La Ley*, T. 122, p. 1183.

12. El ejercicio de la jurisdicción militar penal por los tribunales militares que la ley establece, no tiene, pues, ningún carácter de subordinación a la jefatura militar del presidente; el consabido “cúmplase” presidencial nunca fue más que un requisito para la *ejecución de las sentencias* militares, pero no para integrar la firmeza o la definitividad de las mismas; y prueba de ello era que, hasta 1984, el recurso extraordinario con que podía atacárselas (único recurso judicial hasta entonces viable) era procedente antes del “cúmplase”, lo que demuestra que la sentencia resultaba “definitiva” también con anterioridad a él. Desde 1984, las sentencias militares son susceptibles de recurso judicial ante tribunales federales distintos de la Corte, sin perjuicio del eventual recurso extraordinario posterior.

Por supuesto que el presidente de la república siempre dispuso de su facultad de indulto y conmutación de penas respecto de las sentencias militares, pero nunca le hemos reconocido la atribución de revisarlas, reformarlas ni alterarlas.

### III. LOS “PODERES MILITARES” DEL PRESIDENTE<sup>5</sup>

#### ***Su concepto***

13. El presidente es *comandante en jefe* de las fuerzas armadas (inc. 15 del art. 86). Dispone de las fuerzas militares marítimas y terrestres (hoy también aéreas), y corre con su organización y distribución según las necesidades de la nación, dice el inc. 17. Declara la guerra y concede patentes de corso y cartas de represalias con autorización y aprobación del congreso (art. 67, inc. 21/22 y art. 86, inc. 18). De estas escuetas prerrogativas dimana una masa de atribuciones que se conocen con el nombre de *podere militares* y *poderes de guerra*. En virtud de dichos poderes, el presidente tiene bajo su dependencia el órgano castrense.

#### ***El poder disciplinario***

14. Además del uso de la fuerza armada como auxiliar del poder civil, conviene resaltar la facultad que como comandante en jefe asiste al

---

(5) Cf. Farrando, Ismael, “La jefatura militar”, en la obra colectiva (Pérez Guilhou y otros) “Atribuciones del presidente argentino”, Bs. As., 1986, p. 481.

presidente para ejercer el *poder disciplinario* en el ámbito del órgano castrense. (En cambio, la llamada *jurisdicción militar en lo penal* que deriva –como fuero real o de causa o de materia– de la competencia del congreso para formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de los ejércitos (art. 67, inc. 23) es un verdadero ejercicio de la administración de justicia por tribunales militares distintos a los del poder judicial).

Las sanciones aplicadas disciplinariamente no deben eximirse de revisión judicial, pero sólo han de “descalificarse” judicialmente cuando exhiben arbitrariedad manifiesta<sup>6</sup>.

### **La naturaleza de los actos en ejecución de los poderes militares**

15. No cabe duda que los actos presidenciales que, tanto en tiempo de paz como de guerra, traducen el ejercicio de los llamados poderes militares y de guerra, son –como principio– de naturaleza *política*, lo que, a nuestro juicio, no los libera del control judicial cuando violan la Constitución, y deben usarse con sujeción de la misma, como que son una de las tantas competencias –o mejor, fragmentos de competencia– del poder ejecutivo. De ahí que no admitamos en modo alguno la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha reputado a los poderes de guerra como preexistentes, anteriores y superiores a la Constitución; y considerado que el uso presidencial de dichos poderes, en la forma, por los medios y con los efectos que el poder ejecutivo ha creído más conveniente en resguardo de los intereses del Estado, queda exento de toda revisión judicial (caso “Merk Química Argentina c/Nación Argentina”, fallado en 1948).

El poder disciplinario, salvo cuando se ejerce sobre las altas jerarquías militares, no parece traducir actividad política, sino *administrativa*.

16. A raíz de la guerra con Gran Bretaña por las Islas Malvinas, en 1982, se consideraron justiciables conforme al código de justicia militar los

---

(6) Bidart Campos, “La revisión y la descalificación judiciales de los actos militares”, El Derecho, 16/XI/88.

delitos cometidos en acciones bélicas por quienes fueron responsables de su conducción y realización a causa de su investidura castrense<sup>7</sup>.

#### IV. LA JURISDICCION MILITAR PENAL Y LOS TRIBUNALES MILITARES<sup>8</sup>

##### *El fuero militar como fuero real*

17. Aceptamos el encuadre constitucional que se ha hecho del fuero militar como *fuero real*, subsistente, por ende, pese a la supresión de los fueros personales. El fuero real, de materia, o de causa, en una jurisdicción que juzga a determinadas personas en razón de la *cuestión o materia* sobre la que versa el juicio, y no en razón de la persona. El fuero real implica, entonces, que esa persona, en virtud de la "materia" no va a ser juzgada por los tribunales comunes. Pero no es un privilegio personal otorgado a quien es así juzgado, ni se dirige a diferenciarlo del resto de los justiciables.

El fuero militar no significa que un militar, por su "estado" castrense, vaya a ser juzgado siempre por los tribunales militares, con total independencia del hecho o la cuestión por los que se lo somete a juicio. Como principio, la ley (código de justicia militar) delimitará esos hechos o cuestiones al establecer cuál es la "competencia" de la jurisdicción militar. Y aquí radica el meollo de la cuestión, porque nos hemos dado cuenta de que la ley puede extralimitar el sentido estrictamente constitucional del fuero real, cuando atribuye competencia a los tribunales militares; o, lo que es lo mismo, que puede incluir indebidamente en esta competencia cuestiones que no responden realmente a la naturaleza excepcional del fuero real (materia militar).

---

(7) Cf. Bidart Campos y Herrendorf, Daniel E., "Cuestión 'histórica', cuestión 'política', cuestión 'constitucional' y dimensión objetiva del proceso en el fallo sobre la guerra de Malvinas", *El Derecho*, 16/V/89.

(8) V.: nuestro libro "Los tribunales militares y la constitución", Ed. Ediar, Bs. As., 1985. También: "La Corte Suprema, el Tribunal de las Garantías Constitucionales", Ed. Ediar Bs. As., 1984, p. 151: "Los tribunales militares"; "La jurisdicción militar", *Revista Argentina de Derecho Militar*, Bs. As., Nº 3, noviembre 1984. Sobre "El código de justicia militar y su proyectada reforma", ver -con este título- la nota de Raúl Alberto Ramayo en *La Ley*, 13/IV/88.

### **El art. 67, inc. 23**

18. Ya dijimos que el art. 67, inc. 23, confiere al congreso la facultad de dictar “reglamentos” y “ordenanzas” para el *gobierno de las fuerzas armadas* (ley denominada “código de justicia militar”). En primer lugar, hay que reparar bien en la frase “para” el gobierno de dichas fuerzas. El “para” da idea del *fin*. Que la ley ha de tener ese *fin* significa, a los efectos de nuestro tema, que *solamente* puede instituir el fuero militar como fuero real “para” *tutelar bienes jurídicos de específica y estricta naturaleza militar*. Si se extiende la jurisdicción militar más allá de esa finalidad precisa, el “plus” configura un fuero “personal” opuesto a la Constitución, y no un fuero real. No basta, entonces, para detectar al fuero real, con que la ley otorgue competencia a los tribunales castrenses: hace falta que no la otorgue sobre hechos o cuestiones (y también lugares) ajenos a aquella finalidad “para” el gobierno de las fuerzas armadas; si hay exceso, hay inconstitucionalidad. Y el “para” el gobierno de las fuerzas armadas viene a querer decir algo así como que “las afecte en cuanto institución” existente para la defensa y la seguridad.

### **La competencia “potestativa” para crear tribunales militares**

19. La naturaleza de la competencia que acuerda el art. 67, inc. 23 para dictar el código militar, y la forma como está redactada la norma, nos lleva a afirmar que el congreso tiene una competencia “potestativa”, es decir, que se halla habilitado para crear y establecer tribunales como fuero real, pero no está “obligado” a hacerlo. En suma, la Constitución *permite* establecer tribunales militares (con el alcance estricto del fuero real), pero *no impone* el “deber” de erigirlos. Si el congreso no los creara, podría derivar el juzgamiento de los delitos militares a la jurisdicción judicial.

### **Los delitos “militares”**

20. Para nosotros, *delitos militares* son los que dañan bienes jurídicos de la institución armada, y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales. Solamente así queda respetado el “para” restrictivo que enuncia el art. 67, inc. 23.

### **La naturaleza de los tribunales militares**

21. La jurisdicción militar constitucionalmente ceñida como fuero real –si es que el congreso la implanta– es una *jurisdicción “especial”* (pero no una “comisión especial” de las prohibidas por el art. 18); lo de “especial” significa que es distinta de la jurisdicción judicial común y propia de los tribunales del poder judicial. En suma, también cabe decir que los tribunales militares son órganos “extrapoderes”, que no integran el poder judicial, ni tampoco dependen del poder ejecutivo.

Con tal característica, no hallamos óbice en decir que son tribunales *de la Constitución* y “jueces naturales” (bien que fuera del poder judicial). Incluso, admitimos la posibilidad constitucional de que los tribunales militares funcionaran sin posible revisión de sus sentencias por tribunales judiciales (pero sí con viabilidad de recurso extraordinario ante la Corte en supuestos de procedencia de tal remedio federal).

Se puede tolerar que a la jurisdicción militar se la llame jurisdicción “administrativa”, si por administrativa se quiere entender solamente que no pertenece al ámbito del poder judicial; pero nos negamos a llamarla “administrativa” si con tal adjetivo se pretende insinuar erróneamente que es tal por depender del poder ejecutivo (puesto que para nosotros no existe tal dependencia).

Las causas que tramitan ante la jurisdicción militar penal están sometidas a las pautas constitucionales del *debido proceso*. Incluso se les aplica el principio de que no puede haber condena penal sin acusación fiscal. Por eso, en el caso “González Hilario Ramón”, del 1° de setiembre de 1992, la Corte sostuvo que en jurisdicción militar penal, cuando falta la acusación fiscal no puede haber proceso ni condena.

### **La revisión judicial**

22. A partir de la reforma al código militar por la ley 23.049<sup>9</sup> y de la nueva jurisprudencia de la Corte, desde 1984 la validez constitucional

---

(9) Palombo, Guillermo, “Breves observaciones críticas sobre la arquitectura de los principios fundamentales de la reciente ley 23.049 de reformas al código de justicia militar”, *El Derecho*, 16/III/1984.

de las leyes que organizan los tribunales castrenses depende de la existencia de *revisión judicial* suficiente de los pronunciamientos que dictan; o sea, sus sentencias han de ser susceptibles de un recurso ante un tribunal judicial (y ello porque los tribunales militares no son tribunales del poder judicial, aunque sí de la Constitución).

En el caso "Ortiz Dante G.", del 2 de octubre de 1990, la Corte reiteró, con base en la ley 23.049, que el legislador ha querido dotar al procedimiento militar de un recurso judicial amplio para la revisión de todas las decisiones que en materia de delitos se dictan en el ámbito de los tribunales castrenses<sup>10</sup>.

En el caso Andrés G. Villalba, fallado el 1° de noviembre de 1988, la Corte Suprema consideró que el recurso judicial contra sentencias de los tribunales militares sólo es viable respecto de los delitos que son objeto de condena, excluyéndose del alcance del recurso las sanciones disciplinarias<sup>11</sup>.

### ***La naturaleza "federal" del código militar***

23. Para concluir este esbozo, añadimos que, a nuestro criterio, el código de justicia militar es una ley de naturaleza *federal*. Si en vez de crear tribunales militares el congreso atribuyera competencia para juzgar los delitos militares al poder judicial, tendría que asignarla a *tribunales federales* (y nunca provinciales). (Prueba de lo que decimos se advierte en que la competencia de alzada que ha establecido la ley 23.049 contra decisiones de tribunales militares se radica en la justicia federal).

### ***La coordinación entre la jurisdicción militar penal y el art. 100<sup>12</sup>***

24. Cuando se reconoce asidero a la jurisdicción militar penal en el art. 67, inc. 23 puede hacerse necesario afrontar una objeción; ésta se

(10) Ver el fallo, con notas de Santiago M. Sinópoli y nuestra, en El Derecho 7/III/91.

(11) Sobre el fallo, ver: Ekmekdjian, Miguel Angel, "La jurisdicción disciplinaria militar y la instancia judicial plena de revisión de los actos jurisdiccionales de la administración", El Derecho, 9/V/89.

(12) V.: Ramayo, Raúl Alberto, "El poder judicial y la justicia militar", El Derecho, 14/X/86.

formularía diciendo que la competencia del congreso para dictar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas armadas es *únicamente una competencia legislativa* (para “legislar”, o sea, para dictar el código de justicia militar), y no una competencia para crear tribunales militares (o sea, para establecer la jurisdicción militar penal que aplique el código de justicia militar). De ser así, del art. 67, inc. 23 surgiría la “legislación” militar, pero no la “jurisdicción” militar. Por ende, esa legislación sólo podría ser “jurisdiccionalmente” aplicada por los tribunales del poder judicial.

A tal objeción respondemos que cuando el autor de la Constitución formuló la competencia normada en el art. 67, inc. 23 conocía, tuvo en cuenta, y dio recepción al derecho español vigente, que abarcaba tanto la legislación militar cuanto la jurisdicción militar que le daba aplicación. Por ende, la facultad legislativa expresada en la categoría de “ordenanzas” y “reglamentos” absorbía la de establecer los tribunales militares o la jurisdicción militar penal que en el derecho tradicional le era anexa. (Que nosotros creamos que la competencia del congreso para crearlos es optativa y no de ejercicio obligatorio es otra cosa, y deja en pie la interpretación de que si quiere puede crearlos, porque el art. 67, inc. 23 lo prevé como posible).

25. El precedente argumento, al rescatar en el citado art. 67 inc. 23 la doble competencia de dictar la *legislación militar* y de crear los *tribunales militares* de aplicación, debe correlacionarse con el principio de la unidad de jurisdicción centrada en el poder judicial (art. 100), lo que arroja la siguiente conclusión: a) si para aplicar el código de justicia militar (que es legislación federal) es posible que el congreso establezca tribunales militares como jurisdicción “especial”, no cabe decir que la existencia de tales tribunales pugna con el principio de que la legislación federal debe ser aplicada por los tribunales federales del poder judicial (art. 100); o sea que el art. 67, inc. 23 da pie para excepcionar de la competencia de los tribunales federales (si así lo quiere disponer el congreso) la aplicación del derecho penal militar; b) con tal base, no era inconstitucional (hasta la ley 23.049) la inexistencia de una alzada judicial ante los tribunales federales para revisar las sentencias de los tribunales militares; c) la unidad de jurisdicción ante el poder judicial tiene prevista en la constitución la eventual excepción a favor de la jurisdicción militar penal, si es que el congreso decide establecerla (con o sin alzada judicial).



### **Los conflictos de competencia entre tribunales militares y tribunales civiles**

26. Si bien nos resulta arduo formular el principio de que el código militar sólo puede incriminar *delitos estrictamente militares*, con la consecuencia de que únicamente ellos pueden ser juzgados por los tribunales militares, la aplicación a cada caso concreto origina dificultades. Ello es así, precisamente, porque según cuál sea la conducta delictuosa sometida a juzgamiento, y planteada una cuestión de competencia en la que hay que decidir si el proceso incumbe a la justicia militar o a la civil, el criterio distintivo para encuadrar esa conducta en un ámbito o en otro puede volverse dudoso. Detectar con seguridad si el *bien jurídico* dañado por el delito es estrictamente militar o no, sirve de pauta orientativa, pero en los hechos tropezamos con una serie de sentencias, tanto en tribunales castrenses como de la Corte Suprema y tribunales judiciales inferiores, que evidencian a las claras cuán opinable y discutible resulta en cada situación concreta dirimir el conflicto entre el derecho y la jurisdicción militares, y el derecho y la jurisdicción comunes.

Por la profusa variedad de casos, no podemos ahora descender al detalle; sí hemos de insistir en que, aun cuando la Corte acoge para determinar el criterio definitorio de la naturaleza del delito militar el de la afectación de la existencia de la institución militar, su reenvío al art. 704 del respectivo código mantiene turbia la situación. En efecto, decir que son delitos militares los que, por producir la mencionada afectación, tan sólo son previstos y sancionados por las leyes militares, parece insuficiente, porque bastaría que un delito estuviera contenido en el código penal común para que ya no se pudiera decir que sólo lo prevé y reprocha el código militar.

27. A simple título de ejemplo, puede verse cómo en sentencia del 7 de abril de 1987, en el caso "Videla Jorge R.", la Corte Suprema sostuvo que la rebelión militar de 1976, que depuso de su cargo a la presidenta María Estela Martínez de Perón, debía ser enjuiciada penalmente por los tribunales federales y no por los militares; en tanto por sentencia del 27 de diciembre de 1990, en el caso "Acosta Carlos" entendió que correspondía el juzgamiento por la justicia militar de los hechos cometidos por

militares en actividad en ocasión del llamado alzamiento "carapintada" ocurrido en ese mismo mes y año<sup>13</sup>.

28. Una condición que para la procedencia eventual de la jurisdicción militar exige la Corte en su derecho judicial es la de que el personal militar, suficientemente individualizado, debe estar procesado, o por lo menos imputado en la causa<sup>14</sup>.

## V. LA JURISDICCION MILITAR Y LOS CIVILES<sup>15</sup>

### *La sujeción de civiles a los tribunales militares*

29. El derecho judicial de la Corte Suprema ha admitido el sometimiento de civiles a los tribunales militares. Por supuesto que esa jurisprudencia se ha movido en un contexto severo: a) requería *ley* expresa que atribuyera claramente a los tribunales militares la competencia para juzgar a civiles por delitos determinados; b) exigía razones transitorias de grave *emergencia* (incluso, entre 1976 y 1983, hay jurisprudencia que para admitir la jurisdicción militar en casos como los que analizamos, requería que los delitos civiles sometidos a ella tuvieran vinculación con la actividad subversiva); c) entendió que la jurisdicción militar era de *excepción* y debía interpretarse restrictivamente; d) suavizó los recaudos formales (o proce-

---

(13) Para nuestra discrepancia con la solución adoptada en el primero de los fallos mencionados, y nuestra coincidencia con la segunda, ver –respectivamente– nuestras notas "En qué jurisdicción cabe enjuiciar a la rebelión de 1976: ¿militar o civil?", *El Derecho*, 6/V/87, y "La competencia de la jurisdicción militar en el alzamiento 'carapintada'", *El Derecho*, 6/V/91.

(14) V.: el fallo de la Corte Suprema del 15 de abril de 1986, en el caso "S. de B., E.", con nota nuestra, en *El Derecho*, 3/VII/86.

(15) V.: Caballero, José Severo, "Terrorismo y subversión. Doctrina de la Corte Suprema Nacional con respecto al juzgamiento de civiles por consejos de guerra especiales", *La Ley*, 14/XII/1979; Vanossi, Jorge Reinaldo A., "El sometimiento de los civiles a los tribunales militares (estado actual de la cuestión en la jurisprudencia constitucional)", *El Derecho*, 2/VI/1981; Colautti, Carlos E., "La aplicación de la jurisdicción militar a los civiles", *La Ley*, 14/X/1981; Bidart Campos, "Los tribunales militares y la constitución", Ed. Ediar, Bs. As., 1985; Borda, Alejandro, "El avance de la jurisdicción militar sobre la jurisdicción civil", *La Ley*, 2/IV/1984.

sales), o hasta eximió de ellos, al recurso extraordinario para facilitar la revisión por la Corte de sentencias militares condenatorias, dictadas sin que los procesados hubieran contado con asistencia letrada, a fin de resguardar al máximo la defensa y el debido proceso.

30. Una fórmula bastante estereotipada en el derecho judicial que comentamos tiene dicho que, *suscitada una situación de emergencia, no se muestra incompatible con la Constitución la regla excepcional que sujeta a los civiles a juzgamiento por los tribunales militares*. Pero, a la vez, encontramos el principio de que ese sometimiento de los civiles a la jurisdicción castrense exige tanto una situación excepcional de emergencia cuanto una explícita decisión del poder político (ley) que altere, por ese grave motivo, el orden moral de las competencias (o sea, el juzgamiento por los tribunales comunes).

Dentro de este marco y con tales presupuestos, registramos asimismo el rechazo de impugnaciones de inconstitucionalidad so pretexto de que la parte agraviada no demostraba que el juzgamiento de civiles por tribunales militares fuera inconciliable con la Constitución, demostración que —a nuestro juicio— no puede ser una cuestión de “hecho y prueba”, sino de razonamiento y argumentación jurídica.

31. Quizás un precedente importante en las últimas décadas dentro de la jurisprudencia analizada sea el caso “Rodríguez Juan Carlos y otros” (conocido asimismo como “Ruggero Conrado A. y otros”), fallado por la Corte el 24 de octubre de 1962, donde se examinó y convalidó el recurso del poder civil a la ayuda de las fuerzas armadas por razones suficientes de defensa.

A partir de allí, lo que más interesa destacar es, seguramente, el principio de que *después de superado definitivamente un episodio subversivo, no tiene justificación constitucional la exclusión de los jueces del poder judicial en el juzgamiento y la decisión final de las causas criminales*; como corolario de esta regla, la Corte ha sostenido que, terminada la emergencia, *las sentencias militares de condena “legalmente impugnadas” no pueden subsistir*.

En la expresión “legalmente impugnadas” es menester detenerse para esclarecer su sentido. ¿Qué significa que no pueden subsistir las condenas “impugnadas” legalmente?; ¿quiere decir que toda sentencia

condenatoria dictada contra un civil por tribunales militares se vuelve inválida –y por ende revisable por el poder judicial– después de concluida la emergencia?; ¿o lo de “legalmente impugnadas” significa *únicamente* que sólo son revisables las sentencias que al finalizar la emergencia se hallan *pendientes de recurso o no están firmes*?

Siempre hemos entendido lo último, y el análisis de los casos en que la Corte ha sostenido ese principio corrobora nuestra tesis, porque esos casos versaban sobre fallos condenatorios que no estaban firmes. Por otra parte, esta opinión se respalda en la jurisprudencia de la Corte que negó la procedencia del habeas corpus para atacar sentencias militares de condena, y en el hecho de que la propia ley 23.049 –que en 1984 habilitó el habeas corpus para impugnar tales sentencias recaídas en perjuicio de civiles– presupone que hacía falta una ley especial de muy excepcionales razones para permitir una vía procesal contra sentencias firmes.

32. Nosotros entendemos que la sujeción de civiles a los tribunales militares *siempre es inconstitucional*, aunque haya emergencia. Los argumentos acumulados son varios: la jurisdicción castrense como fuero real es de excepción, y jamás puede alcanzar a quienes carecen de estadmilitar (como son los civiles); implica una comisión especial prohibida por el art. 18, y una sustracción de los justiciables (civiles) a sus jueces naturales (que son los del poder judicial); significa violar la división de poderes, precisamente por inhibir la jurisdicción y competencia de los tribunales civiles en las causas penales que se asignan a la jurisdicción militar; se agravia el derecho a la jurisdicción del justiciable, en cuanto al someterlo a los tribunales militares se le cercena el acceso a los tribunales del poder judicial.

De todos modos, como conclusión, decimos lo siguiente: pese a ser inconstitucional el juzgamiento y la condena de civiles por tribunales militares, creemos que las sentencias “firmes” dictadas por éstos no pueden ulteriormente ser revisados por tribunales del poder judicial, salvo que una *ley expresa* les confiera a los últimos la competencia revisora, en cuyo caso pensamos que la referida inconstitucionalidad presta base suficiente y razonable para que esa ley asimile tal revisión a la hipótesis de análoga revisión de la cosa juzgada nula o írrita.

33. Sostener la inconstitucionalidad del sometimiento de civiles a la jurisdicción militar no significa negar que el poder civil pueda acudir al

auxilio de las fuerzas armadas en uso de competencias constitucionales para contener graves situaciones de desórdenes o conmoción interna.

### **El deber militar de los civiles**

34. El art. 21 de la Constitución dice que “todo ciudadano” está obligado a armarse en defensa de la patria y de la misma Constitución, conforme a las leyes del congreso y a los decretos del poder ejecutivo.

De esta norma no inferimos que necesariamente haya de existir el servicio militar obligatorio. De hecho, hubo un período relativamente largo posterior a la Constitución en que no existió ley en tal sentido. Bien podría entonces, con reforma de la ley actual 17.531, suprimirse. Personalmente, somos partidarios de abolirlo.

Tampoco el deber del art. 21 es absoluto, porque *no hay obligaciones “absolutas”*.

De todos modos, es verdad que la incorporación del ciudadano civil le hace adquirir estado militar, formar parte de la fuerza armada, y someterse a la normativa que la rige. Ahora bien, como tal resultado no es producto de una decisión voluntaria sino de una carga pública que se supone derivada del deber que consigna el citado art. 21 constitucional, entendemos que toda interpretación constitucional y legal acerca del estado castrense que adquiere el civil a raíz de la conscripción obligatoria debe ser restrictiva en cuanto a los deberes y benévola o amplia en cuanto a los derechos. No creemos, por ende, que la interpretación de la normativa militar pueda ser idéntica cuando se aplica a quienes por su decisión integran los cuadros castrenses y cuando recae sobre los civiles que forzosamente se incorporan a ellos por el servicio militar obligatorio.

35. *La objeción de conciencia* por razones religiosas o éticas, esté o no contemplada en la ley, debe respetarse para eximir de la prestación del servicio; en tal sentido, cabe recordar que tuvo reconocimiento limitado en el fallo de la Corte Suprema del 18 de abril de 1989 en el caso “Portillo Alfredo”, en el que se admitió que el objetor cumpliera su deber militar sin portación de armas<sup>16</sup>.

---

(16) Bidart Campos, “Un brillante e innovador fallo de la Corte Suprema acoge parcialmente la objeción de conciencia para los deberes militares”, *El Derecho*, 7/VI/89.

36. Por más que se considera que el deber militar del art. 21 de la Constitución impone a los civiles que cumplen el servicio un esfuerzo exigido por la defensa, y que encierra un área bélica, entendemos que el Estado no puede usufructuar irresponsablemente de la prestación que obliga a asumir a los civiles y, por ende, tiene que responder por el daño que sufren en acto de servicio, o sea, por el que no hubieran padecido de no estar incorporados a las fuerzas armadas. Así lo decidió la Corte en su fallo del 5 de agosto de 1986 en el caso "Gunther Fernando R."<sup>17</sup>.

---

(17) Bidart Campos, "Base constitucional del resarcimiento por daños sufridos en acto de servicio militar", *El Derecho*, 29/X/86.

# **La Jurisdicción Militar en Argentina. Revisión de sus decisiones por la Justicia Federal (\*)**

**NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS**

*Universidades Nacional de Buenos Aires y Católica  
(Argentina)*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Derecho estadounidense. Perfil de la jurisdicción militar. 3. Control judicial federal de la justicia castrense. 4. Argentina. Fisonomía de la jurisdicción militar. 5. Vías de revisión judicial. 6. Criterios de evaluación. 7. Conclusión.

## **1. INTRODUCCION**

Las normas constitucionales que dan pie a la existencia de una jurisdicción militar en Argentina son similares a las que hay al respecto en la Constitución estadounidense.

En efecto, en Argentina la cláusula constitucional que legitima la jurisdicción militar es el art. 67, inc. 23, que confiere al Congreso competencias para "fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra; y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos"<sup>1</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sentar

---

(\*) El presente trabajo se elaboró antes de la Reforma Constitucional de 1994.

(1) Cfr. Ramayo Raúl A., "La jurisdicción o justicia militar y el principio de división de los poderes", en la Ley 122-1183.

tal doctrina, ha dicho que al organizar la jurisdicción militar, el Poder Legislativo procede con amplia libertad<sup>2</sup>.

A su turno, la Constitución norteamericana, fuente en este punto de la Argentina, trata el tema en su art. I, sección 8: el Congreso tendrá poder para ... *dictar normas para el gobierno y la reglamentación de las fuerzas terrestres y navales*". Resulta de sumo interés, por tanto, reseñar cuáles son las pautas principales vigentes en los EEUU sobre la justicia militar y la revisión de sus pronunciamientos, y después compararlas con las aceptadas en Argentina.

## 2. DERECHO ESTADOUNIDENSE. PERFIL DE LA JURISDICCION MILITAR

Hay un criterio subyacente en la mentalidad jurídica norteamericana que debe subrayarse: la diferenciación entre "sociedad civil" y "sociedad militar". En *Parker v. Levy*, la Corte Suprema de ese país destacó que era una cuestión elemental que el ejército y la armada debían estar listos para luchar e intervenir en guerra cuando la ocasión lo exigiese, y que eso conduce, inevitablemente, a erigir "una sociedad especializada (la militar), separada de la sociedad civil". Por ende, el sistema judicial militar está construido con normas distintas a las del restante sistema judicial federal<sup>3</sup>.

La idea de una "justicia ruda" (*rough form of justice*) importa, según los considerandos de *Reid v. Covert*, enfatizar procesos sumarios, rápidas decisiones y fuertes penalidades, en vista a mantener la disciplina y la capacidad de lucha en todos los grados<sup>4</sup>. Tal perfil de la judicatura castrense ha llevado a sostener, por parte de una corte federal de apelaciones, que "lo permisible en el ámbito militar puede ser constitucionalmente inadmisibles fuera de él", y que las mismas normas constitucionales pueden tener una aplicación distinta en el fuero civil y en el militar<sup>5</sup>.

---

(2) "Fallos de la CSJN", 149:175; 306: 684, consid. 10.

(3) V. Corwin Edward S., con revisión de Harold W. Chase y Craig R. Ducat, "La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual", trad. por Aníbal Leal (Buenos Aires, 1987), ed. Fraternal, pág. 157; Tribe Laurence H., "American Constitutional Law" (Mineola, Nueva York, 1978), The Foundation Press, pág. 44.

(4) Tribe Laurence H., ob. cit., pág. 45, nota 69.

(5) Corwin Edward S., ob. cit., pág. 159.



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

Uno de los indicadores más llamativo de aquella dualidad constitucional ha sido la institución de los jurados, obligatorios constitucionalmente para las causas criminales civiles, según la sexta enmienda, pero que no operan en la jurisdicción castrense (Corte Suprema de los EEUU, en *Milligan, Quirin, Middendorf v. Henry*)<sup>6</sup>. Schwartz, comentando esa jurisprudencia, indica que pese a que una corte marcial puede ser equiparada a un tribunal penal, “sus procedimientos no son juicios penales dentro del sentido de la declaración de derechos”. Así, la Corte Suprema de los EEUU terminó por concluir que para los que estén prestando algún servicio militar o naval en esa nación, “la ley militar es un proceso adecuado”<sup>7</sup>.

La directriz de que el Congreso de los EEUU puede dictar el código de justicia militar en forma amplia, sin conexión con las reglas constitucionales relativas al poder judicial ordinario, y que la justicia militar y la federal son dos poderes totalmente independientes<sup>8</sup>, tiene algunas felices correcciones.

Una de ellas es la doctrina del “mínimo posible”. En concreto, puntualiza que las cortes militares deben contar con “el mínimo poder posible adecuado para el fin perseguido”<sup>9</sup>. Por ende, sólo tienen competencia para juzgar actos “relacionados con el servicio” (*service-connected*). En tiempos de paz, por ejemplo, la jurisdicción castrense no se extiende a civiles dependientes de personal militar, o civiles empleados en las fuerzas armadas, e incluso a todos los actos que pueda realizar un militar. La relación con el servicio, en cambio, se da en supuestos de

(6) Corwin Edward S., ob. cit., pág. 156; Tribe Laurence H., ob. cit., pág. 44.

(7) Schwartz Bernard, “Los poderes del Gobierno”, trad. por Julieta Campos (México, 1966). UNAM, t. II pág. 276.

(8) Schwartz Bernard, ob. cit., pág. 275.

(9) Corwin Edward S., ob. cit., pág. 159.

ataque a la autoridad militar, o en asuntos concernientes a la seguridad de puestos militares o a la integridad de la propiedad militar<sup>10</sup>.

Otra pauta correctiva sobre los poderes congresionales para estructurar la justicia militar, es que las reglas que dicte el Poder Legislativo deben responder a la manera en que lo hacen las naciones civilizadas (Corte Suprema federal, en *Dynes v. Hoover*)<sup>11</sup>. Tal estándar puede resultar sin embargo muy relativo, si los autores de las normas castrenses se autoconsideran miembros del paradigma de “nación civilizada”.

La tercera pauta rectificadora enseña que pese a las diferencias inevitables entre el proceso federal común y el militar, hay de todos modos en el último una serie de garantías mínimas que cumplir, en orden a satisfacer requisitos elementales que hacen al debido proceso constitucional (*due process of law*). Así, por ejemplo, los procesados en sede castrense tienen derecho a una aplicación fundamentalmente justa de las normas procedimentales del caso<sup>12</sup>, ya que la Constitución protege también a los soldados “de las crudas injusticias de un juicio conducido de tal manera que prescinda de la justicia más rudimentaria”<sup>13</sup>. En otras palabras, hay bases fundamentales del proceso justo que imperan en la jurisdicción militar<sup>14</sup>.

### 3. CONTROL JUDICIAL FEDERAL DE LA JUSTICIA CASTRENSE

El punto de partida en este tema es la negación de la revisión judicial *directa* de lo resuelto por una corte castrense. En una expresión muy gráfica sobre el punto, Winthrop señala que un tribunal civil o penal estadounidense no tiene mayor jurisdicción en materia de apelación sobre un tribunal militar de ese país, que ¡cualquier tribunal de una nación extranjera!<sup>15</sup>.

(10) Tribe Laurence H., ob. cit., pág. 46.

(11) Tribe Laurence H., ob. cit., pág. 44.

(12) Schwartz Bernard, ob. cit., pág. 276.

(13) Schwartz Bernard, ob. cit., pág. 276.

(14) Schwartz Bernard, ob. cit., pág. 276.

(15) Schwartz Bernard, ob. cit., pág. 277.

Coincidentemente con esa postura, la Corte Suprema de los EEUU, en *Noyd vs. Bond*, sostuvo que el Congreso no otorgó a ella jurisdicción apelada para supervisar la administración de justicia criminal en lo militar<sup>16</sup>.

El factor corrector a esa doctrina está en la admisión (por excepción) del control colateral civil sobre las cortes marciales. En *Calley v. Callaway*, donde se discutieron hechos vinculados con la masacre de My Lai, en Viet Nam, la Corte (federal) de apelaciones detalló que la revisión colateral, generalmente instrumentada mediante un auto de hábeas corpus, opera en estas tres hipótesis: a) objeción a la competencia del tribunal militar; b) cuando se argumente la violación de derechos constitucionales por parte de este último; c) si se han presentado “circunstancias excepcionales que son tan invalidantes que determinan una flagrante injusticia”<sup>17</sup>. En síntesis, la actuación de la jurisdicción federal tendería al contralor de las tres pautas correctivas (la del “mínimo posible”, de la “práctica de las naciones civilizadas”, y de las “garantías mínimas” o de la “justicia rudimentaria”) que hemos detallado precedentemente.

Concluyendo: conforme a la doctrina del control o impugnación colateral, la justicia militar no es totalmente inmune al examen judicial ordinario (Schwartz). Según la enseñanza de la Corte Suprema de los EEUU, “si una corte marcial no tiene jurisdicción sobre la materia de la acusación para juzgar a la cual ha sido convocada, o impone un castigo posible prohibido por la ley, aunque su sentencia sea aprobada por los oficiales que tienen el poder de revisarla, los tribunales civiles pueden, por una acción de una parte afectada por ella, inquirir en el defecto de jurisdicción de la corte y hacer justicia” (*Dynes vs. Hoover*)<sup>18</sup>.

Uno de los asuntos más tratados en las cortes civiles respecto a decisiones de órganos militares, ha sido la competencia de éstos para enjuiciar a civiles, cosa que se ha discutido incluso en tiempos de guerra<sup>19</sup>, y que se conecta con la validez y operatividad de la declaración del estado de “ley marcial”.

(16) Tribe Laurence H., ob. cit., pág. 45.

(17) Corwin Edward S., ob. cit., pág. 158.

(18) Schwartz Bernard, ob. cit., pág. 277.

(19) Tribe Laurence H., ob. cit., pág. 45.

A su turno, la operatividad del contralor judicial ordinario sobre los tribunales militares cuenta con ciertas limitaciones. Una corte federal de apelaciones, en *Cortright vs. Resor*, puntualizó que la “intrusión judicial” en el área reservada por la Constitución (en materia militar) al Presidente y a sus subordinados, debía obedecer a muy sólidas razones<sup>20</sup>. Por lo demás, los reclamos ante la judicatura ordinaria son posteriores, como regla, al agotamiento de todos los recursos militares disponibles (*Locks vs. Laird*)<sup>21</sup>. Finalmente, en el ya citado caso *Calley vs. Callaway*, la corte de apelaciones indicó que los tribunales federales, cuando examinan pronunciamientos militares, deberían distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, “y revisar únicamente los problemas legales que implican cuestiones constitucionales básicas”<sup>22</sup>.

Resumiendo: la actuación judicial común es, como principio, *excepcional, subsidiaria* y de índole *normativa*, respecto a decisiones de la jurisdicción militar.

Conviene advertir, desde luego, que estos patrones de entendimiento sobre el rol y la intensidad del control civil sobre la justicia castrense no son rígidos ni siempre uniformes. Por ejemplo, la Corte Suprema, en *Schlesinger v. Councilman*, alertó que la necesidad de agotar los remedios militares, antes de ir a la justicia civil, en procura del control colateral, no es sacramental cuando civiles cuestionan la aplicación, para ellos, de la jurisdicción militar<sup>23</sup>.

#### 4. ARGENTINA. FISONOMIA DE LA JURISDICCION MILITAR

Admitida la constitucionalidad de los tribunales militares, a tenor, según se dijo, del art. 67, incs. 23 y 24 de la Constitución<sup>24</sup>, la Corte

---

(20) Corwin Edward S., ob. cit., pág. 161.

(21) Corwin Edward S., ob. cit., pág. 161.

(22) Corwin Edward S., ob. cit., pág. 159.

(23) Tribe Laurence H., ob. cit., pág. 47. El autor indica, con acierto, que el contralor judicial de la competencia de una corte marcial debería extenderse a los supuestos en que los acusados son también militares. Si lo que habilita aquel control es la materia en juego -competencia-, ello debería operar con independencia del carácter civil o militar de los encartados.

(24) CSJN, “Fallos” 101: 365 y 54: 586.

Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que son tribunales de la Nación, aunque no integren el Poder Judicial federal<sup>25</sup>. Algunas veces la Corte los reputa “órganos autónomos”, con jurisdicción independiente<sup>26</sup>, tipificándose como “tribunales esencialmente administrativos”, según la tesis sustentada en “Santa Ana y otros”<sup>27</sup>.

En la doctrina, las aguas están divididas entre quienes reputan a los tribunales militares como órganos del Poder Ejecutivo, que actúan por delegación del mismo<sup>28</sup>, y los que ven en ellos una jurisdicción con visos de plenitud, con sentencias que poseen cosa juzgada y no son modificables por el Poder Ejecutivo<sup>29</sup>.

También en doctrina se ha sostenido (Bidart Campos) que teóricamente podría no existir la jurisdicción militar fuera del Poder Judicial. Es decir, que el Congreso –siempre en virtud del mentado art. 67, inc. 23 de la Constitución– podría haber injertado el fuero militar dentro del Poder Judicial, en lugar de programarlo (como lo ha hecho hasta ahora) fuera del tercer poder del Estado<sup>30</sup>.

En cuanto sus atribuciones, la *jurisdicción militar* comprende en Argentina dos especies diferentes: la *jurisdicción penal militar*, que se ocupa de sancionar delitos, y la *jurisdicción disciplinaria militar*, situada netamente en la esfera del Poder Ejecutivo, que castiga faltas e infracciones menores, aunque muchas veces la punición comprenda penas privativas de la libertad.

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

(25) CSJN, “Fallos” 101: 359 y 149: 179.

(26) CSJN, “Fallos” 276: 364 y 149: 180.

(27) CSJN, “Fallos” 307: 1018.

(28) Cfr. Martínez Muñoz Ildelfonso, “Derecho militar y derecho disciplinario militar” (Buenos Aires 1977), ed. Depalma, pág. 292 y sigts.

(29) Cfr. Ramayo Raúl A., ob. cit., en nota 1; y “El Poder Judicial y la justicia militar”, en *El Derecho* 120-912.

(30) Bidart Campos Germán J., “Los tribunales militares y la Constitución” (Buenos Aires, 1985) ed. Ediar, pág. 121.

La Corte Suprema concluyó que no están prohibidos los *fueros reales*, derivados de la naturaleza de las cosas o de los actos<sup>31</sup>, y por ende, que era constitucionalmente viable el fuero militar, aplicable a los miembros de las fuerzas armadas si han cometido delito en tal condición y violando normas militares, v. gr. en el caso de rebelión encabezada por un militar<sup>32</sup>. Todo ello debido a las particularidades que requieren los procesos en la esfera militar<sup>33</sup>.

Como consecuencia de lo indicado, no puede invocarse el fuero castrense si el militar comete un delito común, no perpetrado en los cuarteles, marchas o actos de servicio. En tal variable, actuará el fuero común<sup>34</sup>. En fin de cuentas, los delitos propios del fuero militar, señala la Corte Suprema, son los que afectan la existencia de la institución militar<sup>35</sup>.

Ultimamente la Corte ha advertido que no corresponde al fuero militar si se investigan las ofensas de un militar a otro, aunque aludan al comportamiento como militar de éste, si fueron vertidas por medio de la prensa y resultaron dirigidas a la opinión pública, excediendo el ámbito castrense<sup>36</sup>.

También indicó la Corte que la legislación hoy vigente tiende a ceñir la competencia jurisdiccional militar, restringiendo los delitos militares a los propios de tal naturaleza: los delitos comunes perpetrados por militares, aunque sea por ejemplo una defraudación en perjuicio militar, es en tiempo de paz competencia de la justicia común<sup>37</sup>.

Como dato de interés, si un hecho imputado a un militar está tipificado tanto en el código penal común como en el código de justicia militar, debe ser investigado liminarmente, por su carácter específico, en los tribunales castrenses<sup>38</sup>.

---

(31) CSJN, "Fallos" 101: 405; 306: 655.

(32) CSJN, "Fallos" 54: 584; 147: 61.

(33) CSJN, "Fallos" 298: 286.

(34) CSJN, "Fallos" 9: 533; 14: 453.

(35) CSJN, "Fallos" 310: 761.

(36) Doctrina Judicial, 1992-1-740.

(37) Doctrina Judicial, 1992-1-401.

(38) CSJN, Jurisprudencia Argentina, 1992-I-32.

Finalmente, es admitido que en sus procedimientos, los tribunales militares deben respetar las pautas fundamentales de la Constitución respecto al debido proceso, que incluye la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos<sup>39</sup>.

## 5. VIAS DE REVISION JUDICIAL

Al igual que en el derecho norteamericano, es interesante averiguar cuáles han sido los conductos procesales para fiscalizar, en tribunales civiles, los pronunciamientos castrenses; y cuáles han sido, también, los patrones de análisis de esa revisión.

a) *Hábeas corpus*. Esta acción ha sido admitida algunas veces para cuestionar alistamientos a las fuerzas armadas basados, por ejemplo, en contratos firmados bajo presión o fuerza, o por un menor sin la venia paterna<sup>40</sup>. También se declaró procedente el *hábeas corpus* articulado en favor de un conscripto retenido después de vencido el término de prestación del servicio militar<sup>41</sup>, o si declarado inapto para éste, se lo continúa incorporado al ejército<sup>42</sup>.

En general, la jurisprudencia de la Corte Suprema deniega el *hábeas corpus* para cuestionar sentencias firmes de autoridades militares<sup>43</sup>. También lo rechaza para cuestionar la privación de libertad decretada por un juez militar competente, como es en su caso la jurisdicción castrense, cuando ésta actúe en las condiciones previstas por la ley. En tal caso, el arrestado lo está en virtud de orden escrita de autoridad competente, y no es admisible el *hábeas corpus*<sup>44</sup>.

---

(39) CSJN, "Fallos", 101: 365; 54: 586.

(40) Sobre estos fallos, V. Sagüés Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus", 2ª. ed. (Buenos Aires 1988) ed. Astrea, t. 4, págs. 502/3.

(41) Cámara Federal de la Capital, Jurisprudencia Argentina 24-42.

(42) Cámara Federal de La Plata, Jurisprudencia Argentina 36-471. V. también Sagüés Néstor Pedro, ob. cit., págs. 503/4.

(43) CSJN, en La Ley 95-470. Sagüés Néstor Pedro, ob. cit., pág. 504 y sigts., con un mayor desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema.

(44) Cfr. "Cardozo Miguel O.", CSJN, La Ley 1987-B-152. Tampoco ha sido útil el *hábeas corpus* para discutir medidas adoptadas durante el proceso militar, como la

A nuestro entender, cabe distinguir si una persona está detenida en razón de la jurisdicción militar disciplinaria, o de la penal. Si se trata de la primera, de tipo sustancialmente administrativo, parece sensato equiparar el arresto al dispuesto por cualquier autoridad administrativa, y por ende, como principio, el hábeas corpus debe resultar idóneo para cuestionar un arresto inconstitucional. En cambio, si la prisión ha sido dispuesta por un tribunal militar penal, no es absurdo equiparar a éste a un tribunal civil, y entonces denegar el hábeas corpus (sin perjuicio de discutirse la detención por otras vías recursivas), ya que éste no procede, como regla, contra restricciones a la libertad dispuestas por tribunales. Por excepción, el hábeas corpus tendría que ser viable si los mecanismos recursivos previstos por el código de justicia militar para impugnar un arresto militar penal no son idóneos, ocasionan un agravio irreparable, o simplemente no existen<sup>45</sup>.

Como dato curioso, debe recordarse que la ley 23.042 estableció que “las condenas dictadas, aun con sentencia firme, por tribunales militares respecto de civiles, podrán impugnarse por la vía reglamentada en el título IV del libro IV del código de procedimientos en lo penal”, vale decir, mediante el hábeas corpus.

La ley 23.042 restó de vigor de cosa juzgada a esos fallos condenatorios emanados de tribunales castrenses, dispositivo por cierto de muy dudosa constitucionalidad. La sanción de tal ley, en 1984, tuvo una explicación especial: los episodios ocurridos durante la llamada lucha antisubversiva, durante el régimen militar de 1976/83, cuando numerosos civiles fueron enjuiciados ante tribunales militares con trámites sumarisimos y donde el ejercicio del derecho de defensa tuvo, a menudo, serios cuestionamientos y obstáculos<sup>46</sup>.

---

prisión preventiva rigurosa, u otros pasos procesales. Cfr. Sinópoli Santiago, “Hábeas corpus y justicia militar”, en *El Derecho* 123-163; Bidart Campos Germán J., “La constitución enseña que el hábeas corpus no es hábil para sustraer un caso al juez de la causa”, en *El Derecho* 123-163.

(45) Sagüés Néstor Pedro, ob. cit., págs. 513/4.

(46) Para un análisis más minucioso de la ley 23.042 nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, ob. cit., pág. 506 y sigs.



Lo cierto es que la ley 23.042 habilitó explícitamente el hábeas corpus para revisar sentencias de la jurisdicción militar.

b) *Recurso extraordinario federal*. Este medio de impugnación (previsto por el art. 14 de la ley 48) fue expresamente contemplado después por el art. 6 de la ley 4055, para atacar las sentencias definitivas dictadas “por los superiores tribunales militares”.

La noción de “superior tribunal militar” fue entendida por la jurisprudencia de la Corte Suprema como comprensiva no sólo de los órganos jurisdiccionales militares máximos en sentido estricto (Consejo Supremo de las fuerzas armadas), sino también a cualquier “organismo permanente que tiene las características de los tribunales superiores militares por su composición, competencia y leyes de procedimiento que lo rigen”. Así, el Tribunal de Honor de la ley 9675 y el Consejo de Guerra permanente, o la resolución de un comandante de zona de emergencia<sup>47</sup>.

El recurso extraordinario es resuelto directamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No importa la revisión de todo lo actuado en un proceso, ya que su radio de cobertura se ciñe a una apelación circunscripta a temas de derecho federal (constitucional e infraconstitucional), asuntos de gravedad institucional y sentencias arbitrarias (que han violado, v. gr., el principio de defensa en juicio y no importan una derivación razonada del derecho vigente<sup>48</sup>.

c) *Ley 23.049*. Las resoluciones jurisdiccionales militares cuestionables por el recurso extraordinario federal deben ser *definitivas*, es decir últimas, que traten el fondo del asunto o que, siendo interlocutorias, puedan acusar un gravamen irreparable. No son definitivas aquellas que todavía pueden objetarse por algún recurso, sea ante autoridad militar o ante la justicia federal. A raíz del dictado de la ley 23.049, que modificó el código de justicia militar y creó un recurso ante las cámaras federales penales “contra los pronunciamientos definitivos de los tribunales militares” en tiempos de paz, la mayor parte de las decisiones jurisdiccionales

(47) Cfr. Sagüés Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, 3ª ed. (Buenos Aires 1992) ed. Astrea, t. 1, pág. 457.

(48) Sagüés Néstor Pedro, ob. cit., en nota 47, pág. 317 y sigts.

castrenses no son discutibles ya por el recurso extraordinario federal, al existir, antes que él, esa vía del nuevo art. 445 bis del código de justicia militar<sup>49</sup>.

Ahora bien: si un fallo del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas se impugna mediante el citado art. 445 bis ante la cámara federal, *después* podrá atacarse la sentencia de ésta por el recurso extraordinario federal, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En conclusión, la ley 23.049 amplió singularmente la revisión judicial federal civil sobre los veredictos de los tribunales militares, en términos que la jurisprudencia posterior ha concebido de manera bastante amplia, ya que el radio de conocimiento de la cámara federal mediante el art. 445 bis del código de justicia militar, es comprensivo de más supuestos que los abarcados por el art. 14 de la ley 48, respecto al recurso extraordinario ante la Corte Suprema<sup>50</sup>.

## 6. CRITERIOS DE EVALUACION

En cuanto los patrones de revisión judicial ordinaria sobre lo actuado por la militar, mediante el recurso extraordinario federal, la jurisprudencia habilitó esa vía procesal para discutir las resoluciones que denegaban el fuero federal y en su lugar, derivaban el caso a la justicia militar. El recurso extraordinario, en resumen, sirvió para analizar la eventual incompetencia

---

(49) El nuevo art. 445 bis estableció que "En tiempo de paz, contra los pronunciamientos definitivos de los tribunales militares, en cuanto se refieren a delitos esencialmente militares, se podrá interponer un recurso que se tramitará ante la cámara federal de apelaciones con competencia en el lugar del hecho que originó la formación del proceso". La temática del recurso puede referirse a inobservancia o errónea aplicación de la ley, violación de formas esenciales para el proceso, limitaciones irregulares al derecho de defensa, prescindencia de pruebas esenciales, casos de prueba rechazada sin motivos fundados, etc.

(50) V. al respecto el preciso trabajo de Santiago Sinópoli, "Justicia militar: la amplitud del recurso ante el fuero federal", en *El Derecho* 140-785. El autor observa que la Corte Suprema abrió el recurso no solamente para discutir sentencias definitivas castrenses, sino también para otros pronunciamiento equiparable a aquéllas. En definitiva, el art. 445 bis del código de justicia militar se ha entendido como una suerte de recurso de casación. V. igualmente Bidart Campos Germán J., "El recurso judicial amplio contra decisiones definitivas de tribunales militares" en *El Derecho*, 140-784.

del fuero militar<sup>51</sup>, y la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un tribunal militar<sup>52</sup>.

Yendo a la profundidad del examen judicial ordinario sobre los tribunales militares, en materia de recurso extraordinario esa revisión tuvo inicialmente pautas muy severas y estrechas. Así, la Corte Suprema dijo que no procedía tal recurso para discutir la interpretación de hechos y de leyes militares aplicadas por los tribunales castrenses<sup>53</sup>. También señaló que eran ajenas al aludido recurso las cuestiones que sobre temas procesales se pretendían traer a decisión de la Corte, y aspectos vinculados con la aplicación del código de justicia militar por parte de un tribunal de este fuero, porque en ese ámbito el tribunal castrense estaba exento de control, puesto que si la Corte Suprema se hallase obligada a juzgar la validez de los procedimientos que hubiesen seguido los consejos de guerra, quedaría menoscabada la independencia de la jurisdicción militar<sup>54</sup>.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema afirmó, por ejemplo, que no podría reverse en la instancia extraordinaria lo resuelto por los tribunales militares acerca de la responsabilidad del acusado por el delito de usurpación, declarada sobre la base de los hechos del proceso y de la apreciación de las pruebas a él incorporadas<sup>55</sup>.

En este punto cabe destacar un estándar muy significativo, reiteradamente empleado por la Corte Suprema, en tren de recortar la intensidad del control judicial ordinario sobre los jueces militares. La Corte dijo, en efecto, que por medio del recurso extraordinario no debían estudiarse agravios relativos a la existencia de las bases fácticas de una decisión militar, ya que los consejos de guerra se desempeñan como jurados, "*esto es, se encuentran facultados legalmente para decidir sobre el particular con arreglo a su conciencia y no según las reglas de la sana crítica*"<sup>56</sup>.

(51) CSJN, "Fallos" 305: 657; 304: 954 y 1882.

(52) CSJN, "Fallos" 101: 365; La Ley 137-454.

(53) CSJN, "Fallos" 276: 364; 224: 664.

(54) CSJN, "Fallos" 298: 285; 298: 286.

(55) CSJN, "Fallos" 297: 398.

(56) CSJN, "Fallos" 298: 286; 302: 983.

Esto quitaba competencia a la Corte Suprema para meritar “la valoración de los hechos” realizada por la justicia castrense<sup>57</sup>. En síntesis, la valoración de la prueba quedaba en principio exenta, en el recurso extraordinario, de la fiscalización judicial federal<sup>58</sup>.

Frente a esa tesis restrictiva, otros fallos de la Corte Suprema emplearon al recurso extraordinario para, en cambio, profundizar la revisión judicial. Ciertas decisiones del alto tribunal anticiparon que temas sobre prueba podrían considerarse mediante aquel recurso, si la importancia y gravedad de la prueba rechazada por la justicia militar afectase la defensa en juicio<sup>59</sup>, o si el juez castrense incurría en *reformatio in pejus*<sup>60</sup>. También se abrió el recurso extraordinario si la condena criminal militar implicase un agravio directo a derechos constitucionales<sup>61</sup>, o se posibilitó esa apertura si el proceso militar hubiese incurrido en manifiesto apartamiento de las disposiciones que lo regulan<sup>62</sup>. Lo mismo pasaba si “la mención de las costancias tenidas en cuenta para sentenciar (en el ámbito militar) no coincide con la existencia de elementos de la causa que permitan arribar al convencimiento de la responsabilidad criminal del procesado, incurriéndose en apreciación irracional de la prueba”<sup>63</sup>.

La sanción de la ley 23.049, como anticipamos, cambió sustancialmente el panorama. La Corte Suprema juzgó que tal norma introdujo “una nueva instancia de alzada”, con relación a la impugnación de las sentencias militares, creando así un recurso ante la cámara federal respecto de los pronunciamientos definitivos de los tribunales militares, en cuanto se refieren a delitos esencialmente militares<sup>64</sup>. Actualmente, pues, es posible

---

(57) CSJN, “Fallos” 298: 300.

(58) CSJN, “Fallos” 304: 1498.

(59) CSJN, “Fallos” 298: 297.

(60) CSJN, “Fallos” 297: 398.

(61) CSJN, “Fallos” 307: 1018.

(62) CSJN, “Fallos” 303: 308.

(63) CSJN, “Fallos” 303: 1988.

(64) CSJN, “Fallos” 307: 1530.

una fiscalización intensa de lo actuado en la jurisdicción militar. La ley 23.049, sancionaba apenas se produjo la reinstitucionalización del país, evidenció de algún modo una desconfianza hacia la judicatura militar, en parte como secuela de lo ocurrido durante el último gobierno de facto.

Conviene alertar que según la ley 23.049, no todos los fallos militares son necesariamente revisables por las cámaras federales: no están captados, v. gr., los dictados en momentos de guerra. Aun así, hay quienes opinan que tal ley lesiona la autonomía propia de las cortes castrenses e impide dar a sus fallos fuerza de cosa juzgada material.

A su vez, la ley 23.049 también posibilitó una revisión intensa por los jueces federales, de las condenas asignadas a civiles por los tribunales militares, ya que el juez del hábeas corpus está dotado de un amplio margen de conocimiento para decidir.

## 7. CONCLUSION

Con prácticamente las mismas normas constitucionales básicas, la jurisdicción militar estadounidense y la argentina mantuvieron hasta 1984 pautas de estructuración y de funcionamiento relativamente similares: organización autónoma respecto a la justicia federal civil, carácter restrictivo de su competencia, revisión jurisdiccional civil de tipo extraordinario, subsidiario y de índole preferentemente normativa (no de hechos o procedimientos).

En el derecho estadounidense el medio más corriente de cuestionamiento ante la justicia civil de las decisiones castrenses ha sido el hábeas corpus. En Argentina la operatividad de éste fue al respecto menor, siendo más empleado el recurso extraordinario federal.

La intensidad del control jurisdiccional civil sobre el militar transitó en los dos países períodos de diferente actuación. Tal vez en los últimos tiempos en Argentina fue bastante menor que el registrado en EEUU. Pero a partir de 1984, seguramente debido a los excesos acaecidos durante la lucha antiterrorista y la llamada "guerra sucia", así como al reiterado sometimiento de civiles a la jurisdicción militar (fenómeno que la Corte Suprema legitimó en virtud del estado de necesidad y de la emergencia), la ley 23.049 cambió las reglas de juego preexistentes, y auspició una

revisión civil de los fallos militares de un modo inimaginado para los Estados Unidos.

Con un idéntico derecho constitucional, pero con diferentes normas subconstitucionales, las respuestas jurídicas son hoy básicamente disímiles en los dos países.

# Tribunal Constitucional

**BENJAMÍN MIGUEL HARB**

*Universidad Mayor de San Andrés  
(Bolivia)*

**SUMARIO:** 1. La Jurisdicción Constitucional 2. La Ley de necesidad de la Reforma de la Constitución y el Tribunal Constitucional. Apéndice.

## 1. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

En el sentido objetivo la jurisdicción constitucional está integrada por las funciones constitucionales realizadas para la tutela de los derechos en materia constitucional y que se funda en normas constitucionales, sobre todo cuando la Carta Magna es rígida.

Desde el punto de vista subjetivo, la jurisdicción constitucional señala los diversos órganos de la magistratura ordinaria que ejercen las mismas funciones de tutela.

La tendencia contemporánea se orienta a reconocer funciones jurisdiccionales constitucionales a órganos distintos de los judiciales. Es en este campo que intervienen principios de técnica jurídica, para lograr la realización del principio de legalidad que es propio del estado de derecho, el principio de la independencia de los órganos constitucionales, como también el principio de la oportunidad política, atribuyendo mayor amplitud a órganos que parecen ser más idóneos que la magistratura ordinaria.

Desde el punto de vista de la protección jurídica la tutela se dirige contra los actos inconstitucionales. En este campo el principio de legalidad

se ha considerado como necesario para el control de la constitucionalidad de las leyes y de otras disposiciones emanadas del poder público, para la solución de los conflictos de atribuciones y competencias entre los diferentes Poderes del Estado, la defensa de los derechos públicos subjetivos constitucionalmente enunciados.

En materia de jurisdicción constitucional se ha dado atribución y competencia a diversos órganos, como al Legislativo o entes político-judiciales, como cuando el Congreso realiza juicios de responsabilidad. En este campo es que a partir de la Primera Guerra Mundial ha comenzado a aplicarse la jurisdicción constitucional a través del Tribunal Constitucional, establecido como por ejemplo en Austria en 1920, el Tribunal de Garantías Constitucionales en España en 1931, al que posteriormente nos referiremos, el Tribunal Constitucional Federal en Alemania en 1949, los Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia de 1920, del Tercer Reich en Alemania de 1919, en España en 1978, y en Italia en 1947.

De modo particular debemos referirnos a la Constitución española de 1931 que estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales, siguiendo en este campo la influencia de Hans Kelsen que planteó para Austria en 1920 la Alta Corte Constitucional. El Tribunal Constitucional posteriormente fue adoptado en la Constitución cubana de 1940.

Llamar a este organismo, como se hizo en España en la Constitución de 1931, Tribunal de Garantías Constitucionales, constituye un concepto además de ser anticuado es restringido, pues esta institución no sólo es para velar por la tutela de los derechos individuales sino fundamentalmente controlar la constitucionalidad de los actos legislativos de cualquier nivel, por eso es que comprendiendo su gran alcance es que la Constitución española de 1978 lo ha llamado Tribunal Constitucional.

Este órgano jurisdiccional en el Perú figura con el nombre de Tribunal Constitucional, que según el tratadista de esa nacionalidad Domingo García Belaunde, existe confusión sobre lo que es el Tribunal Constitucional y sus funciones por seguirse ciegamente el modelo europeo, cometiendo el error de atentar contra la cosa juzgada por las atribuciones que se le ha dado en dicho país, que incluso puede revivir procesos fenecidos, por lo que este autor cree que sus funciones deben ser reelaboradas.



## **2. LA LEY DE NECESIDAD DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La Ley Declaratoria de necesidad de la Reforma Constitucional, N° 1473 de 1 de abril de 1993, en el Título Cuarto consigna el Tribunal Constitucional, del artículo 121 al123. Es evidente que el proyecto no es perfecto ni lo mejor deseable, pero constituye el primer intento de establecer en nuestro país esta institución.

1. En mi proyecto de reforma integral de la Constitución, en el artículo 146 digo que este Tribunal es la más alta institución de puro derecho, encargada de preservar el imperio, la vigencia y el cumplimiento de la Constitución. Creo que este es el sentido que debe darsele. En tanto que la Ley Declaratoria de la necesidad de la Reforma Constitucional en su artículo121 le asigna al Tribunal Constitucional dos funciones genéricas básicas: el control de la constitucionalidad y la interpretación judicial de la Constitución. En lo relativo a la primera no existe ninguna observación, pues esta es función esencial de este organismo, pero en lo que toca a la interpretación judicial de la Constitución se comete un grave error.

Sólo el Poder que está facultado para reformar la Constitución puede interpretarla, que de acuerdo a nuestra Carta Magna por lo delicada que es esta función se requiere dos tercios de votos en cada una de las Cámaras. Esta atribución que garantiza la estabilidad institucional no puede dejarse librada al Tribunal Constitucional, que por cualquier razón puede interpretar la Constitución frecuentemente y en distintos sentidos, dejando librado al país de una serie de cambios provocados por la interpretación, generando inestabilidad en la Ley Fundamental. Además la interpretación judicial quiere decir para cada caso y si consideramos que también tiene por finalidad el control de la constitucionalidad, con esto podría darse el caso extremo y absurdo que en algunas circunstancias una ley sería constitucional y en otros no. Por ello en la Ley Declaratoria de la necesidad, debe suprimirse la frase de la “interpretación judicial”.

2. Para garantizar su actuación profesional ceñida al Derecho se proclama de principio que es independiente de los demás órganos del Estado, sometido sólo a la Constitución. Si este Tribunal Constitucional ha de conocer los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y de cualquier otra resolución, la solución de los conflictos

de competencia y controversia entre los Poderes Públicos, la Corte Electoral Nacional, los Departamentos y Municipios, las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales; los recursos contra tributos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto por la Constitución; resolver los recursos contra las resoluciones del Poder Legislativo o cualquiera de sus cámaras, cuando tales resoluciones afecten a uno o más derechos o garantías concretas, cualquiera sea la persona interesada (artículo 122) es básico y esencial esta independencia, porque de otro modo no podría cumplir con estas funciones que en gran parte enfrentan conflictos de intereses y de atribuciones y competencias entre los Poderes del Estado, sobre todo debe cuidarse muy especialmente la independencia del Poder Ejecutivo, acostumbrado en situación de emergencia a dictar decretos que en el fondo son leyes, etc.

Pero además se le señala una facultad de consultoria cuando se establece la atribución de absolver las consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia en lo tocante a la constitucionalidad de las normas jurídicas, con dictamen sobre esta materia obligatorio para quien realiza la consulta, aunque debe ser en estricto derecho obligatorio para todos los casos, puesto que una ley, un decreto o cualquier otra resolución es inconstitucional por si misma y no en relación a las personas.

3. La Ley Declaratoria de la Reforma Constitucional también le asigna a este Tribunal Constitucional la competencia de la revisión de los recursos de amparo constitucional y habeas corpus, situación que ha provocado la reacción de la Corte Suprema, pero esto se lo hace debido a que el acumulo de causas en el máximo tribunal de justicia es tan grande que muchas veces esta revisión tarda mucho tiempo en resolverse perjudicando la libertad y los derechos de personas que requieren decisiones casi inmediatas, como es el mismo espíritu de estos dos recursos.

4. En el artículo 22 de la ley tantas veces mencionada se establece la facultad de conocer los recursos directos de nulidad en resguardo del artículo 31 de la Constitución, atribución que en nuestro concepto debe quedar como facultad exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, como todos los recursos de nulidad y casación, caso contrario podemos tergiversar

la verdadera naturaleza del Tribunal Constitucional y convertirlo más o menos en otra Corte Suprema.

5. En cuanto a la elección de los miembros del Tribunal Constitucional se dispone que deben ser designados por el Congreso, es decir por las dos cámaras reunidas, por el voto de dos tercios. Con esta norma de los dos tercios se quiere garantizar el consenso para la elección, pero de ninguna manera elimina totalmente la ingerencia partidaria. Lo interesante es plantear elecciones para todo el Poder Judicial, en el que se incluye el Tribunal Constitucional, pero de modo distinto a las políticas. En este sentido como sugerencia se podría votar por los ciudadanos de listas preparadas por los Colegios Profesionales, Universidades y organizaciones de la sociedad civil, estableciendo ciertos requisitos, como por ejemplo, la edad de 35 años, necesidad de tener título profesional en provisión nacional, experiencia en el ejercicio de la profesión por lo menos de diez años y otros que avalen no sólo la idoneidad sino también la honradez de los candidatos.

6. Con el fin de acercarse lo más que se pueda a la independencia político-partidista de los magistrados del Tribunal Constitucional la ley dispone que se los eligirá entre jueces, fiscales, catedráticos y profesionales abogados que reúnan los requisitos que tienen los Senadores.

Se comete un error al fijarles el período de diez años, ahora que se plantea con muy lógicas y justificadas razones reducir el período de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia a seis años.

7. Para el enjuiciamiento de los magistrados del Tribunal Constitucional, la ley los asimila a los Jueces de la Corte Suprema de Justicia, es decir al procedimiento y jurisdicción que señala la Ley de 7 de noviembre de 1890, sin considerar que sus funciones son bastantes diferentes de los otros. Esto amerita en mi concepto que debe dictarse una nueva ley de enjuiciamiento de los magistrados del máximo nivel que comprenda a la Corte Suprema, al Tribunal Constitucional y al Consejo de la Judicatura. De acuerdo a la ley de 1890 a los magistrados de la Corte Suprema se los puede juzgar por el Poder Legislativo por el delito de prevaricato, pero éste mismo puede tener una definición diferente tratándose de los miembros del Tribunal Constitucional o del Consejo Nacional de la Judicatura.

8. La Ley Declaratoria de necesidad de la Reforma Constitucional da gran solidez y estabilidad a los fallos del Tribunal Constitucional cuando dispone de ellos no admiten ningún recurso, con lo que se corta de raíz la cadena interminable de recursos que muchas veces se utilizan para alargar los trámites e impedir o neutralizar las definiciones.

En lo que la ley incurre en un error en mi concepto, es en lo referente a los fallos de inconstitucionalidad, porque si bien el artículo 23 en su segunda parte dispone una situación lógica que el fallo de inconstitucionalidad es válido para todos, debido a que en la actual legislación, siguiendo un criterio obsoleto, el fallo era sólo aplicable en favor de la parte recurrente y no *erga omnes*, es decir que una ley declarada inconstitucional era para el que pedía esta definición pero no para todos, o sea en otras palabras una ley puede ser al mismo tiempo constitucional e inconstitucional, esto como hemos dicho se salva. Pero luego este artículo hace una distinción cuando expresa: "La sentencia que se circunscribe a la estimación subjetiva de un derecho, se limita a declarar su inaplicabilidad al caso concreto", le quita fuerza al fallo y permite ingresar a un terreno de dubitación y controversia, pues ha de entenderse por estimación subjetiva de un derecho. Por eso creemos que esta última parte del segundo párrafo del artículo 123 debe suprimirse. Esta anomalía es ratificada por el tercer párrafo de este artículo 122 cuando permite la aplicación ultractiva de la ley declarada inconstitucional en el caso de la apreciación subjetiva, cuando dice: "Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la declaratoria de la inconstitucionalidad".

La Ley en este artículo trata de consagrar la seriedad e inamovilidad de la cosa juzgada, al declarar que la declaratoria de inconstitucionalidad anterior a la ley no tiene carácter retroactivo, esto porque toda sentencia ejecutoriada crea derechos y obligaciones que vienen a ser inamovibles.

Finalmente considerando que es necesaria la aplicación objetiva de esta norma constitucional a la vida real, se dispone la necesidad de viabilizarla a través de normas procesales en lo referente a los recursos, aunque el texto dice que una ley la reglamentará, siendo esto contrario a la propia Constitución que declara que sus preceptos no requieren de ley reglamentaria.

## APENDICE

**Anteproyecto de Reforma Constitucional de 1992.**- En mi anteproyecto de Reforma Constitucional publicado en 1992, en lo que se refiere al Tribunal Constitucional propongo:

Artículo 146.- “El Tribunal Constitucional es la más alta institución de puro derecho de la República, encargado de preservar el imperio, la vigencia y cumplimiento de la Constitución, compuesto de tres miembros: uno designado por la H. Cámara de Senadores de la terna que eleve la H. Cámara de Diputados, uno nombrado por el Presidente de la República que presidirá el Tribunal Constitucional, y uno nombrado por la Corte Suprema de Justicia elegido por dos tercios de votos en sesión de Sala Plena”.

Este concepto del Tribunal Constitucional difiere grandemente de la Ley Declaratoria de necesidad, pues ésta le atribuye la interpretación judicial de la Constitución, concepto peligroso porque pueden darse situaciones contradictorias en la interpretación anulando en el fondo la aplicación de la Constitución. Pero además la facultad de interpretar la Constitución es exclusiva y privativa del Poder Legislativo.

En cuanto a la forma de elegira los miembros del Tribunal Constitucional varía de un documento a otro, existiendo otras diferencias que en algunos casos son secundarias en relación a lo que hemos mencionado, dependiendo del concepto que se tiene del Tribunal Constitucional.

Artículo 147.- “Para ser miembro del Tribunal Constitucional se deberán reunir las mismas condiciones de los ministros de la Corte Suprema de Justicia y además estar especializado en Derecho Constitucional”.

Artículo 148.- “El Tribunal Constitucional tiene su sede en la del Organo Legislativo, sus miembros durarán en sus funciones seis años, pudiendo ser reelegidos”.

En la Ley Declaratoria de la necesidad de la Reforma Constitucional se señala como sede del Tribunal Constitucional la ciudad de Sucre. Nosotros creemos que esta institución debe trabajar muy ligada e íntimamente con el Poder Ejecutivo y Legislativo, por su mismo caracter de contralor de la constitucionalidad de las normas que pueden originarse en el Legislativo o en el Ejecutivo principalmente.

Artículo 149.- “Las funciones de los miembros del Tribunal Constitucional son incompatibles con cualquier otra función pública, tanto electiva como administrativa y sus incompatibilidades son las mismas que las de los Ministros de la Corte Suprema”.

Artículo 150.- “Las atribuciones del Tribunal Constitucional son:

1. Velar por la aplicación de la Constitución;
2. Decidir en revisión sobre los autos dictados en los recursos de Habeas Corpus y Amparo;
3. Asesorar al Organismo Legislativo en materia de Reformas Constitucionales;
4. Formular observaciones sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas municipales, resoluciones y de cualquier acto administrativo y/o judicial;
5. Informar al Organismo Ejecutivo sobre las leyes sancionadas;
6. Fallar en única instancia en recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra leyes y otras normas jurídicas, sentencias que tendrán validez universal (*erga omnes*);
7. Conocer de los conflictos de poderes y/o competencias que se susciten entre los Organismos del Estado y entre éstos con la Corte Nacional Electoral y de las materias que la Constitución y las leyes le atribuyen;
8. Conocer los conflictos de jurisdicción y competencia que se susciten entre el gobierno nacional y los gobiernos departamentales;
9. Dirimir las competencias que se susciten entre las municipalidades y entre éstas y las autoridades políticas o con las municipalidades en provincias;
10. Otras atribuciones que por ley se establezcan”.

Artículo 151.- “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en la Gaceta Oficial y en la prensa, obligan a su cumplimiento a todas las autoridades y por quienes se hallan involucrados en las mismas a fin que enmienden sus actos”.

Como se verá en la comparación de ambos proyectos existen diferencias de concepto, que anteriormente hemos señalado por lo que no creemos necesario volver a repetir.

El trabajo que hemos presentado en el Anteproyecto de Constitución, es el fruto de investigaciones y del estudio de la legislación comparada.

La Paz, enero de 1994.





# Noticia sobre la Jurisdicción Militar en el Brasil (\*)

JOSÉ AFONSO DA SILVA

*Universidad de São Paulo  
(Brasil)*

**SUMARIO:** I. Militar. II. Derechos y garantías constitucionales de los servidores militares. III. Jurisdicción Militar: Antecedentes. IV. Fundamentos constitucionales vigentes de la Jurisdicción Militar. V. Organos de la Jurisdicción Militar Federal. VI. Competencia de la Justicia Militar. VII. Jurisdicción Militar Estatal. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

## I. MILITAR

1. La Constitución de 1988 prevé dos categorías de servidores públicos: los civiles y los militares. Los servidores militares, integrantes de las Fuerzas Armadas, son federales; en tanto que los integrantes de las Policías Militares son servidores militares de los Estados, Territorios y Distrito Federal (art. 42)<sup>1</sup>.

Esa distinción tiene importancia tanto desde el punto de vista del régimen jurídico a que están sujetos, como desde el punto de vista de la organización de la justicia militar, ya que una es competencia de la Unión

---

(\*) Traducción del portugués por Mónica Rodríguez Nario.

(1) Cabe observar que tal dispositivo constitucional menciona a los territorios, éstos ahora, no existen, cabiendo con todo, la posibilidad de ser creados, conforme a lo previsto en el art. 18 § 2 de la Constitución.

Federal, mientras que las otras son competencia de aquellas otras Unidades de la Federación, dado que tienen destinatarios diferentes.

2. Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, el Ejército y la Aeronáutica, son instituciones nacionales, permanentes y regulares, organizadas con base jerárquica y en la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República, destinadas a la defensa de la Patria, la garantía de los poderes constitucionales, y, por iniciativa de cualquiera de éstos, de la ley y el orden. (art. 142)

Constituyen, asimismo, elementos fundamentales de la organización coercitiva al servicio del Derecho y de la paz social. En ellas reposa la afirmación del orden en el ámbito interno y del prestigio estatal en la sociedad de las naciones. Son, por tanto, los garantes materiales de la subsistencia del Estado y de la perfecta realización de sus fines. En función de la conciencia que tengan de su misión está la tranquilidad interna por la estabilidad de las instituciones. Es en función de su poderío que se afirman, en los momentos críticos de la vida internacional, el prestigio del Estado y de su propia soberanía<sup>2</sup>.

Dado lo relevante de su misión, nuestras constituciones siempre han reservado a ellas una posición especial. La del Imperio les destacó un capítulo con seis artículos, en las que se trazan sus líneas maestras (arts. 145 a 150). La primera de nuestras constituciones republicanas no les asignó un capítulo especial, pero a ellas se refiere en varios dispositivos dispersos, reconociéndoles el mismo destino y relevancia (arts. 14, 34, n. 17 y 18, n. 3, 4, y 5, 73, 74, 76, 77 y 78). La Constitución de 1934 vuelve a destinarles un título específico denominado de la *seguridad nacional* (Tít. VI) y la de 1937 desdobra la materia en dos capítulos: uno sobre los *Militares de Tierra y de Mar* (art. 160) y otro sobre la *seguridad nacional*, técnica que volvió a ser adoptada por el constituyente de 1967 y 1969, que, en secciones diferentes, cuidaran de la seguridad nacional y de las Fuerzas Armadas (respectivamente, arts. 89-91 y 92-94, y 86-89 y 90-93) en tanto que la Constitución de 1946 incluiría en un sólo título a las Fuerzas Armadas y al Consejo de Seguridad Nacional (Tít. VII, arts. 176-183).

---

(2) Cf. Seabra Fagundes, *As Forças Armadas na Constituição*, Rio, Biblioteca do Exército, 1955, p. 11.

La Constitución vigente destina a ellas un capítulo del Título V sobre la *defensa del Estado y de las instituciones democráticas* con la finalidad antes referida, de tal suerte que su misión esencial es la de defensa de la Patria y la garantía de los poderes constitucionales, lo que vale decir, defensa, por un lado, contra agresiones extranjeras en caso de guerra externa y, por otro, defensa de las instituciones democráticas, pues a ello corresponde la garantía de los poderes constitucionales, que, en términos de la Constitución, emanan del pueblo (art. 1, parágrafo único). Sólo subsidiaria y eventualmente les incumbe *la defensa de la ley y del orden*, porque esa defensa es de competencia primaria de las *fuerzas de seguridad pública*, que comprenden a la policía federal y a las policías civil y militar de los Estados y del Distrito Federal.

3. La *policía militar*, en cada Estado y en el Distrito Federal, cabe a una *policía ostensiva* y a la preservación del orden público, en cuanto al cuerpo de bomberos militares compete, aparte de otras definidas en la ley, como las de prevención y debelación de incendios, la ejecución de actividades de defensa civil. Esas policías militarizadas de los Estados son consideradas *fuerzas auxiliares* del Ejército, y se le subordinan, conjuntamente con los Gobernadores de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios.

Los policías militares del Distrito Federal y de los Territorios son, por ello, organizadas y mantenidas por la Unión (art. 21, XIV), pero las de los Estados son organizadas y mantenidas por ellos mismos, obedeciendo a las normas legales federales previstas en los arts. 22, XXI y 24, XIV, sobre la organización, efectivos, material bélico, garantías, convocatoria a movilización.

## II. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE LOS SERVIDORES MILITARES

4. La importancia constitucional de las Fuerzas Armadas y de las policías militares, como fuerzas auxiliares y reserva del Ejército, llevó al legislador constituyente a dotar a sus integrantes de garantías y prerrogativas. Por ello, también limita el ingreso a la carrera de oficial de las Fuerzas Armadas, a los brasileños de nacimiento (art. 12, § 3, VI). La Constitución

distingue, por ello, entre *oficiales* y no oficiales<sup>3</sup>. Aquellos tienen patente, títulos y cargo, mientras que los no oficiales, que son las *plazas*<sup>4</sup>, sólo poseen el título de nominación y graduación<sup>5</sup>.

5. El oficial de las Fuerzas Armadas<sup>6</sup> sólo perderá el puesto y la patente si fuera juzgado indigno del oficialato o por incompatibilidad, por decisión del tribunal militar de carácter permanente, en tiempo de paz, o por un tribunal especial en tiempo de guerra (art. 42, § 7º)<sup>7</sup>.

El *Tribunal Militar permanente* es la constante de la organización judicial preconstituída, integrante del Poder Judicial, como son los Tribunales y Jueces Militares previstos en los arts. 92, VI, y 122, competentes para procesar y juzgar los delitos militares.

La *indignidad* y la *incompatibilidad* para con los oficiales depende de la declaración de uno de sus tribunales en las circunstancias previstas. La mera condena a *pena restrictiva de la libertad* no induce, por sí sola, a la pérdida de la patente y del puesto. Si el militar fuera condenado por la justicia común o militar a pena privativa de libertad superior a dos años, por sentencia emanada del juzgado, será sometido a juzgamiento ante el

---

(3) Los oficiales y graduados son agrupados por círculos: 1. *Oficiales Generales*, comprendiendo: General del Ejército, Almirante de Escuadra y Teniente Brigadier; General de División, Vice-Almirante, Mayor Brigadier, General de Brigada, Contra Almirante, Brigadier; 2. *Oficiales Superiores*, comprendiendo: Coronel, Capitán de Mar y Tierra; Teniente Coronel, Capitán de Fragata, Mayor, Capitán de Corbeta; 3. *Oficiales Intermedios*, comprendiendo: Capitán, Teniente Capitán; 4. *Oficiales Subalternos*, comprendiendo: Teniente Primero y Teniente Segundo; 5. *Subtenientes, Suboficiales y Sargentos*, comprendiendo: Subteniente, Suboficial, Sargento Primero, Sargento Segundo, Sargento Tercero; 6. *Cabos*, comprendiendo: Cabo y Taifeiro; Marinero, Soldado, Fusilero Naval, Taifeiro de 1ª y 2ª clase especializado.

(4) *Praças* son los militares no oficiales: de Soldado a Subteniente, del Ejército y correspondiente a otras Armas, bajo la denominación genérica de *praça*.

(5) Cf. *Comentários á Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, t. III/400.

(6) Cf. Ley 5.774/71, que dispone sobre la inactividad de los militares de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica.

(7) Ya discutimos el concepto de *tiempo de paz* y *tiempo de guerra* en nota 19, de capítulo IV, del Título II de la Segunda Parte.

Tribunal Militar permanente en tiempo de paz, o al tribunal especial en tiempo de guerra, a fin de ser declarado eventualmente indigno del oficialato o incompatible como consecuencia de la pérdida de la patente o del puesto (art. 42, § 8º). Se ve por allí que la condena a pena privativa de la libertad por más de dos años no implica la pérdida de la situación de militar, pero importará además el juzgamiento de *indignidad* y de *incompatibilidad*. El Tribunal militar no estará, con todo, obligado a admitir éstas sólo por causa de condena. La naturaleza del delito penado es el que llevará a la apreciación y reconocimiento de la indignidad o incompatibilidad y, por tanto, la pérdida de la patente y del puesto. Si la condena fuera a pena inferior a dos años, no hay lugar para el procedimiento de la indignidad y de la incompatibilidad para el oficialato, por consiguiente, ni a la pérdida de la patente o del puesto<sup>8</sup>.

### III. JURISDICCION MILITAR: ANTECEDENTES

6. Pontes de Miranda observa que “las instituciones militares tienen leyes propias debido a la especificidad misma de sus funciones y de las transgresiones de sus códigos y reglamentos. La evolución opera en un triple sentido: a) se retira la legislación y la justicia militar, o sólo ésta, ya que no es menester que ella se mantenga pues en ella se pensaba como privilegio de casta o de clase; b) se precisa el *delito militar* y la *infracción disciplinaria* simples, de modo que la legislatura no ve asuntos de reglamentos militares; c) se extiende la postulación, debido al carácter de las guerras modernas, tanto entre industrias, inteligencias y masas humanas cuanto entre cuerpo de organización regular, el concepto de delito militar en tiempo de guerra, o, en tiempo de paz, de delito militar y de jurisdicción militar”<sup>9</sup>.

7. Cita la decisión del Supremo Tribunal Federal de 1894, según el cual siendo “el fuero militar una restricción al fuero común y cercenando las garantías que el derecho común asegura a los ciudadanos en general, no puede ser ampliado a causas y personas que las leyes no han expresa-

---

(8) Sobre esta temática, nuestro *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9 ed., 4 tiraje, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 593 a 596.

(9) Cf. *Comentário à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. IV, 2ª. ed., São Paulo, RT, 1970, p. 230.

mente sometido a los tribunales militares”. Lo que se quiere realzar es que el constitucionalismo brasileño se delimita el objeto de la jurisdicción militar en defensa de las garantías comunes aseguradas a los ciudadanos en general de que sus delitos sean juzgados por las jurisdicciones comunes, y no por una jurisdicción de casta. Pero esa regla fue quebrada durante las constituciones del régimen militar que ampliaron la jurisdicción militar a los civiles en ciertas situaciones.

8. La referida delimitación condiciona la organización de la jurisdicción militar y sus competencias *ratione materiae* y *ratione personae*, que postula la definición expresa en el texto constitucional del tipo de delito (delito militar) y de las personas a ellas sujetas.

9. Con todo, la Constitución del Imperio (1824-1889), en cambio dedica seis artículos a la Fuerza Armada de Mar y Tierra, sin precisar la jurisdicción militar, sino apenas establece que los oficiales del Ejército y de la Armada (Marina de Guerra) no podrán ser privados de sus patentes, sino por sentencia emanada de juicio competente, mas no se refería a la Justicia Castrense ni asegura una jurisdicción especial para el juzgamiento de los delitos militares. Había, por ello, desde 1908, el Consejo Supremo Militar y el Consejo de Justicia, que juzgaba, en última instancia, los procesos penales de los reos sujetos al fuero militar<sup>10</sup>, a propósito de los cuales fuera explícita la Constitución republicana de 1891, con las modificaciones que se leen en su art. 77, según el cual los militares tendrán fuero especial para los delitos militares, fuero ese compuesto de un “Supremo Tribunal”, cuyos miembros eran vitalicios, y dos “Consejos” necesarios para la formación de la acusación y el juzgamiento de los delitos. Allí ya surgía la idea de “delitos militares”, como una forma típica de delitos cuyo concepto hoy todavía no está definitivamente fijado. Allí también estaba la idea que no se concebía el juzgamiento de los delitos militares por juez singular, sino por un Consejo de Justicia en primer grado y un Tribunal Superior en segundo grado.

Importaba, pues, buscar una clara definición de los dos elementos delimitadores del objeto de esa jurisdicción especial: la *calidad de persona*

---

(10) Cf. Gualter Godinho, *Legislação de Segurança Nacional e o Direito Penal Militar* (votos e julgados no Superior Tribunal Militar).

y la *calidad de delito*. A este propósito, se pronunció nuestro primer comentarista constitucional, João Ramalho: “Para los delitos previstos por la ley militar, una jurisdicción especial debe existir, no como un privilegio de los individuos que los practican, sino atenta a la naturaleza de esos delitos y a la necesidad, o bien de disciplina, de una represión pronta y firme con formas sumarias... Sin disciplina, no hay subordinación ni seguridad. Ella es la vida y la fuerza de los ejércitos. Y sin una jurisdicción propia, privativa, militar también, esa disciplina sería imposible.

“Pero ese fuero –prosigue el comentarista– se refiere no propiamente para los *delitos de los militares*, sino para los *delitos militares*; porque en un militar hay también un hombre, un ciudadano, y los actos delictivos practicados en esta calidad bajo la jurisdicción común a todos los miembros de la comunidad civil; el fuero especial es sólo para el crimen que él practica como soldado, *ut miles*, en la frase del jurisconsulto romano” (Comentarios, 1892, pág. 343)<sup>11</sup>.

Por eso Ruy Barbosa condenó con vehemencia, la aplicación de la jurisdicción militar a los civiles, en la célebre defensa del *Habeas Corpus* interpuesto en favor de los presos civiles, en alegato ante el Supremo Tribunal Federal (9.8.93). “Los casos meramente militares están definidos en la providencia del 20 de octubre de 1834. A todas esas ramificaciones de nuestro derecho preside el criterio dominante de sólo considerar militares a los alistados en el Servicio del Ejército. Ese derecho no fue alterado y se puede apreciar implantado en la legislación especial, sobre el Gobierno Provisorio, consultando los trabajos de codificación organizados por el finado Consejero Amaral”.

“La ley reaccionaria del 3 de noviembre abrió excepciones, hasta entonces desconocidas, entregando a los militares a su fuero especial, no atreviéndose a unir a la suerte de los paisanos envueltos en los mismos delitos. Fue preciso haber llegado a el cenit de la democracia y de la libertad, para vernos sustentando el principio cruel de que los civiles deben ser sometidos a los consejos de guerra, sobre el dominio de una Constitución republicana”.

---

(11) Cf. Eduardo Espínola, *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (18 de setembro de 1946), v. 2, Rio, Freitas Bastos, 1952, p. 474.

Y luego concluía que el “legislador procura siempre dos elementos —el de la calidad de la persona y el de la calidad del delito—. Y cuando una causa se piensa fuera de aquellos casos específicos, pertenece al fuero común. Ni en sueño se pueden descubrir los casos de un civil sujeto al fuero militar”<sup>12</sup>.

Más tarde, la jurisprudencia del Superior Tribunal Militar y del Supremo Tribunal Federal sentó la tesis de que el fuero militar no se extendería, de modo alguno, a los civiles: “El civil que practique un delito en el interior de un cuartel de carácter militar, no comete delito de esa naturaleza; el fuero militar es incompetente para procesar y juzgar civiles en tiempos de paz”<sup>13</sup>.

10. Ocurre que la Constitución de 1934 frustró los sueños del gran publicista y la orientación de esa jurisprudencia admitiendo la extensión de la jurisdicción militar a los civiles en los casos en ella especificados. Dio también mejor organización a los órganos de la Justicia Militar, en sus arts. 84 a 87, según los cuales los militares y las personas que son asimiladas tendrán fuero especial para los delitos militares. Este fuero podía ser extendido a los civiles en los casos detallados en la ley, para la represión de los delitos contra la seguridad externa del país y contra las instituciones militares. Determinó que la ley regulase también la jurisdicción de los jueces militares y la aplicación de las penas de la legislación militar, en tiempos de guerra, o en la zona de operaciones durante grave conmoción clandestina. Declaró como órganos de la Justicia Militar al Supremo Tribunal Militar y los tribunales y jueces inferiores, creados por ley. Reconoció inamovilidad a los jueces militares sin exclusión de la obligación de acompañar a las fuerzas junto a las cuales tengan que servir. Por allí se ve que se aplicó a la cualidad de la persona sujeta a la jurisdicción militar: el militar, persona asimilada al cuerpo militar y los civiles en los casos apuntados. Esas disposiciones fueron mantenidas en las Constituciones de 1937 y 1946. Suscitó controversia el concepto de persona asimilada al

---

(12) *Cf. Comentários à Constituição Federal Brasileira* (coligidos e organizados por Homero Pires), T. 6, São Paulo, Saraiva, 1934, p. 253.

(13) *Cf. la Acordada del entonces Supremo Tribunal Militar, de 5 de mayo de 1921, juicio que fue conformado por el Supremo Tribunal Federal en el Conflicto de Jurisdicción No. 523, de 28.5.1921 (Cf. Thomaz Pará, Legislação Militar e Jurisprudencia, Rio de Janeiro, Imprensa Militar, 1922, p. 193).*



cuerpo militar, especialmente teniendo en referencia los integrantes de las Policías Militares de los Estados. Eduardo Espínola relata la divergencia en el seno del Supremo Tribunal Federal, en el caso juzgado el 21.1.48:

El relator ministro Edgard Costa así precisó los términos de la controversia:

“Si a la justicia militar compete procesar y juzgar, en los delitos militares definidos por la ley, los militares y las personas que les son asimiladas (Constitución, art. 108); si los policías militares estatales son considerados fuerzas auxiliares, reservas del Ejército (Constitución, art. 183); si se consideran delitos militares, en tiempos de paz, los previstos en el Código Penal Militar, que ahora se hallan en la ley penal común, cuando son practicados por militares en situación de actividad, o asimilados, contra militares en la misma situación o asimilados (Cód. Pen. Mil., art. 8 n. II, letra a) el delito practicado por un soldado del Ejército contra otro Policía Militar estatal, o viceversa, desde que está previsto en el Cód. Pen. Mil., es delito militar, sujeto al juzgamiento por la justicia militar. No es requisito para caracterizar la cualidad de militar del soldado de la Policía el estar movilizado al servicio de la Unión; esa circunstancia sólo dice respecto a las ventajas que, atribuidas al personal del Ejército, les son extensivos, en los términos del párrafo único del art. 183 de la Constitución.

“El ministro Ribeiro de Costa discrepa de ese voto, entendiendo que el soldado de la policía sólo está sometido a la Justicia Militar, cuando de acuerdo con la ley, la policía está incorporada a las fuerzas del Ejército por motivos de guerra.

“El ministro Goulard de Oliveira tenía opinión idéntica a la del ministro Ribeiro de Costa.

“Los ministros Laudo de Camargo, Castro Nunes, Aníbal Freire, Orozimbo Nonato, Barros Barreto y Hannemann Guimaraes entienden que el soldado de la policía es asimilado (*Arquivo Judiciário*, vol. 87, 1948, pág. 133 y sges.; 177 y sges.) Es también la concepción del Superior Tribunal Militar (*Arquivo Judiciário*, vol. 86, 1948, pág. 316 y sges.)”<sup>14</sup>.

(14) Cf. Ob. cit., pp. 477 y 478. La referencia es a la Constitución de 1946.

La controversia era sin base, porque claramente, el policía militar era y es militar, y no asimilado. Hoy, eso está fuera de toda duda por que la Constitución los tiene, así como a los integrantes de las Fuerzas Armadas, como servidor militar (art. 42).

Fuera de allí, el concepto de asimilado fue establecido, enumerativamente, por el Decreto 4.988, del 8.1.1926 donde no importaba la naturaleza de las funciones ejercidas, mas que para la subordinación a la disciplina militar. Así era que el art. 2º de aquel decreto, enumeraba:

“Son asimilados los individuos que, no perteneciendo a la clase militar de los combatientes, ejercen funciones de carácter civil, o militar, especificadas en las leyes, en los reglamentos, equiparadas, en los arsenales de guerra, fortalezas, cuarteles, campamentos, reparticiones, lugares y establecimientos de naturaleza y jurisdicción militar y sujetos, por eso, al principio de subordinación y disciplina”.

El Código Penal Militar vigente (Decreto Ley 1.001, de 21.10.1969), mantiene esa regla en una definición sintética de asimilado: “Se considera asimilado al servidor, efectivo o no, de los Ministerios de Marina, del Ejército y de la Aeronáutica, sometido al principio de disciplina militar, en virtud de la ley y el reglamento” (art. 21)<sup>15</sup>.

11. La aplicación de la jurisdicción militar a los civiles siempre ha sido fuente de controversia. Vimos como Ruy Barbosa la condenó con vehemencia sobre la Constitución de 1891, pero también nos referimos al hecho de que la Constitución de 1934 previó, así como la de 1946, al declarar que ese fuero especial podría extenderse a los civiles en los casos expresos en la ley, para la represión de delitos contra la seguridad externa del país o las instituciones militares (art. 108, § 1) que posibilitó al

---

(15) Macedo Soares, citado por Ramagem Badaró, definió a los asimilados como aquellos que, no siendo combatientes, son parte del Ejército y de la Armada sujetos a las leyes militares, gozando de derechos, ventajas y prerrogativas de los militares; son los que forman parte de las clases conexas: médicos, farmacéuticos, capellanes, auditores, oficiales de la Hacienda Armada, encargados de la contabilidad de la guerra, inválidos y asilados, los retirados y los oficiales honorarios, que se hallen en servicio militar (Cf. Ramagem Badaró, *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*, vol. I, Sao Paulo, Editora Juriscredi, 1972, pp. 63 y 64).

Supremo Tribunal Federal darle una interpretación restrictiva, como las decisiones de 19.11.47 (Conflicto de jurisdicción 1.692 de São Paulo) y del 29.9.49 (Conflicto de jurisdicción 1.752). En este segundo caso, se alegaba que se trataba de agitación de trabajadores por elementos comunistas poniendo en peligro las instituciones. El Supremo entendió que la competencia era de la justicia común, por cuanto no se verificaba algún delito de los indicados civiles contra la seguridad externa del país, o a las instituciones militares para que el caso fuese sometido a la competencia de la justicia militar (Cf. *Arquivo Judiciário*, v. 89, 1949, pág. 321).

12. Pero la Constitución de 1967 amplió la aplicación de esa jurisdicción especial a los civiles, al declarar que podría extenderse a estos en los casos previstos en la ley para la represión de los delitos contra las instituciones militares y la seguridad nacional (aquí está la extensión, pues no son delitos contra la seguridad externa del país y contra la seguridad nacional, concepto más amplio, especialmente en el régimen militar). Atenuaba por ello, esa extensión previendo un recurso ordinario ante el Supremo Tribunal Federal, y preveía la competencia originaria del Supremo Tribunal Militar para el proceso y juzgamiento de los Gobernadores de los Estados y sus Secretarios en aquellos delitos. La Constitución de 1969 (promulgada como Enmienda Nº 1 a la Constitución de 1967) agravó por ello la situación de los civiles, al excluir el recurso ante el Supremo Tribunal Federal, con el que ellos, encontrándose inmersos en la comisión de dichos delitos, quedaban sujetos enteramente a la Jurisdicción Militar.

13. La Constitución de 1988 redefinió la materia, no mencionando a los asimilados ni extendiendo la jurisdicción militar a los civiles, como veremos enseguida.

#### **IV. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES VIGENTES DE LA JURISDICCION MILITAR**

14. La Constitución de 1988, como las demás, contiene disposiciones sobre la jurisdicción militar federal y la jurisdicción militar en los Estados. Ambas se rigen por los Código Penal Militar y Procesal Militar federales, ya que solamente la Unión tiene competencia para legislar sobre Derecho Penal y Derecho Procesal común o especial.

15. Los artículos 122 a 124 dan los fundamentos de la Justicia Militar Federal, o sea, de la Justicia Militar que tiene competencia para procesar y juzgar los delitos militares de los integrantes de las Fuerzas Armadas, incluyendo la previsión de los órganos de la jurisdicción militar y sus competencias, en cuanto el artículo 125, § 3 y 4, autorizan a los Estados a organizar su Justicia Militar para procesar y juzgar a los policías militares en los delitos militares definidos en la ley.

## V. ORGANOS DE LA JURISDICCION MILITAR FEDERAL

16. Son *órganos de la jurisdicción militar federal* el Superior Tribunal Militar y los tribunales y jueces Militares instituidos por la ley. El *Superior Tribunal Militar* está compuesto de quince jueces, diez militares y cinco civiles, todos vitalicios, con la denominación de Ministros, nombrados por el Presidente de la República, después de su aprobación por el Senado Federal.

Los *Ministros militares* son escogidos por el Presidente de la República entre brasileños, mayores de treinta y cinco años, siendo: tres abogados de notorio saber jurídico y conducta intachable, con más de diez años de efectiva actividad profesional, y dos, alternativamente, entre jueces auditores y miembros del Ministerio Público de la Justicia Militar (art. 123 párrafo único). La Constitución no exige que los Ministros civiles sean brasileños de nacimiento, como lo exigía en el régimen anterior. Los Ministros militares han de ser brasileños de nacimiento no porque ello sea exigido para integrar el Tribunal, sino porque la Constitución requiere que los oficiales de las Fuerzas Armadas tengan esa calificación (art. 12, § 3. VI). Eso, con todo, no se extiende a los civiles, ya que la Constitución sólo menciona que sean brasileños mayores de 35 años, y, como en ningún otro lugar exige que el integrante de aquel Tribunal sea brasileño de nacimiento; por *brasileños*, en el artículo 123 párrafo único, ha de entenderse nacidos o *nacionalizados*, de suerte que se torna rectificado lo dispuesto en el art. 7 § 2 del Decreto Ley 1003, del 21.10.69, cuando requiere que los Ministros civiles sean brasileños de nacimiento, confrontado con el § 2 del art. 12 de la Constitución, que declara que la ley no podrá establecer distinción entre brasileños de nacimiento y naturalizados, a no ser en los casos que la propia Constitución prevé.

17. Al margen de ello, el Superior Tribunal Militar es también órgano de la Jurisdicción Militar, como decimos, los *tribunales y jueces militares instituidos en la ley*. La propia Constitución menciona a los *jueces auditores* que la ley habrá de incluir en la institucionalización de la Justicia Militar de primer grado. En cambio, el texto constitucional (art. 122, II) se refiere a tribunales y jueces militares, y la verdad es que no hay otros Tribunales de Justicia Militar al margen del ya referido STM. Es también de notarse que la Constitución no exige que la jurisdicción militar de primer grado sea organizada en Consejos de Justicia, salvo, como veremos, para la Justicia Militar estatal. Pero la ley vigente los prevé. Entonces, podemos decir que la jurisdicción militar de primer grado comprende las *Auditorías Militares* y los *Consejos de Justicia Militar*.

18. Cada *Auditoría* tendrá un auditor, un auditor sustituto, un procurador, un abogado de oficio y sus respectivos sustitutos, un secretario, cuatro técnicos del servicio judicial, un oficial de justicia y demás auxiliares constantes del cuadro previstos en la ley.

La carrera de la *magistratura civil* de la Justicia Militar comprende a los Auditores Substitutos, los Auditores y los Auditores-corregidores, y se inicia en el cargo de Auditor Substituto, nombrado entre bachilleres en Derecho, con edad no menor a 25 años ni superior a los 45 años, aprobado en concurso público de pruebas, y por orden de clasificación, en la forma de instrucciones establecidas por el Superior Tribunal Militar. Los cargos de Auditor son cubiertos por promoción de los Auditores sustitutos, por el criterio alternado de antigüedad y merecimiento. La antigüedad se acumula por el mayor tiempo en el cargo de Auditor Substituto.

El merecimiento se obtiene de los criterios de prontitud y seguridad en el ejercicio de la jurisdicción, y por la frecuencia y aprovechamiento en cursos reconocidos de perfeccionamiento; y la promoción, en tal caso, se hará mediante triple lista organizada por el Superior Tribunal Militar, en sesión secreta<sup>16</sup>. Existe también una Auditoría de Corrección integrada por un Auditor-Corregidor, nombrado entre auditores, mediante triple lista organizada por el Superior Tribunal Militar en sesión secreta.

(16) Cf. Ley de Organización Judicial Militar (Decreto-Ley 1,003/1969) arts. 27 a 32.

19. Los Consejos de Justicia Militar son de dos categorías:

- a) Consejos Especiales de Justicia, para procesar o juzgar oficiales, excepto oficiales generales (que son procesados y juzgados por el S.T.M.);
- b) Consejos Permanentes de Justicia, para procesar y juzgar a los insumisos y a los acusados que no sean oficiales, excepto los Auditores, Procurador General, Procuradores y Abogados, y substitutes que son procesados y juzgados por el S.T.M.

El Consejo Especial de Justicia, presidido por un Oficial Superior, está constituido de un Auditor y de cuatro jueces militares, estos siempre de grado más elevado que el acusado o de grado igual pero con mayor antigüedad. Será formado para cada proceso y se disolverá después de concluidos sus trabajos, reuniéndose nuevamente, por convocatoria del Auditor, si sobreviniere la nulidad del proceso o del juzgamiento, o para diligencia determinada por el Superior Tribunal Militar.

Los Consejos Permanentes de Justicia son constituidos por un Auditor, un Oficial Superior (o sea, Teniente Coronel, Coronel o General), como presidente, y de tres oficiales hasta el grado de Capitán o Capitán-teniente.

Los jueces militares de los Consejos Especiales y Permanentes son sorteados por el Auditor con la presencia del Procurador y del secretario, entre los oficiales de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica, en servicio activo, en la sede de la Auditoría, recurriéndose a oficiales fuera de este local, y en el ámbito de la Circunscripción Judicial de la Auditoría, solamente cuando los de la sede fueran insuficientes.

20. Como se nota, las Auditorías son distribuidas por Circunscripciones Judiciales. Para tal fin, el territorio nacional está dividido en doce circunscripciones. Cada una tendrá una Auditoría, excepto la 1ª, que abarca los Estados de Río de Janeiro y del Espíritu Santo, que tendrán siete: dos con jurisdicción privativa de la Marina, tres del Ejército y dos de la Aeronáutica, y la segunda (Estado de São Paulo) y la tercera (Estado de Río Grande del Sur) que tendrán tres cada una. Estas, como las que sean únicas en la respectiva circunscripción, tienen jurisdicción mixta, para conocer los procesos relativos a la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica, y sus sedes serán fijadas por la ley, coincidiendo o no con la de la Región Militar.

## VI. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

21. La Constitución vigente declara que compete a la *Justicia Militar* procesar y juzgar los delitos militares definidos en la ley. No prevé más la extensión de esa jurisdicción a los civiles, aunque no diga nada, parece no excluir el concepto de personas asimiladas a los militares, que consta en la legislación militar ordinaria.

22. Sea como fuera, la extensión y los límites de la jurisdicción militar depende del concepto de lo que sea delito militar y de quien lo pueda cometer. Esa cuestión ya fue objeto de controversia, que hoy tal vez merece consideración, teniendo en cuenta la cláusula de la Constitución que habla de delito militar definido en la ley, lo que puede dar margen a una extensión inconveniente por hacer subsumir en aquella jurisdicción especial delitos que, en rigor, deberían estar sujetos a la jurisdicción común, según insegura y peligrosa doctrina que pone la definición de delito militar en el criterio *ratione legis*, según el cual “delitos militares son los que la ley define como tales o sujetos al juzgamiento de los tribunales militares. No existe para el legislador límite fundado en la naturaleza de la infracción. Esta, cualquiera que sea, puede en circunstancias definidas por la ley constituir un delito militar y entrar en la jurisdicción militar. Por eso es que el delito común, practicado en una ocasión o en cierto lugar –*ratione temporis aut loci*– toma la ficción, aunque accidentalmente, de ser militar”<sup>17</sup>. Esa doctrina, extraída de una jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, no refleja una posición exacta de ese ilustrado Tribunal, que todavía hoy se debate en busca de un criterio menos elástico<sup>18</sup>.

Un principio general que puede ser establecido, es que, tratándose de la jurisdicción especial para juzgar un tipo de delito también especial, el conocimiento de ello debe ser restringido. Pontes de Miranda problematizó la cuestión en los siguientes términos: “Se pregunta: ¿posee la Constitución un concepto de derecho positivo de delito militar, o existe el concepto *a priori*, que tenga recibido como suyo? Si no lo posee, ¿es la ley ordinaria

---

(17) Cf. Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 409.

(18) Cf. José Cretella Júnior, *Comentários á Constituição de 1988*, VI, Rio de Janeiro, Forense Universitaria, 1992, p. 3257.

quien tiene que definir el delito militar, como aprobarla, desde que se piensa en una causa, como sujeto, militar o persona que le sea asimilada?"<sup>19</sup>.

Recuérdese el entendido del Superior Tribunal Militar, bajo el régimen de la Constitución de 1967, en la que, a la vista de la cláusula de "delito militar definido en la ley", no existía concepto constitucional, ni un concepto *a priori* que la Constitución haya adoptado para la definición de lo que sea "delito militar", pero también recordaba que la antigua Corte Suprema (ahora Supremo Tribunal Federal), en su decisión de 22.11.34, entendió que había un concepto *a priori*, doctrinario de delito militar, que el relator del acuerdo fue a buscar en los comentaristas de la Constitución de 1891. Pontes de Miranda, con todo, alerta que esos comentaristas apenas se referían a los delitos militares, sin decir que el concepto preexistía o supra-existía a la legislación ordinaria. Concluye así el reputado constitucionalista:

En todo caso, se trata de un delito que se practica en la calle, por cuestión de familia, sargento contra teniente; y la antigua Corte Suprema consideró competente a la justicia común, y no a la excepcionalidad. El que se pueda tomar el acuerdo es, por tanto, el siguiente: cuando el delito es practicado por alguna cuestión enteramente particular, extraña a cualquier consideración de clase, o de servicio, o de orden, o de disciplina militar, como sea pura cuestión de familia, el legislador ordinario no puede reputar militar el delito, incluyéndolo en la ley penal militar, porque ensancharía indebidamente, esto es, sin razón, el concepto de delito militar.

En el conflicto de jurisdicción No. 1.129, la antigua Corte Suprema, el 23 de diciembre de 1936, partió del principio, ratificado por el Supremo Tribunal Militar, de que, falsificando la letra y la firma de sus superiores, o valiéndose de medios semejantes, para la obtención de dinero o de objetos, el militar no comete delito militar; resaltó que la situación cambia cuando se trata de un negocio para la retirada de especies o de dinero de la cantina (bazar): "La cantina dice el juez en argumento que la Corte Suprema reprodujo, constituye servicio permanente de los cuerpos de tropa en establecimientos militares. Se arrienda el respectivo servicio mediante la convocatoria pública, por contrato que firma obligaciones

---

(19) Ob. cit., p. 239.



recíprocas entre la unidad (y consiguientemente la Hacienda Pública) y el concesionario”<sup>20</sup>.

Pontes de Miranda, frente a las vacilaciones jurisprudenciales, ofreció la siguiente solución: “Cierto, si recurrimos a los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos, es posible fijar algo de común a las diferentes legislaciones, lo que nos daría el concepto comparativo del delito militar. Pero tal cambio sería de *lege ferenda*, y no de *lege lata*. Sin duda es el legislador ordinario quien tiene que definir los delitos militares de los militares y de las personas que son asimiladas, pero hay datos que imponen la inclusión de la figura, y la falta de datos, o de pocos, debe llevar a excluir la militarización del delito”<sup>21</sup>.

23. El Código Penal Militar (Decreto-ley 1.001, de 21.10.1969) es la ley ordinaria que define los delitos militares en tiempo de paz y en tiempo de guerra, procurando darles una conceptualización genérica, antes que una definición típica en su parte especial. No cabe aquí detallar sus pormenores. Apenas transcribiremos los dispositivos que contienen la definición genérica de delitos militares.

24. Se consideran delitos militares, en tiempo de paz, dice el art. 9 de aquel Código:

“I. Los delitos de que trata este Código cuando se encuentra definido de modo diverso en la ley penal común, o en los no previstos, cualquiera sea el agente, salvo disposición especial;

“II. Los delitos previstos en este Código, cuando también lo sean con igual definición en la ley penal común, cuando son practicados:

- a) por militar en situación de actividad o asimilado, contra militar en la misma situación o asimilado;
- b) por militar en situación de actividad o asimilado, en lugar sujeto a la administración militar, contra militar de la reserva, o retirado, o asimilado, o civil;

(20) Idem, ibidem, pp. 240 y 241.

(21) Idem, ibidem, p. 241.

- c) por militar en servicio, en comisión de naturaleza militar, o en formación, siempre que fuera en un lugar sujeto a la administración militar contra militar de la reserva, o retirado, o asimilado, o civil;
- d) por militar durante el período de maniobras o en ejercicio, contra el militar de la reserva, o retirado, o asimilado o civil.
- e) por militar en situación de actividad, o asimilado contra el patrimonio de la administración militar, o a una orden administrativa militar;
- f) por militar en situación de actividad o asimilado que, no estando en hora de servicio, use armamento de propiedad militar o de cualquier material bélico, sobreguarde, fiscalización o administración para la práctica de acto ilegal;

III. Los delitos practicados por militar de la reserva, o retirado o por civil contra las instituciones militares, considerándose como tales a los no comprendidos en el inciso I, como a los del inciso II, en los siguientes casos:

- a) contra el patrimonio sobre la administración militar, o contra una orden administrativa militar;
- b) en lugar sujeto a la administración militar contra militar en situación de actividad o asimilado, o contra funcionario del Ministerio militar o de la Justicia Militar, en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo;
- c) contra militar en formación, o durante el período de servicio, vigilancia, observación, exploración, ejercicio, campamento o acantonamiento o maniobras;
- d) en lugar fuera del sujeto a la administración militar, contra militar en resguardo del orden público, administrativo o judicial, cuando legalmente se encuentre llamado para tal fin, o en obediencia a mandato legal superior”.

Cabe observar que los delitos de los civiles, ahí definidos, no pueden más ser llevados a sujetarse a la jurisdicción militar, ya que la Constitución vigente no previó la extensión de esa jurisdicción a los civiles. Ahora los militares en inactividad (de reserva o en retiro) se someten a la jurisdicción

militar, pues en este caso no se encuentran en la misma situación de los militares en actividad, pudiendo la ley definir sus delitos militares en las circunstancias por ellas previstas<sup>22</sup>.

25. Se considera delitos militares, en tiempo de guerra, en los términos del art. 10 del Código:

I. los especialmente previstos para el tiempo de guerra;

II. los delitos militares previstos para tiempo de paz;

III. los delitos previstos en este Código, que también lo sean con igual definición en la ley penal común o especial, practicados, cualquiera sea el agente:

a) en territorio nacional o extranjero, militarmente ocupado;

b) en cualquier lugar en que se comprometa o pueda comprometerse la preparación, la eficiencia de las operaciones militares, o de cualquier otra forma, atenta contra la seguridad externa del país o puede exponerle a peligro;

IV. los delitos definidos en la ley penal común o especial, ahora no previstos en este Código, que sean practicados en zonas efectivas de operaciones militares o en territorio extranjero, militarmente ocupado”.

26. Finalmente, es considerado militar, para efecto de la aplicación del Código Penal Militar, cualquier persona que, en tiempo de paz o de guerra, sea incorporada a las Fuerzas Armadas, para en ellas servir en puesto, graduación o sujeción a la disciplina militar, y al asimilado que estuviera sometido a la disciplina militar, sin que sea militar. Los militares extranjeros, que se encuentren en comisión o entrenamiento en las Fuerzas Armadas, quedan sujetos a la ley penal militar brasileña, salvo lo dispuesto en tratados o convenciones internacionales. El militar de la reserva o en retiro empleado de la administración militar, se equipara al militar en situación de actividad para los efectos de la aplicación de la ley penal militar, y conserva, fuera de eso, las responsabilidades y prerrogativas del puesto o graduación para el efecto de aplicación de la ley penal militar, cuando practica o contra él es practicado un delito militar.

(22) Idem, ibidem, p. 231.

27. Bien es cierto que la definición de delito militar continua dividiendo al Supremo Tribunal Federal, como se muestra en reciente caso, en que el Ministro Sepúlveda Pertence daba un tratamiento restrictivo a la materia, por entender que la ley militar (el Código Penal Militar) avanzó al margen de los dispositivos constitucionales, en tanto que el Ministro Paulo Brossar todavía se apegaba al criterio legal, según el cual delito militar es aquel que la ley define como tal<sup>23</sup>. Se hacen varias distinciones, tales como delito propio o esencialmente militar, que son funcionales porque la cualidad de militar es esencial a la caracterización, y delitos impropriamente militares, que son delitos comunes militarmente calificados, delitos comunes cuya definición “es modificada por el Código Penal Militar, pasando a ser considerado como delito militar, independientemente de la calidad del agente o de la acción u omisión penal, esto es, sea militar o no el sujeto del delito”<sup>24</sup>. Esas distinciones tienen utilidad pero no ofrecen mucha ayuda en la definición de lo que sea delito militar. Las definiciones que el Código Penal Militar actual ofrece deben ser tenidas en confrontación con el sistema constitucional vigente, y no solamente con la expresión del art. 124 de la Carta Magna, al hablar de delitos militares definidos en la ley, que aisladamente puede, sí, dar la idea de adopción del mero criterio legal, cuando el principio debe ser el de la primacía de la justicia común. Teniendo a la vista ello, es que comulgamos con el pensamiento de Cretella Júnior, cuando, después de recordar varios criterios que pueden ser tomados en cuenta (el del autor y el de la víctima, el de la naturaleza de delito, el del motivo del delito, la ley, el de la conjugación de la autoría y de la naturaleza del delito) concluye, en primer lugar, que “delito militar es toda infracción penal que, cometida por militar en tiempo de paz contra militar, constituye delito doloso contra la vida, motivado por cuestiones personales o de familia, extrañas, pues, a la vida castrense, bien como todo otro tipo de infracción común –robo, hurto, encubrimiento, falsificación– desvinculada de la vida de los cuarteles.

“Delito militar, es toda infracción penal cometida por militar o asimilado, contra militar, en tiempo de paz, desde que es tipificada en el

---

(23) Recurso Extraordinario 122.706-1, referido por Cretella Júnior, ob. cit., p. 3258 y ss.

(24) Cf. Ramagem Badaró, ob. cit., p. 52.

Código Penal Militar y no constituye delito doloso contra la vida, motivado por cuestiones personales o de familia. De ese modo, si el militar mata a otro militar, en tiempo de paz, por motivo militar, ligado al cuartel o a la disciplina militar, o delito doloso contra la vida, es juzgado por la justicia castrense especializada, así como también es de competencia castrense cualquier otra infracción penal –robo, hurto, encubrimiento, falsificación– desde que es cometida por militar y ligada a la vida o disciplina del cuartel”<sup>25</sup>.

En síntesis, podemos decir que delito militar, sujeto a la jurisdicción militar, es toda infracción penal, cometida por militar o asimilado, contra las instituciones militares (que falta en la concepción de Cretella Júnior) o contra militar, en tiempo de paz, no motivadas por cuestiones personales, negociables o familiares, extraños a la vida y la disciplina castrense.

## VII. JURISDICCION MILITAR ESTATAL

28. La Constitución, en el art. 125, faculta a la ley estatal a crear, a propuesta del Tribunal de Justicia<sup>26</sup>, la Justicia Militar estatal, constituida, en primer grado, por los Consejos de Justicia y, en segundo, por el propio Tribunal de Justicia o por un Tribunal de Justicia Militar de los Estados en que los efectivos de la Policía Militar sea superior a 20,000 integrantes. Sólo el Estado de São Paulo y el Estado de Río Grande del Sur poseen un Tribunal de Justicia Militar de segundo grado.

29. A la Justicia Militar estatal le compete procesar y juzgar a los policías militares y bomberos militares en los delitos militares definidos en la ley, restando al tribunal competente (o sea, al Tribunal Militar de segundo grado, o no habiendo, al Tribunal de Justicia) decidir sobre la pérdida del puesto y de la patente de los oficiales y de la graduación de las plazas. No hay generales en las policías militares. Las patentes sólo van hasta el puesto de Coronel.

---

(25) Cf. Ob. cit., p. 3264.

(26) Para el lector extranjero, es preciso esclarecer que en los Estados miembros de la Federación brasileña compete organizar su Justicia, con competencias definidas en la Constitución estatal, observando los principios establecidos en la Constitución Federal. El Tribunal de Justicia es el tribunal de cúpula de la organización judicial de cada Estado. Es importante la organización de la Justicia de los Estados, porque a ella compete procesar y juzgar en los juicios civiles y penales comunes.

30. Es muy cuestionada la competencia de la Justicia Militar para procesar y juzgar a los militares de la policía militar, cuando cometen delitos contra civiles, en el ejercicio de la función policial. El espíritu de cuerpo tiende a que tales juzgamientos sean excesivamente benevolentes. La cuestión está en saber si tales delitos se encuadran en el concepto de delito militar, pues sólo esos pueden ser objeto de conocimiento y juzgamiento de aquella jurisdicción especial. La amplitud como se vienen concibiendo los delitos militares de esos policías es lo que provoca un serio cuestionamiento. No es raro que ellos maten civiles sin motivación, y por ello sean procesados y juzgados por la jurisdicción especial.

El Supremo Tribunal Federal da cobertura a ese procedimiento cuando decide que policías militares que, cumpliendo jornada de trabajo en vehículo militar, interviene en un incidente de calle, y al hacerlo, comete delito, debe ser juzgado por la Justicia Militar<sup>27</sup>. Para modificar eso, existe una propuesta de revisión constitucional, dando nueva redacción al § 4 del art. 125, incluyendo una cláusula por la que queda reservada a la competencia del Tribunal *do Júri* (Tribunal de Justicia Común), cuando la víctima fuera civil. Esa propuesta ya fue acogida por el Relator general del proceso de revisión que ahora se desarrolla en el Congreso Nacional, pero no ha sido todavía sometida a discusión y votación. El principio que orienta esa materia es el de que no hay jurisdicción especial para los militares o asimilados, por eso es que, de cometer delitos comunes, han de ser sometidos a proceso y juzgamiento por ante la justicia común en la forma del Código Procesal Penal común, pues no es ya más la cualidad militar del sujeto del delito lo que caracteriza el delito militar<sup>28</sup>.

Además, con la Constitución vigente, es preciso reconocer sin vacilaciones que el civil no puede ser sometido a la jurisdicción militar, salvo, claro está, si él estuviere en la condición de asimilado, valiendo hoy lo que Cárpenster escribió sobre la Constitución de 1891: "en tiempo de paz el civil, que venga a cometer un delito militar, no puede ser traído delante de los tribunales de la clase armada. En los términos claros de la Constitución de la República (art. 77) lo que se manifiesta es la incompe-

---

(27) Cf. *Revista de Direito Administrativo*, 152/85

(28) Cf. Ramgem Badaró, ob. cit., p. 53.

tencia del Tribunal Militar para juzgar al paisano. Son evidentemente inconstitucionales los artículos del Código Penal del Ejército y Armada que sujetan al paisano extraño, al servicio de las Fuerzas Armadas, al Tribunal Militar”<sup>29</sup>. Es cierto que el citado art. 77 de la Constitución de 1891 era explícito al declarar que los militares de tierra y mar tendrán fuero especial en los delitos militares. El art. 124 de la Constitución vigente no se expresa así. Dice apenas que a la Justicia Militar compete procesar y juzgar los delitos militares definidos en la ley o que podría suponer la posibilidad que la ley la defina como tal, a algún delito practicado por un civil. Pero es cierto que no hay fuero especial para los militares y asimilados, y cierto es, con todo, que el establecido en función de ellos y de la disciplina a que están sujetos, de suerte que su extensión a los civiles necesitaba estar expresamente prevista en la Constitución, como fue la regla en el sistema brasileño. Y no habiendo esa extensión expresa, la ley, al definir el delito militar, no podrá legitimamente hacerlo, salvo para el tiempo de guerra.

### VIII. CONCLUSIONES

Algunos aspectos de la legislación penal y procesal militar aun se resienten de los defectos de su origen, el régimen militar, que no se compadecen con un régimen democrático. La Constitución actual tiene cierta prevención contra ese pasado oscuro, por eso trató de limitar la Jurisdicción Militar, de suerte que muchas de las previsiones del Código Penal Militar y del Código Procesal Militar, y la misma Ley de Organización Judicial Militar, no armonizan con el texto de la Constitución. Los tribunales, con todo, aun no han sido llevados a apreciar la conformidad constitucional de estos textos infraconstitucionales, a no ser aquel único juzgamiento del Supremo Tribunal Federal en que la cuestión continuó controvertida y todavía con cierta tendencia a darle un tratamiento más restrictivo en la Constitución vigente.

---

(29) Cf. Luiz Frederico Sáuerbronn Cárpenter, *Direito Penal Militar Brasileiro e o Direito Penal Militar de outro Povos Cultos* (Tesis), Rio de Janeiro, edición del autor, 1914, p. 108.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1994.
- BADARÓ, Ramagem, *Commentários ao Código Penal Militar de 1969*, São Paulo, Editora Juriscredi, 1972.
- BARBOSA, Ruy, *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (coligidos e organizados por Homero Pires), t. 6º, São Paulo, Saraiva, 1934.
- CASTRO NUNES, J., *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943.
- CRETELLA JÚNIOR, José, *Comentários à Constituição de 1988*, VI, Rio, Forense Universitária, 1992.
- ESPÍNOLA, Eduardo, *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)*, v. 2, Rio, Freitas Bastos, 1952.
- GODINHO, Gualter, *Legislação de Segurança Nacional e o Direito Penal Militar* (votos e julgados no Superior Tribunal Militar).
- PARÁ, Thomaz, *Legislação Militar e Jurisprudência*, 2 volumes, Rio de Janeiro, Imprensa Militar, 1922.
- PONTES DE MIRANDA, F. C., *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, t. III e t. IV, 2ª ed., São Paulo, RT, 1970.
- SAMPAIO DÓRIA, Antônio, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. III, São Paulo, Max Limonad, 1960.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel, *As Forças Armadas na Constituição*, Rio, Biblioteca do Exército, 1955.



# La Jurisdicción Militar y la Constitución de la República Federativa del Brasil (\*)

**LUIZ PINTO FERREIRA**

*Universidad Federal de Pernambuco  
(Brasil)*

**SUMARIO:** I. Concepto de Justicia Militar. II. La Justicia Militar en el Brasil. III. Competencia de la Justicia Militar. IV. Concepto de delito militar. V. Concepto de delito militar en el derecho romano. VI. Principales orientaciones de la conceptualización del delito militar. VII. División de los delitos militares. VIII. Antiguas concepciones del delito militar. IX. Los asimilados. X. Organos de la Justicia Militar en la Constitución brasileña de 1988. XI. Composición del Supremo Tribunal Militar (STM). XII. Proceso de nombramiento de los ministros del Supremo Tribunal Militar (STM). XIII. Federalismo, Justicia Estatal común y Justicia Militar. XIV. Tribunal de Justicia Militar y Consejo de Justicia de los Estados federados. XV. La Justicia Militar como tribunal de excepción en el Estado autoritario y la justicia especial en el Estado democrático. XVI. El derecho y las tutelares legiones cesáreas. XVII. La Justicia Militar en el Estado autoritario instalado en 1964. XVIII. Los actos institucionales y la Constitución. XIX. Jurisdicción Militar, tribunales de excepción y tribunales especiales. XX. La fuerza cede ante el Derecho. Bibliografía.

## I. CONCEPTO DE JUSTICIA MILITAR

La Justicia Militar tiene por objetivo el procesamiento y juzgamiento de los delitos militares. Ella constituye una justicia especial, y no un fuero de excepción. Es verdad que determinados tratadistas identifican una justicia especial o unos tribunales especiales como justicia de excepción o

---

(\*) Traducción del portugués por Mónica y Sandra Rodríguez Nario.

tribunales de excepción. Evidentemente, tal interpretación no puede ser admitida en el Brasil, visto que los tribunales de excepción serían entre nosotros las cortes marciales, cuya existencia no se compecede con la Constitución vigente.

Ahora bien, si la Justicia Militar tiene por objeto procesar y juzgar delitos militares, se torna entonces oportuno definir lo que se debe entender por delito militar. De acuerdo con nuestra Constitución en ella se juzga a los militares y a las personas cuya conducta es contemplada en la ley como delitos militares. Delito militar es aquel que viola una orden administrativa o intereses militares y comprende a personas asimiladas y aquellas que ejercen función militar o civil, integradas bajo los principios de jerarquía, subordinación y de disciplina militar, a pesar de no ser combatientes.

La Justicia Militar es una justicia especial. Por ello normalmente la jurisdicción ordinaria es la jurisdicción civil, y algunos autores, como Boddo Dennewitz, en sus *Comentarios a la Constitución de Bonn* (Hamburgo, 1950, art. 101) entiende que tal jurisdicción es uno de los principios de todo Estado de Derecho. La jurisdicción ordinaria es en consecuencia un principio inmanente del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*). Jean Graven, en su estudio *La libertad del ciudadano en el derecho suizo* (1948, p. 112) recuerda que la garantía de la jurisdicción ordinaria es una condición básica de la libertad de los ciudadanos y principio esencial de la organización de la justicia en el Estado de Derecho.

La tendencia del régimen constitucional es la de reducir el ámbito de la justicia militar. Como afirmar Crisólito de Gusmão en su *Derecho Penal Militar* (1915, p. 41): "La tendencia moderna y verdadera es la que propugna que sólo puede ser considerado como delito militar aquel que es cometido por un militar, constituyendo así, una infracción específica, pura, funcional o de servicio". Lo mismo sucede en los Estados Unidos de América, según significan André Tunc y Süzanne Tunc, en su estudio sobre *El sistema constitucional de los Estados Unidos* (París, 1954, p. 177). Durante la guerra de Secesión, en el siglo pasado, se procuró juzgar a determinados civiles en la jurisdicción militar, sin que los civiles estuviesen realmente considerados como militares. El precedente no rigió y el Presidente de la Suprema Corte, Taney, afirmó que de proseguirse con tal orientación tanto la vida, como la libertad y la propiedad de un ciudadano común, estarían sujetos al buen humor de las autoridades militares.

Jurisprudencia reciente de la Suprema Corte norteamericana, entre 1946 y 1949 inclusive, ha determinado que un delito militar, cometido por un militar en actividad, debería ser juzgado en la justicia ordinaria, si ese militar no estuvo en comisión de servicio.

En el Brasil, la Acordada del STF nº 7.604, de 26 de setiembre de 1894, consideró que los oficiales retirados no se encuentran sujetos a la ley ni a la jurisdicción militares.

Es por esta razón por la cual debía ser interpretado restrictivamente el art. 108 de la anterior Constitución de 1946, en tanto que, como afirma Carlos Maximiliano con propiedad, "interpretar estrictamente los dispositivos que encierran excepciones es una regla general del Derecho".

## II. LA JUSTICIA MILITAR EN EL BRASIL

La Justicia Militar en el Brasil viene ya desde el Imperio de 1824, no obstante no haber sido incluida en la Carta Magna Imperial. Entre tanto, la Constitución de 1891, en el art. 77, determinaba que "los militares de tierra y de mar tienen un fuero especial por delitos militares" y en el § 1 del artículo apuntala que "ese fuero se compone de un Supremo Tribunal Federal, cuyos miembros serán vitalicios, y de Consejos necesarios para la determinación de la culpa y el juzgamiento de los delitos". El Decreto legislativo nº 149, de 18 de julio de 1893, organizó el Supremo Tribunal con quince miembros vitalicios, nombrados por el Presidente de la República, con ocho miembros del Ejército, cuatro de la Armada y tres jueces de carrera.

Más tarde, como el Decreto legislativo arriba aludido preceptuaba, se promulgó en 1895 el Reglamento Procesal Criminal Militar, estableciendo la organización definitiva, la competencia y el proceso de la Justicia Militar. Tal reglamento fue modificado posteriormente en 1920 y 1926. Los órganos de la Justicia Militar eran: el Supremo Tribunal Militar, los Consejos de Guerra y el Consejo de Investigación.

La Constitución de 1934 incluyó a la Justicia Militar entre los órganos del Poder Judicial, estableciendo también un fuero militar para los asimilados, conforme a la orientación de la ley ordinaria, pues la ampliación de este fuero para los asimilados, ya estaba consignada en el Código Penal de la Armada de 1891 y en el Reglamento Procesal Criminal Militar.

Extendió también tal fuero militar, inclusive para los civiles en la represión de los delitos contra la seguridad externa del país o contra las instituciones militares (art. 84).

La Carta dictatorial de 1937 transcribe en esencia los preceptos de la Constitución anterior. El Decreto Ley nº 1.925, de 2 de diciembre de 1938, reorganizó la justicia militar y su proceso. Los órganos de la Justicia Militar eran: el Supremo Tribunal Militar y los Consejos de Justicia, estos últimos en sustitución de los Consejos de Guerra y los de Investigación.

La Constitución de 1946, en los arts. 106 al 108, reguló la materia. En ella aparecen como órganos de la Justicia Militar el STM (Supremo Tribunal Militar) y los tribunales y jueces inferiores que la ley instituiría. La ley ordinaria establecía el número y la forma de escoger a los jueces militares y de carrera del STM. Estos tenían períodos iguales a los jueces del TFR. La ley ordinaria también establecería las condiciones de acceso de los auditores.

Los miembros de la Justicia Militar tenían la garantía de la inamovilidad, mas tal garantía no los eximía de acompañar a las fuerzas, junto a las cuales tenían que servir.

La Carta Política de 1967, la de 1969 y la Constitución de 1988 tratan de la Justicia Militar, disciplinándola de modo autoritario o liberalizante, respectivamente.

### III. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

La Constitución precisa que compete a la Justicia Militar procesar y juzgar los delitos militares definidos en la ley. Por consiguiente, la ley ordinaria solamente puede desarrollar tal núcleo de competencia constitucionalmente establecida: procesar y juzgar los delitos militares.

La definición de los delitos militares no escapa al principio de legalidad de las penas y los delitos : *nullum crimen nulla poena sine lege*. Comete delito militar toda aquella persona que encuadra en la figura delictiva que la ley describe como delito militar. Los delitos militares son aquellos definidos por la ley como tales: *ratione legis*, observa José Frederico Marques en su libro *Da Competência em matéria penal* (São Paulo, Saraiva, 1953, p. 141).

Dos criterios se conjugan para establecer el concepto de delito militar, el *ratione personae* y el *ratione materiae*. Un delito es militar por el concurso de estos dos criterios, siendo raro que baste uno sólo de ellos para su caracterización. Por ejemplo, el delito de desertión es esencialmente militar *ratione materiae*, más sólo puede existir como elemento personal, *ratione personae*, pues no siendo el agente militar, el delito no puede ser de tal naturaleza (José Frederico Marques, *Da competência em matéria penal*, cit., p. 146).

#### IV. CONCEPTO DE DELITO MILITAR

El delito es el acto que viola o amenaza un bien jurídico protegido por la ley penal. El delito como acto punible es una conducta positiva o negativa típicamente antijurídica y culpable.

De modo general, el delito militar es aquel definido por la ley y cometido principalmente por un militar.

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

Delito militar es así toda acción u omisión específicamente militar, imputable a un militar o a una persona que por ley se encuentra asimilada, practicado o cometido en contra de la jerarquía, el orden jurídico, o contraria a la seguridad, a la subordinación o a la disciplina militar, siendo punible por la ley militar como una infracción funcional, específica y propia del militar. Como ejemplo puede darse: desertión, indisciplina, insubordinación, cobardía.

Delito militar es la infracción cometida en violación de intereses militares o de su orden administrativo. De un modo concreto, delito militar es toda acción u omisión típicamente antijurídica y culpable, según la ley militar.

#### V. CONCEPTO DE DELITO MILITAR EN EL DERECHO ROMANO

Conforme al derecho romano el delito militar propio es aquel que alguien comete en su calidad de militar (*ut miles*).

Es el que está en el Digesto (libro XLIX), *De militaris*: “*propium militare est delictum quod qui est miles admittit.*”

## VI. PRINCIPALES ORIENTACIONES DE LA CONCEPTUALIZACION DEL DELITO MILITAR

Las principales posiciones teóricas en la conceptualización del delito militar, son las siguientes: 1) Desde una perspectiva procesal, se considera delito militar todo aquel que se deja a la competencia de los tribunales y jueces militares; 2) Con un criterio *ratione legis, lato sensu*, son considerados como delitos militares todos los delitos definidos en las leyes penales militares; 3) Con un criterio *ratione personae*, se considera que son delitos militares aquellos cometidos por un militar, puesto que los militares solamente pueden cometer infracciones funcionales de servicio.

Con todo, el mejor criterio para conceptualizar el delito militar es el criterio *ratione legis*, que se deriva del principio de reserva legal; es el principio de la legalidad de las penas y de los delitos.

La esencia del delito militar está constituida por dos elementos: la calidad militar del agente y la calidad militar del acto.

Por su situación o deber militar se desdobra en dos especies: el deber de servicio y el deber de disciplina.

## VII. DIVISION DE LOS DELITOS MILITARES

La mayoría de los autores admite la siguiente división de los delitos militares: a) el delito militar propiamente dicho; b) delito impropiamente militar.

Según Chaveau y Faustin, los delitos propiamente militares son aquellos que afectan a la disciplina o al deber militar.

Conforme Stein, todo delito militar es una ofensa a uno de los dos bienes: la obediencia y la disciplina militar.

Renato Astrosa Herrera, en su obra *Derecho penal militar* (Chile, 1971, p. 56) afirma que el delito militar contiene dos elementos: calidad militar del agente y calidad militar del acto. Los delitos exclusivamente

militares son aquellos que ofenden intereses exclusivamente tutelados por la ley militar, como la desertión, abandono del puesto, cobardía en favor de los enemigos, etc.

Los delitos objetivamente militares son los que lesionan bienes jurídicos tutelados simultáneamente en la ley militar y en la ley común, como por ejemplo, el hurto de un objeto militar, el maltrato al superior con lesión corporal, etc.

### VIII. ANTIGUAS CONCEPCIONES DEL DELITO MILITAR

Algunas consideraciones anteriores, hoy superadas, definían al delito militar bajo el aspecto material concreto. En ese sentido, delito militar sería el acto disconforme a la disciplina común determinada en los cuarteles, constituyendo el delito de *segnitia* (indolencia), los delitos de contumacia (insolencia) y los delitos de desidia (pereza).

*Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplinas communis exigit, committur vel segnitiae, vel contumaciae, vel desidicae.*

A estos tres disvalores militares se oponen y contraponen los valores militares: el coraje se contrapone a la indolencia. La obediencia se contrapone a la contumacia. El deber se contrapone a la desidia. El coraje, la obediencia y el deber son los grandes valores del militar.

Los delitos de indolencia, o *segnitia crimina*, serían: tentativa de suicidio, automutilación, cobardía y desertión, contrarios al valor coraje.

Los delitos de contumacia, o *contumaciae crimina*, serían: petulancia, insolencia, falta de respeto, ofensa al superior, motín, infracción al orden, que son contrarios al valor obediencia.

Los delitos de desidia, o *desidiae crimina*, serían: la *emansio* o el delito de estar el soldado fuera del cuartel incumpliendo la orden de los superiores, abandono del puesto, requerimiento a la orden, que violarían el deber.

Este criterio inicial no se encuentra actualmente vigente. La orientación admitida es la definición de delito militar prevista por la ley penal.

## **IX. LOS ASIMILADOS**

La Carta Política de 1969 otorgó competencia a la Justicia Militar para procesar y juzgar los delitos militares definidos en la ley, tanto de los militares como a las personas que se encuentran asimiladas. La Constitución de 1988 silencia el caso de los asimilados.

Asimilado es el individuo que, no pudiendo estar en calidad de militar, ejerce junto a las Fuerzas Armadas una cierta función, específica y disciplinada en la ley o en el reglamento, teniendo o no ese puesto o graduación en el sistema de jerarquía militar, por ende, sujeto a subordinación, disciplina y jurisdicción militar.

Como personas asimiladas pueden ser mencionadas: médico, dentista, enfermero, farmacéutico, veterinario, intendente y cualesquiera otros funcionarios y servidores del Ministerio del Ejército, de Marina y de Aeronáutica.

Por el contrario el militar en ejercicio de una función civil es considerado como civil, conforme a la Súmula 297 del STF: "Oficiales y plazas de las milicias de los Estados, en ejercicio de función policial civil no son considerados militares para efectos penales, siendo competente la justicia común para juzgar los delitos cometidos por o contra de ellos".

## **X. ORGANOS DE LA JUSTICIA MILITAR EN LA CONSTITUCION BRASILEÑA DE 1988**

Son órganos de la Justicia Militar el STM, que es el órgano de cúpula ubicado en la jerarquía del sistema, tales como los tribunales y jueces militares, que son órganos de instancia inferior.

El STM procede del Consejo Supremo Militar de Justicia, creado por Alvará el 1° de abril de 1808 y tiene hoy existencia constitucional.

Los tribunales y jueces militares son instituidos en la Ley determinada por la Constitución, siendo ellas las Auditorías Militares existentes en las guarniciones del Ejército, la Marina de Guerra y la Aeronáutica Militar.

## **XI. COMPOSICION DEL SUPREMO TRIBUNAL MILITAR (STM)**

El STM es un órgano de colegiación heterogénea, puesto que en su composición se integran necesariamente ministros militares y ministros



civiles, buscándose combinar la experiencia militar con el conocimiento jurídico a través de esta composición mixta.

Así diez ministros militares y cinco ministros civiles componen este órgano de cúpula de la Justicia Militar de la Unión.

Los ministros militares son escogidos de la siguiente manera: tres entre los oficiales generales de la Marina, cuatro entre los oficiales generales del Ejército, tres entre los oficiales generales de la Aeronáutica, todos ellos en actividad y de la más alta graduación de la carrera.

Los ministros civiles se dividen en dos clases: a) la clase reservada a los abogados; b) la clase reservada a la Magistratura y al Ministerio Público de la Justicia Militar.

Así el Presidente de la República, que escoge a dos ministros del STM, puede hacerlo libremente, pero respetando las reglas sobre su proveniencia. El Presidente puede escoger a cualquier oficial general de las Fuerzas Armadas en actividad y del puesto más alto de la carrera, entre los jueces auditores y los miembros de Ministerio Público de la Justicia Militar, cualquiera entre los abogados de reconocida competencia y de conducta intachable con más de diez años de efectiva actividad profesional, pero siempre respetando la proporción fijada en el extremo del art. 123 y en su parágrafo único.

¿Cuál es el sentido de la norma constitucional cuando permite la composición del STM con abogados, jueces auditores y miembros del Ministerio Público de la Justicia Militar?

El espíritu de la Constitución es el siguiente: “El legislador constituyente, cuando establece la participación de miembros del Ministerio Público y de abogados en el cuerpo de los tribunales, busca, sin duda alguna, obtener una importante contribución, fruto de la experiencia adquirida en el ejercicio de las atribuciones específicas de aquellas carreras profesionales. Entonces, la suma de la experiencia adquirida en situaciones distintas a la del juez de carrera, de miembro del Ministerio Público y la del abogado ejerciente, cada uno con su formación profesional en pro de la realización de la justicia” (v. STF, RDA, 159: 141).

## **XII. PROCESO DE NOMBRAMIENTO DE LOS MINISTROS DEL SUPREMO TRIBUNAL MILITAR (STM)**

Todos los ministros del STM, en número de quince, todos vitalicios, son nombrados por el Presidente de la República, después de ser aprobadas las propuestas por el Senado Federal.

Los ministros militares sólo pueden ser seleccionados si se encuentran en actividad y vienen ocupando un elevado puesto en la carrera.

Los ministros civiles, también son nombrados por el Presidente de la República, y deben ser escogidos entre brasileños de nacimiento o nacionalizados, en goce de sus derecho políticos y mayores de treinta y cinco años.

Descartado está que los ministros militares sean necesariamente brasileños de origen, puesto que son oficiales de las Fuerzas Armadas, y los cargos de oficiales de esas Fuerzas son privativos para los brasileños de nacimiento (Const. Fed., art. 12, § 3º, VI).

Los ministros civiles pueden ser brasileños naturalizados tanto como de nacimiento.

En cuanto a los ministros civiles, la Constitución ha establecido una clasificación rígida, distinguiendo la calificación genérica de abogados, de un lado, de la calificación especial de jueces auditores y miembros del Ministerio Público de la Justicia Militar, de otro lado.

Es tradicional asimismo en nuestro derecho, la división en dos grupos de los cargos de ministros civiles del STM. Para los tres cargos del primer grupo, el Presidente de la República puede escoger dentro de una amplia comunidad de abogados de reconocida solvencia académica y de elevada reputación, de práctica forense de más de diez años, escogidos libremente dentro de tal ámbito, y requiriendo la aprobación del Senado Federal. Ya para los dos cargos del segundo grupo, la selección es hecha de modo paritario, dentro de un campo menos libre, porque el Presidente queda habilitado a reclutar a sus candidatos en una pequeña comunidad de jueces auditores y miembros del Ministerio Público de la Justicia Militar.

Las clases que concurren para la composición del STM relativas a los ministros civiles no son intercambiables, no se sustituyen recíprocamente; se caracterizan por su infungibilidad.

El STF ya decidió que en la composición del STM se debía observar la proporcionalidad establecida en el art. 128 de la Constitución Federal de 1969, repetida ahora en el art. 123 de la Constitución de 1988 (RTJ, 92: 579).

Las dos clases no son intercambiables, como bien escribe José Celso de Mello Filho (*Constituição Federal anotada*, 1986, p. 380): “Quien participa, por su formación profesional, de una de ellas, no puede postular para la otra”.

Concluyendo, de los cinco cargos de ministros civiles que componen el STM, tres son libremente escogidos (clase de los abogados) y dos escogidos limitadamente (magistratura y Ministerio Público militares).

### **XIII. FEDERALISMO, JUSTICIA ESTATAL COMUN Y JUSTICIA MILITAR**

En el régimen federal, al lado de la justicia de la Unión existe también una justicia de los Estados miembros. Hay así una dualidad de justicia. Este sistema favorece la autonomía constitucional, propia de los Estados miembros, que eligen al Ejecutivo y al Legislativo, y organizan su sistema de gobierno. Durante mucho tiempo se buscó la unidad de la magistratura y de la justicia en el país, unificando la justicia federal y la justicia estatal, pero esta tentativa no prosperó.

En el Brasil, desde antigua data, por causa de su sistema federativo, también existe una Justicia Militar estatal paralela a la Justicia Militar Federal. Los Estados miembros disponen de una Justicia Militar estatal coincidente con la estructura del régimen federativo.

En los Estados Unidos, cuando se organizaron en forma federativa, hubo la necesidad de establecer un sistema dual, como observa Oswaldo Trigueiro en la obra *O regime dos Estado da União americana* (Río de Janeiro, 1942, p. 188-9) resaltando que al mismo se debe la institución del primer sistema de justicia dual, como el establecimiento de cortes judiciales federales y estatales, teniendo un campo más amplio la justicia estatal: los Estados miembros legislan sobre su derecho sustantivo, interpretado y aplicado por los tribunales, dejando poco a la Justicia Federal.

Apunta Oswaldo Trigueiro: “La justicia de los Estados, variables uno y otros en innumerables puntos de detalle, comprenden estructuralmente

tres instancias, organizadas más o menos uniformemente por todas partes: la justicia de paz, las cortes de jurisdicción general, y las cortes supremas localizadas en las capitales. La existencia de esos tramos no impide que se encuentre, en los Estados, la mayor diversidad posible en lo que concierne a la esfera de competencia, organización, procedimiento y, sobre todo, régimen administrativo de los órganos judiciales”.

El Estado federal dispone de particularidades propias en su organización judicial, que es la dualidad de justicia o dualismo judicial, en forma diversa a lo que ocurre en el Estado Unitario. La dualidad de justicia no debe ser entendida como diversidad de jurisdicción; la verdad es que hay una simple distribución de competencias, en tanto que el Poder Judicial es eminentemente nacional.

#### **XIV. TRIBUNAL DE JUSTICIA MILITAR Y CONSEJO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS FEDERADOS**

La actual Constitución federal del Brasil, en su artículo 125, determina que los Estados miembros organizarán su Poder Judicial observando los principios establecidos en la propia Ley Magna.

La ley estatal podrá crear, mediante propuesta del Tribunal de Justicia del Estado, su propia Justicia Militar estatal. Esta se constituye, en primer grado, por el Consejo de Justicia.

En segundo grado, o en segunda instancia, puede ser: a) el propio Tribunal de Justicia del Estado; b) el Tribunal de Justicia Militar. Ellos funcionan con competencia recursal.

Solamente cuando el Estado miembro tiene un efectivo de la Policía Militar superior a 20,000 integrantes, el propio Tribunal de Justicia estatal puede proponer la creación de un Tribunal de Justicia Militar.

#### **XV. LA JUSTICIA MILITAR COMO TRIBUNAL DE EXCEPCION EN EL ESTADO AUTORITARIO Y LA JUSTICIA ESPECIAL EN EL ESTADO DEMOCRATICO**

La Jurisdicción Militar existe siempre donde existe siempre donde existe ejército, cualquiera que sea el sistema político dominante.

Las constituciones contemporáneas establecen como regla la posibilidad de la existencia de los tribunales militares. Posiblemente ninguno de los tribunales militares figuran con tanta nitidez entre los órganos del Poder Judicial como en las constituciones brasileñas, siendo las constituciones patrias de 1934, 1946 y 1988 las que les han dado una visión completa-sistemática como *tribunales especiales*, y no como tribunales de excepción, siendo constituciones liberales o social-demócratas.

En diferentes ocasiones también en el Brasil fueron promulgadas cartas autoritarias, como la de 1937 y 1969 (esta última entendida, ora como nueva Carta Magna, ora como enmienda constitucional) transformando por ello a los tribunales militares en *tribunales de excepción*.

Así, la dictadura que se instaló en el país en 10 de noviembre de 1937 y que perduró hasta 1945 tuvo la Jurisdicción Militar establecida en el Código de Justicia Militar de 1938, al margen de las leyes extravagantes que modificaran la parte relativa a la organización judicial militar y al proceso penal, bien como en el Código Penal Militar de 1944 y en los Reglamentos de Disciplina Militar del Ejército, de la Marina y de la Aeronáutica, todos ellos sin excepción, obras del Poder Ejecutivo, en la época del régimen de plenos poderes de la dictadura.

A su vez, con el ascenso de un nuevo Estado autoritario el 31 de marzo de 1964, se dictó también la Ley Magna antiliberal de 1967 en una tentativa de amurallar las libertades públicas en las sucesivas leyes de seguridad nacional.

Basta recordar que durante el dominio de dicho Estado autoritario hubo tres leyes de seguridad nacional, a saber: Decreto Ley nº 898, de 9 de setiembre de 1969; Ley nº 6.620, de 17 de diciembre de 1978; Ley nº 7.179, de 14 de setiembre de 1982, todas alusivas a los delitos contra la seguridad nacional, el orden público social, estableciendo su proceso y juzgamiento. Es de recordar todavía que data del mismo período el Código Procesal Militar a través del Decreto Ley nº 1.002, de 21 de octubre de 1969.

Las constituciones democráticas del país (1934, 1946 y 1988) instituirán la Justicia Militar como órgano del Poder Judicial como *justicia especial*, al lado de la Justicia Electoral y de la Justicia de Trabajo. A diferencia de ello, las Cartas Magnas de 1937, 1967 y 1969 organizaron

la Justicia Militar como *justicia de excepción*, cautelando los derechos civiles y las libertades públicas. Son, así, dos sistemas diversos que dominaron el país en períodos de evolución cíclica, ora acentuando el modelo democrático, ora el contenido autoritario de una organización del Estado, con hechos diversos.

## **XVI. EL DERECHO Y LAS TUTELARES LEGIONES CESAREAS**

En el Brasil siempre hubo una influencia muy grande de las Fuerzas Armadas, sobre todo con la exigencia de una democracia anémica y la posibilidad de vigilar la democracia.

La interferencia de las legiones es de las más remotas, desde antiguo, como recuerda Arnoldo Jambo. La historia brasileña también recuerda este tipo de protección institucional, que siempre fue propia de la vida latinoamericana.

Una de las últimas veces fue la del Estado nuevo getuliano, que fue mantenido entre los años de 1937 a 1945 por el poder de las legiones, sin hablar de la transitoriedad revolucionaria de 1930-1934, y también en la transición de la Monarquía a la República, en época de estado de sitio y de intervención.

En ese sentido se ha popularizado un proverbio en el país, que dice así: “Mande quien puede, obedece quien tiene juicio”.

Se cuenta también el caso ocurrido cuando retornó a la Presidencia del país el Mariscal Floriano Peixoto en su confrontación con el Supremo Tribunal Federal, a inicios de la primera República. Habiendo el Supremo Tribunal Federal concedido *habeas corpus* a presos detenidos por orden de Floriano Peixoto, al recibir este la orden de *habeas corpus*, preguntó en lo alto de su arrogancia militar: “Y cuando yo mande detener a los Ministros del Supremo Tribunal Federal, ¿quién les concederá el *habeas corpus*?”

## **XVII. LA JUSTICIA MILITAR EN EL ESTADO AUTORITARIO INSTALADO EN 1964**

El pensador francés Michel Foucault escribió un interesante libro intitulado *Vigilar y castigar*, sosteniendo que es posible reconstruir buena

parte de la historia de una época por la lectura del proceso penal archivado por el Poder Judicial de cada país. Es en tal lectura que se observa la verdadera personalidad del Estado grabada en el proceso penal de forma perpetua en forma de sentencias judiciales, determinando torturas, desquebrajamientos en plazas públicas, quemas en hogueras, castigos al cuerpo y al espíritu, normas de vigilancia carcelaria, a lo largo de la historia, como en las épocas de la Inquisición y del Estado autoritario, sobre todo en la época de auge del fascismo.

Con la victoria de la Revolución de 31 de marzo de 1964, su General en Jefe General Castelo Branco llegó a declarar: "La revolución victoriosa, con un Poder Constituyente, se legitima por sí misma".

Se dieron varios Actos Institucionales. El primer Acto Institucional (AI) data del 9 de abril de 1964, publicado seis días antes de la toma por Castelo Branco, prolongando su vigencia hasta el 11 de julio de 1974, del que se tiene el siguiente balance inicial de 378 afectados: 3 ex-Presidentes de la República (Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros y João Goulart), 6 gobernadores de Estado, 2 senadores, 63 diputados federales y más de 3 centenares de diputados estatales y vareadores. Fueron cambiados compulsivamente 77 oficiales del Ejército, 14 de la Marina y 31 de Aeronáutica. Aproximadamente fueron destituidos 10,000 funcionarios públicos. Se creó también la Comisión General de Investigación (CGI), realizando cerca de 5,000 investigaciones que alcanzaron más de 40,000 personas, perteneciendo a la CGI los inquisitivos policías militares. Un órgano con un poder inmenso y misterioso, el Servicio Nacional de Informaciones, fue sobredimensionado.

El Acto Institucional nº 2, de octubre de 1965, acabó con todos los partidos políticos, permitiendo al Ejecutivo Federal cerrar el Congreso Nacional cuando lo tuviese a bien, cambió a indirectas las elecciones presidenciales y extendió la competencia de la Justicia Militar a los civiles. Solamente quedaron dos partidos políticos, que fueron aliados: la ARENA (Alianza Renovadora Nacional) y el MDB (Movimiento Democrático Brasileño), el primero apoyando al régimen, y el segundo haciéndole oposición.

El año de 1966 transcurrió en una lucha trabada en los cuarteles por la sucesión del Mariscal Castelo Branco, saliendo victorioso el General Costa y Silva, Ministro de Guerra, luego ratificado por el Congreso. En

dicho año, el Congreso sufrió seis clausuras, un nuevo receso y fue cercado por las tropas militares. El nuevo Presidente tomó posesión en marzo de 1967, surgiendo a partir de ahí una nueva Carta Magna, una nueva Ley de Seguridad Nacional y una Ley de prensa.

El Presidente Costa y Silva todavía promulga el AI-5, de 13 de noviembre de 1968, teniendo por gota de agua un ofensivo discurso del diputado federal Marcio Moreira Alves. El AI-5 no tenía plazo de vigencia, y colocó al Congreso en receso del mismo modo que lo hizo con seis Asambleas Legislativas estatales, e innumerables Cámaras de Vareadores del País. Fueron cesados más de 69 nuevos parlamentarios, así como el ex-Gobernador carioca Carlos Lacerda.

La oposición clandestina se amplió. En 1969, la Nación despierta asustada todavía más con el episodio oscuro de la enfermedad que alejó a Costa y Silva de la Presidencia. Los tres ministros militares impedirán la toma del poder por el Vice-Presidente civil Pedro Aleixo. A la resistencia armada se incrementan los secuestros, adoptando la Junta Militar las penas de muerte y destierro, tornándose más fuertes los castigos existentes en la Ley de Seguridad Nacional (Decreto Ley nº 898), aprobándose una Constitución de índole más autoritaria, la Constitución de 1969, llamada "Enmienda Constitucional nº 1". El Congreso Nacional es reabierto y ratifica el nombre del General Emilio Garastazu Médici para la Presidencia de la República.

En enero de 1979 es derogada el AI-5, pero se insertan artículos fuertes en la Constitución, como el Estado de Emergencia decretable por el Ejecutivo en los momentos de crisis, con poderes excepcionales concedidos al Presidente, inclusive la suspensión de las garantías ciudadanas por un plazo de 70 días, prorrogables a 60 días más.

Resumiendo el panorama de las medidas, la obra *Brasil: nunca mais*, con prólogo de don Paulo Evaristo Arns (Petrópolis, 1975, 9na. ed., p. 68), dice lo siguiente: "Al terminar el último año de gobierno, la estadística del régimen militar de 1964 registraba aproximadamente 10,000 exiliados políticos, 4,382 presos, millares de ciudadanos que pasaron por las cárceles políticas, 245 estudiantes expulsados de las universidades por mandato del Decreto 477, y una lista de muertos y desaparecidos que bordean a casi 3 centenas".



Al tomar posesión el nuevo Presidente João Baptista de Figueiredo el 15 de marzo de 1979 y dar comienzo a la onda liberal, los exiliados retornan y sobreviene una amnistía.

Al ampliarse la reacción liberal, se convoca a una Asamblea Constituyente y es promulgada la Constitución demócrata-social de 5 de octubre de 1988.

### **XVIII. LOS ACTOS INSTITUCIONALES Y LA CONSTITUCION**

Durante el régimen instaurado en 1964, en verdad los Actos Institucionales llegaron a tener una supremacía jerárquica sobre la propia Constitución. Es claro que dichos Actos Institucionales eran en sentido propio una Constitución, pues suspendían a la Ley Magna en todos los dispositivos que así se determinasen.

Los Actos Institucionales eran disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo, sin la aprobación del Congreso y sin posibilidad de control jurisdiccional por el Poder Judicial. En el fondo, era la dictadura disfrazada.

Una Constitución es la ley fundamental de un país, por encima y superior a las demás leyes. Los Actos Institucionales suspendiendo la propia Ley Magna, en el fondo representaban una Carta Magna impuesta al país, sin base popular en una Asamblea Constituyente y sin control de los actos del Ejecutivo por el Poder Judicial.

### **XIX. JURISDICCION MILITAR, TRIBUNALES DE EXCEPCION Y TRIBUNALES ESPECIALES**

Se debe analizar de un modo sistemático a la Jurisdicción Militar, que puede coexistir con un Estado democrático, desde que se configura como justicia especial, como sucedió con las constituciones brasileñas de 1934, 1946 y actualmente en la de 1988.

En las Cartas Magnas autoritarias de 1937, 1967 y 1969, la Jurisdicción Militar era una justicia de excepción. Conviene por ello establecer la diferencia entre Jurisdicción Militar de contenido democrático, respetando las normas constitucionales de garantías de las libertades individuales y las libertades públicas, de respeto del proceso penal contradictorio,

en nítida diferencia de la Jurisdicción Militar con carácter de excepción, irrespetuoso de las garantías constitucionales, de los derechos individuales y de las libertades públicas.

En la confrontación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo en las dictaduras, salía siempre victorioso el Poder Ejecutivo, imperando la Jurisdicción Militar como justicia de excepción.

Basta indicar un acto histórico ocurrido en el Brasil. El Ministro Ribeira da Costa amenazó con entregar las llaves del Supremo Tribunal Federal al Mariscal Castelo Branco, para que sus pares considerasen a los Actos Institucionales como innecesarios de apreciación judicial, aceptando el aumento y después la disminución del número de Ministros de la Alta Corte, y así el Ejecutivo consiguió de forma casual una mayoría revolucionaria, incrementada por el nombramiento compulsivo de los Ministros Evandro Lins y Silva, Hermes Lima y otros.

La Jurisdicción Militar en el régimen dictatorial tenía jueces y representantes que no eran militares, sino civiles. En la Jurisdicción Militar de excepción prevalece la supresión del principio de la amplia defensa y del contradictorio, propio del proceso penal del régimen democrático.

La justificación de tal régimen de excepción se basó sobre todo en que el mundo entonces tenía una confrontación bipolar entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, ahora fenecida, que representaban las dos grandes potencias nucleares de la época.

La amenaza del comunismo en el Brasil, así como las revoluciones llevadas adelante en este sentido, como en 1935, impulsando el golpe de estado de 1937, bien como el temor de amenaza comunista durante el 63 y el 64, provocarían la emergencia de regímenes dictatoriales de larga duración.

La Jurisdicción Militar que desarrolló también con jueces civiles, fue hasta más dura y violenta en la Europa con sus tribunales de excepción, que en la América Latina.

Baste considerar la intensidad con que actuó tal justicia de excepción en la Italia de Mussolini, en la Alemania de Hitler y en la extinta Unión Soviética, sobre todo en la época de Stalin con los famosos procesos de Moscú en 1936, con destitución y ejecución de los principales bolchevi-

ques del Politburo. Cabe sobre todo indicar el caso de grandes líderes comunistas de la época, como Kamenev, Zinoviev y Bukharin.

Kamenev y Zinoviev fueron acusados de participar en la muerte de Kirov. Stalin dio el decreto de 7-4-1935, “extendiendo todas las penas, inclusive la de muerte, a toda criatura mayor de 12 años”. (In *Izvestia*, de 8-4-1935, *apud* Robert Conquest, *O grande terror*, 1968, p. 97).

Era una nítida y directa amenaza al hijo menor de Kamenev, que capituló, confesando crímenes inexistentes, para salvar la vida de sus familiares. Los ex-triunviros y 14 cómplices más fueron llevados al tribunal el 19-8-1936, acusados por el procurador A. Vishinsky, y ejecutados, llegándose a conocer el juzgamiento como “Proceso del Centro Terrorista Trotskista-Zinovievista”.

Los mismos hechos sucedieron con Bukharin, fusilado en 1938. “Después de tres meses de interrogatorios y amenazas a su joven mujer e hijo, Bukharin aceptó, en una larga conversación con Yhesov y Voroshilov –fungiendo de ‘representantes’ del *Politburo*–, en confesar todos los actos de los que era acusado. Evidentemente Bukharin había escogido su táctica, después de considerar los casos anteriores. Su confesión, como la de Kirov, evitó la admisión de complicidad directa en cualesquiera de los actos abiertos, pero aceptó la responsabilidad general. Cualquier cosa a menos de su vida, permitía excluir del juzgamiento y ejecución de su mujer”.

Era el fin de dos antiguos aliados de Stalin y ex-opositores de Trotski.

## XX. LA FUERZA CEDE ANTE EL DERECHO

La actual Constitución brasileña de 1988 consagra el Estado social de Derecho. El Estado-legislador, el Estado-juez y el Estado-administrador se encuentran subordinados al imperio soberano de la Constitución, a las normas fundamentales que deben ser observadas por todos los poderes y bajo el control jurisdiccional de los actos inconstitucionales e ilegales por un Tribunal Federal, que es una corte vitalicia.

Se mantiene la Jurisdicción Militar, pero de contenido democrático, cuyos actos pueden ser revisados por la Corte Suprema, manteniéndose así el primado del Estado de Derecho, que es un Estado de garantías constitucionales en defensa del ciudadano.

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

Que no se adopte más el precepto: “en las horas de lucha enmudecen las leyes (*“Inter arma silent leges”*). Debe adoptarse la siguiente orientación: “La fuerza cede ante el Derecho” (*“Sedent arma togas”*).

## BIBLIOGRAFIA

- André Tunc y Süzanne Tunc, *Le Système constitutionnelle des Etats-Unis*, París, 1954.
- Arnoldo Jambo, *O Direito e as tutelares legiões cesárias*, Diário de Pernambuco, Recife, 27.3.1994.
- Bodo Dennewitz, *Bonner Kommentar*, Hamburgo, 1950.
- Brasil: nunca mais*, Editora Vozes, Petrópolis, 1985, 9ª ed.
- Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1989.
- Código Penal Militar*, Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo, Editora Saraiva, 1977, v. 15, p. 486 s.
- Crisólito de Gusmão, *Direito penal Militar*, Rio de Janeiro, 1915.
- Gomes Carneiro, *A justiça militar e sua reforma*, Rio de Janeiro, 1919.
- Id.* *A reforma da justiça militar*, Rio de Janeiro, 1933.
- Id.* *Notas e estudos sobre a formação do direito penal militar (material informal) no Brasil de 1820, a 1890*, in “Arquivos do Direito Militar” año 1º, ns. 1, 2 e 3; año 2º, ns. 1, 2 e 3; año 3º, ns. 1, 2 e 3; año 4º, ns. 1 e 2; 1942-1946.
- Id.* *Código de Justiça Militar*, in “Repertorio Enciclopédico do Direito Brasileiro”, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, v. 9, s/d, p. 209-244.
- Guglielmo Ferrero, *Pouvoir, les génies invisibles de la cité*, París, 1945.
- Harvard Law Review*, año de 1954, sobre jurisprudencia norteamericana.

- Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Berlim e Frankfurt, 1955.
- Jean Graven, *La liberté de citoyen en droit suisse*, Poigrafischer Verlag, 1948.
- J. J. Maia, *Segurança interna*, in "Enciclopédia Saraiva de Direito", São Paulo, v, 67, p. 272 s.
- José Celso de Mello Filho, *Constituição federal anotada*, São Paulo, 1988.
- José Frederico Marques, *Da competência em matéria penal*, São Paulo, 1953.
- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1989.
- Meira Mattos, *Geopolítica e destino*, Rio de Janeiro, 1970.
- M. Seabra Fagundes, *Direitos do homem o ordem jurídica e a segurança nacional*. "Anais da V Conferência Nacional da OAB", Rio de Janeiro, 1974.
- Oswaldo Trigueiro, *O regime dos estados na União americana*, Rio de Janeiro, 1942.
- Pinto Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva, 5ª ed., 1991.
- Id.* *Comentários à Constituição Brasileira*, Editora Saraiva, São Paulo, 6 volumes.
- Id.* *Manual de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2ª ed., 1990.
- Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição brasileira de 1946*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1960, 8 volumes.
- Robert Conquest, *O grande terror*, 1968.
- Robert McNamara, *The essence of security*, New York, Harper and Row, 1968.
- Renato Astrosa Herrera, *Derecho Penal Militar*, Chile, 1971.
- Wilhelm Sauer, *Filosofía jurídica*, Barcelona, Labor, 1933.
- William S. Holdsworth, *Martial Law Historically considered*, in "Law and History", Oxford, 1946.



# La Jurisdicción Militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Universidad de Santiago de Compostela  
(España)

*A mi buen, dilecto y viejo amigo, el Prof. Dr. Domingo García Belaunde, con la gran alegría de poder solidarizarme a través de la presentación de este trabajo con el a todas luces merecido homenaje a su persona y a su obra, homenaje con el que se hace justicia a una dilatada trayectoria vital caracterizada por una profunda vocación docente, un enorme rigor científico y una excepcional talla humana.*

**SUMARIO:** 1. El tratamiento constitucional de la Jurisdicción Militar: dos antecedentes: A) La Jurisdicción Militar en la Constitución española de 1931. B) La Jurisdicción Militar en la Constitución italiana de 1947. 2. La Jurisdicción Militar en la Constitución de 1978: A) La elaboración del artículo 117.5. B) La problemática interpretativa del artículo 117.5: a/ El principio de unidad jurisdiccional. b/ La caracterización constitucional de la Jurisdicción Militar. 3. La organización de la Jurisdicción Militar. 4. La competencia de la Jurisdicción castrense: A) El primer intento de acomodo constitucional de la competencia de esta jurisdicción: la Ley Orgánica 9/1980. B) El nuevo diseño del ámbito de competencia de la Jurisdicción Militar en la Ley Orgánica del Poder Judicial. C) El Código Penal Militar: la opción por un único criterio de atribución competencial, el del delito. D) La competencia de la Jurisdicción castrense en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio. E) Las modificaciones introducidas en el Código Penal Militar por la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar.

## 1. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR: DOS ANTECEDENTES

El análisis comparado de las instituciones constitucionales o de relevancia constitucional presenta un inequívoco valor formativo y cultural del que se han hecho eco muy diferentes autores, como es el caso de Biscaretti<sup>1</sup> y, entre nosotros, de Sánchez Agesta<sup>2</sup>. Bien es verdad que junto a esa función formativa, el estudio comparado cumple otros fines de claro significado técnico-jurídico, fines que van desde la búsqueda de un concepto tipo o de un modelo (recordemos que ya Aristóteles investigó las constituciones del mundo clásico, comparándolas para deducir de sus caracteres una apreciación valorativa que le permitiera construir el modelo de la constitución perfecta) hasta el logro de lo que bien podríamos denominar un contraste de peculiaridades (Montesquieu comparaba para apreciar mejor lo peculiar de las diferencias de las instituciones de los diversos países), sin olvidar que el análisis comparatista puede llegar a ser un método especialmente útil con vistas a la reforma y mejora de las instituciones, como bien advierte Lucas Verdú<sup>3</sup>. La aportación del estudio comparado al campo de la nomotética, es decir, al ámbito de la política legislativa, es de gran interés, pues un buen conocimiento de la legislación y de las instituciones de países con ordenamientos próximos podrá resultar de notable valor con vistas a hacer frente a las nuevas exigencias normativas que se manifiesten en nuestro propio ordenamiento.

Hemos querido a través de estas reflexiones justificar el por qué iniciamos nuestro estudio del marco constitucional de la Jurisdicción Militar con un somero análisis comparado, que circunscribimos a un modelo histórico: el modelo organizativo y competencial elevado al máximo rango jurídico por los constituyentes de nuestra Segunda Repú-

---

(1) Paolo Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho Constitucional Comparado" (Las 'formas de Estado' y las 'formas de gobierno'. Las Constituciones modernas), Fondo de Cultura Económica, México, 1975, pág. 14.

(2) Luis Sánchez Agesta: "Curso de Derecho Constitucional Comparado", 5ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973, pág. 21.

(3) Pablo Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político", Editorial Tecnos, vol. I, Madrid, 1972, pág. 415.



blica, cuyo influjo sobre el modelo actual es bien patente, y a otro modelo, esta vez sí, de Derecho comparado: el modelo italiano, cuyo desarrollo presenta un interés particular para nosotros, pues, como bien señala Rodríguez-Villasante<sup>4</sup>, es el modelo que, con toda probabilidad, ha inspirado el diseñado por nuestro legislador en sede orgánica (Ley Orgánica 4/1987).

### **A) La Jurisdicción Militar en la Constitución española de 1931**

Una diferencia muy sensible encontramos en el diseño de la Jurisdicción castrense en 1931 y en 1978; no nos referimos a una divergencia material, sino a la disparidad que hallamos en los respectivos procesos de juridificación, que supone que mientras la Constitución de 1931 es un punto de llegada, la "Lex superior" de 1978 es un punto de partida. Dicho de otro modo, el código constitucional de la República no hace en el punto que nos ocupa sino revalidar, mediante su incorporación al texto de mayor rango normativo, la profunda transformación que la Justicia Militar había experimentado en los tres primeros meses del régimen establecido en abril de 1931. Por el contrario, la Constitución de 1978 marca el inicio de un proceso que a lo largo de más de un decenio ha conducido a nueva organización de esta Jurisdicción y a una delimitación muy notable de sus competencias, por referirnos tan sólo a las dos cuestiones puntuales de que me voy a ocupar en este trabajo.

Los primeros meses de la República nos muestran una verdadera eclosión de disposiciones relativas a la Jurisdicción castrense, cuyo común denominador nos viene dado por: la reducción de su ámbito competencial, su profesionalización y tecnificación, la compaginación de su existencia con el principio de unidad jurisdiccional y el fortalecimiento de las garantías de los inculcados. De esta forma se pretende su reducción a un orden jurisdiccional especializado.

---

(4) José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: "Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países", en *Revista Española de Derecho Militar* (en adelante REDEM), Nº 53, enero-junio 1989, tomo I, págs. 57 y sigs.; en concreto, pág. 63.

La doctrina más cualificada se ubicará en esta dirección. Así, Antón Oneca y Jiménez de Asúa<sup>5</sup> defenderán una Justicia Militar circunscrita a aquellos supuestos constitutivos de actos atentatorios a la existencia del Ejército y a la disciplina, como también a los medios bélicos, siempre y cuando fueren cometidos por militares, pues de no concurrir esta circunstancia, la competencia había de trasladarse a los Tribunales ordinarios. Por su parte, Ossorio y Gallardo<sup>6</sup> se inclinaría por una competencia de los Tribunales castrenses reducida a juzgar los delitos que directa y especialmente afectaran a la eficacia de la acción militar, con independencia de que el sujeto activo fuera militar o civil.

Los Decretos-leyes de 17 de abril y 11 de mayo de 1931 son las normas más sobresalientes de este primer período. El artículo único del primero derogaba la controvertida Ley de Jurisdicciones de 1906. En cuanto al segundo, su contenido se proyectaba en una triple dirección: a/ la reducción de la competencia de la jurisdicción castrense al delito esencialmente militar; b/ la privación al mando militar de toda potestad jurisdiccional, y c/ la disolución del Consejo Supremo de Guerra y Marina y la subsiguiente creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo a la que se confieren las atribuciones de aquel Consejo.

Buena parte de las reformas expuestas iban a ser refrendadas pocos meses más tarde por la Constitución de 9 de diciembre de 1931, cuyo artículo 95 (segundo del Título VII, relativo a la "Justicia") se refería, entre otros aspectos, a la Jurisdicción Militar.

El precepto en cuestión, tras proclamar en su primer párrafo que "la Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes", precisa (párrafo segundo) que "la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados". Esta determinación se complementa con la interdicción por el párrafo tercero

---

(5) J. Antón Oneca y L. Jiménez de Asúa: "Derecho Penal", vol. II, Madrid, 1930, págs. 428 y sigs.

(6) Angel Ossorio y Gallardo: "Bases para la reorganización judicial", Madrid, 1929, Base 31, pág. 225.

de fuero alguno “ratione personae” o “ratione loci” (“No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptúa el caso del estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público”), así como con la abolición por el último párrafo de los Tribunales de honor (“Quedan abolidos todos los Tribunales de honor, tanto civiles como militares”).

Jiménez de Asúa<sup>7</sup>, al comentar el “iter” constituyente de este precepto, destacaría, respecto de los artículos equivalentes del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora y del Proyecto parlamentario (ambos comenzaban afirmando que: “La Administración de Justicia será una”), la supresión del carácter unitario de la Administración de Justicia, para que no se excluyera la jurisdicción paritaria (esto es, de los pares), si bien de ello no debía deducirse que el constituyente rechazara el principio de unidad jurisdiccional. En todo caso, la falta de claridad en la enunciación de tan fundamental principio, pese, según Posada<sup>8</sup>, a la intención incontrastable de las Cortes Constituyentes a su favor, sería objeto de críticas no exentas de evidente razón<sup>9</sup>.

A la vista del art. 95, Pérez Serrano<sup>10</sup> se interrogaría acerca del significado de algunos de sus conceptos (delitos militares y servicios de armas, de modo muy particular). A su juicio, a la vista de que la competencia de la jurisdicción castrense era enorme en el Código de Justicia Militar, debía entenderse que los casos en que la competencia se determinara por razón de las personas o del lugar (artículos 5º y 9º del citado Código respectivamente) quedaban “desde ahora sometidos a los Tribunales del fuero común”, siendo la única excepción admisible la del estado de guerra. Lo contrario —añadiría Pérez Serrano— implicaría convertir en letra

---

(7) Luis Jiménez de Asúa: “Proceso histórico de la Constitución de la República Española”, Editorial Reus, Madrid, 1932, pág. 410.

(8) Adolfo Posada: “La nouvelle Constitution espagnole” (Le régime constitutionnel en Espagne), Sirey, París, 1932, pág. 203.

(9) Cfr. al respecto, Antonio Royo Villanova: “La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas”, Imprenta Castellana, Valladolid, 1934, págs. 280-283.

(10) Nicolás Pérez Serrano: “La Constitución Española” (Antecedentes. Texto. Comentarios), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 291.

muerta el precepto constitucional, ya que la norma que había de servirle de complemento respondía al “criterio invasor” que caracterizaba la jurisdicción de Guerra<sup>11</sup>.

Sin embargo a nuestro modo de ver, la reducción competencial de aquella jurisdicción debía considerarse como una realidad jurídica plenamente vigente desde la publicación del Decreto-ley de 11 de mayo de 1931 (ratificado con carácter de ley por la de 18 de agosto del mismo año). El citado Decreto reducía (art. 1º) la jurisdicción de los Tribunales de Guerra a los hechos o delitos esencialmente militares de que aquélla conoce por razón de la materia, desapareciendo la competencia basada en la calidad de la persona o el lugar de ejecución.

En todo caso, la Constitución de 1931 no llegó al extremo de la alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919, que tanto impactara sobre los constituyentes de la Segunda República, texto (el de Weimar) que tras prohibir los tribunales de excepción en su art. 105 y establecer que nadie podría ser sustraído de la jurisdicción de su juez legal (si bien se precisaba que estas disposiciones no afectarían al mantenimiento de los preceptos legales relativos a los Tribunales y Consejos de Guerra), declaraba (art. 106) suprimida la Jurisdicción Militar, excepto para época de guerra o a bordo de buques de guerra.

### ***B) La Jurisdicción Militar en la Constitución italiana de 1947***

El modelo italiano de jurisdicción castrense se asienta, al igual que otros modelos continentales europeos, en un sistema diferenciado de normas que rigen en tiempos de paz y en tiempos de guerra.

La Constitución italiana de 1947 daría a los Tribunales militares una relevancia constitucional que los situaba al resguardo de su supresión por ley ordinaria, si bien no cristalizaba ciertamente la estructura y competencia de los mismos.

---

(11) “Los Tribunales militares -añadirá Pérez Serrano (en “La Constitución...”, op. cit., pág. 291)-, Jurados severos, pueden ser insustituibles en su función privativa y peculiarísima: delitos profesionales y época de guerra. Abusar de su intervención es antiliberal en absoluto y contrario por completo a los fines de la Institución armada, que tiene otros altísimos menesteres a su cargo”.

Varios son los rasgos con los que la Constitución italiana caracteriza la Jurisdicción Militar:

El primero de ellos es la delimitación de su ámbito competencial. El párrafo tercero del art. 103 prescribe:

*“Los tribunales militares, en tiempo de guerra, tienen la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por las personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas”.*

A la vista de esta previsión, parece claro que no puede sostenerse la existencia de una competencia de los Tribunales castrenses absoluta e inderogable, frente a la competencia atribuida al juez ordinario<sup>12</sup>. El constituyente ha expresado con claridad su voluntad de que la jurisdicción militar, en tiempo de paz, quede circunscrita a los límites subjetivos y objetivos que a tal fin precisa, esto es, la cualidad de pertenencia a las Fuerzas Armadas y el carácter objetivamente militar del delito; estos límites, determinados por el concurso de ambos requisitos, no han de ser por ninguna razón sobrepasados en su convergencia con la jurisdicción ordinaria, que en tiempo de paz ha de ser considerada como la jurisdicción normal y prevalente en las hipótesis o supuestos de conexión. En consecuencia, ningún paisano, en tiempo de paz, será juzgado, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, por los Tribunales militares, ni tampoco ningún militar por delitos comunes.

El sentir del código constitucional, su espíritu, se iba a encontrar en neta antítesis con la orientación que inspiraba a las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta constitucional en materia de conexión, en cuanto que el art. 264 del Código Penal Militar de Paz sancionaba la prevalencia y preeminencia de la competencia del juez militar en su confrontación con el ordinario. Esta patente contradicción sería superada, en un primer momento, por vía de interpretación<sup>13</sup>, y

---

(12) Antonio S. Agro, Carlo Lavagna y otros: “La Costituzione Italiana annotata con la giurisprudenza della Corte Costituzionale”, UTET, 2ª ed., Torino, 1979, págs. 1496-1497.

(13) En su Sentencia de 26 de junio de 1948, la Corte de Casación afirmaba que: “La competencia de los tribunales militares debe considerarse ya circunscrita únicamente

después, de modo explícito, por la Ley Nº 167, de 23 de marzo de 1956, cuyo art. 8º modificaba la redacción del antes citado art. 264 del Código Penal Militar de Paz, en el sentido de consagrar la “vis atractiva” del juez ordinario.

La segunda caracterización constitucional a destacar es la que podríamos considerar como la vertebración de la organización de la justicia en torno al principio de unidad jurisdiccional, con el que los constituyentes deseaban afirmar que un sólo orden judicial debía ejercer la jurisdicción, con clara hostilidad hacia los jueces extraordinarios y especiales.

No otra es la interpretación que debe darse al párrafo primero del art. 102 de la Constitución<sup>14</sup>, a cuyo tenor:

*“La función jurisdiccional será desempeñada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial”.*

Esta previsión se complementa con la del párrafo inmediatamente subsiguiente, de conformidad con el cual:

*“No podrán instituirse jueces de excepción (“giudici straordinari”) ni jueces especiales (“giudici speciali”). Sólo podrán instituirse en el seno de los órganos judiciales secciones especializadas (“sezione specializzate”) para materias determinadas, con participación incluso de ciudadanos competentes que no pertenecen a la magistratura”.*

A la vista de estos principios constitucionales, la supervivencia de los órganos jurisdiccionales castrenses no dejaba de hallarse en una cierta contradicción con aquéllos, contradicción que iba a ser, en términos de Veutro<sup>15</sup>, pobremente superada por una unidad reconstruida en el vértice,

---

a los casos en que concurra la doble condición, objetiva y subjetiva, de delito militar cometido por militar, sin posibilidad de extender tal competencia a casos de conexión con extraños a la milicia o con delitos comunes” (puede verse la Sentencia en “Archivo Penale”, 1949, II, págs. 96 y sigs.)

(14) A. S. Agro, Carlo Lavagna y otros: “La Costituzione Italiana annotata...” op. cit., pág. 1465.

(15) Vittorio Veutro: “El nuevo semblante de la Justicia Militar en Italia”, en REDEM, Nº 40, Madrid, 1982, págs. 13 y sigs.; en concreto, pág. 16.

atribuyéndose a la Corte Suprema de Casación, el más elevado órgano de la estructura jurisdiccional ordinaria, la competencia para decidir los recursos contra las providencias de los jueces militares en tiempo de paz. En efecto, el párrafo segundo del art. 111 de la Norma suprema del país transalpino establece:

*“Contra las sentencias y providencias sobre la libertad personal pronunciadas por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales, será siempre admitido recurso de casación por violación de la ley. Solamente queda derogada esta norma por la sentencia de los Tribunales Militares en tiempo de guerra”.*

Esta última previsión, al excluir otros procedimientos y recursos contra las sentencias y providencias referidas –exclusión muy nítidamente acogida por el adverbio “siempre”– viene a admitir el valor de una “norma de clausura” o de cierre del sistema impugnatorio<sup>16</sup>, convirtiéndose por ello mismo en una garantía individual en orden a la sanción del derecho inviolable de defensa y del derecho a la tutela judicial reconocidos por lo párrafos segundo y primero respectivamente, del art. 24 de la Constitución de 1947.

La propia Norma suprema, en el párrafo segundo de su Disposición Transitoria y Final sexta, contemplaba el momento para el traspaso de la competencia del Tribunal Supremo Militar a la Corte de Casación<sup>17</sup>; se trataba de una reordenación del Supremo órgano jurisdiccional castrense, no tanto en el sentido de suprimirlo, ni de duplicar el control de legitimidad. Sin embargo, el plazo de un año constitucionalmente previsto se alargaría hasta los treinta y tres años, pues habría que esperar a la reforma operada por la Ley Nº 180, de 7 de mayo de 1981<sup>18</sup> –que modifica en

---

(16) Vittorio Deuti: “Norme sulla giurisdizione” (Comentario al artículo 111 de la Constitución), en el colectivo, “La Magistratura”, tomo IV (Arts. 111-113), en Giuseppe Branca, “Commentario della Costituzione”, Nicola Zanichelli Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1987, pág. 25.

(17) A tenor de este párrafo segundo: “Dentro de un año de la misma fecha (de la entrada en vigor de la Constitución) se procederá por medio de la ley a la reordenación del Tribunal Supremo Militar en relación al artículo 111”.

(18) Cfr. al respecto, “Ley Italiana de 7 de mayo de 1981, Nº 180. Modificaciones al ordenamiento judicial militar en tiempo de paz”, traducción de Juan Gómez Calero, en REDEM, Nº 44-50, Madrid, 1987, págs. 165 y sigs.

profundidad la organización de la justicia militar y la estructura del proceso penal militar— para que la anterior previsión se convirtiera en una realidad jurídica.

El último de los rasgos constitucionales de que queremos hacernos eco es el principio de independencia judicial que el párrafo segundo del art. 108 proclama respecto de los jueces de las jurisdicciones especiales (“La legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali”)<sup>19</sup> y del que la Constitución se ocupa ampliamente en relación a los jueces integrantes de la jurisdicción ordinaria. La “Corte Costituzionale” ha precisado, no obstante —en su Sentencia Nº 43/1964— que este principio de independencia es plenamente aplicable a propósito de los jueces militares, si bien, dicho principio, aún representando un importantísimo criterio de referencia, ha permanecido, a juicio de Veuro<sup>20</sup>, más bien como algo puramente abstracto, por lo menos hasta la reforma legislativa llevada a cabo por la antes citada Ley de 7 de mayo de 1981.

La competencia de los Tribunales militares viene definida, como ya hemos tenido oportunidad de indicar, por la convergencia de dos elementos: uno subjetivo, la pertenencia a las Fuerzas Armadas, y otro objetivo, el carácter sustancialmente militar del delito. La Constitución, como acabamos de ver, no estableció ningún otro tipo de desarrollo, por lo que se hace preciso acudir a la legislación ordinaria, y en concreto al art. 263 del Código Penal Militar en tiempos de paz.

El art. 37 del citado Código define el delito militar como cualquier violación de la ley penal militar. Si el delito militar se define como cualquier lesión de la ley penal militar, y ésta se construye como protección a los intereses castrenses, son delitos militares los que lesionen los intereses de las Fuerzas Armadas. En consecuencia, será preciso distinguir entre: delitos militares “strictu sensu” (los contemplados por la ley penal militar) y delitos militares “latu sensu” (los no previstos por aquélla). Quiere ello

---

(19) “La ley —proclama el párrafo segundo del art. 108— garantizará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales del Ministerio Fiscal cerca de ellos y de los terceros que participen en la administración de la justicia”.

(20) Vittorio Veuro: “El nuevo semblante de la Justicia Militar en Italia” op. cit., pág. 17.



decir, como advierte Gómez del Castillo<sup>21</sup>, que se tiene presente al efecto no la sede de la norma sino la repercusión de la antijuridicidad, abriéndose así la posibilidad de una ampliación de atribuciones jurisdiccionales.

En cuanto al elemento subjetivo, personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas son aquellas sobre quienes las instituciones castrenses tienen una disponibilidad jurídica, en virtud de una relación que se concreta, generalmente, en la debida obligación del servicio militar. Así concebidas, pueden considerarse personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas, a estos efectos, las siguientes: los militares en servicio de armas; los militares considerados en servicio de armas; las personas asimiladas a los militares (cual es el caso de los capellanes castrenses); los inscritos en cuerpos civiles militarmente organizados (así, el Cuerpo Forestal del Estado), y los militares en licencia ilimitada, respecto de los cuales, y ante la discrepancia doctrinal y jurisprudencial suscitada, el legislador se vio obligado a intervenir con la Ley Nº 167, de 23 de marzo de 1956, que modificó el Código Penal Militar en tiempos de paz, estableciendo que debería aplicarse la ley penal militar a quienes gozasen de licencia ilimitada cuando cometiesen algunos de los delitos específicamente contemplados por la propia norma.

A la vista de todo lo expuesto, puede distinguirse dentro del elemento subjetivo entre: las personas a las que la ley penal militar es aplicable en todos los casos objeto de sus previsiones, y aquellas otras a las que es de aplicación sólo en los supuestos legalmente determinados. De esta forma puede perfectamente sostenerse con la doctrina<sup>22</sup> que la legislación italiana tiene presente en este punto, más que la relación intersubjetiva, basada en el servicio militar, una suerte de relación teleológica, fundada en la protección de los intereses de los Ejércitos.

---

(21) Manuel M. Gómez del Castillo Gómez-F.: "La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1975, Nºs. 2-3, págs. 349 y sigs.; en concreto, pág. 357.

(22) Manuel M. Gómez del Castillo: "La extensión de la Jurisdicción Militar...", op. cit., págs. 359-360.

## 2. LA JURISDICCION MILITAR EN LA CONSTITUCION DE 1978

En la línea sistemática de la Constitución de la Segunda República, nuestra vigente “Lex superior” acoge a la jurisdicción castrense, contemplándola dentro del Título VI (“Del Poder Judicial”). El art. 117, norma de apertura del mismo, se hace eco de la institución que nos ocupa en su apartado quinto, inmediatamente después de proclamar el principio de unidad jurisdiccional. A tenor del citado precepto:

*“El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.*

Creemos de interés atender de modo sumario a la génesis del precepto en cuestión, tras lo que abordaremos con brevedad el significado constitucional del principio de unidad, para, de inmediato, centrarnos en el análisis del inciso segundo del art. 117.5.

### **A) La elaboración del artículo 117.5**

La Ponencia constitucional abordaba por vez primera el precepto que nos ocupa en su sesión del día 2 de noviembre de 1977<sup>23</sup>.

Con carácter general, la Ponencia tomó como base de la materia referente al Poder Judicial el texto presentado por UCD. A partir del mismo, aprobaba como apartado tercero del que entonces figuraba como art. 103 un texto que recogía el principio de unidad jurisdiccional y la excepción relativa a la justicia militar, sin perjuicio de que se reconsiderase en segunda lectura la materia de la competencia de la jurisdicción castrense<sup>24</sup>. El

---

(23) Cfr. al respecto, “Las Actas de la Ponencia Constitucional”, en Revista de las Cortes Generales, Nº 2, segundo cuatrimestre 1984, págs. 251 y sigs.; en concreto, págs. 305-309.

(24) Según el texto aprobado en ese momento: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la justicia militar en el ámbito estrictamente castrense y de acuerdo con los principios de la Constitución”.

precepto se incorporaría en sus mismos términos al Borrador del proyecto de Constitución como art. 107.5.

Como fácilmente se desprende de la lectura del precepto, éste, ya desde su mismo origen, guarda una sustancial similitud con el que, a la postre, habría de ser texto definitivo del art. 117.5 de la Constitución. Prácticamente, la única diferencia de interés es la omisión de toda alusión a los supuestos de estado de sitio.

El art. 107.5 del Anteproyecto de Constitución reiteraría la anterior redacción con la sola salvedad de sustituir el término "justicia" por el más adecuado de "jurisdicción". Los votos particulares de que fue objeto el precepto (procedentes de los Grupos Parlamentarios Comunistas, de la Minoría Catalana y Socialistas del Congreso) se encaminaron a adicionarle un nuevo apartado dirigido a prohibir los tribunales de honor y los de excepción. Y en lo que se refiere a las enmiendas presentadas al artículo, el apartado que nos interesa no se vio afectado por ninguna de ellas. Consecuentemente, su redacción se mantendría incólume en el Informe de la Ponencia, modificándose tan sólo su numeración, pasando a ser ahora el art. 109.5, previsión a la que seguiría un sexto y último apartado del siguiente tenor: "Se prohíben los Tribunales de excepción, salvo lo que disponga, en su ámbito de aplicación, la ley orgánica a que se refiere el art. 108" (ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio).

En su sesión del día 8 de junio, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso abordaba el contenido del artículo. La discusión se plantearía no tanto respecto al apartado quinto, cuanto en relación al sexto.

Dos problemas fundamentales se suscitarían: uno, el de la prohibición de los Tribunales de honor; otro, el de la supresión de la cláusula de salvaguardia contemplada por el art. 109.6 del texto del Informe, esto es, la salvedad que en él se hace –respecto a la interdicción de los Tribunales de excepción– en conexión con las previsiones de la ley reguladora de los estados de excepción<sup>25</sup>.

---

(25) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (en adelante DSCD), Comisión de Asuntos Constitucionales, Nº 84, 8 de junio de 1978, págs. 3085-3089.

Aceptada la conveniencia de deslindar con nitidez ambas cuestiones, se optaba, de un lado, por constitucionalizar la interdicción de los Tribunales de honor, dejando a salvo el ámbito de la Administración militar, y de otro, por establecer de modo absoluto la prohibición constitucional de los Tribunales de excepción, asumiendo el espíritu subyacente a la cláusula de salvaguardia del art. 109.6 del texto del Informe en el que hasta ese momento era apartado quinto del mismo artículo.

El espíritu que subyacía a la cláusula de salvaguardia referida a los Tribunales de excepción no era otro que el de proteger la posibilidad constitucional de que la ley orgánica que en su día regulara el estado de sitio pudiera atribuir, en ese supuesto de tanta gravedad, el conocimiento de determinados hechos delictivos a la jurisdicción castrense.

En esa dirección se manifestaría el diputado centrista Sr. Pérez-Llorca<sup>26</sup>, para quien esa finalidad se podía considerar lograda mediante la introducción en el apartado quinto de una referencia a los supuestos de estado de sitio, que venía a implicar, en definitiva, el reconocimiento constitucional de la posibilidad de establecer, a través del procedimiento que el legislador en sede orgánica en su momento entendiese más adecuado, un doble ámbito competencial para la jurisdicción castrense: en tiempos de normalidad constitucional y en los supuestos de estado de sitio. De esta forma, se lograba la unánime aprobación del precepto llamado a contemplar la jurisdicción militar, que se redactaba con el texto que el último término sería definitivo<sup>27</sup>.

A partir de ese momento del “iter” constituyente, las únicas alteraciones que sufriría el precepto en cuestión serían las relativas a su numeración. Por lo demás, la disposición, en los distintos momentos del debate constituyente contaría con unos apoyos parlamentarios colindantes con la unanimidad.

En resumen, pues, el debate constituyente nos revela una posición convergente por parte de las distintas fuerzas políticas en torno al contenido

---

(26) DSCD, N° 84, 8 de junio, pág. 3089.

(27) El precepto sería aprobado en el seno de la Comisión, por unanimidad, con un respaldo de 34 votos en total (DSCD, N° 84, pág. 3090).

del que habría de ser art. 117.5 de nuestra Norma suprema, siendo de destacar asimismo la ausencia de posicionamientos contrarios a la existencia de la jurisdicción castrense y a su constitucionalización.

### **B) La problemática interpretativa del artículo 117.5**

#### *a/ El principio de unidad jurisdiccional*

El art. 117.5 se abre con la proclamación del principio de unidad jurisdiccional, “base de la organización y funcionamiento de los Tribunales”. Tres significados suelen darse a este principio:

1º) Desde una perspectiva abstracta, la unidad jurisdiccional suele hacerse derivar de la propia unidad e indivisibilidad de la soberanía. En cuanto función que dimana de la soberanía del Estado, la jurisdicción es única<sup>28</sup>.

2º) Un segundo sentido de la unidad jurisdiccional viene referido a la unidad territorial. En el Estado autonómico diseñado por nuestros constituyentes esta vertiente del principio adquiere notable relevancia, y se traduce en la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre la Administración de Justicia, como también sobre la legislación procesal (art. 149.1, números 5 y 6, respectivamente).

Bien es verdad que, como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido<sup>29</sup>, la Constitución ha tomado en consideración la organización territorial del Estado al fijar criterios básicos para la organización judicial, como acredita el art. 152.1, párrafo segundo, al establecer que “un Tribunal Superior de Justicia (...) culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”, y en sintonía con ello (en el párrafo tercero del propio precepto), que “las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia”.

---

(28) En análogo sentido se pronunciará Fenech: “Derecho Procesal Penal”, Madrid, 1959, tomo I, pág. 170.

(29) Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 38/1982, de 22 de junio, fundamento jurídico (en adelante fund. jur.) 5º.

Sin embargo, no es menos cierto que esta organización territorial de la justicia se lleva a cabo “sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo”, y que el agotamiento de las instancias procesales ante órganos radicados en el territorio de la Comunidad se establece “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 123”, que configura al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Ambas cláusulas de salvaguardia tienden, pues, a hacer efectivo el principio de unidad jurisdiccional en su proyección territorial.

3º) El último de los significados que cabe atribuir al principio de unidad jurisdiccional, posiblemente el de mayor proyección y relevancia, encuentra su última “ratio” en la conexión del inciso primero del art. 117.5 con el art. 117.3. La unidad jurisdiccional entraña la existencia de una organización judicial (que se refleja en los juzgados y tribunales) que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad (“juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”) y de conformidad con unas normas de competencia y procedimentales previamente establecidas por las leyes con carácter general. En definitiva, se trata de que no exista ni una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria. De esta forma, el principio de unidad se conecta estrechamente con el de independencia. Como afirma Gimeno Sendra<sup>30</sup>, en el Estado de Derecho la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté expresamente desterrada. Por lo demás, esta relevante manifestación del principio de unidad no es sino un reflejo del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que consagra el art. 24.2 de nuestra Norma suprema.

De esta forma, la clave del principio de unidad se residencia en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una “organización judicial ordinaria”, entendiendo por tal aquélla que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto

---

(30) José Vicente Gimeno Sendra: “Los principios constitucionales de monopolio y unidad jurisdiccional”, en Manuel Cobo del Rosal (dir.), “Comentarios a la Legislación Penal”, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, págs. 307 y sigs.; en concreto, pág. 318.

a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento. De ahí que el art. 117.6 prohíba de modo absoluto los Tribunales de excepción y que el art. 117.5 circunscribe la jurisdicción militar al “ámbito estrictamente castrense”<sup>31</sup>.

La “Bonner Grundgesetz” (Ley Fundamental de Bonn) ha reflejado con notable claridad la doble vertiente, subjetiva y objetiva, implícita en el último de los significados del principio de unidad, al prescribir en su art. 101.1 que: “Serán ilícitos cualesquiera tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal”.

Entre nosotros, el “intérprete supremo de la Constitución” ha establecido, en una doctrina muy consolidada, idéntica vinculación entre el principio de unidad jurisdiccional y el derecho al juez natural, al juez ordinario predeterminado por la ley.

Ya en su Sentencia 75/1982<sup>32</sup>, el Tribunal Constitucional sostendría que “el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria”. Desarrollando más aún esta vinculación, en su Sentencia 111/1984<sup>33</sup>, el alto Tribunal entiende que si bien el precepto del art. 24.2 garantiza a toda persona un Juez ordinario previamente determinado mediante la institución jurídico-pública de las competencias legales, su formulación debe verse, además, desde la conceptualización de la jurisdicción militar como jurisdicción especial que cabalmente, por este carácter, frente a la regla general de la jurisdicción ordinaria, no consiente interpretaciones que llevan más allá de lo que se define por referencia al “ámbito estrictamente castrense”.

Es precisamente por ello por lo que el conocimiento por la jurisdicción militar de una causa no ajustada a aquel ámbito puede verse desde la cara del art. 117.5, entendiendo que no respeta la regla constitucional

---

(31) José Manuel Serrano Alberca: “Comentario al artículo 117.5”, en Fernando Garrido Falla (dir.), “Comentarios a la Constitución”, Editorial Civitas, 2ª ed., Madrid, 1985, págs. 1666 y sigs.; en concreto, pág. 1669.

(32) STC 75/1982, de 13 de diciembre, fund. jur. 1ª.

(33) STC 111/1984, de 28 de noviembre, fund. jur. 3ª.

delimitadora del ámbito jurisdiccional castrense, aunque también desde la perspectiva del art. 24.2, y ello no sólo por el valor que tiene la formulación constitucional en cuanto utiliza el término “ordinario”, indicativo de un órgano jurisdiccional integrado en la jurisdicción ordinaria, sino por la consideración más general de que “la predeterminación, mediante la formulación de las competencias legales, comprende las que definen el ámbito castrense exceptuado de la regla general de la jurisdicción ordinaria”.

A la vista de las precedentes reflexiones jurisprudenciales, la conclusión es inequívoca: “puede llevarse al recurso de amparo la transgresión de las reglas definidoras de la jurisdicción, en cuanto en su formulación, o en su interpretación o aplicación, resulte incompatible con el alcance que a la jurisdicción militar asigna el art. 117.5, pues implicará a la vez violación del art. 24.2”. En resumen, el quebrantamiento del art. 117.5 mediante la atribución a la jurisdicción militar de un asunto de la competencia de la jurisdicción ordinaria, supone al unisono una lesión del derecho de todos al Juez ordinario predeterminado legalmente, derecho proclamado por el art. 24.2 de nuestra “lex legum”<sup>34</sup>.

#### *b/ La caracterización constitucional de la Jurisdicción Militar*

I. La primera de las cuestiones que hemos de plantearnos a la vista del inciso segundo del art. 117.5 es la de su verdadero alcance. ¿Qué quiso en realidad establecer el constituyente al afirmar que “la ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense”?

Desde luego, estamos plenamente de acuerdo con López Ramón<sup>35</sup> cuando afirma que el alcance del art. 117.5 no debe traducirse en nada parecido a alguna suerte de garantía institucional<sup>36</sup> para la Jurisdicción

---

(34) Esta jurisprudencia ha sido reiterada, entre otras, por las SSTC 105/1985, de 7 de octubre, fund. jur. 3º y 66/1986, de 23 de mayo, fund. jur. 3º.

(35) Fernando López Ramón: “Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar”, en el colectivo, “Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución”, vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 2605 y sigs.; en concreto, pág. 2627.

(36) Sobre la recepción jurisprudencial de la técnica de garantía institucional, cfr. STC 32/1981, de 28 de julio, fund. jur. 3º.



Militar. Creemos que no nos hallamos ante una institución que pueda considerarse componente esencial del orden jurídico-político establecido por la Constitución, cuya preservación se juzgue indispensable para asegurar los principios constitucionales; consecuentemente, no pensamos que pueda sostenerse que existe en esta institución un núcleo o reducto indisponible para el legislador.

Ello no obstante, su existencia constituye una singularidad jurisdiccional de relevancia constitucional, singularidad que se traduce en el hecho de que, como ha reconocido el Juez de la Constitución<sup>37</sup>, la jurisdicción castrense no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales respecto de la jurisdicción ordinaria. Estas especialidades, como asimismo el propio reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Militar, son a su vez la obligada consecuencia de la peculiar configuración que deben revestir las Fuerzas Armadas a fin de poder cumplir con eficacia los altos fines que les asigna el art. 8º de la Constitución.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de la singularidad de la jurisdicción castrense, que encuentra pleno apoyo no sólo en el hecho de que nuestro constituyente se haga eco de la institución, sino en el de que, además, la contemple nada más proclamar el principio de unidad jurisdiccional, se formula circunscribiéndola de inmediato al “ámbito estrictamente castrense”. En efecto, el verbo “regulará” no está marcando tanto la inexcusabilidad de que el legislador proceda a normativizar la Jurisdicción Militar, cuanto la ineludibilidad de que, llegado el momento de proceder a tal normación, el ámbito competencial que se reconozca a esta jurisdicción sea el “estrictamente castrense”. Ello impone, como ha reconocido el Juez de la constitucionalidad<sup>38</sup>, una consideración forzosamente restrictiva del alcance de esa jurisdicción a los supuestos previstos constitucionalmente.

Por lo demás, la inclusión de la referencia constitucional a la jurisdicción castrense en el Título VI, relativo al Poder Judicial, nos revela que la actuación de los tribunales militares queda muy alejada de la idea de una

(37) STC 180/1985, de 19 de diciembre, fund. jur. 2º.

(38) STC 93/1986, de 7 de julio, fund. jur. 8º.

actividad meramente administrativa, disciplinaria, doméstica o corporativa<sup>39</sup>. Bien al contrario, la Jurisdicción Militar se integra en el Poder Judicial del Estado<sup>40</sup>, lo que a su vez supone que si bien esta jurisdicción se ejerce en el “ámbito estrictamente castrense”, no es castrense en el sentido de que deba de modo inexcusable formar parte de las Fuerzas Armadas. Es decir, si bien las peculiaridades institucionales de los Ejércitos y la necesidad de que éstos sean idóneos en orden al cumplimiento de los altos fines que la Constitución les reconoce, se traducen en un conjunto de singularidades, alguna de ellas de relevancia constitucional, como es el caso de la existencia de una Jurisdicción Militar, ello no debe entenderse en el sentido de que esta jurisdicción deba integrarse en las Fuerzas Armadas, deba, en definitiva, seguir vinculada como antaño a la autoridad militar, o venir integrada por unos órganos jurisdiccionales a los que sólo, o básicamente, pueden acceder unas determinadas personas. Esto, desde luego, no lo encontramos en la referencia constitucional a la Jurisdicción Militar, que deja tan sólo muy claro:

- 1º) Que la Jurisdicción Militar se integra dentro del Poder Judicial del Estado.
- 2º) Que debe circunscribir su ámbito competencial a lo “estrictamente castrense”.
- 3º) Que esa competencia puede verse ampliada en los supuestos de estado de sitio. Y
- 4º) Que, en todo caso, la jurisdicción castrense debe actuar de acuerdo con los principios de la Constitución.

II. La integración de la Jurisdicción Militar dentro del Poder Judicial del Estado implica varias consecuencias de notable relevancia.

En primer término, que su existencia debe, en todo caso, salvaguardar el principio de unidad del Poder Judicial, lo que significa la ineludibi-

---

(39) Pablo Casado Burbano: “Iniciación al Derecho Constitucional Militar”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, págs. 84-85.

(40) Análoga postura mantienen, entre otros, Antonio M<sup>a</sup> Lorca Navarrete: “Derecho Procesal Orgánico”, Tecnos, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1989, pág. 49, y Fernando López Ramón: “Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar”, op. cit., págs. 2631-2632.

lidad de lograr esa unidad por lo menos en su vértice, respetando la disposición del art. 123.1 de nuestra "Lex superior", que, como ya tuvimos oportunidad de advertir, considera al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

En segundo lugar, que la función jurisdiccional debe ser ejercida por verdaderos órganos judiciales militares, a los que se ha de rodear de las garantías necesarias. Y ello, precisamente, por cuanto el principio de independencia, máxima garantía de una recta administración de justicia, debe encontrar una definición positiva en los órganos judiciales militares.

En tercer término, ha de entenderse que en los nuevos asuntos de su competencia, el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar corresponde en exclusiva a los órganos judiciales castrenses legalmente determinados, que en su propio marco competencial habrán de considerarse Juez ordinario predeterminado por la ley.

En cuarto lugar, el principio de plenitud también rige respecto de esta jurisdicción en su ámbito de competencia propio. A los órganos jurisdiccionales militares corresponde no sólo juzgar, sino también hacer que se ejecute lo juzgado.

Finalmente, el principio de legalidad, que en realidad habría de ser el primero de todos, y que debe entenderse como la sujeción de todos los órganos jurisdiccionales militares al imperio de la ley, principio éste en el que, por lo demás, puede verse uno de los soportes básicos de la independencia judicial.

III. Otra de las cuestiones reflejadas con claridad por el art. 117.5 es la posibilidad constitucional de una delimitación competencial diferenciada de los órganos judiciales militares en situaciones de normalidad y en los supuestos de estado de sitio.

Al abordar el itinerario constituyente del precepto ya nos referimos con cierto detalle a como se gestó la referencia de la norma analizada al estado de sitio, con las consecuencias subsiguientes que en el plano de las competencias pueden derivarse de ello, que, en su esencia, se traducen en la ampliación de la competencia de la jurisdicción castrense.

No sólo la génesis del precepto da pie para sustentar tal criterio, bastante obvio por otra parte, sino que la propia redacción del art. 117.5 también parece conducir a dicha conclusión. En efecto, la conjunción copulativa “y” (“y en los supuestos de estado de sitio”) separa en el artículo dos partes diferenciadas, y sólo respecto de la primera cobra sentido la exigencia de que el legislador ciña el ejercicio de la jurisdicción militar al “ámbito estrictamente castrense”.

Una diferenciación como la apuntada se nos antoja de todo punto conveniente. En efecto, aunque el estado de sitio, como señaláramos en otro lugar<sup>41</sup>, no se propone directamente facilitar el desarrollo de una conflagración bélica, tiende, sin embargo, a asegurar y mantener el orden constitucional en supuestos cualitativamente diferentes y, desde luego, mucho más graves que los que desencadenan el estado de excepción, supuestos en los que pelagra la misma estructura político-constitucional del Estado. Tales circunstancias se conectan con un levantamiento o insurrección armada que ponga en peligro los fundamentos mismos en que se asienta el propio Estado, esto es, su soberanía, su integridad territorial o su ordenamiento constitucional. Y precisamente, la protección de esos soportes básicos del Estado es misión atribuida constitucionalmente a las Fuerzas Armadas. De ahí el papel relevante que en el estado de sitio asumen aquéllas en cuanto ejecutoras de las medidas que proceden, bajo la dirección del Gobierno.

A la vista de todo lo expuesto, resulta acertado un tratamiento diferenciado de la justicia militar en situaciones de normalidad constitucional, simplemente dirigido a la tutela de los bienes jurídicos esenciales a los Ejércitos, pero formulado en los términos que estrictamente necesiten ser diversos de los comunes, y en el estado de sitio, donde las necesidades de la situación excepcional, aun quedando sujetas en la medida de lo posible a normas jurídicas flexibles, prevalecen sobre otros valores o bienes jurídicos<sup>42</sup>.

---

(41) Francisco Fernández Segado: “La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, en *Revista de Derecho Político*, N° 11, otoño 1981, págs. 83 y sigs.; en concreto, pág. 111.

(42) Análoga consideración de técnica legislativa era acogida, poco antes de la aprobación de la Constitución, por Valenciano Almoyna, quien, sin embargo, atendía, en orden a justificar esta diferenciación, al tiempo de paz y al estado o tiempo de guerra (Jesús Valenciano Almoyna: “En torno a un nuevo Código de Justicia Militar”, en *REDEM*, N° 35, enero-junio 1978, págs. 55 y sigs.; en concreto, pág. 57.

Una consideración semejante podría hacerse respecto de las situaciones extraordinarias que podemos encajar en lo que el art. 15 de la Constitución denomina "tiempos de guerra", si bien estas situaciones, a diferencia del estado de sitio, no han sido contempladas por el art. 117.5, circunstancia que, sin embargo, con buen criterio, ha subsanado en sede orgánica el legislador, al determinar el art. 13 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, el ámbito al que puede extenderse la competencia de esta jurisdicción en tiempo de guerra, que, como es obvio, es más amplio que en tiempos de paz.

Retornando al estado de sitio, diremos que la previsión constitucional ha tenido su complemento necesario en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, a cuyo tenor, en la declaración del estado de sitio —que el art. 116.4 de nuestra "Lex superior" atribuye al Congreso de los Diputados por mayoría absoluta y a propuesta exclusiva del Gobierno—, la Cámara Baja podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción castrense.

Esta opción legislativa nos parece flexible y oportuna y, desde luego, preferible a la que se contenía en el art. 50 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, antecedente de, entre otras normas jurídicas, la actual Ley Orgánica 4/1981. Dicho precepto concretaba de modo taxativo las figuras delictivas que habían de quedar sometidas al conocimiento de la jurisdicción castrense durante el estado de sitio, salvo expresa decisión en contrario del Congreso de los Diputados.

Por último, queremos resaltar el decisivo paso adelante que una regulación como la apuntada supone para la plena vigencia del Estado de Derecho aún en supuestos de máxima anormalidad. Ello resulta evidente si se recuerda que entre nosotros los bandos militares han sido los instrumentos tradicionales a cuyo través se alteraba el sistema de distribución de competencia jurisdiccionales, en una dirección inequívoca expansiva del ámbito competencial de la jurisdicción castrense, en unas ocasiones previa habilitación legal, en otras, las más de ellas, por la vía de lo puramente fáctico.

IV. La mayor dificultad interpretativa que planteaba el art. 117.5 sin duda alguna, residía en aclarar qué había de entenderse por "ámbito estrictamente castrense", concepto jurídico indeterminado al que acuden los constituyentes como criterio de delimitación competencial.

De esta forma, los constituyentes se separan de la opción acuñada en 1931, o de la adoptada por la Constitución italiana de 1947, textos que, como ya tuvimos oportunidad de exponer, precisaban en mucha mayor medida esa competencia (delitos militares, servicios de armas y disciplina de todos los Institutos armados, la Constitución de la Segunda República; delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas, la Constitución del país transalpino)<sup>43</sup>. Ahora bien, en el desarrollo legislativo ulterior hemos asistido a una cierta aproximación a ambos modelos.

Las posiciones doctrinales en torno a qué debe entenderse por “ámbito estrictamente castrense” se han diversificado de modo muy notable, poniéndose el acento, en unos casos, en la eficacia de los Ejércitos, en la protección de los intereses del servicio y la disciplina, en otros, y asimismo en el trascendental hecho de ser los Ejércitos los instrumentos de la defensa nacional.

A nuestro juicio, el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar ha de ponerse en conexión con la razón de ser de la propia institución, que se encuentra, en último término, en la necesidad de mantener a los Ejércitos como una eficaz organización de combate en orden al más exacto cumplimiento de los altos fines que les asigna la Constitución.

Desde una perspectiva similar, si bien quizá con una excesiva amplitud, Martínez-Cardós<sup>44</sup> entiende que la determinación de lo “estrictamente

---

(43) Es común entre la doctrina esta idea del desmarque de nuestros constituyentes del modelo italiano y del precedente histórico de la Constitución de 1931. Así, Calderón Susín justifica el abandono de ambos criterios, quizá por lo problemático que resulta llevarlos a cabo hasta sus últimos extremos e incluso desarrollarlos técnicamente; bien parece –afirma el citado autor– que de modo expreso se separaran de ellos y convinieran en consecuencia una formulación más flexible que, no obligando a hacer difíciles equilibrios, sirviera a la clara y fundamental idea de poner freno, tanto a desmesurados alargamientos de la competencia, como a una fácil o cómoda utilización política de los órganos jurisdiccionales militares en materia y ámbitos por completo ajenos a lo castrense (Eduardo Calderón Susín: “En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar”, en REDEM, Nº 53, tomo I, enero-junio 1989, págs. 81 y sigs.; en concreto, pág. 100.

(44) J. Leandro Martínez-Cardós Ruiz: “Comentario a la Disposición Derogatoria”, en Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coords.), “Comentarios al Código Penal Militar”, Civitas, Madrid, 1988, págs. 2091 y sigs.; en concreto, pág. 2099.

castrense” debe hacerse partiendo de la noción de las Fuerzas Armadas. Estas tienen unos fines que el art. 8º de la Constitución describe. Para su logro, los Ejércitos han de desarrollar unas funciones que se vinculan en último término a su auténtica razón de ser: la defensa militar de España. Estas funciones sólo pueden cumplirse si cuentan con un poder organizado peculiarmente (asentado en una rígida organización jerárquica y en la disciplina) y una base social que les sirva de fundamento. Pues bien, según el citado autor, esos fines, funciones, poder y base social constituyen el ámbito castrense que define la esfera de actuación de la Jurisdicción Militar.

Por nuestra parte creemos que la propia indeterminación del criterio utilizado por el constituyente, no tanto para marcar un mínimo y un máximo, sino más bien para delimitar el dintel de la competencia de la jurisdicción castrense, dificulta en exceso su concreción, lo que se traduce en que el legislador en sede orgánica pueda rellenar esa competencia con mayor o menor amplitud, pudiendo operar en buen grado por razones de oportunidad política sin por ello transgredir la norma constitucional, salvo que, de modo patente, se atribuya a la Jurisdicción Militar una competencia que exceda del “ámbito estrictamente castrense”, y así lo aprecie el Tribunal Constitucional. El dispar desarrollo legislativo del precepto corrobora, por lo demás, nuestra apreciación.

En todo caso, con el recurso a ese concepto jurídico indeterminado que es lo “estrictamente castrense”, el constituyente, a nuestro modo de ver, se inclinaba por un criterio material, abandonando así, implícitamente al menos, el tríptico competencial característico en tantos momentos de nuestra historia pasada. Podremos discutir qué materias caen dentro de ese ámbito –discusión un tanto estéril por cuanto la concreción de ese ámbito, constitucionalmente erigido en fundamento de la Jurisdicción Militar pero normativamente indeterminado, en último término, será la resultante de una opción política determinada, como antes expusimos–, pero lo que entiendo que no admite discusión es que con esa delimitación competencial, el constituyente se inclinaba decididamente a favor del elemento material.

A todo lo expuesto es preciso añadir que el carácter restrictivo que el art. 117.5 impone a la jurisdicción castrense –expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional<sup>45</sup>– entraña a su vez una consideración

(45) STC 93/1986, de 7 de julio, fund. jur. 8º.

forzosamente limitada del alcance de su ámbito competencial, lo que a su vez se proyecta en una doble dirección:

1/ De un lado, en una presunción general de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuya "vis" atractiva debe operar como pauta general, más aún ante una jurisdicción de carácter especial, como es el caso de la Jurisdicción Militar. De ello ha entresacado el alto Tribunal una importante consecuencia de naturaleza procesal: "no basta para la atribución de una causa a la Jurisdicción Militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen"<sup>46</sup>.

2/ De otro lado, en un criterio hermenéutico de la legislación de desarrollo del art. 117.5, sobre la base del propio valor interpretativo del mismo. "El precepto –razona nuestro intérprete supremo de la Constitución<sup>47</sup>– remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado también tiene un valor interpretativo de aquella regulación. En este sentido y prescindiendo de la hipótesis del estado de sitio (...), resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la Jurisdicción Militar, reducida al 'ámbito estrictamente castrense'. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente"<sup>48</sup>.

No muy diferente de la anterior sería la posición expresada en su jurisprudencia por la Sala Especial de Conflictos a que se refería el párrafo tercero del art. 2º de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 (hoy derogada por la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, cuyo art. 22 atribuye a la Sala de Conflictos de Jurisdicción contemplada por el art. 39 de la Ley Orgánica del Poder

---

(46) STC 75/1982, de 13 de diciembre, fund. jur. 4º.

(47) *Ibidem*, fund. jur. 2º.

(48) En su Sentencia 93/1986, de 7 de julio (fund. jur. 8º), el Tribunal Constitucional proyectaba este principio hermenéutico a la revisión de sanciones administrativas impuestas en el seno de organizaciones específicamente excluidas por la Ley de las Fuerzas Armadas (en el supuesto de referencia las Fuerzas de la Policía), entendiéndose que tal revisión quedaba fuera del alcance del "ámbito estrictamente castrense" contemplado por la Constitución.



Judicial, la resolución de los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales ordinarios y los órganos de la Jurisdicción Militar), que abordaría la delimitación del “ámbito estrictamente castrense” al hilo de las controversias suscitadas entre la jurisdicción ordinaria y la militar. Son especialmente significativas al respecto las reflexiones vertidas en el Auto de 29 de noviembre de 1982<sup>49</sup>.

*“Una vez más –afirma la Sala– tiene que enfrentarse al intérprete con la delimitación de un concepto jurídico indeterminado, que al estar incluido en el texto constitucional, su precisión conceptual tiene repercusiones jurídicas imprevisibles. Según el Diccionario, ‘castrense’ es un adjetivo que se aplica a ‘ciertas cosas pertenecientes al Ejército o a la profesión militar’. Seguro que los legisladores de 1978 no quisieron dar al vocablo tan desmesurada extensión. La doctrina científica más moderna y el Derecho comparado recortan las competencias de la jurisdicción militar, para limitarlas a la protección de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumento de la defensa nacional; por ello, en sentido estricto, y con relación a los hechos (no a la persona o al lugar), la delimitación vendrá impuesta por las infracciones que se cometan por militares, entre militares y con referencia a las actuaciones propias del servicio o profesión militar; pero también alcanza la competencia a los delitos y faltas cometidos por civiles cuando incidan directamente sobre actividades propias de los Ejércitos; este último supuesto debe tener un ámbito más restringido que el anterior, con tendencia en casos dudosos a derivar hacia la jurisdicción penal ordinaria. En este sentido, es un valioso precedente la Constitución republicana de 1931, cuyo art. 95, después de proclamar la unidad jurisdiccional, declaraba que ‘la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados’. El artículo 117 de la Constitución de 1978 no ha sido tan explícito y delega en una ley el desarrollo de esta jurisdicción que en lo sucesivo no constituirá privilegio alguno, sino otra jurisdicción cuya separación se impone, como las demás, por la especialidad de los intereses que protege”.*

(49) Puede verse en Aranzadi, 1982, referencia 7224.

En definitiva, es el criterio de afectación de los intereses propios de los Ejércitos, en cuanto instrumento de la defensa nacional, el que se halla en la base misma de lo “estrictamente castrense”; bien es cierto que este criterio material resulta por sí mismo lo suficientemente amplio como para no dejar de plantear, a su vez, nuevas dudas interpretativas, si bien será el legislador quien, dentro del respeto al mismo, habrá de precisar el ámbito competencial de esta jurisdicción.

De todo ello no conviene entresacar la conclusión de que el legislador puede regular a su entero arbitrio la competencia de la Jurisdicción Militar. Que está sujeto a una serie de límites es una obviedad a la vista del texto del art. 117.5. Que esos límites no son indefinidos lo ha precisado con claridad el Juez de la Constitución, al afirmar<sup>50</sup> que la noción del art. 117.5 de “lo estrictamente castrense”, que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los artículos 8º y 30 de la Constitución, sólo puede ser aplicada a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas –que no son sino los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para la satisfacción de las ‘exigencias defensivas de la comunidad’, consideradas en otro momento<sup>51</sup> como un auténtico bien constitucional– como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.

En resumen, la Jurisdicción Militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de los delitos estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en conexión, como el mismo Juez de la Constitución ha reconocido<sup>52</sup>, con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico a los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado “uti miles”, por lo que la condición militar

(50) STC 60/1991, de 14 de marzo, fund. jur. 3º.

(51) STC 160/1987, de 27 de octubre, fund. jur. 3º, in fine.

(52) STC 60/1991, de 14 de marzo, fund. jur. 3º, in fine.

del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo “estrictamente castrense”.

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

V. El inciso final del art. 117.5 de la Constitución determina que la regulación de la Jurisdicción Militar deberá realizarse de conformidad con los principios de la Constitución<sup>53</sup>. Ante todo es preciso indicar que esta sujeción a los principios constitucionales se refiere tanto a los supuestos de normalidad constitucional como a aquellos otros de estado de sitio. Efectuada esta precisión, hemos de interrogarnos acerca de cuales son los principios que habrán de ser tenidos en cuenta al afecto. Además de los principios generales contenidos en los Títulos preliminar y primero de la Norma suprema, pueden considerarse de particular interés a efectos de la regulación de la jurisdicción castrense:

1º/ Los principios informadores de la función jurisdiccional, y entre ellos: el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5); el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales, íntimamente conectado con

---

(53) Por este mandato constitucional del art. 117.5, y de modo especial por su última disposición imperativa, ha venido a ser generalmente aceptado, según Aparicio, que la jurisdicción militar en su propio ámbito y con sumisión a los principios constitucionales, es la única jurisdicción especial reconocida por la Constitución (Javier Aparicio Gallego: “La nueva organización de la justicia militar”, en *Revista General de Derecho*, Nº 512, mayo de 1987, págs. 2457 y sigs.; en concreto, pág. 2458).

el principio de legalidad, que implica la sujeción de aquellos órganos al imperio de la ley (art. 117.1 y 2); el principio de exclusividad respecto de las materias legalmente reconocidas como de su competencia, en su doble vertiente, positiva y negativa (art. 117.3 y 4); el principio de plenitud (art. 117.3) y, en conexión con él, el de imperatividad en el cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales (art. 118); por último, en íntima vinculación con el principio de unidad, el acomodo de la jurisdicción castrense al reconocimiento constitucional del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1).

Bien es verdad que una vez que la Jurisdicción Militar se integra en plenitud en el Poder Judicial del Estado, debe acomodarse necesariamente a estos principios, exigencia que hubiera tenido que cumplirse aun en defecto de una específica determinación al respecto, como la que acoge el inciso final del art. 117.5.

2º/ Los principios procesales constitucionales, esto es, el principio de publicidad (art. 120.1), el principio de oralidad (art. 120.2), el de motivación de las sentencias (art. 120.3)...

3º/ Finalmente, las garantías y derechos constitucionales que nuestra Norma suprema reconoce y que tienen una especial proyección en el ámbito jurisdiccional penal: los derechos y garantías de la libertad personal que proclama el art. 17; el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1); el derecho a la defensa y las garantías procesales y derechos que de él derivan (art. 24.2); y el principio de legalidad penal y su proyección en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración.

Ya para concluir hemos de significar que si bien es verdad que la singularidad de la Jurisdicción Militar se traduce en un conjunto de especialidades sustentativas y procesales, tal circunstancia no es óbice para que el derecho sustantivo, penal y disciplinario, como también el proceso penal y disciplinario militar, hayan de encontrarse en su regulación acomodados a la Constitución. Resulta incuestionable —ha dicho el Tribunal Constitucional<sup>54</sup>— que el enjuiciamiento militar, sin perder por ello sus peculiaridades, ha de verse configurado por la Constitución vigente.

(54) STC 97/1984, de 19 de octubre, fund. jur. 2º.

En definitiva, la Constitución exigía que el diseño de la jurisdicción castrense se acomodase a sus principios, lo que entrañaba –tanto o más que la propia remodelación de su ámbito de competencias– la ineludibilidad de una profunda reforma de aquélla.

### 3. LA ORGANIZACION DE LA JURISDICCION MILITAR

I. Los principios constitucionales requerían una reorganización en profundidad de la Jurisdicción Militar, que había de ir acompañado de una reforma de las normas procesales militares. No pretendemos abordar en detalle esta problemática, sino aproximarnos de modo superficial a la misma, para centrarnos más adelante en el que consideramos tema nuclear de este estudio: la reforma del ámbito competencial de esta jurisdicción.

II. Es la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar y del Código Penal, la primera norma que encara la modificación de algunos aspectos puntuales de la organización de la Justicia militar. Recordaremos sumariamente los siguientes:

1º) Una cierta tecnificación de los órganos jurisdiccionales castrenses, de la que podían considerarse manifestaciones significativas:

- La sustitución del Juez instructor por el Juez togado militar de instrucción. Y
- La formalización de la institución del Ministerio Fiscal jurídico-militar.

2º) El establecimiento de un recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, según la competencia asignada al mismo, mecanismo procesal a cuyo través se intentaba salvaguardar el principio de unidad jurisdiccional.

3º) El fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa, a cuyo efecto el Código de Justicia Militar era objeto, entre otras, de las siguientes modificaciones:

- El reconocimiento del derecho a nombrar en todo caso, para el ejercicio del derecho de defensa, a abogado en ejercicio, como

también del derecho a solicitar designación de defensor de oficio, letrado o militar, y a gozar de los derechos constitucionalmente reconocidos por los artículos 17.2 y 3 y 24.2.

- El reconocimiento asimismo del derecho de que gozan los detenidos a asistencia de abogado en la realización de las pertinentes diligencias.
- El alargamiento de los plazos (de cuatro a veinticuatro horas) en los juicios sumarísimos.

III. La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, que derogaba los artículos 8 al 14 de la Ley Orgánica 9/1980, iba a vertebrar la jurisdicción castrense sobre la base de un conjunto de principios orgánicos, al margen ya de los propiamente competenciales (de los que nos ocuparemos más adelante), en verdad novedosos respecto al modelo organizativo existente hasta ese momento.

Esos principios responden a una filosofía diversa de la que hasta ese momento había inspirado la regulación jurídica de esta jurisdicción, y a nuestro modo de ver, en muchos aspectos, pueden considerarse como una derivación fiel y ajustada al espíritu último del art. 117.5 de nuestra "Lex superior". A ellos nos referiremos a continuación desde una perspectiva general:

*1º) El principio de exclusión de la función jurisdiccional de los órganos militares de mando, circunscribiéndose aquélla a los órganos judiciales militares.*

De conformidad con el art. 2º de la Ley Orgánica 4/1987, "el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley", órganos que enumera el Título segundo de la Ley: la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y los Juzgados Togados Militares. Quedan de esta forma excluidos los órganos militares de mando, a los que el Código de Justicia Militar de 1945 les otorgaba importantes funciones jurisdiccionales.

Esta innovación es especialmente significativa, pues implica, de un lado, la opción por un criterio de tecnificación jurídica frente a los criterios tradicionales, que en España hacían de la jurisdicción castrense una manifestación más del mando, y de otro, contribuye decisivamente a garantizar el principio fundamental de independencia de la justicia, pues parecía difícil conciliar la vinculación de la justicia castrense al mando con su caracterización como poder independiente. Con la nueva ordenación legal, los Capitanes Generales y demás autoridades militares con mando sólo podrán actuar a través de los Fiscales.

La nueva Ley abre el cauce a un recurso de casación que viene a caracterizarse por la especialidad de la legitimación; en efecto, en cuanto el recurso se justifica por la “defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar”, los Mandos Militares Superiores que se designen por Real Decreto quedan legitimados para interponer dicho recurso contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en procedimientos por delitos de que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, los Jueces Togados Militares, si el inculcado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculcado pertenece al mismo Ejército (art. 111 L. O. 4/1987).

En el debate parlamentario de la Ley se discutió la naturaleza de este recurso: frente a ciertas opiniones que se inclinaban por la tesis de que se trataba de un recurso “ad hoc”, de un recurso —si se prefiere— de casación especial, lo que conducía a la conclusión de que no existía razón alguna que justificara su inclusión en la Ley de competencia y organización de la jurisdicción castrense, debiendo, en su caso, deferirse su regulación a la ulterior Ley Procesal Militar, prevaleció el criterio de que en este recurso no hay otra especialidad sino la que atañe a la legitimación, genéricamente prevista por la citada Ley y desarrollada en detalle por el Real Decreto 421/1988, de 29 de abril. Son los Mandos Militares Superiores a que se refiere esta última norma reglamentaria quienes pueden recurrir en vía de casación, si bien habrán de hacerlo a través de un Asesor jurídico, a quien corresponderá preparar, redactar, articular, interponer y defender en todas sus fases el recurso de casación, apersonándose en los autos en representación del Mando Militar Superior a cuyas órdenes actúe.

2º) *La consagración en el ámbito de la jurisdicción castrense del principio constitucional de independencia de los jueces y magistrados.*

Ya en el Preámbulo de la Ley se alude de modo específico a este principio en los siguientes términos:

*“La máxima garantía de una recta administración de justicia se centra en la independencia de los órganos judiciales y, en el seno de la jurisdicción castrense, la presente Ley se orienta en esa línea consagrando la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la ley de quienes desempeñan esta función, haciéndose un verdadero esfuerzo por lograr la definición positiva de esa independencia para los órganos judiciales militares”.*

El principio es formalmente proclamado por el párrafo primero del art. 6º de la Ley, de conformidad con el cual: “Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar”. Esa proclamación “ad extra” de la independencia se complementa con el reconocimiento de ese principio “ad intra”. En efecto, el párrafo segundo del propio artículo determina que: “Los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto.

La independencia de los órganos judiciales militares adquiere su carácter pleno, su auténtico sentido, mediante el reconocimiento legal de la independencia de los miembros de esos órganos en el ejercicio de sus funciones. A tal efecto se incide sobre el estatuto jurídico del Juez militar en el sentido de garantizar a través de su normación legal los principios de independencia, inamovilidad y responsabilidad, quedando estos Jueces, al igual que los integrantes de la jurisdicción ordinaria, sometidos únicamente al imperio de la Ley. Es por lo mismo que por lo que su nombramiento, designación y cese se ha de hacer en la forma prevista en la propia norma legal, no pudiendo ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes. De igual forma, responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinados en las leyes y disciplinariamente por las faltas e infracciones que cometan, en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a lo prevenido en la propia Ley.



La Ley prevé un mecanismo con el que hacer frente a posibles perturbaciones en la independencia de los Jueces militares. En estos supuestos, la persona que considere que su independencia está siendo perturbada, lo pondrá en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar “per se” las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

3º) *El principio de tecnificación jurídica de los órganos judiciales militares.*

Muchas son las facetas que nos presenta este principio. Además de la ya apuntada, la exclusión de la función jurisdiccional de los órganos militares de mando, nos referiremos a las dos siguientes:

- a/ La desaparición de los Consejos de Guerra, compuestos por profesionales de las armas con destinos de mando, así como también del propio Consejo Supremo de Justicia Militar, órgano en un primer momento dependiente del Ministerio del Ejército (art. 85 del CJM de 1945), y tras la reforma de 1980, integrado orgánicamente en el Ministerio de Defensa. El Consejo Supremo estaba integrado por oficiales generales o almirantes designados por este último Departamento, y en todo caso por personas que, aun contando con asesores jurídicos, se aproximaban al Derecho tan sólo circunstancialmente.

Estos órganos jurisdiccionales serían sustituidos por otros que, con buen criterio, pasaban a denominarse Tribunales, desapareciendo de su rótulo la adición “de guerra”, entre otras consideraciones, porque estaban llamados a actuar no sólo en tiempo de guerra, sino, principalmente, en tiempos de paz.

- b/ La opción por unos órganos integrados fundamentalmente por técnicos en Derecho a los que se añadirán profesionales de las Armas, siempre en menor número, con lo que se opta por una composición mixta en la que priva el elemento técnico-jurídico. Se iba a dar de este modo un paso fundamental –como se subrayaría

en el curso del debate parlamentario en el Pleno del Congreso<sup>55</sup>— en orden a la profesionalización de los Tribunales y Juzgados de la jurisdicción castrense; al unísono, se daba entrada por primera vez entre nosotros tras la entrada en vigor del texto de 1978, al jurado en la forma de escabinado.

Esta opción, que sería objeto de cierta discusión por parte de algunos sectores parlamentarios, ha sido considerada en algún sector<sup>56</sup> como la resultante de la pugna existente entre los partidarios de la máxima profesionalización y quienes se han atrincherado tras la defensa de una concepción corporativa. No estamos de acuerdo con tal perspectiva. Creemos que la presencia de profesionales de la Milicia en los órganos judiciales castrenses no sólo encuentra su respaldo constitucional en el art. 125 de nuestra Norma suprema, sino que, además, los profesionales de las Armas que integren Tribunal castrense se encuentran especialmente capacitados para juzgar las cuestiones de hecho (un abandono de servicio o un abuso de autoridad, por poner tan sólo dos ejemplos precisos) que puedan plantearse ante estos órganos jurisdiccionales. De este modo, se puede conseguir una acertada administración de justicia, al proceder una parte de los juzgadores del ambiente en que se ha producido el hecho que será objeto de su fallo.

#### *4º) La consagración del principio de unidad jurisdiccional.*

La Ley Orgánica 4/1987 crea en el seno del Tribunal Supremo, como primer órgano judicial militar, una Sala Quinta de lo Militar. En el Preámbulo de la Ley se afirma que la creación de esta Sala, sujeta en su régimen y en el estatuto de sus miembros a las mismas normas que las de las demás Salas, supone la unidad en el vértice de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial.

En este punto, al igual que en otros, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/1987 nos recuerda la realizada por el Decreto-ley de 11 de mayo de 1931, cuyo art. 5º, tras declarar suprimido y disuelto el Consejo

---

(55) DSCD, III Legislatura, Nº 44, 23 de abril de 1987, pág. 2631. Intervención del diputado socialista Sr. Barrero López.

(56) Así, por ejemplo, Francisco Gor: "Claroscuros de la reforma de la justicia militar", en "El País", 3 de mayo de 1987.

Supremo de Guerra y Marina, transfería las atribuciones del mismo a la Sala de Justicia Militar que se establecía en el seno del Tribunal Supremo.

Con la nueva Sala Quinta, la justicia castrense culmina en el Tribunal Supremo, esto es, en el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, lo que casa a la perfección con el principio de unidad jurisdiccional y con la integración de la jurisdicción militar en el Poder Judicial del Estado.

Por lo demás, otra novedad orgánica establecida por la misma Ley propicia la plena vigencia del principio de unidad jurisdiccional. Nos referimos a la nueva estructuración dada a la Fiscalía Jurídico Militar, que se hace depender del Fiscal General del Estado, integrándose en el Ministerio Fiscal. "La Fiscalía Jurídico Militar, dependiente del Fiscal General del Estado, con la organización que se establece en este Título, forma parte del Ministerio Fiscal". Así reza el art. 87 de la Ley.

A la Fiscalía Jurídico Militar atribuye el art. 88 de la propia norma, en perfecta sintonía con el art. 124 de la Constitución, la misión de promover la acción de la justicia en el ámbito de la Jurisdicción Militar, actuando en defensa de la legalidad y de los derechos e intereses tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados, habiendo asimismo de velar por la independencia de los órganos judiciales militares.

#### *5º) La acomodación del procedimiento a los preceptos constitucionales.*

La Ley Orgánica 4/1987 no es en modo alguno una norma procesal; sin embargo, ello no es óbice para que en su Título V ("De la defensa, de la acusación particular y de la acción civil") la norma en cuestión sienta unos derechos y garantías de naturaleza procesal a cuyo través el procedimiento se abre a los intereses de los inculpados, acomodándose a la par a las previsiones constitucionales. Nos referiremos de modo particularizado a dos aspectos concretos.

a/ La garantía de la defensa letrada en los términos previstos en la Constitución, a salvo las especialidades que pueden deducirse de situaciones excepcionales fuera del suelo nacional y en buques navegando.

A tal efecto, el art. 102 de la Ley garantiza el derecho de todos a la defensa ante la Jurisdicción Militar, mientras que el art. 103, concretando tal derecho, prescribe que en ejercicio del mismo todos podrán, en cualquier

momento, designar defensor entre los Abogados que reúnan las condiciones exigidas por las leyes o solicitar que les sea designado en turno de oficio por el Colegio correspondiente. De no haberlo hecho con anterioridad en el trámite que señalen las leyes procesales, se requerirá a los inculcados para que designen Abogado o soliciten designación de turno de oficio, haciéndose constar en el procedimiento. Transcurrido el plazo legalmente establecido sin efectuar dicho nombramiento, se interesará del Colegio de abogados que corresponda, la designación de Letrado del turno de oficio a fin de que defienda al inculcado (art. 103 de la Ley Orgánica 4/1987).

Conviene recordar que en el debate parlamentario de la Ley se rechazó una enmienda de Coalición Popular (la enmienda N<sup>o</sup> 116) orientada en el sentido de no suprimir la posibilidad –contemplada por el Código de Justicia Militar precedente– de la actuación del defensor militar, cuando el inculcado lo hiciera constar así de modo expreso. Sería el principio de “tecnificación de la defensa”, el argumento esgrimido por el representante del Grupo Parlamentario Socialista, Sr. Cuesta Martínez<sup>57</sup>, para rechazar la admisión de la aludida enmienda. La asunción de la defensa por un lego, no experto en Derecho, aunque pertenezca a la carrera militar, implicaría como mínimo –según el citado parlamentario– “una inseguridad en el defendido y una no realización al cien por cien de ese derecho que figura en los artículos 17 y 24.2 de la Constitución cuando se refieren a la defensa mediante Letrado”.

El derecho de defensa queda sujeto, sin embargo, a un conjunto de especialidades que pueden deducirse de situaciones excepciones. Así, el art. 107 de la Ley prescribe que en unidades fuera del suelo nacional y en buques navegando, cuando fuere preciso instruir diligencias o procedimiento judicial, se informará al interesado que, para su defensa y hasta llegar a suelo español, puede designar a cualquier Oficial de la fuerza o buque. De no hacer designación alguna, se le nombrará de oficio, a cuyo fin se establecerá un turno de los Oficiales destinados en la unidad o buque de que se trate. La excepcionalidad de la situación y su carácter temporal justifican más que sobradamente, a nuestro modo de ver, estas particularidades de que se reviste el derecho de defensa.

---

(57) DSCD, III Legislatura, N<sup>o</sup> 44, 23 de abril de 1987, pág. 2650.

b/ La posibilidad de actuación del acusador particular y del actor civil, con la sola excepción de que perjudicado e inculpado sean militares y mediare entre ellos una relación jerárquica de subordinación.

A tenor del art. 108 de la Ley:

*“Si la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar lesionare bienes o derechos de particulares, los perjudicados podrán mostrarse parte en el procedimiento, a cuyo fin se les hará ofrecimiento de acciones, dejando constancia en autos.*

*No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria”.*

El precepto suscitaría una cierta controversia en relación con el segundo de sus párrafos. Tres enmiendas propugnarían su supresión (una del Grupo Parlamentario Vasco, otra de la Agrupación Izquierda Unida y la última del diputado del CDS, don León Buil), sobre la base de que con dicho párrafo se prohibía el ejercicio de acciones penales y civiles por razón de la profesión; la relación jerárquica nunca debía implicar limitación de derechos, y –el último de los argumentos esgrimidos– la cautela del párrafo parecía inconstitucional a la par que revelaba una desconfianza ante los Tribunales Militares.

Frente a estos razonamientos, nos circunscribiremos a recordar la doctrina constitucional sentada al efecto por nuestro intérprete supremo de la Constitución, que ya en su auto 121/1984, de 29 de febrero, precisaba que el principio constitucional por el que se concede acción penal directa al interesado sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante.

En línea con esta doctrina, en su Sentencia 97/1985<sup>58</sup>, el Juez de la Constitución puntualizaba que las Fuerzas Armadas necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8º de la Constitución

(58) STC 97/1985, de 29 de julio, fund. jur. 5º.

les asigna, una especial e idónea configuración, por lo que, en consecuencia, siempre que la acción privada pretenda ser ejercitada por un militar frente a otro, estando ambos ligados orgánicamente, ha de estimarse prohibida tal eventualidad, salvo, claro está, que se trate de delitos perseguidos a instancia de parte.

#### 4. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CASTRENSE

##### **A) El primer intento de acomodo constitucional de la competencia de esta jurisdicción: la Ley Orgánica 9/1980**

I. El primer intento de acomodo a las exigencias constitucionales de la Jurisdicción Militar en general, y de su ámbito competencial en particular, como ya vimos, lo encontramos en la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar.

Aunque la reforma del ya añejo Código de 1945 era una necesidad sentida por muchos juristas militares<sup>59</sup>, habrá que esperar a la transición política para asistir a la puesta en marcha del proceso de reforma.

El consenso alcanzado entre un amplio espectro de fuerzas políticas en una serie de reuniones celebradas entre el 8 y el 26 de octubre de 1977, culminaba en la firma, el 27 de octubre, del Acuerdo sobre el Programa de actuación jurídica y política, más comúnmente conocido como los Pactos de la Moncloa.

El punto VII del Acuerdo se refería al Código de Justicia Militar<sup>60</sup>, propugnándose en él una reconsideración de los límites de la competencia de la Jurisdicción Militar en el siguiente sentido:

---

(59) Así lo manifiesta Jesús Valenciano Almoyna: "La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980", Madrid, 1980, pág. 17. El propio autor se ha referido a otros proyectos de reforma anteriores al publicado en 1978, germen de la Ley de 1980, y más en concreto, a los Proyectos de 1965 y 1971. Cfr. al efecto, Jesús Valenciano Almoyna: "Sobre la reforma del Código de Justicia Militar", en REDEM, Nº 36, julio-diciembre 1978, págs. 137 y sigs.

(60) Cfr. al respecto la obra, "Cumplimiento del programa de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa", Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Colección Informe, Nº 18, 2ª ed., Madrid, 1978, págs. 61-62.

- 1º) Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares.
- 2º) Por razón de lugar: limitar la competencia de la Jurisdicción Militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.
- 3º) Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyen delito militar.
- 4º) Sometimiento a los Tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo. y
- 5º) Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la Jurisdicción Militar.

La política legislativa del Gobierno Suárez quedaba, pues, diseñada en este punto concreto, y fruto de ello era el Proyecto de Ley de reforma del Código de Justicia Militar, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes del 15 de noviembre de 1978<sup>61</sup>, esto es, unas semanas antes de la promulgación de la Constitución.

El proyecto seguía, en líneas generales, las pautas marcadas por otro Proyecto elaborado en la primavera del mismo año 1978 por el Ministerio de Defensa, a partir de un texto redactado meses antes por una Comisión constituida en el seno del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Se justificaba en su Preámbulo la reforma emprendida por el carácter obsoleto del Código de 1945, que a su vez traía su causa del de 1980 y de las numerosas leyes que modificaron a este último en el sentido de ampliar desmesuradamente la competencia de la jurisdicción castrense. El cambio de las circunstancias sociales y las nuevas exigencias derivadas de la operatividad técnica de los Ejércitos, unido todo ello a los propios imperativos derivados del cumplimiento del referido punto VII del Programa

(61) Boletín Oficial de las Cortes, Nº 182, 15 de noviembre de 1978, págs. 3958-3991.

de actuación suscrito el 27 de octubre de 1977, justificaban la presentación ante las Cortes del Proyecto, que, por lo demás, se circunscribía a la modificación de una serie de aspectos concretos de la normativa del sistema procesal y sustantivo del Código de Justicia Militar, dejándose la revisión general del mismo para un momento ulterior.

La tramitación del Proyecto quedaría interrumpida por virtud de la disolución de las Cortes. Sin embargo, el Gobierno surgido tras los comicios de marzo de 1979 mantendría el Proyecto y la Mesa del Congreso, en sesión del 22 de mayo de 1979, a petición gubernamental, acordaría ratificar su tramitación, abriéndose un nuevo plazo para la presentación de enmiendas, ulteriormente prorrogado. El Informe de la Ponencia se publicaba finalmente el 24 de abril de 1980<sup>62</sup>, y a partir de ese momento, el Proyecto continuaría su tramitación, ya sin interrupciones, convirtiéndose finalmente en la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre.

II. En el ámbito competencial la Ley trataba de buscar una fórmula de acomodo a lo acordado en los Pactos de la Moncloa. Desde luego, mantendría el tríptico competencial tradicional, bien que sujetando cada uno de sus elementos a las genéricas indicaciones consensuadas en dichos Pactos.

De esta forma, como se reflejaba en el Preámbulo del Proyecto, el texto intentaba resolver la dualidad de algunas tipificaciones superpuestas en el Código Penal, restringiendo el Código de Justicia Militar al ámbito de los delitos militares, precisando más a estos efectos algunas figuras, como la del delito de rebelión militar. En todo caso, como veremos más adelante, en modo alguno puede considerarse que la Ley Orgánica 9/1980 circunscribiera la competencia de la jurisdicción castrense por razón de la materia a los delitos militares.

Por razón del lugar, tampoco la Ley se limitará a atribuir a la jurisdicción castrense el conocimiento de los delitos cometidos en centros, establecimientos o lugares estrictamente militares, pues considerará como tales el mar territorial, las aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo nacional, cuando el atentado o riesgo causado amenazare los intereses de la defensa militar del Estado y sus medios militares de guerra.

---

(62) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, 24 de abril de 1980, Nº 46-I, 1, págs. 166/1 - 166/38.



Finalmente, por razón de la persona, la Ley revisaba los supuestos de desafuero con la finalidad de otorgar a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares, con la sola salvedad de que los hechos afectaren al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, en cuyo caso conocería la jurisdicción castrense, pues en estas circunstancias se entendía que “aunque el delito sea del Código Penal común, participa estrechamente de la naturaleza de los que constituyen materia especial militar”.

III. Analizaremos ahora, si bien de modo superficial<sup>63</sup>, el tríptico de atribución de competencia a la Jurisdicción Militar de conformidad con las previsiones de la nueva norma legal.

*A) La competencia por razón de la materia.*

En este punto, la Ley vendría a modificar el art. 6º del Código, que contemplaba los procedimientos de que había de conocer por razón del delito la jurisdicción castrense.

Dos concepciones se enfrentaron durante los debates parlamentarios de la Ley en orden al perfil que debía darse a esta competencia.

De un lado, quienes entendían que el precepto debía limitarse a otorgar a la jurisdicción castrense el conocimiento de los delitos exclusiva o propiamente militares, que serían todos los tipificados por el Código, que, consecuentemente, debía marginar todas las restantes conductas delictivas. Esta sería la posición del Grupo Parlamentario Socialista<sup>64</sup>.

---

(63) Para un análisis más extenso, cfr. Jesús Valenciano Almoyna: “La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios...”, op. cit., págs. 25-42. Asimismo, Francisco Fernández Segado: “La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar”, en la obra colectiva, “El Poder Judicial”, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 1269 y sigs.

(64) “Nosotros –manifestaría el diputado socialista Sr. Navarro Estevan (DSCD, Nº 97, 11 de junio de 1980, pág. 6394)– entendíamos y entendemos que un artículo que como el art. 6º determina cuáles son los delitos militares por su naturaleza, debiera limitarse a decir que los comprendidos en este Código, de una parte, y, de otra, aquellos que en supuesto de estado de sitio puedan ser calificados de tales por bandos militares. Entrar en una descripción, en una enumeración exhaustiva de los tipos delictivos militares

De otro lado, aquellos que se decantaban, en líneas generales, por la atribución a la jurisdicción castrense, por razón de la materia, de todas aquellas figuras que fuesen delitos militares o que, sin serlo en sentido estricto, afectasen al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas o a los intereses militares. Esta sería básicamente la postura del Grupo centrista, que terminaría reflejándose en la Ley.

En definitiva, se trataba de hacer prevalecer la idea de “afectación del servicio” como cláusula general de atribución competencial por encima incluso de la tradicional noción de delito militar (propia o estrictamente militar): aquella figura que protege bienes jurídicos propios y específicos de los Ejércitos, que carece de todo paralelismo en el Código Penal común y de la que sólo pueden ser sujetos activos los miembros de las Fuerzas Armadas<sup>65</sup>.

Esta cláusula de afectación del servicio impregna la tricotomía competencial y, de modo especial, el art. 6º del Código que, “*ratione materiae*”, atribuye a la jurisdicción castrense el conocimiento de los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona por los delitos que enumera. A la vista de esa enumeración podemos agrupar las distintas figuras delictivas contempladas en varios bloques:

- a/ En primer término, los delitos comprendidos en el propio Código, respecto de los cuales podía establecerse una presunción “*iuris et de iure*” de que afectaban a los intereses de los Ejércitos, por cuanto protegían bienes jurídicos esencialmente militares: el Derecho Humanitario de la Guerra, la disciplina, el honor militar,

---

por su naturaleza, comporta el riesgo de (...) extender la jurisdicción militar a campos que no son de su incumbencia”.

(65) Muy representativa de esta concepción, que finalmente prevalecería, es la postura del diputado de UCD, Sr. García-Romanillos Valverde, quien, en el Pleno del Congreso, y en un turno en contra de las enmiendas socialistas, manifestaba (DSCD, Nº 97, 11 de junio de 1980, págs. 6404-6405): “La tricotomía competencial consagrada en nuestro vigente Código de Justicia Militar (...) necesita una cuarta vía de tipificación; cuarta vía que debe ser más racional y más lógica, es la vía del servicio, que es a la que tendrá que orientarse la futura reforma total del Código de Justicia Militar. Es decir, en la medida en que el servicio resulte afectado por la comisión del delito, en esa medida afecta a la jurisdicción estrictamente castrense, y en esa medida tendrá que conocer la jurisdicción militar de ese delito”.

el servicio de armas, la eficacia y rectitud en el ejercicio del mando... etc.

- b/ En segundo lugar, los delitos a que se refería el art. 194 del Código de Justicia Militar<sup>66</sup>, esto es, los delitos comunes cometidos por militares en acto de servicio o con ocasión del mismo. Eran representativos de este segundo bloque de figuras delictivas: los delitos de asesinato, homicidio y lesiones ejecutados por militares en acto de servicio o con ocasión de él (art. 194.1º). Aquí, los hechos delictivos cometidos en las circunstancias que el precepto detallaba, afectaban de modo directo, a juicio de la doctrina<sup>67</sup>, a la eficacia del potencial bélico militar, trascendiendo del orden punitivo común.
- c/ En tercer término, los delitos comunes contemplados por los números 2º al 7º del art. 6º, con independencia de quién fuese el sujeto activo de los mismos, siempre que, en alguna medida, el buen régimen y servicio de los Ejércitos se viese afectado, si bien el concepto de "afectación" era entendido con una notable amplitud, como, por ejemplo, revelaba el número 5º, que se refería a los delitos de robo, hurto y daños en buque, aeronave o material cogido al enemigo, apresado, encontrado en la mar o convoyado por buques o aviones de guerra.

A las anteriores figuras delictivas había que añadir la atribución de competencia a los tribunales militares para conocer de los hechos definidos o castigados especialmente como delitos militares en los bandos que dictaran las Autoridades o Jefes militares, con arreglo a sus facultades, declarado el estado de sito (art. 6º, número 8º).

---

(66) El art. 194º no era un precepto delimitador de competencias; se limitaba a establecer una circunstancia agravatoria de la pena respecto de aquellos militares que cometiesen alguno de los delitos contemplados por el precepto, que serían juzgados con sujeción a las reglas del Código. Sin embargo, el número 1º del art. 6º atribuía expresamente el conocimiento de estos delitos a la jurisdicción castrense.

(67) Antonio Millán Garrido: "Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes Penales Militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar", en REDEM, Nº 40, Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; en concreto, pág. 204.

La competencia de la Jurisdicción Militar no se limitaba, sin embargo, al conocimiento de conductas tipificadas como delitos, sino que abarcaba también las faltas enumeradas por el art. 7º. Sin ánimo de proceder a su enumeración, si advertiremos, no obstante, que las faltas de que había de conocer la jurisdicción castrense no eran sólo las comprendidas en el propio Código (art. 7º, número 1º), sino asimismo las faltas comunes cometidas por militares, si bien tan sólo cuando afectasen al “buen régimen de los Ejércitos o al decoro de sus clases” (número 2º), pues si no se produjese tal afectación, el precepto exigía de modo imperativo que la Autoridad judicial se inhibiera en favor de la ordinaria (algo que en la redacción inicial del Código de 1945 se dejaba a la libre estimación de las Autoridades militares).

La cuestión sería objeto de una ardua polémica parlamentaria<sup>68</sup>. El diputado socialista Sr. Busquets Bragulat aduciría cuatro poderosas razones en contra de tal determinación: su contradicción con el art. 117.5 de la Constitución; su incongruencia con el tratamiento dado a los delitos; el hecho de que fuese la autoridad judicial militar (confundida todavía tras la Ley Orgánica 9/1980 con la autoridad administrativa militar) la encargada de decidir sobre la incidencia de una falta, y la inseguridad jurídica que entrañaba la cláusula de desafuero, esto es, la no afectación del buen régimen de los Ejércitos o del decoro de sus clases<sup>69</sup>.

Frente a tales argumentos, el diputado centrista Sr. Vega Escandón consideraría que lo que el número 2º del art. 7º contenía era un mandato imperativo del que “se deduce de una forma directa o clara que lo excepcional es que las faltas comunes sean juzgadas por la Jurisdicción Militar, y lo normal será que pasen a la jurisdicción común u ordinaria, que es lo que se pretende”, conclusión ésta que si formalmente puede no ser objetable, sí lo es en cuanto se atiende a la dificultad de precisar el exacto contenido de las cláusulas del “buen régimen de los Ejércitos” y del “decoro de sus clases”.

---

(68) Puede verse en DSCD, Nº 99, 17 de junio de 1980, págs. 6486-6494.

(69) Alternativamente, el Sr. Busquets proponía en nombre de su Grupo (Socialistas de Catalunya) una enmienda transaccional del siguiente tenor: “La jurisdicción militar conocerá de las faltas comunes cometidas por militares con motivo u ocasión del servicio o en los lugares contemplados en el art. 9º.

En definitiva, sin dejar de reconocer que en este punto concreto la Ley Orgánica 9/1980 supuso un paso adelante respecto de la normativa preexistente, eliminándose de la competencia de la Jurisdicción Militar un amplio conjunto de figuras delictivas<sup>70</sup>, y aun admitiendo lo razonable que, dentro de sus justos y estrictos límites, puede ser el recurso a la cláusula de afectación del servicio, como criterio atributivo de competencia<sup>71</sup>, es preciso apuntar que la Ley recurría a esta cláusula con una notable laxitud, circunstancia que, unida a la naturaleza propia de la misma —un concepto jurídico indeterminado—, conducía a seguir configurando la competencia “*ratione materiae*” de los tribunales castrenses con una desmedida amplitud.

### B) La competencia por razón del lugar.

En perfecta sintonía con lo anteriormente expuesto, cabe decir que la más trascendente innovación que aquí introduce la Ley Orgánica 9/1980 se refiere a la vinculación de la competencia de la jurisdicción castrense con la afectación de ciertos bienes jurídicos en especial interés para los Ejércitos: el buen régimen y el servicio de las Fuerzas Armadas, la seguridad militar, la soberanía nacional y los compromisos internacionales contraídos por España en ciertas materias.

De esta forma, el art. 9º declara competente, “*ratione loci*”, a la Jurisdicción Militar para conocer de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona (militar o civil) por los delitos y faltas que, no estando comprendidos en el art. 16 del propio Código (al que nos referiremos más adelante), se cometan:

---

(70) Así, entre otras figuras, los delitos de atentado y desacato a las autoridades militares cuando fueren cometidos por un no militar; los de ultraje a la Nación, a su Bandera o al Himno Nacional, pues con la nueva redacción dada al art. 316 del Código, la jurisdicción castrense sólo conocería del delito de ultraje a la Bandera Nacional o estandarte, cuando la acción aconteciera en lugar o edificio militar, o fueren portadas por unidades militares o en paradas o desfiles...; los delitos de injurias a los Ejércitos cometidos por no militares, salvo que el hecho se produjese ante un mando.. en presencia de sus tropas o en cuartelamiento, recinto o lugar militar; los delitos de falsificación de sellos, marcas o documentos militares cometidos por civiles; los delitos de la navegación marítima...etc.

(71) A juicio de Valenciano Almoyña (“La reforma del Código de Justicia Militar...”, op. cit., págs. 23-24), el criterio de la razón del servicio es la más importante razón

- 1º/ En los lugares militares a que se refiere el número 1º del art. 9º (cuarteles, campamentos, buques o aeronaves españolas de guerra, arsenales... etc.), siempre que afecten al buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas<sup>72</sup>.
- 2º/ En la zona marítima y embarcaciones mercantes nacionales o extranjeras que se hallen en la misma; en el espacio aéreo sujeto a la soberanía española y en las aeronaves españolas y aeronaves comerciales extranjeras que se hallen en vuelo sobre dicho espacio, siempre que, en este caso, los hechos realizados atenten contra la soberanía española, la seguridad militar o los compromisos internacionales contraídos por España, o bien, en el caso del espacio aéreo, perjudiquen el tráfico o normas aéreas de las aeronaves militares españolas a las que por compromisos internacionales militares sobrevuelen territorio español.

En todos los supuestos anteriores, la Jurisdicción Militar debía inhibirse en favor de la ordinaria tan pronto como dedujera que los intereses y servicios detallados por la Ley no se habían visto afectados.

Asimismo, la jurisdicción castrense era declarada competente para el conocimiento de los delitos cometidos en lugares o plazas sitiadas o bloqueadas, siempre que se produjese afectación de la seguridad militar de las mismas o de su mejor defensa (art. 9º, número 4º).

---

de ser de los Tribunales Militares, porque éstos tienen su razón de ser en la existencia de los Ejércitos y en el servicio, disciplina y régimen de los mismos.

(72) El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse acerca del número 1º del art. 9º en su Sentencia 75/1982, de 13 de diciembre, fund. jur. 4º, en la que manifestaría que de acuerdo con la finalidad de limitar la jurisdicción militar al "ámbito estrictamente castrense" a que se refiere el art. 117.5 de la Constitución, el art. 9º. 1º "solo puede interpretarse en el sentido de que 'ratione loci' la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan 'contra cualquier persona', sea militar o paisano. La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos pueda afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas, y ha de entenderse siempre, con arreglo al citado art. 117.5 de la Constitución, que queda restringida a los casos en que existan esos motivos".

Finalmente, también se atribuía competencia a la jurisdicción castrense para conocer de los delitos cometidos en territorio declarado en estado de sitio, siempre que, en tal caso, se sometieran a ella por las disposiciones que lo declararen o por los bandos que dictaran las autoridades o jefes militares en uso de las facultades que les concedieran las leyes. Desde luego, esta última previsión, como también la contemplada por el número 8º del art. 6º, era poco conforme con la letra y el espíritu del art. 116.4 de la “Lex superior”, que no sólo atribuye al Congreso de los Diputados, por mayoría absoluta, la declaración del estado de sitio, sino también la determinación de sus condiciones, lo que parece incluir la concreción, en su caso, de las figuras delictivas de las que, de conformidad con lo previsto por el art. 117.5, podría conocer la Jurisdicción Militar. En todo caso, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1981, estos preceptos habían de interpretarse de conformidad con el art. 35 de esta última, si bien era patente la dificultad de encajar la previsión de número 5º del art. 9º del Código de Justicia Militar (tras su reforma por la Ley Orgánica 9/1980) con la determinación del citado art. 35 de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio.

A la vista de como se regula la atribución de competencia a la Jurisdicción Militar, “*ratione loci*”, cabe decir que aunque el legislador ha abandonado el criterio más tradicional al respecto<sup>73</sup>, es evidente que el recurso una vez más al criterio de afectación de bienes jurídicos de perfiles de difícil determinación (buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, seguridad militar... etc.) posibilitaba una inadecuada expansión del ámbito competencial de esta jurisdicción.

### *C) La competencia por razón de la persona.*

Esta competencia es contemplada por el art. 13 del Código, precepto que sufriría muy pocas modificaciones respecto de su redacción original<sup>74</sup>.

---

(73) Da buena muestra del criterio tradicional la consideración de Fernando de Querol y Durán (“Principios de Derecho Militar Español”, Editorial Naval, Madrid, 1946, tomo I, pág. 155), en el sentido de que la convivencia en cuarteles, buques o edificios militares exige que cualquier infracción del orden pueda ser ejemplarmente reprimida por la propia autoridad militar.

(74) Destacaremos tan sólo: la explícita referencia a que la competencia por razón de la persona responsable se atribuye “dentro de los límites de lo dispuesto en el art. 16”,

El precepto se refiere en su extenso número 1º, a quienes pueden ser considerados como aforados profesionales, mientras que en los tres números siguientes alude a aquellas personas que siendo en sí ajenas a los Ejércitos, caen dentro del ámbito jurisdiccional castrense por virtud de la especial relación circunstancial que mantienen con aquéllos en el momento de la comisión del delito (prisioneros de guerra, personas que en campaña siguieran a las Fuerzas Armadas y aquellas otras que se hallaren sometidas por las leyes o bandos militares a la jurisdicción castrense, una vez declarado el estado de sitio<sup>75</sup>).

Respecto de los aforados militares, pueden a su vez distinguirse tres tipos diferenciados<sup>76</sup>.

- a/ Los militares en sentido propio, esto es, los militares en servicio activo o en la reserva, cualquiera que fuese su situación o destino, debiendo comprenderse a tales efectos dentro del concepto genérico de “militares” a los individuos pertenecientes a cualquiera de los Cuerpos, Armas, Institutos, centros u organismos dependientes del Ministerio de Defensa, a excepción del Ministro y demás altos cargos del Departamento cuando fueren paisanos.
- b/ Los militares con fuero parcial, esto es, los que únicamente en defecto de jurisdicción y legislación propia se someten a las

---

y la exclusión del concepto genérico de “militares”, del Ministro de Defensa y demás altos cargos del Departamento, cuando sean paisanos.

(75) A estas últimas personas ajenas a los Ejércitos, pero con unas especiales relaciones circunstanciales con las Fuerzas Armadas, habría que añadir los funcionarios civiles y personal laboral de la Administración Militar, a los que se refiere el párrafo segundo del número 1º del art. 13, prescribiendo que, respecto de ellos, “se estará a lo dispuesto en el art. 6º, número 3º de este Código”, o lo que es igual, la jurisdicción castrense será competente tan sólo para conocer de los delitos que cometan por hechos ejecutados con motivo u ocasión del trabajo o de las relaciones laborales o de empleo con sus superiores, compañeros y subordinados, siempre que tales hechos afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas. Una enmienda del Grupo Comunista (la número 65) propugnó en el debate parlamentario de la Ley que, explícitamente, se excluyera de la conceptualización de militares al personal civil al servicio de la Administración Militar.

(76) Cfr. al respecto, Fernando de Querol y Durán: “Principios de Derecho Militar Español”, op. cit., tomo I, pág. 193-194.



prescripciones del Código de Justicia Militar. Tal es el caso de los alumnos de las Academias militares, desde la fecha de ingreso y durante su permanencia en ellas, si bien sólo serán juzgados con arreglo al Código cuando el hecho sancionable no pudiere ser castigado como infracción de la disciplina escolar según los reglamentos, salvo que tuvieran categoría militar propia.

- c/ Los militares con fuero temporal, esto es, aquellos para quienes la sumisión a las autoridades castrenses sólo se formaliza temporalmente y como resultado de su efectiva incorporación al servicio. Dentro de éstos, a su vez, y a la vista de los párrafos cuarto, quinto y séptimo del número 1º del art. 13, se podían distinguir: los paisanos que, por disposición gubernamental, fueran militarizados o movilizados, mientras se encontraran en tal situación; los oficiales y suboficiales de complemento y aspirantes a ambos empleos, durante el tiempo que se encontraran prestando servicio o incorporados al mismo, y los individuos de los Cuerpos militarmente organizados, que, a efectos de la determinación de la competencia de la jurisdicción castrense, tendrán la consideración que les otorguen sus respectivas leyes orgánicas.

*D) La regla general de atribución competencial "ratione personae" del art. 13 tiene una serie de excepciones contempladas por el art. 16 de la Ley que establece las que se conocen como "causas de desafuero", que no son sino excepciones al fuero personal.*

Sin ningún género de dudas, la novedad más destacada que ofrecía la Ley Orgánica 9/1980 en este punto venía referida a la relación del hecho punible, de la conducta delictiva, con el buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, o lo que es igual, a la afectación del régimen y servicios de las mismas.

En efecto, de conformidad con el número 1º del art. 16, los militares y demás personas enumeradas en los artículos 13 y 14, serán sometidos a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y, en su caso, a las autoridades civiles competentes en los procedimientos que se les sigan en los delitos que tengan naturaleza común, cometidos por militares, "cuando los hechos no afectaren al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas".

Una cláusula como la de “afectación del buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas” debe ser juzgada en principio positivamente, pues si la jurisdicción castrense se justifica, en último término, por la necesidad de mantener una institución armada en todo momento eficaz, dadas las altas misiones que a ella se le asignan, parece lógico que cuanto afecte a la eficacia del servicio y al buen régimen de los Ejércitos, puede alterar la idoneidad de la institución en el cumplimiento de sus fines, por lo que procede que intervenga la Jurisdicción Militar. Sin embargo, la utilización generalizada de esta cláusula plantea numerosas dudas interpretativas, como por lo demás acontece con cualquier concepto jurídico indeterminado, circunstancia que puede llegar a desorbitar el ámbito competencial de la jurisdicción castrense. Que estos problemas exegéticos no son una pura elucubración doctrinal nos lo demuestra el intensivo trabajo que tuvo que llevar a cabo, desde el mismo momento de la entrada en vigor de la Ley, la Sala Especial de Conflictos prevista por la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948.

En último término, lo cierto es que la cláusula de “afectación del buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas” se convertiría tras la Ley Orgánica 9/1980 en la clave de arco del sistema de distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la castrense.

El contenido de esta cláusula venía como es lógico delimitado por los conceptos de “régimen” y de “servicio”.

El concepto de “régimen” se refería –como interpretaría en un primer momento la referida Sala Especial de Conflictos– “al modo de gobernarse o ejercitar alguna cosa que, al concretarse al ámbito de dichas fuerzas, constituye su ordenación general, comprensiva de derechos y deberes que las estructuran y regulan”<sup>77</sup>. Habrá, pues, afectación del régimen de las Fuerzas

---

(77) Auto de 25 de enero de 1983. En otra ocasión (Auto de 20 de diciembre de 1982), la Sala señaló: “afección (al buen régimen) que ha de ser interpretada en el sentido de menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente, de forma conjuntiva al régimen, como sinónimo de gobernar, dirigir o mandar, y al servicio, como actividad de ejecución de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas, por lo que es preciso que la dinámica delictiva que constituye la acción esté en conexión directa con las funciones inherentes y propias de los Ejércitos...”. Cit. por Leandro Martínez-Cardós: “Comentario a la Disposición Derogatoria...”, op. cit., pág. 2101.

Armadas cuando se incide sobre su estructura, sobre su ordenación general y, por ello mismo, y en virtud de la previsión del art. 10 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, sobre la disciplina, jerarquía y unidad de la institución.

En cuanto al concepto de "servicio", parecía referido a la actividad de ejecución de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas, acción que se conectaba directamente con las funciones inherentes y propias de los Ejércitos.

Estas acotaciones jurisprudenciales de los dos conceptos delimitadores de la cláusula no resolvían, sin embargo, los problemas hermenéuticos que necesariamente habían de plantearse al abordar cada caso concreto, dada la imprevisión legal al respecto. En buena medida, serían la trascendencia y las circunstancias particulares de cada supuesto, las que determinarían que pudiesen entenderse afectados el buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas<sup>78</sup>.

IV. En resumen, la idea central que subyace al modelo de atribución de competencias a la jurisdicción castrense en la Ley Orgánica 9/1980, es la del recurso a las cláusulas generales de atribución, que lógicamente se complementa con el conocimiento por aquella de cuantos delitos tipifica el Código de Justicia Militar. Entre esas cláusulas, la realmente decisiva es la ya tantas veces referida de "afectación del buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas", pero a esta cláusula se añaden, como ya hemos visto, otras más específicas: el decoro de las clases militares (art. 7º.2); la seguridad de las Fuerzas Armadas (art. 9º.1º); la soberanía nacional (art. 9º.1º); la seguridad militar (art. 9º.1º y 4º); la afectación de los compromisos internacionales contraídos por España (art. 9º.2º), y la incidencia sobre el tráfico o normas aéreas de las aeronaves militares (art. 9º.3º). En

---

(78) Cfr. al respecto la selección jurisprudencial recogida por Leandro Martínez-Cardós (en "Comentario a la Disposición Derogatoria...", op. cit., págs. 2102-2103).

También el Tribunal Constitucional tendría alguna ocasión de pronunciarse al efecto. Y así, en su Sentencia 54/1983, de 21 de junio, fund. jur. 5º, manifestaría: "Dado que la jurisdicción militar sólo puede operar en el 'ámbito estrictamente castrense', es evidente que las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquel ámbito, y corresponde sólo a la jurisdicción ordinaria resolver sobre ellas".

cualquier caso, bien puede sostenerse que se intenta que la cláusula de “afectación del régimen y servicio de las Fuerzas Armadas” opere como una especie de cuarta vía diferenciada de la tricotomía competencial característica.

A la vista de esta normación, los pronunciamientos doctrinales oscilarían notablemente: desde la postura de quienes entendieron –creemos que con razón– que la reforma reflejaba una interpretación amplia del “ámbito estrictamente castrense”, mostrándose partidarios de que la atribución de la competencia se simplificara<sup>79</sup>, hasta la de aquellos otros que, por el contrario, consideraron que el ámbito competencial de esta jurisdicción se había reducido sensiblemente<sup>80</sup>, lo que por otro lado era cierto si se enfocaba la comparación desde la óptica de la normación preconstitucional, aunque no es menos evidente que un juicio aquilatado de la reforma exigía partir de los postulados constitucionales.

Contemplada la reforma de 1980 desde la perspectiva de la competencia atribuida a la jurisdicción castrense por el Código de 1945, es obvio que la Ley Orgánica 9/1980 supone una notable reducción de ese ámbito competencial; sin embargo, enfocada desde la que había de ser, insoslayablemente, su parámetro de referencia: la restricción propugnada por el art. 117.5 de nuestra “Lex superior” al conocimiento de lo ‘estrictamente castrense’, el juicio había de cambiar por cuanto, dentro del respeto –con algunas fallas, sin embargo, tal y como ya hemos advertido– al marco constitucional, el legislador optaba por una interpretación laxa de aquel ámbito, que, además, estaba llamada a ampliarse aún más por el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, que si bien respondían a un planteamiento lógico y razonable, posibilitaban una interpretación abierta y, en todo caso, llamada a suscitar innumerables conflictos jurisdiccionales. Un sistema de esta naturaleza también podía revelar aspectos positivos; en

---

(79) José Manuel Serrano Alberca: “Comentario al artículo 117.5 de la Constitución”, op. cit., pág. 1689.

(80) Arturo Beltrán Núñez y Benito Egido Trillo-Figueroa: “Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar”, en “Ejército” (Revista de las Armas y Servicios), Nº 513, octubre 1982, págs. 59 y sigs.; en concreto, pág. 59.

este sentido, no faltará quien considere como un haber del mismo la virtualidad de dejar al intérprete una razonable libertad de juicio, ofreciéndole a la par unos criterios con que llevar a cabo con discernimiento su labor<sup>81</sup>.

Sin embargo, las fallas técnico-jurídicas del modelo, que por lo demás nacía teñido de un inequívoco carácter de provisionalidad<sup>82</sup>, unidas a la propia opción política a que respondía –una interpretación amplia de lo “estrictamente castrense”, si bien, desde luego, acorde con la Constitución, como el Tribunal Constitucional se encargaría de corroborar–, convertirían en bastante improbable su pervivencia en el futuro, como, por lo demás, la misma realidad se encargaría de mostrarnos.

### ***B) El nuevo diseño del ámbito de competencia de la Jurisdicción Militar en la Ley Orgánica del Poder Judicial***

I. El art. 3º.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, iba a suponer un notable giro respecto de la interpretación que hasta aquel momento se había dado de lo que debía entenderse por “ambito estrictamente castrense”. Abandonando el tríptico competencial tradicional, el precepto en cuestión se inclinaba decidida y unidireccionalmente en favor de un criterio material, de conformidad con el cual, se entendía que el “ambito estrictamente castrense” se debía circunscribir a los delitos militares.

La Exposición de Motivos de la Ley nos daba la pauta que se iba a desarrollar en el articulado, al subrayar que uno de los corolarios del principio de independencia judicial era el de unidad de la jurisdicción, que, en consecuencia con el mandato constitucional, es absoluta, con la única salvedad de la competencia de la Jurisdicción Militar, que queda limitada

---

(81) Eduardo Calderón Susin: “En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar”, en REDEM, Nº 53, tomo I, enero-junio 1989, págs. 81 y sigs.; en concreto, págs. 87-88.

(82) La Disposición Final primera de la Ley Orgánica 9/1980 determinaba que: “Para la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la reforma legislativa de la Justicia Militar y la reordenación y modernización de la misma, y bajo la autoridad del Ministro de Defensa, se constituirá antes de un mes, desde la aprobación de la presente Ley, una Comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar”.

al ámbito estrictamente castrense regulado por la ley y a los supuestos de estado de sitio.

En consonancia con ello, el art. 3º.2 de la Ley se encargaba de acotar esa competencia en los siguientes términos:

*“La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula, sin perjuicio de lo que se establece en el art. 9º, apartado segundo, de esta Ley”<sup>83</sup>.*

---

(83) De conformidad con el art. 9º.2 de la Ley Orgánica 6/1985: “Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaria y de ab intestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente”.

Esta disposición modificaba las previsiones del art. 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuía a “los Jefes y Autoridades de Guerra y de Marina” la prevención de los juicios de testamentarias y ab intestato de los militares y marinos muertos en campaña o navegación, obviando en consecuencia toda referencia al tiempo de guerra.

Otro tanto podía decirse respecto del número 1º del art. 38º del Código de Justicia Militar (y de los artículos 1063 a 1066, que desarrollaban el anterior), que atribuía a la jurisdicción castrense la competencia para conocer en materia civil de la prevención de ab intestato de los militares, empleados y dependientes de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire que fallecieran separados de sus familias o en compañía de familiares menores de edad o incapacitados.

Con posterioridad, la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 4/1987 declararía derogado el Tratado Primero del Código de Justicia Militar, y con ello el art. 38, incluido en el mismo. Más tarde, la Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización territorial de la jurisdicción militar, dejaría sin contenido (en el apartado cuarto de su Disposición Adicional), entre otros, los arts. 1063 a 1066.

II. Tiene interés, a nuestro juicio, recordar el proceso de génesis de la precedente disposición<sup>84</sup>.

En su redacción inicial, el art. 3º, en su párrafo segundo, se limitaba a determinar que: "La competencia de la Jurisdicción Militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense regulado por la Ley y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula". El precepto obviaba, pues, toda concreción del "ámbito estrictamente castrense", siendo en lo demás sustancialmente idéntico al que habría de ser texto definitivo, con la sola salvedad de la omisión del inciso final.

Tres enmiendas se presentarían al texto del proyecto que venimos analizando. De ellas, una (la Nº 945, del Grupo Popular) nada señalaba respecto del ámbito competencial de la jurisdicción castrense, propugnando una nueva redacción del artículo con la que —según se razonaba— se superara la referencia "a un vago y abstracto concepto de jurisdicción única" latente en el art. 3º del Proyecto, a la par que se consignaran expresamente, y sin necesidad de referirse a su desarrollo, las excepciones al principio que tienen rango constitucional, y entre ellas, obviamente, la relativa a la Jurisdicción Militar.

Las otras dos enmiendas sí que tratarían de precisar el "ámbito estrictamente castrense" que la Constitución erige en fundamento de la Jurisdicción Militar, si bien queda normativamente indeterminado.

Una de esas enmiendas (la Nº 798, cuyo primer firmante era don Fernando Pérez Royo, del Grupo Mixto) propugnaba en el punto que nos interesa la siguiente redacción:

*"En tiempos de paz, la jurisdicción militar se limitará al enjuiciamiento de los delitos y faltas estrictamente militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas. Declarado el estado de sitio conforme a la Constitución, tendrán la competencia que les atribuye la Ley Orgánica reguladora de este estado".*

---

(84) Acerca del itinerario legislativo de la Ley Orgánica 6/1985, y consiguientemente del propio precepto, cfr. Fernando Benzo Mestre (dir.), "Ley Orgánica del Poder Judicial. Trabajos Parlamentarios", 3 vols., Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

La enmienda se justificaba en la consideración de que no bastaba con reproducir el art. 117.5, pues, precisamente, era esta Ley la que debía regular el ámbito de la jurisdicción y, por tanto, era aquí donde había de precisarse cuál era el “ambito estrictamente castrense”, que en tiempos de paz debía venir delimitado por un fuero personal y material acumulatorio. Se propugnaba, pues, una fórmula similar a la italiana: conocimiento por la jurisdicción castrense, en tiempos de paz, de los delitos estricta o propiamente militares, con la adición de una referencia al conocimiento de las faltas asimismo estrictamente castrenses.

La última enmienda (la Nº 661) era suscrita por el Grupo Socialista y se inclinaba por dar una redacción al precepto idéntica a la que, a la postre, habría de ser la definitiva<sup>85</sup>, lo que se motivaba en base a la conveniencia de “precisar con mayor claridad el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar, siguiendo criterios emanados de la Constitución”.

La Ponencia informaba el texto del párrafo segundo del art. 3º de conformidad con la enmienda socialista, lo que implicaba que el art. 3º.2 del Informe quedase redactado con el texto que sería el definitivo.

En el preceptivo debate parlamentario en la Comisión de Justicia e Interior<sup>86</sup>, la discusión versó sobre la enmienda del Grupo Popular, defendida por el Sr. Ruiz Gallardón. El Sr. Pérez Royo mantuvo su enmienda, si bien no la defendió, siendo finalmente rechazada por una

---

(85) La única diferencia sería la puramente numérica del inciso final, remitiéndose el texto a lo establecido por el art. 34 del Proyecto, que era el que, en un primer momento, atribuía a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de ab intestato de los miembros de las Fuerzas Armadas muertos en campaña o navegación, atribución que no era limitada en el texto del art. 34 del proyecto al tiempo de guerra. Sería a raíz de las enmiendas números 389 y 372, ambas del Grupo Parlamentario Socialista del Senado (la primera, propugnando la supresión del art. 34º del texto aprobado por el Congreso –idéntico al inicial del Proyecto–, y la segunda, proponiendo la adición al art. 9º.2 de un segundo párrafo que sería el definitivo y que implicaba que la jurisdicción militar sólo interviniese en la competencia que nos ocupa en tiempo de guerra), como el texto cobraría su actual redacción.

(86) DSCD, II Legislatura, Comisión de Justicia e Interior, Nº 272, 4 de marzo de 1985, págs. 8431-8434.



abrumadora mayoría. El precepto resultó aprobado por una amplísima mayoría de 16 votos a favor, 4 en contra y una abstención.

En el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista presentaba una enmienda al precepto (la Nº 369) que tan sólo trataba de darle coherencia con la modificación de los artículos 9º.2 y 34 que el propio Grupo defendía y a la que ya nos hemos referido<sup>87</sup>. Aceptada por la Ponencia esta última innovación y, por pura coherencia, la enmienda Nº 369, del Informe de aquélla resultaba en su literalidad el que habría de ser definitivo art. 3º.2 de la Ley<sup>88</sup>.

III. La génesis del precepto nos muestra la voluntad del legislador en sede orgánica, frente a la inicial imprevisión del texto del Proyecto gubernamental, de dejar perfectamente acotado cuál debía ser el “ámbito estrictamente castrense” a los efectos de la atribución de competencia a la Jurisdicción Militar.

Como acabamos de ver, se iba a optar por un criterio material: la identificación de lo estrictamente castrense con los delitos militares, que no podían ser sino los tipificados por el Código Penal Militar. Sin embargo, esta opción no dejaba resuelto el tema de modo completo, pues, al no exigirse la concurrencia del fuero material y personal, quedaba abierta la posibilidad legal de que el Código Penal Militar tipificase conductas delictivas no reconducibles al concepto de delito estricta o propiamente militar, como, bien que de modo un tanto excepcional, así habría de acontecer finalmente.

---

(87) Véase la nota número 85.

(88) También en el Senado el Grupo Popular intentó sin éxito (a través de su enmienda Nº 21) dar una nueva redacción al precepto en cuestión en la que no se juzgara cuál debía ser el “ámbito estrictamente castrense”. En su intervención en el Pleno de la Alta Cámara en defensa de las enmiendas del Grupo Popular al articulado del Título Preliminar del Proyecto (y entre ellas, de la enmienda Nº 21), el senador Sr. Lafuente López manifestaría que no dejaba de ser curioso que se pusiera un énfasis especial en este artículo exclusivamente en la jurisdicción militar (DSS, II Legislatura, Nº 125, 11 de junio de 1985, pág. 5887).

### **C) El Código Penal Militar: la opción por un único criterio de atribución competencial, el del delito**

I. La previsión que acabamos de comentar de la Ley Orgánica del Poder Judicial tendrá su continuación en la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. A tenor de la misma:

*“Queda derogado el Tratado II, ‘Leyes Penales’, del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, en cuanto se refiere a las mismas, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente aquellas referidas a la aplicación por la Jurisdicción Militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito”.*

Desde luego, es preciso significar, como con toda razón advierte Rodríguez-Villasante<sup>89</sup>, que nos hallamos ante una de las normas más discutibles del Código Penal Militar. Y ello, añadiríamos por nuestra parte, por cuanto no parece adecuado incluir en la Disposición Derogatoria de una ley sustantiva, una norma procesal que altera sustancialmente los criterios de atribución competencial de la jurisdicción castrense.

Bien es verdad que tan discutible determinación trae su causa de la previsión del art. 3º.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De no haberse incorporado dicha norma nos hubiéramos encontrado con la contradicción de que mientras el Tratado I del Código de Justicia Militar (cuyo Título I se refería a la competencia de esta jurisdicción) seguía vigente, regulando la clásica tricotomía competencial, la Ley Orgánica del Poder Judicial se había decantado ya en favor de un único criterio de atribución competencial: el criterio material. La contradicción era flagrante y aunque, en la obligada interpretación armónica del ordenamiento jurídico, hubiera debido primar, por múltiples razones, el criterio de la Ley Orgánica 6/1985, la situación hubiera sido del todo paradójica<sup>90</sup>.

---

(89) José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: “El Código Penal Militar”, en Revista General de Derecho (en adelante RGD), Nº 499, abril 1986, págs. 1257 y sigs.; en concreto, pág. 1286.

(90) Martínez-Cardós (en su “Comentario a la Disposición Derogatoria...”, op. cit., pág. 2106) entiende, sin embargo, que la norma procesal contenida en la Disposición

Ello nos revela que hubiera sido muy conveniente la promulgación simultánea del conjunto de leyes reguladoras de la Justicia Militar<sup>91</sup>, o bien, alternativamente, el otorgamiento de una cierta prioridad a la reforma de la jurisdicción castrense en su vertiente orgánica y procesal<sup>92</sup>. Al no actuar de ninguna de esas formas, no existían sino dos soluciones para salvar la contradicción apuntada: o diferir la entrada en vigor del Código hasta tanto estuviese vigente la Ley reguladora de la organización y competencia de esta jurisdicción, o simplemente recurrir a una cláusula como la prevista por la Disposición Derogatoria.

Es cierto que la Disposición Final del Código contemplaba un dilatado período de “vacatio legis”, pues se disponía que el Código Penal Militar entraría en vigor el 1º de junio de 1986, plazo coincidente con el contemplado por la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, tal plazo no sería suficiente, ya que la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio (esto es, un año posterior a la entrada en vigor del Código), no entraría en vigor hasta el 1º de mayo de 1988.

Cuanto acabamos de exponer explica el recurso a una norma como la que comentamos, aunque no excusa de la crítica al legislador, por la deficiente planificación legislativa y, de resultas de ella, por la peor técnica legislativa empleada.

II. La Disposición Derogatoria deja, pues, definitivamente perfilada una drástica reducción de la competencia de la jurisdicción castrense.

---

Derogatoria era innecesaria por cuanto la derogación del Tratado II del Código de Justicia Militar y su sustitución por el Código Penal Militar en nada afecta a las normas de competencia, opinión que no podemos compartir por nuestras precedentes reflexiones, y que el propio autor matiza finalmente al afirmar que “el Código Penal (Militar) contradice y afecta en poco lo dispuesto en los artículos 6º a 16 del Código de Justicia Militar” (normas atributivas de competencia).

(91) En tal sentido, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: “El Código Penal Militar...”, op. cit., pág. 1279.

(92) En esa dirección, Eduardo Calderón Susín: “Comentario de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar”, en RGD, Nº 487, abril 1985, págs. 907 y sigs.; en concreto, pág. 909.

Rodríguez Devesa<sup>93</sup> apuntaría que la razón inconfesada de esta restricción había que buscarla en el recelo que siempre ha inspirado la Jurisdicción Militar; desde luego, no le falta cierta razón, si bien es conveniente precisar que esos celos, a nuestro modo de ver, no son tanto —como el citado autor afirma— fruto de la peculiar psicología de los tribunales militares, caracterizada por la severidad en los delitos contra el Estado y el colectivo militar, al lado de una relativa benevolencia con los delitos comunes, cuanto del tradicional abuso de que históricamente han hecho gala los gobernantes de nuestro país, al recurrir a la jurisdicción castrense como instrumento de represión política, circunstancia de la que el anterior régimen político suministra cuantiosos ejemplos.

Por lo demás, desde una perspectiva técnico-jurídica, la solución no tiene por qué ser descalificada apriorísticamente. Aun reconociendo la conveniencia de poner el acento en la defensa de los intereses de las Fuerzas Armadas (de su buen régimen y servicio) en orden al mejor cumplimiento por aquéllas de las relevantes misiones que el art. 8º de la Constitución les asigna, convirtiendo tal idea en el núcleo central de atribución de la competencia de esta jurisdicción, tal enfoque podía articularse válidamente mediante una tipificación de los delitos militares que tuviese como norte la protección de los intereses de los Ejércitos, esto es, de su peculiar estructura y de los actos encaminados al cumplimiento eficaz de sus funciones, a lo que seguiría la atribución competencial en base a un criterio exclusivamente material: el delito militar o, si se prefiere con más precisión, el delito formalmente contemplado por el Código Penal Militar.

Así planteada la cuestión, la problemática se trasladará a la conceptualización del delito militar. A este respecto, el párrafo primero del art. 20 del Código Penal Militar prescribe: “Son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código”. Estamos en presencia de una definición puramente formal, y ello nos conduce a la necesidad de examinar las conductas incriminadas como constitutivas de delito militar, a fin de entresacar los bienes jurídicos que se han estimado

---

(93) José M<sup>a</sup> Rodríguez Devesa: “Algunas consideraciones sobre el Código Penal Militar español de 1985”, en RGD, N<sup>o</sup>s. 517-518, octubre-noviembre 1987, págs. 5681 y sigs.; en concreto, pág. 5704.

de naturaleza militar y susceptibles por ello mismo a ser protegidos penalmente, pues son esos bienes jurídicos castrenses los que dotan de contenido al delito militar.

Desde luego, como se ha significado<sup>94</sup>, las categorizaciones a este respecto resultan un tanto difusas; ello no obstante, la doctrina ha venido diferenciando los *delitos exclusiva o propiamente militares*, esto es, aquellos en los que el militar quebranta un deber inherente a la profesión de las armas, sin perjuicio de que también puedan ser responsabilizados por ellos los no militares, por la vía indirecta de la participación de "stranei", de aquellos otros *delitos impropiaamente militares*, en los que personas civiles pueden ser sujetos activos directos de un ataque a un bien jurídico castrense, o en los que su propio carácter pluriofensivo daña a la par bienes jurídicos tutelados por la legislación ordinaria y bienes de naturaleza castrense.

El Código Penal Militar ha venido a incriminar conductas constitutivas de delitos de uno y otro tipo. Así se explicitaba en la primitiva Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar. En ella, en efecto, se destacaba que la incriminación de conductas constitutivas de delito militar que se hace en el Libro II ("De los delitos en particular") se centra especialmente en los delitos exclusiva o propiamente militares, si bien "se extiende, excepcionalmente, a reducidos casos que afectan al servicio y a los intereses del Ejército, en los que paisanos pueden ser sujetos activos directos de un ataque a la Institución Armada, como igualmente se da tal extensión con los delitos pluriofensivos, donde el delito es originariamente común, pero al cometerlo el militar, se daña preferentemente al Ejército además de al bien jurídico tutelado por la legislación ordinaria, por lo que la incriminación lo hará delito militar formal y materialmente"<sup>95</sup>.

---

(94) Eduardo Calderón Susín: "En torno a los límites constitucionales de la competencia...", op. cit., pág. 101.

(95) La extensa y detallada Exposición de Motivos del Proyecto, drásticamente reducida en el texto definitivo de la Ley, puede verse en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, Nº 123-I, 12 de noviembre de 1984, págs. 1827 y sigs.

III. A la vista de todo lo expuesto, resulta conveniente repasar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal Militar desde una visión muy genérica de los distintos Títulos y Capítulos de su Libro II (“De los delitos en particular”). Este análisis, unido al del sujeto activo, nos dará una idea relativamente clara de las categorías de delitos tipificados y, por ello mismo, de en qué medida resultan salvaguardados los intereses de los Ejércitos y en qué otra no. Seguiremos al efecto el orden sistemático del mismo Libro II.

*A) Los delitos contra la seguridad nacional y la defensa nacional (Título I).*

Estamos aquí ante un bloque de conductas delictivas (que el Código anterior englobaba bajo el rótulo de delitos contra la seguridad de la Patria) que plantea con frecuencia la problemática de cuál es el marco legal adecuado para su tipificación: el Código Penal común o el militar, con lo que ello entraña de atribuir su conocimiento a la jurisdicción ordinaria o a la castrense.

Aunque uno de los objetivos expresamente perseguidos por la Ley Orgánica 13/1985 es el de evitar la dualidad de tipificaciones, en este tipo de conductas delictivas (traición, espionaje, revelación de secretos, sabotaje), es prácticamente imposible –como se constaba en la Exposición de Motivos del texto del Proyecto– deslindar con la deseable nitidez lo que se circunscribe estrictamente a la defensa militar de lo que, sin afectar a ella, está comprendido en los amplios límites naturales y legales de la Defensa Nacional.

De esta forma, el legislador orgánico ha seguido la solución tradicional al respecto, esto es, la regulación de estas figuras en ambos Códigos Penales (común y militar), considerándolas delito militar cuando el sujeto activo sea militar o, no siéndolo, el delito se cometa en tiempo de guerra.

Con carácter general, puede decirse que el bien jurídico salvaguardado es la seguridad nacional, concepto más amplio que el de defensa militar, al que, sin embargo, engloba, siendo no obstante este último el interés inmediatamente protegido en muchos de los delitos tipificados.

Si atendemos ahora al sujeto activo de este tipo de conductas delictivas, es preciso advertir que al igual que en el resto de conductas

tipificadas, la regla general es que habrá de ser necesariamente un militar. Con una única salvedad, las excepciones a tal regla sólo se producen en “tiempo de guerra”, locución que, a efectos del Código, comprende (como precisa su art. 14) “el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas”.

En tiempo de guerra, podrá ser sujeto activo cualquier persona ajena a las Fuerzas Armadas en los siguientes delitos: traición militar por la realización de actos de espionaje militar (art. 50); espionaje militar en el que el sujeto activo debe ser un extranjero, civil o militar (art. 52); revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional (artículos 53, 54, 55 y 56); atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional (arts. 57 y 59); desobediencia a bandos militares –y no sólo en tiempo de guerra, sino también en estado de sitio– (art. 63); derrotismo (art. 64); conspiración, proposición y provocación para la comisión de delitos contra la seguridad nacional y la defensa nacional (art. 66).

La única salvedad a que con anterioridad aludíamos, esto es, la única conducta delictiva en la que el sujeto activo puede ser un no militar, en tiempo de paz, viene contemplada por el art. 61, que tipifica el allanamiento de dependencia militar (base, acuartelamiento o establecimiento militar). Estamos ante un ataque directo contra la Institución armada y parece absolutamente lógico que de él conozca la jurisdicción castrense. En todo caso, conviene significar que nos hallamos ante uno de los Títulos del Libro II del Código que más excepciones nos ofrece respecto de la regla general de que sólo un militar puede cometer una conducta tipificada por el Código Penal Militar, circunstancia que no debe extrañarnos, pues es la consecuencia obligada de la consideración con la que iniciábamos nuestro comentario de este Título I del Libro II.

### *B) Los delitos contra las leyes y usos de la guerra (Título II).*

“Lo verdaderamente propio de las leyes penales militares –se afirmaba en la Exposición de Motivos del Proyecto–, sin incidencia alguna con las comunes, son las violaciones de los usos y convenios de la guerra”. Y

es éste precisamente (los usos y costumbres de la guerra, que con el paso del tiempo se han ido recogiendo como normas de Derecho internacional en diferentes Convenios, de los que podríamos subrayar los Convenios de Ginebra de 1945 y de La Haya de 1954) el bien jurídico protegido, que hoy más bien se conoce como el Derecho Humanitario de la Guerra.

En consonancia con todo ello, no debe extrañar lo más mínimo que el sujeto activo de las conductas incriminadas por el Título II sólo pueda ser un militar.

### *C) El delito de rebelión en tiempo de guerra (Título III).*

La rebelión militar o “rebelión de los militares”, como la definía el Código Penal del Ejército de 1884, es un delito de contenido primordialmente político, nacido al calor de ese hecho histórico tan desgraciadamente arraigado entre nosotros como es el pronunciamiento militar. La Exposición de Motivos del Proyecto tildaba el delito de rebelión militar de “planta exótica en la mayor parte de los Códigos Penales militares del mundo”, lo que, entre otras consideraciones posibles, se explica por el hecho evidente de que el bien jurídico que se intenta salvaguardar con la incriminación de estas conductas no es en modo alguno castrense. Ese bien, en efecto, no es otro que la organización o estructura político-constitucional del Estado. Es por lo mismo por lo que el legislador, aunque mantiene la figura de la rebelión en el Código Penal Militar, la circunscribe al tiempo de guerra, expulsando del texto castrense la rebelión con o sin armas cometida en tiempo de paz, con independencia de quien sea el sujeto activo. En sintonía con las anteriores ideas, los sujetos activos de la mayor parte de los delitos tipificados por el Título III pueden ser militares o civiles: delitos de rebelión en tiempo de guerra (artículos 79 y 80) y conspiración, proposición o provocación para la comisión de alguno de los anteriores (art. 81).

### *D) Delitos contra la Nación española y contra la Institución militar (Título IV).*

Nos encontramos aquí en presencia de un grupo de delitos de carácter pluriofensivo, por cuanto no ofenden a un sólo bien jurídico, sino a una pluralidad de ellos. Incluso podríamos decir que en muchos casos tales bienes son de naturaleza común; sin embargo, el hecho de ser el militar el sujeto activo produce una especial incidencia o afectación sobre



las Fuerzas Armadas; en otros casos, la grave incidencia sobre bienes militares de capital importancia conduce a la incriminación de conductas que tienen como sujetos activos a personas ajenas a los Ejércitos.

En los delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar, el bien jurídico protegido está constituido básicamente por la seguridad militar o, como se ha afirmado<sup>96</sup>, por la seguridad de las Fuerzas Armadas y de sus instalaciones, así como por el normal y ordenado desenvolvimiento de las funciones militares.

La trascendencia que para la Institución militar tiene el bien tutelado comporta que se tipifique por el Código el delito contra centinela (desobediencia, resistencia o maltrato) independientemente de quien sea el sujeto activo de la conducta incriminada, por lo que cabe perfectamente que sea un civil (art. 85).

En los delitos de atentados y desacatos a Autoridades militares (artículos 87 y 88), el bien jurídico tutelado es, de un lado, la libertad de decisión y realización de la voluntad del Estado, en este caso de la Institución militar en el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas constitucionalmente<sup>97</sup>, y de otro, el honor y la seguridad de los funcionarios públicos (en este caso Autoridades militares), en su calidad de partícipes del ejercicio de funciones públicas<sup>98</sup>. En este tipo de figuras, el Código exige que el sujeto activo sea un militar o que, no siéndolo, se esté en tiempo de guerra.

Finalmente, con los símbolos nacionales (Bandera, Himno o cualquier otro símbolo o emblema) los bienes protegidos por el delito de ultrajes a la Nación o a sus símbolos (art. 89). Es evidente que se trata de

---

(96) Antonio Morales Villanueva: "Delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar" (Comentario a los artículos 85 y 86 del Código Penal Militar), en Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coords.), "Comentarios al Código Penal Militar", Civitas, Madrid, 1988, págs. 975 y sigs.; en concreto, pág. 989.

(97) José Carlos Girgado Doce: "Atentados y desacatos a Autoridades militares, ultrajes a la Nación o a sus símbolos e injurias a los Ejércitos" (Comentario a los artículos 87, 88, 89 y 90 del Código Penal Militar), en "Comentarios al Código Penal Militar", op. cit., págs. 1001 y sigs.; en concreto, pág. 1008.

(98) *Ibidem*, pág. 1009.

bienes comunes, no castrenses; de ahí que el sujeto activo debe ser necesariamente un militar.

Algo similar puede decirse del delito de injurias a los Ejércitos (artículo 90), que no creemos que sea un delito militar autónomo, como algún autor ha sostenido<sup>99</sup>, sino un delito de injurias cualificado por la importancia que para el Estado tiene la institución objeto de la ofensa, análogo por tanto a otras conductas delictivas similares –en relación con altas instituciones del Estado– que están tipificadas por el Código Penal común. De ahí que se exija que el sujeto activo sea un militar.

### *E) Delitos contra la disciplina militar (Título V).*

Este grupo de delitos, junto a aquellos otros contra los deberes del servicio (contemplados por el Título VI), constituyen el núcleo fundamental de todo campo de leyes penales militares.

No es menester indicar que es la disciplina el bien jurídico tutelado por estos delitos, pero la disciplina entendida no como virtud moral, fruto de la subordinación a valores superiores, que garantiza, como bien señala el art. 28 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber, sino como elemento esencial de la orgánica militar, en cuanto las Fuerzas Armadas, como determina con acierto el art. 10 de las mismas Ordenanzas, forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, operando la disciplina como factor de cohesión que obliga a todos por igual (art. 11 de las Reales Ordenanzas)<sup>100</sup>.

El Código estructura este Título en base al siguiente tríptico: indisciplina colectiva (sedición militar), indisciplina individual del inferior (insubordinación) e indisciplina individual del superior (abuso de autoridad).

---

(99) En tal sentido, José Carlos Girgado Doce, quien defiende la tesis del delito militar autónomo (en "Atentados y desacatos...", op. cit., pág. 1021).

(100) En análogo sentido se manifiesta Juan Manuel García Labajo: "Los bienes jurídicos protegidos en el nuevo Código Penal Militar", en Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Nº 545, mayo 1986, págs. 489 y sigs.; en concreto, pág. 491.

En todas las figuras delictivas, como por otro lado resulta absolutamente lógico, el sujeto activo ha de ser un militar. La única excepción la encontramos en la incitación a la comisión del delito de sedición militar (art. 95), que puede tener como sujeto activo, indistintamente, a un militar o a un civil, si bien esta conducta delictiva ha de tener lugar en tiempo de guerra para que pueda ser inculpada de acuerdo con aquel precepto.

### *F) Delitos contra los deberes del servicio (Título VI).*

Dentro de este genérico rótulo se recogen a lo largo de ocho capítulos un heterogéneo conjunto de figuras delictivas, considerado en la Exposición de Motivos del Proyecto como el “núcleo fundamental de las leyes penales militares”.

Muy diversos son los bienes jurídicos tutelados por el legislador en este bloque de delitos, que agruparemos ahora en función de tales bienes o intereses:

#### *a/ Delitos contra el honor militar.*

Aunque el Código evita utilizar la expresión “honor militar”, parece evidente que los delitos de cobardía (Capítulo 1º), deslealtad (Capítulo 2º) y contra el decoro militar (Capítulo 8º), suponen ataques manifiestos a la dignidad o estima personal que el militar se debe a sí mismo y que la Institución a la que sirve merece<sup>101</sup>; desde este punto de vista, se trata de delitos que atentan contra el sentimiento del honor.

Es cierto que, como se advirtió en el debate parlamentario de la Ley, la alusión al “honor militar” es demasiado abstracta, y que, en buena medida, el deshonor constituye una nota común a toda actuación delictiva. De ahí que el legislador haya preferido agrupar los distintos capítulos que integran el Título VI del Libro II del Código en función del inmediato bien jurídico protegido, y desde esta perspectiva, parece claro que los delitos de cobardía agrupan todos aquellos tipos que violan el deber de valentía,

---

(101) Juan Manuel García Labajo: “Los bienes jurídicos protegidos...”, op. cit., pág. 491.

exigible a todo profesional de los Ejércitos, comprendiendo desde el abandono injustificado del puesto frente al enemigo (art. 107) hasta las capitulaciones injustificadas (artículos 111 y 112). Es obvio que todas estas conductas constitutivas de cobardía exigen que el sujeto activo sea un militar.

Otro tanto cabe decir de las que se incriminan bajo la rúbrica de la “deslealtad”, que engloba un conjunto de delitos residuales, de naturaleza pluriofensiva, en los que, sin embargo, es nota común el quebranto de la fidelidad o lealtad que a todo militar es exigible por su simple pertenencia a las Fuerzas Armadas, pues la lealtad entendida como relación de mutua fidelidad, es, como bien se afirma en el art. 13 de las Reales Ordenanzas, uno de los pilares donde se asienta la voluntad de asumir solidariamente la responsabilidad de la defensa.

Por último, el Capítulo 8º contempla un conjunto de figuras residuales que engloba bajo el rótulo de “delitos contra el decoro militar”, cuyo sujeto activo ha de ser inexcusablemente un militar. Se tipifican aquí una serie de conductas impropias de un militar, de carácter muy heterogéneo, con las que se trata de proteger el honor militar, aunque el Código, desechando una vez más el término –y en este caso razonablemente, pues, como se ha advertido<sup>102)</sup>, no habría sido lógico circunscribir la rúbrica “delitos contra el honor” a tan sólo las conductas tipificadas por los artículos 162, 163 y 164–, opte por la expresión “decoro militar”, más propia, sin embargo, del ámbito disciplinario que del penal militar.

En último término, creemos que la íntima conexión entre el honor militar y el valor, la lealtad y el decoro, justifican que podamos entender, a modo de común denominador de estos tipos delictivos, que todos ellos se encaminan a proteger ese bien jurídico de difícil precisión, pero no por ello de menor importancia para la institución y sus miembros, que es el honor militar.

#### b/ Delitos contra las disponibilidades de personal.

Incluimos dentro de este bloque los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar contemplados por el Capítulo

---

(102) Agustín Corrales Elizondo: “Delitos contra el decoro militar” (Comentario a los artículos 162, 163 y 164 del Código Penal Militar), en “Comentarios al Código Penal Militar”, op. cit., págs. 1779 y sigs.; en concreto, pág. 1812.

3º del Título VI. Con mayor o menor claridad, según los casos, el bien jurídico tutelado aquí es la disponibilidad de los recursos humanos de las Fuerzas Armadas o, lo que es igual, las disponibilidades de personal. Si ello es evidente en los delitos de abandono de destino o residencia, desertión, quebrantamiento del deber de presencia y negativa a prestar el servicio, no lo es tanto en el de inutilización voluntaria, si bien aquí lo que el legislador está tratando de proteger es asimismo la disponibilidad para el servicio (que no la integridad corporal o la salud del individuo) y, en definitiva, la intangibilidad de los recursos humanos de las Fuerzas Armadas.

Como se indicaba en la Exposición de Motivos del Proyecto, se incluye aquí el importantísimo delito de desertión (art. 120), que “cubre la mitad del espacio criminológico reflejado en las estadísticas judiciales castrenses”.

En cuanto al sujeto activo, nos encontramos dentro de este bloque de delitos con una notable diversidad de inculpados. En el caso de los delitos de abandono de destino o residencia (art. 119), desertión (art. 120) y quebrantamientos especiales del deber de presencia, el sujeto pasivo ha de ser siempre un militar en el que se den las siguientes circunstancias: un oficial general, oficial, suboficial o asimilado en el supuesto de abandono de servicio o residencia; un militar no comprendido en las categorías anteriores en el caso de la desertión, y un recluta, en el supuesto delictual del art. 124 (no incorporación dentro del plazo fijado para la concentración o presentación, previa citación reglamentaria). A este respecto, conviene recordar que el art. 128 del Código considera militares, a los efectos de las previsiones de sus artículos 124 y 127, a los mozos y reclutas en los términos previstos en la Ley del Servicio Militar (en el momento de elaborar el Código, la Ley 19/1984, de 8 de junio, norma hoy derogada por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar); se establecía así una salvedad a la regla general de conformidad con la cual, el recluta no podía considerarse militar mientras se hallase en situación de disponibilidad, situación previa a la actividad o servicio en filas. No nos detendremos más en este específico aspecto por cuanto, como expondremos más adelante, la nueva Ley del Servicio Militar, entre otros preceptos, ha derogado el art. 128 del Código Penal Militar.

Por lo que hace a los delitos de inutilización voluntaria y simulación, el sujeto activo ha de ser inexcusablemente un militar. No sucede así

obviamente con los delitos de negativa a cumplir el servicio militar (art. 127) e incitación, apología, auxilio o encubrimiento de los delitos de abandono de destino o residencia y desertión (art. 129), tipos ambos en los que el sujeto activo puede ser cualquier persona, resultando además absolutamente lógico que en el supuesto del art. 127 el sujeto activo sea un paisano.

c/ Delitos contra la eficacia, rectitud y ejercicio responsable del mando.

El Capítulo 4º, siempre del Título VI, engloba bajo el rótulo de "Delitos contra los deberes del mando" un dispar conjunto de figuras que van desde los delitos contra los deberes inherentes al mando hasta los de usurpación y prolongación de atribuciones, pasando por las extralimitaciones en su ejercicio.

El común denominador de todos estos tipos es que con ellos se trata de proteger el ejercicio eficaz, recto y responsable del mando, expresa y detalladamente contemplado por las Reales Ordenanzas (artículos 77 a 108). Bien es verdad que en algunos casos tal interés va íntimamente unido al logro de la mayor eficacia de las operaciones bélicas. De ahí que se haya apuntado<sup>103</sup> que algunos de estos delitos suponen "de facto" una suerte de responsabilidad penal objetiva por la que se imputarían al mando las adversidades de la guerra. Esta consideración podría ser de aplicación en algunas de las conductas incriminadas como de incumplimiento de deberes inherentes al mando, si bien ello no deja de ser excepcional, al margen ya de que siempre existe un elemento de impericia del que se deriva la antijuridicidad.

No es preciso señalar, por pura obviedad, que nos hallamos ante delitos exclusivamente militares, y por ello mismo, sólo puede ser sujeto activo de ellos un militar.

d/ Delitos contra el servicio de armas.

El Capítulo quinto del Título a que venimos refiriéndonos ("Delitos de quebrantamiento de servicio") tipifica una serie de conductas lesivas de ese

---

(103) Juan Manuel García Labajo: "Los bienes jurídicos protegidos...", op. cit., pág. 492.

bien jurídico eminentemente castrense que es el servicio de armas, y de los deberes que del mismo dimanen.

Estos tipos requieren una actuación consciente y deliberada, dolosa en definitiva (así, en el caso de abandono de servicio, o de abandono de su puesto por el centinela), o por lo menos voluntaria y culposa (en el caso de la embriaguez en acto de servicio).

Es evidente, por lo demás, que sólo pueden ser sujetos activos los militares. Nos encontramos en presencia de delitos exclusivamente militares.

e/ Delitos contra la eficacia del servicio.

El Capítulo séptimo del Título VI reúne un conjunto de figuras caracterizadas por la imprudencia o negligencia, principalmente profesional, de las que se deriva una afectación del cumplimiento de los deberes dimanantes del servicio, o la producción de daños en los recursos o misiones militares.

Desde luego, alguno de estos delitos, como el de pérdida, graves daños o inutilización de medios o recursos (art. 155), representan verdaderos ejemplos de “militarización” de delitos comunes, llevada a cabo por el legislador con la intención (loable en cuanto al resultado final, pero rechazable, o por lo menos criticable, en cuanto a la técnica utilizada) de mantener la competencia de la jurisdicción castrense.

En todo caso, conviene no olvidar que es la eficacia del servicio el bien jurídico que se trata de salvaguardar y que ya por sí mismo quizá justificara la intervención de la jurisdicción castrense. Sin embargo, la competencia de ésta requiere además que el sujeto activo sea en todo caso un militar.

f/ Delitos contra los deberes del servicio.

El Capítulo sexto del mismo Título VI contempla los delitos de denegación de auxilio. Como se apuntaba en la Exposición de Motivos del Proyecto, su característica es que se trata de figuras de omisión, en que el común denominador es la denegación de auxilio, aunque éste se proyecte sobre variados bienes jurídicos que en rigor harían más técnica la distribución de las mismas en los lugares respectivos, pero “por razones históricas

y aun por la dogmática de presentar agrupadas conductas coincidentes en su estructura y parcialmente en su contenido, se opta por ofrecerlas juntas”.

Basta con leer los distintos preceptos para observar la pluralidad de bienes jurídicos tutelados: el servicio y los deberes dimanantes del mismo, la solidaridad militar, las leyes y usos de la guerra y el mismo honor militar. Sin embargo, todos estos bienes, en su esencia, pueden reconducirse a los deberes del servicio<sup>104</sup>, que, como ya vimos, marcan el común denominador de todos los delitos agrupados bajo el Título VI.

Como resulta obvio, sujeto activo de estas conductas sólo puede ser un militar.

g) Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación (Título VII).

El Título VII del Libro II del Código acoge un amplio repertorio de infracciones específicas de la navegación marítima y aérea. Como se reconocía en la Exposición de Motivos del Proyecto, se trata de delitos pluriofensivos que atacan bienes de gran alcance: el potencial bélico de la Nación, el servicio y, en último término, la Hacienda en el ámbito militar. Se produce, pues, en todos estos tipos una afectación de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumentos de la defensa nacional. Además, el sujeto activo de todas estas conductas ha de ser un militar. Sólo encontramos una excepción a esta regla general, que en todo caso se circunscribe a tiempos de guerra o a los supuestos de declaración del estado de sitio, y que viene referida a los miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar, que participaren en la comisión de alguno de los delitos contemplados por el propio Título VII.

h) Delitos contra la Administración de la Justicia Militar (Título VIII).

Ya muy avanzado el “iter” legislativo del Código (en el marco del Senado), se introducía, por virtud de una enmienda socialista, un nuevo

---

(104) En análogo sentido, Pedro José Fernández Dotú: “Delitos de denegación de auxilio” (Comentario a los artículos 149 a 154 del Código Penal Militar), en el colectivo, “Comentarios al Código Penal Militar”, op. cit., págs. 1725 y sigs.; en concreto, pág. 1733.



Título en el Libro II del Código: el que a la postre habría de ser Título VIII, relativo a los delitos contra la Administración de la Justicia Militar.

Como resulta patente, este Título trae su causa del reconocimiento constitucional de la jurisdicción castrense. La ineludible vigencia del principio de independencia judicial exige que esta jurisdicción tenga entre sus competencias la autodefensa jurídico-penal, esto es, que pueda conocer de los delitos cometidos en el ejercicio o contra el ejercicio de su función jurisdiccional. Tal exigencia podía resolverse a través de dos vías: atraer a la competencia de la Jurisdicción Militar los delitos comunes contra la administración de justicia cuando los ofendidos fuesen órganos judiciales militares, o bien incluir esas figuras delictivas en el propio Código Penal Militar, convirtiéndolas de esta guisa en delitos impropiaamente militares. El deseo de mantener hasta sus últimas consecuencias un único criterio de atribución competencial, el criterio del delito militar, así como la conveniencia de que fuesen los propios tribunales castrenses los que conociesen de las acciones delictuales cometidas contra la propia administración de justicia militar, condujeron finalmente al legislador a optar por la segunda fórmula, quizá la más defectuosa desde el punto de vista de la técnica jurídica.

Como se ha significado<sup>105</sup>, hubiera sido una técnica más correcta y práctica atraer a la competencia de la Jurisdicción Militar estos delitos con idéntico contenido que la legislación común, en evitación de dispares interpretaciones a la hora de plantearse conflictos jurisdiccionales y, por otra parte, evitar discusiones en orden a su naturaleza.

A nuestro modo de ver, estamos ante delitos comunes, pues el bien jurídico protegido no es otro que la recta administración de justicia. Además, y a diferencia de lo que es pauta general del Código, en todas las figuras contempladas dentro de este Título (arts. 180 a 188) –salvo en la del art. 181– puede ser sujeto activo, indistintamente, un militar o un civil, sin necesidad en este último caso de hallarse en una situación de anormalidad constitucional.

---

(105) Virgilio Peña y Peña: "Delitos contra la Administración de la Justicia Militar" (Comentario a los artículos 180 a 188 del Código Penal Militar), en el colectivo, "Comentarios al Código Penal Militar", op. cit., págs. 1971 y sigs.; en concreto, pág. 1986.

i) Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar (Título IX).

El Título IX, con el que se cierra el Libro II del Código, acoge un conjunto de nueve conductas delictivas caracterizadas por ser claramente lesivas del patrimonio castrense. Son figuras heterogéneas y de difícil conexión entre sí, que, no obstante, tienen como común denominador la objetiva cualidad castrense de los bienes, en cuanto afectos a la defensa nacional, o la persona del culpable.

Básicamente, estamos en presencia de delitos originariamente comunes que, sin embargo, dañan de modo grave a las Fuerzas Armadas.

El bien jurídico protegido es la integridad de los recursos y medios materiales afectos a las Fuerzas Armadas en orden al cumplimiento por éstas de sus misiones constitucionales, lo que no obsta para que pueda apreciarse en algunos casos la existencia de otros bienes o intereses susceptibles de protección.

El sujeto activo, a salvo dos excepciones, ha de ser en todos los supuestos un militar. La primera de esas salvedades la encontramos en el delito de incumplimiento de contratos con la Administración Militar en tiempo de guerra o estado de sitio (art. 193). La segunda nos viene dada por el delito de receptación de efectos militares, en el que puede ser sujeto activo cualquier persona en cualquier circunstancia (es decir, en circunstancias de normalidad o anormalidad constitucional y en tiempo de guerra)<sup>106</sup>.

---

(106) El Código excluye cuanto se refiere al Derecho disciplinario militar, a la vez que elimina ciertos tipos delictivos. Esta última circunstancia hacía precisa, a fin de evitar que se produjera la discriminación de estas conductas delictivas merecedoras de reproche, que hasta tanto se aprobara el futuro Código Penal común, se incorporaran, con carácter transitorio –como se explicitaba en el Preámbulo de la Ley–, al vigente Código Penal. Tal era la finalidad pretendida por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal Militar.

La referida norma incorpora al Código Penal las siguientes conductas: la traición y el espionaje militar; entre los delitos contra la defensa nacional, los referentes a la revelación de secretos o informaciones relativas a la defensa nacional y los atentados contra los medios o recursos de la defensa; el delito de rebelión militar, como también, en conexión con éste, el delito de omisión, por parte del militar, del empleo de los medios

IV. A la vista del repertorio de figuras tipificadas por el Código, de los bienes jurídicos protegidos y de los sujetos activos, pueden establecerse las siguientes conclusiones.

1ª/ La incriminación de conductas por el Código se apoya fundamental, aunque no exclusivamente, en los delitos propiamente militares. A tal fin, como bien apunta Jiménez Villarejo<sup>107</sup>, el delito militar se ha visto circunscrito a las acciones u omisiones que atentan o ponen en peligro valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente militares o directamente vinculados a la seguridad o defensa nacionales, caracterización que, en la mayoría de los tipos delictivos, se complementa con un elemento subjetivo consistente en la condición militar del autor del hecho.

2ª/ La regla general precedente admite bastantes excepciones, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, siendo de notar al respecto que el Código es mucho más estricto en relación con el criterio subjetivo; dicho de otro modo, son más excepcionales aquellas conductas incriminadas como delitos militares en las que el sujeto activo puede ser un no militar, que aquellas otras que, atentando en principio contra bienes no castrenses, han sido convertidas en delito formalmente militar, bien sobre la base de su carácter pluriofensivo, bien por el hecho de tener como sujeto activo a un militar.

3ª/ La condición de militar del sujeto activo se ha erigido en un principio rector del delito militar, que en tiempo de paz admite muy pocas excepciones. Si en tiempos de guerra (y en algunos casos también en estado de sitio) abundan más los delitos cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona, militar o civil, si bien siempre dentro de unos límites no muy dilatados —circunstancias que no debe extrañar por el enorme impacto que sobre el Derecho Penal Militar ejerce aquella situación (que se traduce,

---

a su alcance para contener la rebelión de las fuerzas a su mando, o el de ausencia de denuncia inmediata a sus superiores del intento de comisión de un delito de rebelión cuando tuviere conocimiento del mismo; el delito de incitación a la sedición militar o el de apología de la misma, y los delitos de atentados contra fuerza armada.

(107) José Jiménez Villarejo: "Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar" en REDEM, Nº 53, tomo I, enero-junio 1989, págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 14.

bien en un agravamiento de las penas, bien en una ampliación de la competencia—, en tiempo de paz, aparte de los supuestos de participación de extraños (no militares) en un delito militar, los únicos casos en que el sujeto activo de una infracción penal militar puede ser un paisano (por lo menos hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, cuya incidencia al respecto analizaremos con posterioridad) son:

- El allanamiento de dependencia militar (art. 61).
- Los delitos contra centinela (art. 85).
- La negativa a cumplir el servicio militar (art. 127).
- La incitación, apología, auxilio o encubrimiento del abandono de destino o residencia y de la desertión (art. 129).
- Los delitos contra la Administración de Justicia Militar (artículos 180 y 182 a 188). Y
- La receptación de efectos militares (art. 197).

Esta circunstancia, muy significativa por lo demás, suscita diferentes reflexiones. ¿Cuál es la razón de esta regla general?

Aunque no falta quien sostiene que el hecho de que los tribunales marciales sólo puedan tener como justiciables a militares es un corriente equívoco que no tiene razón alguna<sup>108</sup>, no podemos por menos de recordar que el enjuiciamiento de los civiles por la jurisdicción castrense choca con el principio del juez natural —o, mejor aún, del juez ordinario predeterminado por la ley—, y por ello mismo debe ser interpretado restrictivamente, sobre la base de la “vis” atractiva de la jurisdicción ordinaria, que, como ha señalado la Sala de Conflictos de Jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la militar<sup>109</sup>, “supone un principio presun-

---

(108) Eduardo Calderón Susín: “En torno a los límites constitucionales...”, op. cit., pág. 100. Bien es verdad que este mismo autor, más adelante, estima que, como idea de la que partir, puede ser válida para evitar una hipertrofia o codicia de la jurisdicción militar.

(109) Sentencia de 14 de diciembre de 1989, recaída en el conflicto de jurisdicción número 8/1988, fund. jur. 1º.

tivo de tal entidad que, en caso de duda, los conflictos competenciales han de solventarse a favor de la jurisdicción ordinaria, siempre, eso sí, que la dubitada interpretación tenga un mínimo fundamento fáctico-legal”.

Ahora bien, aceptada la regla general, la problemática se suscita respecto de la concreta selección llevada a cabo por el legislador, de figuras delictivas en que el sujeto activo puede ser una persona ajena a las Fuerzas Armadas. A este respecto, como bien sostiene Rodríguez-Villasante<sup>110</sup>, resulta particularmente grave la despenalización, dentro del ámbito castrense, de los ultrajes a la bandera cuando el culpable no sea militar y se produzca en lugar militar o en paradas, desfiles o formaciones militares. No dejan de resultar igualmente discutibles:

- a/ El deslinde entre ilícito común e ilícito militar que se establece respecto del delito de incitación a la sedición militar, que tipifica el art. 95 del Código castrense, sobre la base de que el sujeto activo sea un militar, en tiempo de paz, pudiendo serlo asimismo un civil en tiempo de guerra. El ilícito se convierte en común cuando, en tiempo de paz, sea sujeto activo del mismo un civil (párrafo primero del art. 221 del Código Penal común, reformado por la Ley Orgánica 14/1985, pese a reconocerse en el Preámbulo de la propia Ley, que el bien jurídico protegido pudiera considerarse de naturaleza militar.
- b/ La doble protección, en vía penal militar y en vía penal común, que se da al centinela y a la fuerza armada, pues mientras el art. 85 del Código castrense castiga, con independencia de quien fuese el sujeto activo, la desobediencia o resistencia a obedecer órdenes de centinela y el maltrato de obra al mismo, el nuevo art. 235 bis del Código Penal común (precepto incorporado al mismo por la ya citada Ley Orgánica 14/1985) penaliza el maltato de obra a fuerza armada, la resistencia grave a la misma o la desobediencia a sus órdenes, siendo de notar que a estos efectos se entiende por Fuerza Armada a aquellos militares que,

---

(110) José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: “El Código Penal Militar”, op. cit., pág. 1285.

de uniforme o con armas, presten un servicio legalmente encomendado a las Fuerzas Armadas y que les haya sido reglamentariamente ordenado. Sólo si el sujeto activo de estas últimas conductas contra fuerza armada fuere un militar, o si se estuviere en tiempo de guerra, independientemente de quien fuere el sujeto, el delito se convertirá en militar.

4ª/ La regla general a que responde la incriminación de conductas por el Código Penal Militar presenta también excepciones en el plano objetivo; dicho de otro modo, delitos originariamente comunes se incorporan al Código castrense por incidir de alguna manera sobre los intereses en los Ejércitos en cuanto instrumentos de la defensa nacional. Tal incidencia puede ser el fruto bien del carácter pluriofensivo del delito, bien de la condición militar del sujeto activo. Sin embargo, en algunas ocasiones, esa incorporación al Código Penal Militar se ha producido con independencia de lo anterior y de modo verdaderamente forzado.

A) Buen ejemplo de lo que acabamos de advertir lo encontramos en las figuras tipificadas por el Título VIII del Libro II, referente, como ya vimos, a los delitos contra la Administración de Justicia Militar. El bien jurídico preeminentemente tutelado –recordémoslo– es la recta administración de justicia, bien jurídico de inequívoca naturaleza común. Sin embargo, la rígida opción por un criterio de competencia material para la jurisdicción castrense conducía a la consecuencia de que ésta no pudiese conocer sino de los delitos militares (esto es, de las acciones y omisiones previstas como tales por el Código Penal Militar), con lo que conductas tan alejadas de lo propiamente castrense como las enumeradas por el Título VIII, habían de ser incorporadas al Código Penal Militar a los efectos de que pudiesen conocer de ellas los tribunales militares, que eran los órganos jurisdiccionales cuya independencia iba a verse directamente afectada por tales conductas.

Este supuesto nos revela con claridad meridiana los fiascos de una técnica jurídica errónea, que recurre a criterios sustantivos (incriminación de ciertas conductas delictivas en el Código castrense) para el logro de determinados fines procesales (atribución de ciertas competencias a la jurisdicción castrense).

B) En otras ocasiones, ha sido el carácter pruriofensivo del delito lo que, al producir una afectación de bienes, valores o intereses militares, ha

decidido al legislador a incriminar la conducta en el Código Penal Militar, en muchos casos cuando el sujeto activo de la misma es un militar. Este es el supuesto, entre otros, de un buen número de los delitos contra la seguridad nacional y la defensa nacional; del delito de daños, pérdida o inutilización para el servicio de medios o recursos militares, cometido por imprudencia por un militar (art. 155); del de muerte, lesiones o daños producidos por negligencia profesional o imprudencia con motivo de la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado (artículo 159, párrafo segundo)...

C) Finalmente, el Código Penal Militar ha incriminado conductas constitutivas de delito común en las que es, básicamente, la condición militar de su autor lo que genera la afectación de intereses militares. Tal es el caso, entre otros, de los delitos de atentados y desacatos a Autoridades militares, ultrajes a la Nación o a sus símbolos e injurias a los Ejércitos (artículos 87, 88, 89 y 90). Es igualmente el supuesto del delito de desobediencia a las órdenes de la policía militar, en su función de agentes de la autoridad (art. 86).

5ª/ Las consideraciones que preceden nos muestran que el Código Penal Militar, aun asentándose en los delitos propiamente militares, esto es –recordémoslo una vez más–, en aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares por cuanto suponen la quiebra de un deber inherente a la profesión de las armas, admite numerosas salvedades a esta regla. ¿A qué razones –podemos cuestionarnos– responden dichas excepciones a la pauta general?

A nuestro modo de ver, son la consecuencia obligada de que el “ámbito estrictamente castrense” se identifica no con aquellas conductas constitutivas de un delito propiamente militar, cual sucede, por poner un ejemplo, en Italia, sino, más ampliamente, con cuantas inciden sobre los intereses, valores y medios de los Ejércitos en cuanto institución que debe ser lo más eficaz posible en orden al cumplimiento de las altas misiones que les asigna el art. 8º de la Constitución. Si a ello se une la opción por un único criterio, el material (prescindiendo del personal y del criterio del lugar de comisión del delito), de atribución de competencia a la jurisdicción castrense (ésta, en tiempo de paz, conoce de los delitos que tipifica el Código Penal Militar), se llega a la conclusión de que el legislador ha debido

condicionar el marco legal sustantivo al criterio de delimitación de competencias, lo que explica que haya tenido que abandonar con cierta frecuencia el concepto material de delito militar (el delito propiamente militar) para pasar a incriminar un conjunto de conductas en muchos casos sólo impropriadamente militares.

La técnica utilizada es, quizá como cualquier otra, discutible; presenta incluso flancos realmente débiles; conduce a equívocos y a soluciones que parecen no responder a más lógica que la del capricho del legislador; ya hemos puesto de relieve con anterioridad algunas fallas del sistema.

La doctrina<sup>111</sup> ha resaltado las dificultades técnicas resultantes de la entremezcla de los planos sustantivo y competencia; ha avanzado, incluso, que para los supuestos de pluriofensividad, hubiera sido preferible, respecto de aquellos delitos comunes que vulneraran intereses militares, optar por la atracción de competencia antes que por la militarización de la infracción. Incluso creemos que podría haberse mantenido la cláusula general de afectación del buen régimen y servicio de los Ejércitos, con unos límites bastante más estrictos que los fijados por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar de 1945. Tal solución resultaba perfectamente acorde con nuestra Norma suprema, como el Juez de la Constitución puso de manifiesto en su doctrina constitucional.

Sin embargo, sería un apriorismo carente de todo apoyo racional la consideración de que cualquiera de las soluciones alternativas había de ser necesariamente mejor que la seguida por el Código Penal Militar y corroborada por la Ley Orgánica 4/1987.

El recurso a la cláusula general de "afectación del régimen y servicio de las Fuerzas Armadas" planteaba —como quedó de manifiesto al hilo de nuestra exposición de la Ley Orgánica 9/1980— problemas de muy dispar envergadura y naturaleza; uno de ellos (y no de los de menor trascendencia) era el de los graves inconvenientes que se derivaban de una configuración de las cláusulas de atribución competencial que se asentaba en buena medida sobre conceptos jurídicos indeterminados, inconveniente ahora soslayado.

---

(111) Eduardo Calderón Susin: "En torno a los límites constitucionales...", op. cit., en especial, págs. 101-106.



Por todo ello, creemos que sin perjuicio de que el Código Penal Militar pueda ser objeto de crítica en aspectos puntuales, como, y muy especialmente, el desacierto de su Disposición Derogatoria, no por su contenido en sí, sino por lo inadecuado de la ubicación de una cláusula competencial como la que en ella se acoge, y sin dejar de reconocer los desajustes que en algunos aspectos ha producido la conjunción de los planos sustantivo y competencial, es obligado reconocer que, al margen ya de una valoración general del Código, que debe ser positiva, si bien no nos corresponde hacer aquí, esta norma, en conexión con la Ley Orgánica 4/1987, ha contribuido a delimitar con nitidez las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la castrense, una de esas asignaturas históricamente pendientes en nuestro ordenamiento, dando una respuesta legal válida a la previsión constitucional del art. 117.5 de la que deriva la atribución a los órganos jurisdiccionales militares de cuantas acciones u omisiones afecten a valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente castrenses.

En todo caso, no podemos finalizar estas reflexiones sobre el Código Penal Militar sin poner de manifiesto que su entrada en vigor, desde luego, supondría una notabilísima restricción de la competencia de la Jurisdicción Militar. La Sala de Conflictos de la Jurisdicción Ordinaria y la Militar a que se refiere el art. 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Disposición Adicional quinta de la Ley Orgánica 4/1987, gráficamente, patentizaría tal circunstancia al afirmar que: "la jurisdicción militar, a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica de 9 de diciembre de 1985, y siguiendo (...) el mandato constitucional, se ha convertido, de ser teóricamente excepcional, a ser, prácticamente, excepcionalísima<sup>112</sup>.

#### ***D) La competencia de la jurisdicción castrense en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio***

I. La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), ha venido a salvar la incongruencia que desde un plano técnico-jurídico supuso la Disposición Derogatoria del Código Penal Militar, al contemplar en detalle el ámbito

---

(112) Sentencia de 14 de diciembre de 1989, recaída en el conflicto de jurisdicción Nº 3/1988, fund. jur. 2º, 1º, in fine.

competencial de la jurisdicción castrense. A ello dedica parcialmente su Título I, cuyo rótulo es ya suficientemente significativo al referirse, entre otros aspectos, a “los límites de la Jurisdicción Militar”, cuestión que es abordada por el Capítulo 1º (“De la competencia de la Jurisdicción Militar”), que se extiende de los artículos 12 al 18.

II. La Ley opera sobre la base de la diferenciación entre tiempo de paz y tiempo de guerra, circunstancia que no debe extrañarnos, si bien a primera vista puede resultar un tanto sorprendente desde una lectura literal del art. 117.5 de la Constitución, que, como recordaremos, tan sólo alude a los supuestos de estado de sitio.

Es cierto que el precepto anterior no contempla la posibilidad de una ampliación competencial de la jurisdicción castrense en tiempos de guerra; ello no obstante, de la relevancia constitucional de una situación de esta naturaleza nos da cumplida cuenta el art. 15 de nuestra “Lex superior”, al circunscribir a los tiempos de guerra la única posible salvedad –que en todo caso se sujeta a lo que puedan disponer las leyes penales militares– frente al principio general de abolición de la pena de muerte.

Por lo demás, si se advierte que la locución “tiempos de guerra” alude a una circunstancia distinta a la del estado de sitio, y desde luego objetivamente mucho más grave, mucho más crítica para el marco en que se asientan las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, pues no en vano el estado de sitio no posibilita en modo alguno el recurso de la pena capital, y se constata una vez más que el estado de sitio posibilita una ampliación del marco competencial de la jurisdicción castrense, se comprenderá la lógica de la diferenciación seguida por el legislador orgánico en los artículos 12 y 13 de la LOCOJM<sup>113</sup>.

La ampliación de los límites competenciales a la jurisdicción castrense que posibilita el citado art. 13 no debe en ningún caso confundirse con la extensión que el concepto de delito militar experimenta en

---

(113) El art. 12 de la Ley Orgánica 4/1987 contempla la competencia en materia penal de la jurisdicción militar en tiempo de paz. Frente a él, el art. 13 se refiere a la competencia en tiempo de guerra, siendo de reseñar al respecto que es el art. 12 el que, en su número segundo, se refiere a la situación de estado de sitio y a su incidencia sobre el ámbito competencial de la jurisdicción castrense.

tiempos de guerra, y que se traduce en una ampliación del número de infracciones penales militares que pueden ser cometidas por personas ajenas a las Fuerzas Armadas, infracciones que en realidad son conductas constitutivas de delitos comunes que se transforman en delitos impropriamente militares por la trascendencia que el período de tiempo considerado como de guerra entraña para el Derecho Penal Militar, y que se traduce asimismo en un agravamiento de las penas previstas para la mayoría de los tipos.

III. “La competencia de la Jurisdicción Militar se circunscribe en tiempo de paz al ámbito estrictamente castrense, conociendo de las conductas tipificadas como delito en el Código Penal Militar y extendiendo su competencia a cualquier clase de delito en el supuesto de tropas desplazadas fuera del territorio nacional”. En tales términos se refiere la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1987 al ámbito competencial de la Jurisdicción Militar, lo que no constituye ninguna novedad, sino la ratificación, en el marco jurídico adecuado, de lo que ya adelantara la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, como vimos, determinó normativamente el “ámbito estrictamente castrense”, constitucionalmente erigido en fundamento de esta jurisdicción.

En sintonía con el hecho de que es ésta la norma idónea para la concreción de ese ámbito, debe situarse esa referencia (desarrollada por el art. 12 LOCOJM) al supuesto de tropas desplazadas fuera del territorio nacional.

El art. 12 de la Ley declara a la Jurisdicción Militar, en tiempo de paz, competente para conocer de los siguientes delitos y faltas:

1º) Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo el supuesto de conexidad de delitos a que se refiere el art. 14 de la Ley, en todos los demás casos, la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste. Esta última precisión fue incorporada a la LOCOJM por la Disposición Adicional sexta de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

En cuanto al criterio de atribución jurisdiccional en los delitos conexos<sup>114</sup>, el art. 14 de la propia norma legal encomienda el conocimiento de los mismos a la jurisdicción a la que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente la pena más grave. Si sobreseyere el procedimiento en relación con el delito de pena más grave, dejará de conocer de los conexos de los que no sea competente.

Esta definición legal de conexidad, según la doctrina<sup>115</sup>, se ajusta de mejor modo que la legislación general común a criterios de objetividad en la relación, pues no incluye ninguna amplia causa residual que permita la incoación de procesos casi generales o “maxiprocesos”.

En igual sentido, la Ley prescribe (art. 16) que la jurisdicción que conozca de un procedimiento conocerá asimismo de todas sus incidencias, previsión que sintoniza con la del art. 9º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque, a diferencia de esta última, omite la referencia a la ejecución de las sentencias, esto es, al principio de plenitud, principio que, sin embargo, contempla el art. 2º de la misma LOCOJM.

Al margen ya de la conexidad e incidentalidad, conviene aludir a la importante reducción competencial que sufriría el texto que nos ocupa en su itinerario legislativo.

Como hemos significado con anterioridad, el art. 12.1 LOCOJM atribuye a la jurisdicción castrense la competencia para conocer de los delitos y faltas comprendidos en el Código Penal Militar. Con ello se sigue en su literalidad la regla marcada por la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, pero no deja de resultar significativo que no sucediera así en la redacción inicial del Proyecto.

---

(114) A tenor del art. 15, se considerarán delitos conexos:

1. Los cometidos simultáneamente o con unidad de acción por dos o más personas reunidas.
2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempo si hubiere precedido concierto para ello. Y
3. Los cometidos como medio para perpetrar o facilitar la ejecución de otros, procurar su impunidad o la aplicación de penas menos graves.

(115) José Almagro Nosete: “El proceso militar”, en Vicente Gimeno Sendra y otros, “Derecho Procesal”, tomo II, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1989, pág. 829.

El art. 12.1 del Proyecto<sup>116</sup>, en igual supuesto, declaraba a la Jurisdicción Militar competente para conocer no sólo de los delitos y faltas comprendidos en el Código Penal Militar, sino también de “los cometidos en el cumplimiento de servicio de armas reglamentariamente ordenado”. Tal disposición significaba dejar abierto un portillo que podía llegar a ser muy amplio, a la vista de lo que entiende el art. 16 del propio Código castrense por “actos de servicio de armas”, en orden a la ampliación de la competencia de esta jurisdicción. Bien es cierto que los delitos cometidos en cumplimiento de un acto de servicio de armas reglamentario afectan, en mayor o menor medida, al servicio de armas, pudiéndose considerar desde esta perspectiva que inciden sobre el “ámbito estrictamente castrense”.

El precepto sería objeto de tres enmiendas contradictorias: dos de ellas (las enmiendas números 45 y 46, del Grupo de Coalición Popular) propugnaban una notable ampliación competencial<sup>117</sup>, sobre la base de que en el Proyecto se limitaba excesivamente la competencia de la Jurisdicción Militar “que, aun reducida al ámbito estrictamente castrense en tiempo de paz, debe poder juzgar aquellas conductas que afecten al buen régimen, servicio o seguridad de las Fuerzas Armadas, si se cometen en lugar militar o en acto de servicio, pues, en otro caso, se producirían enojosas intromisiones de la jurisdicción ordinaria en la vida militar para conocer de pequeños delitos y faltas (robos o hurtos en cuarteles, tráfico de drogas y malversación de caudales públicos) hasta ahora juzgados rápidamente y ejemplarmente por la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense. “La tercera de las enmiendas (la número 261, del Grupo del CDS) proponía sustituir la redacción del art. 12.1 por la escueta

---

(116) Puede verse el Proyecto en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, Nº 195-I, 20 de marzo de 1986, págs. 3971 y sigs.

(117) Por la enmienda Nº 45 se propugnaba que la jurisdicción castrense conociese de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, de los cometidos en acto de servicio en los términos previstos en el art. 15 del citado Código y de los que se cometan en lugar militar cuando los hechos afectaren al buen régimen, servicio o seguridad de las Fuerzas Armadas. Por la enmienda Nº 46, se defendía la adición al precepto de dos nuevos apartados que contemplaban un conjunto de tipos penales comunes de los que debía conocer la jurisdicción militar en ciertos supuestos.

de: “los comprendidos en el Código Penal Militar”, lo que se justificaba en base a que la redacción del texto del Proyecto no se correspondía con el ámbito debido de la Jurisdicción Militar.

La Ponencia<sup>118</sup> admitiría la enmienda del CDS, introduciendo al unísono una nueva Disposición Adicional (la octava) para recoger el contenido de la parte del artículo que se suprimía. Ambas normas serían a la postre definitivas en el texto final de la Ley.

A tenor de la referida Disposición Adicional octava, se modificaba el art. 159 del Código Penal Militar —que en su redacción original incriminaba al militar que causare muerte o lesiones graves, por negligencia profesional o imprudencia en acto de servicio de armas—, que pasaba a tipificar toda extralimitación de un militar en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, siempre que causare muerte, lesiones muy graves o cualquier otro tipo de lesiones o daños, graduándose las penas en función del tipo de daños o lesiones causados, como también en función de que la extralimitación en la ejecución del acto fuese cometida culposamente, por negligencia profesional o imprudencia o por imprudencia temeraria.

La modificación introducida se situaba en la línea que con frecuencia encontramos en el Código castrense, de militarizar delitos comunes, pues no otra cosa significaba la nueva redacción que se daba al art. 159. Con ello se circunscribía estrictamente la competencia de la Jurisdicción Militar a los delitos formalmente militares, a la par que se incluían en el Código Penal Militar delitos comunes al objeto de que pudiese conocer de ellos aquella jurisdicción. Una vez más, lo sustantivo penal se supeditaba a lo puramente competencial.

Coalición Popular mantendría sus tres enmiendas en Comisión, si bien su diputado Sr. Cañellas Pons, incidiría sobre ellas muy incidentalmente, advirtiendo además que su Grupo no tenía una postura excesivamente clarificada en torno a lo que propugnaba en la enmienda N<sup>o</sup> 46<sup>119</sup>. No es extraño por ello que esta última enmienda no se mantuviese para su

---

(118) El Informe de la Ponencia puede verse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, III Legislatura, Serie A, N<sup>o</sup> 11-5, 25 de febrero de 1987, págs. 127 y sigs.

(119) DSCD, Comisión de Justicia e Interior, N<sup>o</sup> 87, 6 de marzo de 1987, pág. 3304.

defensa en el Pleno. En efecto, el mismo Sr. Cañellas se haría eco de la enmienda Nº 45 con algo más de vehemencia, si bien sin éxito alguno<sup>120</sup>.

En el Senado, el Grupo Parlamentario de Coalición Popular insistiría en los planteamientos ya realizados en la Cámara Baja, a través de sus enmiendas números 28 y 29, equivalentes a las numeradas como 45 y 46 en el Congreso, que, nuevamente, serían desestimadas por la Ponencia<sup>121</sup>. Mantenidas como votos particulares para su defensa en el Pleno de la Alta Cámara, el senador de Coalición Popular, Sr. de los Mozos y de los Mozos, asumiría tal defensa, significando que ambas enmiendas trataban de “evitar intromisiones de la jurisdicción ordinaria en el ámbito y en la vida de los cuarteles”, a la par que –siempre según el senador popular– constituían un alivio para el juez civil, lo cual era una garantía de la mejor calidad<sup>122</sup>. Las enmiendas serían finalmente rechazadas por un margen de votos muy elevado: 42 a favor, 126 en contra y 10 abstenciones. De esta forma, el texto definitivo de la Ley respondería en este aspecto específico a lo propugnado por el Grupo Parlamentario del CDS.

2º) Conocerá asimismo la Jurisdicción Militar de los delitos cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.

Con esta determinación, la Ley Orgánica 4/1987 se acomoda a las previsiones del art. 116.4 de la Constitución y de la propia Ley Orgánica 4/1981. Por lo demás, recordando ideas ya expuestas, significaremos que será el Congreso quien podrá determinar, en la propuesta de declaración

---

(120) DSCD, III Legislatura, Nº 44, 23 de abril de 1987, pág. 2627. En su intervención, el Sr. Cañellas haría especial hincapié en consideraciones puramente pragmáticas, como la de que “limitar excesivamente el ámbito de aplicación de la jurisdicción militar puede llevarnos a que estos tribunales y juzgados (...) sean realmente inactivos”. Se referiría asimismo a los condicionamientos de la intervención de los órganos de la jurisdicción ordinaria dentro de los recintos militares, con las consecuentes complicaciones entre la disciplina militar y el funcionamiento y las disposiciones de estos órganos civiles.

(121) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, III Legislatura, Serie II, Nº 69, d/, 9 de junio de 1987, pág. 104.

(122) Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, Nº 38, 23 de junio de 1987, pág. 1474.

que en el Pleno obtuviere el respaldo de la mayoría absoluta de los diputados, los delitos que durante la vigencia del estado de sitio quedan sometidos a la Jurisdicción Militar (art. 35 de la Ley Orgánica 4/1981, en conexión con el art. 164 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

3º) Por último, la jurisdicción castrense será competente para conocer de aquellos delitos y faltas que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier Ejército.

En tales supuestos, de no existir tratados, acuerdos o convenios aplicables, la jurisdicción castrense conocerá de todos los delitos y faltas tipificados en la legislación española siempre que el inculcado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas.

Como puede apreciarse, en este caso de desplazamiento de tropas fuera del territorio nacional, la competencia se amplía extraordinariamente, pudiendo llegar a la totalidad de los delitos tipificados por nuestra legislación siempre que el sujeto activo sea español y se dé una de las dos circunstancias previstas por la Ley, que revelan la conexión de la figura delictiva con los Ejércitos: bien la comisión en acto de servicio, bien en un lugar ocupado por una Unidad militar.

La posición de las fuerzas políticas en el debate parlamentario acerca de esta ampliación competencial de la Jurisdicción Militar fue muy diversa, oscilando desde quienes, como el Grupo del CDS (enmienda Nº 263, presentada en el Congreso), propusieron eliminar el mecanismo automático por el que, en defecto de tratados, acuerdos o convenios internacionales, se atribuía a la Jurisdicción Militar una competencia sobre los delitos tipificados en nuestra legislación penal, común y militar, siempre que, además, se dieran las circunstancias anteriormente expuestas, hasta aquellos otros que (como la Agrupación Izquierda Unida del Grupo Mixto, en su enmienda Nº 160) propugnaron supeditar tan amplia competencia a que el inculcado y la víctima fueran españoles y el delito se cometiera en acto de servicio.

Sin embargo, sería una enmienda de Coalición Popular (la Nº 47) la que constituiría el germen del inciso final del apartado cuarto del art. 12



de la Ley. Esta enmienda, que no sería admitida en la Cámara Baja, trataba de llenar un vacío, a cuyo efecto contemplaba el supuesto de que el presunto autor del delito o falta volviera al territorio nacional y no pudiera mantenerse la competencia de la Jurisdicción Militar, no habiendo concluido el procedimiento por sentencia o resolución firme, en cuyo caso la Jurisdicción Militar se debía de inhibir de oficio en favor de la ordinaria.

Pese a ser rechazada en las sucesivas fases del debate parlamentario en el Congreso, el Grupo de Coalición Popular del Senado replantearía la enmienda (esta vez identificada con el Nº 30). Tras no ser admitida por la Ponencia, sería finalmente acogida por la Comisión de Justicia del Senado<sup>123</sup>. De esta forma, pasaría al texto definitivo del art. 12 de la LOCOJM. Y así, a tenor del último inciso de su apartado cuarto, si en el supuesto de referencia (tropas desplazadas fuera del territorio nacional, no existiendo tratados, acuerdos o convenios delimitadores de la competencia de la jurisdicción castrense) el inculpaado regresare a nuestro territorio y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la Jurisdicción Militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos de delito tipificado por el Código Penal Militar o de competencia de la jurisdicción castrense por habersele atribuido en la declaración del estado de sitio.

IV. El art. 13 de la LOCOJM contempla la competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra, supuesto en el que, en síntesis, se prevé una ampliación competencial, si bien la decisión al respecto compete a las Cortes Generales y, caso de hallarse autorizado, al Gobierno. No estamos, pues, en presencia de una expansión competencial que opere de modo automático.

De conformidad con el citado precepto, en tiempo de guerra y en el ámbito que determine el Gobierno, además de la competencia que le atribuye en tiempo de paz el art. 12, la Jurisdicción Militar se extenderá al conocimiento de los siguientes delitos y faltas:

- 1/ Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas.

(123) Puede verse ya incorporada al texto del art. 12 del Dictamen de la Comisión. BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II, Nº 69, e/, 19 de junio de 1987, pág. 149.

- 2/ Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviere autorizado para ello.
- 3/ Todos los tipificados en la legislación española, si se cometen fuera del territorio nacional o el inculpaado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas.
- 4/ Todos los cometidos por prisioneros de guerra.

Son muy escasas las innovaciones que sufrió el precepto en su "iter" legislativo; éstas se limitan, si se atiende al texto inicial del Proyecto a los dos primeros apartados del precepto: respecto del primero, la redacción inicial del art. 13 del Proyecto aludía tan sólo a los tratados con potencia aliada, obviando toda referencia a las organizaciones aliadas; en cuanto al segundo, el texto inicial se refería no a las Cortes Generales, sino al Congreso de los Diputados, posibilitando asimismo al Gobierno la atribución de la Jurisdicción Militar del conocimiento de ciertos delitos comprendidos en la legislación penal común, no sólo cuando fuere autorizado para ello por el órgano legislativo, sino también, y aun en defecto de esta habilitación, cuando el Legislativo (el Congreso en el texto inicial del Proyecto) no pudiera reunirse, previsión que, obviamente, desaparecería de la redacción final del precepto.

La introducción de estas modificaciones puntuales no debe conducirnos a la conclusión de que este artículo suscitó una cierta actitud convergente por parte de las diferentes fuerzas políticas; bien al contrario, de nuevo se suscitaron posturas enfrentadas, especialmente entre Coalición Popular y el CDS.

El Grupo Parlamentario de Coalición Popular, a través específicamente de su enmienda Nº 48, defendió una notable ampliación de la competencia de la jurisdicción castrense en tiempo de guerra<sup>124</sup>; por el

---

(124) Las principales innovaciones de la enmienda eran éstas: 1) rechazar que el Gobierno pudiera determinar el ámbito sobre el que había de extender su competencia la jurisdicción militar; 2) habilitar a los Bandos de la Autoridad militar en ese sentido de ampliación del ámbito competencial de esta jurisdicción; 3) desvincular la exigencia de la comisión del delito fuera del suelo nacional de la competencia a que se refiere el

contrario, el CDS (enmiendas números 264, 265 y 266) trató de incidir sobre el texto en un sentido diametralmente opuesto<sup>125</sup>. Entre ambas posturas, la enmienda N<sup>o</sup> 285, del Grupo Socialista, iba a introducir en el precepto las modificaciones que en último término habrían de ser definitivas, y que se circunscribían a la sustitución de la referencia al Congreso de los Diputados por la alusión a las Cortes Generales, dando paso así a la intervención del Senado y a la supresión de la habilitación establecida en el Proyecto a favor del Gobierno para que éste pudiera atribuir a la Jurisdicción Militar el conocimiento de ciertos delitos comunes, aun no habiendo sido autorizado para ello por el Parlamento, cuando la Cámara Baja no pudiera reunirse.

Estas modificaciones, unidas a la alusión a las organizaciones aliadas en el apartado primero (propugnada por la enmienda N<sup>o</sup> 48 de Coalición Popular), desembocarían en que la Ponencia dejara ya perfilado en el texto de su Informe<sup>126</sup> el tenor definitivo del artículo, que ya no sufriría alteración alguna.

V. Una de las cuestiones que plantea el precepto es la de qué se entiende por "tiempo de guerra". Ya desde el propio texto del Proyecto

---

apartado tercero; 4) atribuir a la jurisdicción castrense el conocimiento de todos aquellos delitos cometidos en lugar militar, en buques o aeronaves españolas o en los espacios marítimos o aéreos sometidos a nuestra soberanía, y 5) residenciar en esta jurisdicción el conocimiento de los delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal (delitos contra la seguridad exterior del Estado).

(125) En esta dirección, en su enmienda N<sup>o</sup> 264, el CDS rechazaba que la determinación del ámbito competencial pudiera quedar a la libre decisión del Gobierno, a cuyo efecto propugnaba que dicho ámbito fuera predeterminado por las Cortes Generales al autorizar al Rey para declarar la guerra. En la enmienda N<sup>o</sup> 265, el CDS rechazaba que el Gobierno pudiese quedar autorizado (como establecía el apartado segundo del art. 13 del Proyecto) a transformar delitos comunes en delitos militares. Bien es verdad que el Gobierno no quedaba autorizado para ello, sino tan sólo para atribuir al conocimiento de la jurisdicción castrense una serie de delitos comunes. En todo caso, para el CDS esta atribución sólo debía poder hacerse por Ley Orgánica o por el Congreso de los Diputados, por mayoría absoluta. Por último, en su enmienda N<sup>o</sup> 266, el CDS proponía la sustitución de la palabra "suelo" por la de "territorio".

(126) Puede verse el Informe en BOCG, Congreso, III Legislatura, Serie A, N<sup>o</sup> 11-5, 25 de febrero de 1987, págs. 127 y sigs.

se daría una adecuada respuesta a la misma. El párrafo final del art. 13 del Proyecto –que no sufriría innovación alguna en el “iter” legislativo– prescribía que: “A los efectos de esta Ley la locución ‘tiempo de guerra’ se entenderá en los términos definidos en el art. 14 del Código Penal Militar”. Ello significaba que a esta situación del “tiempo de guerra” podía llegarse por una de estas tres circunstancias:

- Por la declaración formal de guerra.
- Por el hecho de ser decretada la movilización para una guerra inminente. Y
- Por la ruptura generalizada de hostilidades con potencia extranjera.

La precisión del párrafo final del art. 13 era inexcusable por cuanto, de haber guardado silencio el legislador, podría haberse planteado la duda de si la antedicha locución debía interpretarse en el sentido más restrictivo en que lo hace el art. 25 del propio Código Penal Militar, que al referirse a la pena de muerte en tiempo de guerra, circunscribe su imposición (siempre en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia) a los supuestos en que la guerra haya sido declarada formalmente o a aquellos otros en que exista ruptura generalizada de hostilidades con potencia extranjera, con lo que se excluye el de haber sido decretada la movilización.

En una dirección restrictiva aún más drástica que la apuntada por el art. 25 del Código castrense se situaba la enmienda N<sup>o</sup> 267 del Grupo del CDS, de conformidad con la cual, el párrafo final del art. 13 debía quedar redactado en los siguientes términos:

“A los efectos de esta Ley la locución ‘tiempo de guerra’ se entenderá como la situación que comienza con la ruptura generalizada de hostilidades con potencia extranjera, necesita de declaración formal de guerra, incluso cuando acontecimientos extraordinariamente imprevistos impidan esta declaración, desembocando en una situación real de generalización de hostilidades”.

Aun cuando la redacción de esta enmienda no es precisamente un modelo gramatical, de ella queda clara la exclusión de la movilización como circunstancia habilitante para una posible ampliación de competencias de

la jurisdicción castrense, con lo que parece seguirse la fórmula del art. 25 del Código; sin embargo, esta fórmula será todavía más reducida al venir a exigirse la conjunción de las dos circunstancias contempladas por aquel precepto, esto es, la declaración formal de guerra y la ruptura generalizada de hostilidades. Según la propuesta del CDS, muy poco afortunada a nuestro modo de ver, el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar no podría verse ampliado sino una vez iniciadas las hostilidades; ahora bien, no bastaría con el inicio del enfrentamiento armado, sino que sería asimismo exigible una formalización de la declaración de guerra en la que las Cortes Generales, (como ya comentáramos al aludir a la enmienda Nº 264 del propio CDS al autorizar al Rey para declarar la guerra, habrían de precisar el ámbito a que debía extenderse la competencia de la jurisdicción castrense.

Cómo fácilmente puede colegirse, carece de toda lógica elevar el listón de las condiciones exigidas para la ampliación del ámbito competencial de la jurisdicción castrense por encima del que rige para la aplicación de la pena de muerte por los órganos jurisdiccionales militares.

Rechazada la enmienda centrista, el tema ya no volvería a suscitarse, quedando, pues, como definitiva la interpretación de la locución “tiempo de guerra” en el sentido previsto por el art. 14 del Código Penal Militar, lo que resultaba absolutamente coherente con la cohesión que deben guardar entre sí las Leyes a que nos venimos refiriendo.

VI. Debemos subrayar ahora el carácter no automático de la ampliación de competencias de la jurisdicción castrense en tiempo de guerra. El art. 13 LOCOJM suministra un marco legal habilitante en orden a esa ampliación, pero ésta requerirá de una previa decisión del Gobierno, que habrá de concretar el ámbito de actuación de la Jurisdicción Militar.

Esta intervención gubernamental, si bien resultaría absolutamente anómala en situaciones de normalidad, no lo es tanto en tiempo de guerra, pues ya nos hemos referido a la trascendencia que tal situación entraña para el Derecho Militar. Por lo demás, parece lógica la intervención del Gobierno, pues es éste quien debe responsabilizarse de la defensa del Estado, como señala el art. 97 de nuestra “Lex superior”, Más aún, al Presidente del Gobierno le corresponderá la dirección de la guerra (art. 8º.2 de la Ley Orgánica 6/1980), asesorado por la Junta de Jefes de Estado Mayor, órgano colegiado de asesoramiento militar en todo aquello

que se refiera, entre otros aspectos, a las medidas necesarias para asegurar que los Ejércitos mantengan en todo momento la máxima eficacia operativa conjunta (art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1980).

De otro lado, conviene advertir que tampoco el Gobierno queda habilitado para decidir a su libre y entero arbitrio; bien al contrario, su determinación debe ceñirse a las previsiones de los cuatro apartados del art. 13, siendo de notar, además, que en lo que hace al conocimiento por la jurisdicción castrense de delitos comunes con independencia de quien sea el sujeto activo y el lugar en que se cometan, es decir, en el punto que verdaderamente implica una notabilísima ampliación competencial, el Gobierno ha de ajustarse a lo que previamente hayan determinado las leyes o las Cortes Generales, salvo cuando hubiere sido autorizado por estas últimas de modo expreso para concretar los delitos comunes de que puede conocer la jurisdicción castrense en este supuesto.

En definitiva, la Ley, partiendo de un principio general de expansión de la competencia de la jurisdicción castrense en tiempo de guerra, sujeta la modificación de su ámbito de competencia a un complejo sistema de equilibrios entre las Cortes Generales y el Gobierno, que se refleja de modo muy especial en el apartado segundo del art. 13, y que se orienta a impedir una actuación absolutamente incontrolada por parte del Ejecutivo.

La asunción por las Cortes Generales de la función que asigna al Gobierno el inciso primero del art. 13 podría haber sido una imperiosa exigencia legal caso de haber identificado "tiempo de guerra" con declaración formal de guerra que, como ya vimos, corresponde formalizar al Rey previa autorización de las Cortes Generales (art. 63.3 de la Constitución); sin embargo, la locución "tiempo de guerra" debe entenderse en el sentido del art. 14 del Código Penal Militar, con lo que no cabe aquella identificación. Y todo ello sin perjuicio del reconocimiento de lo escasamente funcional que sería atribuir a las Cortes Generales tal decisión en una situación de ruptura generalizada de hostilidades, circunstancia, por lo demás, común a todas las guerras de nuestros días, que suelen producirse sin que medie previamente una declaración formal de guerra.

VII. Hemos de referirnos finalmente a las últimas competencias que enuncian los artículos 17 y 18 LOCOJM. En su esencia, a través de tales preceptos, se confiere a los Tribunales Militares la tutela jurisdiccional de

los sancionados en virtud del ejercicio de la potestad disciplinaria militar, sustantivamente regulada por la Ley Orgánica 12/1985. El Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1987 justifica la competencia a que ahora nos referimos en los siguientes términos:

*“Sin que ello signifique terciar en la vieja polémica sobre la naturaleza, penal o administrativa, de lo disciplinario, se estima que el ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la jurisdicción militar pero normativamente indeterminado, comprende también la potestad disciplinaria, ejercida en los distintos escalones de la organización esencialmente jerárquica de las Fuerzas Armadas, como tiene reconocido el Tribunal Constitucional”.*

Conviene en todo caso recordar que con las Leyes Orgánicas 12/1985 y 13/1985 se ha deslindado con nitidez el derecho penal militar del derecho disciplinario militar, lo que, entre otras consecuencias, ha supuesto que la potestad disciplinaria quede atribuida en exclusiva a las Autoridades y mandos castrenses a quienes por su función o cargo corresponda, de conformidad con los preceptos de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Consecuentemente, los órganos jurisdiccionales militares dejan de conocer indiscriminadamente de las faltas, a diferencia de lo que sucedía con el Código de Justicia Militar de 1945. Es por ello mismo por lo que su intervención se circunscribe a la tutela de los derechos de quienes recurran contra las sanciones disciplinarias que les hayan sido impuestas en aplicación de la citada Ley Orgánica de Régimen Disciplinario.

El principio de fiscalización jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa, de un lado, y el de tutela jurisdiccional de las libertades y derechos a que se refiere el art. 53.2 de nuestra Norma suprema, de otro, exigen que la Autoridad administrativa militar esté sujeta a un control jurisdiccional. Así las cosas, la consideración del Tribunal Constitucional en el sentido de que el ejercicio de la potestad disciplinaria militar cae dentro del “ámbito estrictamente castrense”, conducía irreversiblemente a atribuir a los órganos jurisdiccionales militares la competencia a que ahora nos referimos.

De conformidad con los artículos 17 y 18 LOCOJM, corresponde a la Jurisdicción Militar: 1º) la tutela de los derechos de quienes recurran

contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; 2º) la tutela de los derechos que concedan las normas de su desarrollo; 3º) la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar, y 4º) la imposición de sanciones en vía disciplinaria judicial a todos cuantos intervengan en los procedimientos judiciales militares y a los que infrinjan la policía de estrados.

El Proyecto, en sus artículos 17 y 18, se refería exclusivamente a la tutela jurisdiccional de todos los sancionados disciplinariamente (art. 17) y a la competencia para la imposición de sanciones en vía disciplinaria judicial. Sin embargo, el Informe de la Ponencia, a la vista de las enmiendas números 51 (Grupo de Coalición Popular) y 287 (Grupo Socialista), daría una nueva redacción al artículo 17, que a la postre habría de ser la definitiva; a tal efecto, se precisaría en ese artículo que la tutela de los derechos de los sancionados disciplinariamente se extiende sólo respecto de quienes recurran, no respecto de todos los sancionados (como preveía el texto inicial del art. 17 del Proyecto); tal tutela se había de ampliar igualmente a los derechos concedidos por las normas de desarrollo de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario; por último, en coherencia con el art. 18, que contemplaba como ya dijimos, la competencia de la jurisdicción castrense para la imposición de sanciones en vía disciplinaria judicial, la Ponencia atribuía a esa jurisdicción la tutela jurisdiccional de quienes recurrieran contra este último tipo de sanciones, que obviamente no son sino meras sanciones administrativas.

Hay que recordar asimismo que a lo largo del “iter” legislativo de la Ley se intentó en varias ocasiones contemplar en un precepto específico la competencia de la jurisdicción castrense para conocer en el procedimiento de “habeas corpus” en los términos previstos por la Ley Orgánica reguladora de esta institución, previsión que finalmente no fue incorporada al texto de la Ley, lo que se explica por la redundancia que tal previsión hubiese entrañado. En todo caso, conviene recordar aquí que el último párrafo del art. 2º de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “habeas corpus”, atribuye al Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención, la competencia para conocer la solicitud de “habeas corpus” en el ámbito de la jurisdicción castrense.



VIII. A la vista de todo lo expuesto, cabe concluir significado que la Ley Orgánica 4/1987 ha venido a consolidar la limitación de la competencia de la jurisdicción castrense, en su esencia, al ámbito delineado por la legislación penal militar, que, en cuanto tiene por objeto la específica tutela en todos sus órdenes del potencial bélico del Estado<sup>127</sup>, viene a limitar el marco competencial de tal jurisdicción al ámbito estrictamente castrense, lo que casa con la interpretación restrictiva de tal ámbito sobre la que, como en otro momento ya significamos, se ha sentado una reiterada jurisprudencia<sup>128</sup>.

### **E) Las modificaciones introducidas en el Código Penal Militar por la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar**

La Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, ha modificado el Código Penal Militar en algunos de sus preceptos, y en conexión con esa alteración, ha reformado asimismo el Código Penal común, circunstancias ambas que ya en la Exposición de Motivos del Proyecto<sup>129</sup> se justificarían en cuanto tiene de innovador la Ley respecto de la situación anterior. Con estas modificaciones se pretende dar una nueva regulación a los tipos y figuras que afectan al personal que cumple el servicio militar.

---

(127) En tal sentido, Antonio Millán Garrido: "Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar", en REDEM, Nº 53, tomo I, enero-junio 1989, págs. 107 y sigs.; en concreto, pág. 117.

(128) Así, por ejemplo, en su Sentencia de 11 de diciembre de 1989, recaída en el conflicto de jurisdicción Nº 7/1988, la Sala de Conflictos de Jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la militar, significaba que "dado el carácter especial de la jurisdicción militar, el ámbito de la misma debe ser interpretado restrictivamente, por lo que -en principio- el conocimiento de los procesos penales debe presumirse atribuido a la jurisdicción ordinaria, que es fuero atrayente". Asimismo, en su Sentencia de 14 de diciembre de 1989 (recaída en el conflicto de jurisdicción Nº 3/1989), la propia Sala insistía en que "dado el carácter especial de la jurisdicción militar, procede interpretar restrictivamente su ámbito de competencias".

(129) Puede verse el Proyecto en BOCG, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, Nº 60-1, 16 de septiembre de 1991, págs. 1 y sigs.

Son las Disposiciones séptima y octava de la Ley las que, respectivamente, inciden sobre el Código Penal y sobre el Código Penal Militar. Ambas, por lo demás están estrechamente interrelacionadas.

Las referidas reformas legales pueden sistematizarse del siguiente modo:

- 1ª) Introducción de un nuevo tipo penal que contempla la desobediencia reiterada y permanente a las órdenes legítimas de los superiores<sup>130</sup>. A tal efecto, el apartado primero de la Disposición Adicional octava introduce un nuevo párrafo en el art. 102 del Código castrense, precepto que tipifica el delito de desobediencia.
- 2ª) Articulación más racional de los delitos de abandono de destino o residencia (art. 119 del Código Penal Militar) y desertión (art. 120 de la misma Ley).

En su redacción inicial el Código separaba ambos tipos en atención al sujeto activo de los mismos, que era contemplado además de modo residual: sujeto activo del primero de esos tipos sólo podía ser un oficial general, oficial, suboficial o asimilado, mientras que el sujeto activo de la desertión era el militar no comprendido entre los anteriores, lo que apuntaba directamente al militar de reemplazo, si bien, como se ha advertido<sup>131</sup>, también otros militares cuya permanencia en las Fuerzas Armadas es por completo ajena al cumplimiento del servicio militar podían resultar igualmente reos del delito de desertión (cadetes y guardiamarinas, por ejemplo).

La rigidez de esta normación, de conformidad con la cual bastaba con la ausencia injustificada de la unidad o destino por un período de tres días para entender cometido el delito de desertión, era evidente y ha sido subsanada con indudable

---

(130) Esta modificación tiene su origen inmediato en la enmienda Nº 177 del Grupo Parlamentario Socialista del Senado. Puede verse en BOCG, Senado, IV Legislatura, Serie II, Nº 57, (c), 21 de noviembre de 1991, págs. 68-69.

(131) Juan M. García Labajo: "Delito de desertión militar", en Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coords.), "Comentarios al Código Penal Militar", op. cit., pág. 1505 y sigs.; en concreto, págs. 1522-1523.

acierto por los apartados segundo, tercero y cuarto de la Disposición Adicional octava.

Con la nueva normación se prevé (en un nuevo artículo 119 bis que se añade al Código castrense) que el militar de reemplazo también pueda ser sujeto activo del delito de abandono de destino o residencia, tipificándose esta conducta en términos idénticos a igual tipo cuando el sujeto activo es un militar profesional (nueva redacción del art. 119), con la única salvedad del tiempo que ha de transcurrir para la comisión del delito: más de tres días cuando el sujeto activo es un militar profesional (art. 119 bis).

Esta normación se complementa con la nueva redacción dada al art. 120 (delito de desertión), a tenor de la cual, puede ser sujeto activo de la desertión cualquier militar, esto es, profesional o de reemplazo, caracterizándose este tipo por el ánimo que debe presidir la ausencia de la unidad o destino: sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

- 3º) Supresión del art. 105 del Código, que venía a establecer una causa de justificación de la conducta de abuso de autoridad en determinados supuestos.
- 4º) Finalmente –y esta es en realidad la innovación que en el contexto de este trabajo tiene auténtico interés–, supresión de los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar, y en conexión con ellos, el art. 128, preceptos (los dos primeros) que tipificaban conductas contrarias al deber de prestación del servicio militar: no incorporación del recluta citado reglamentariamente para su presentación (art. 124) y negativa a cumplir el servicio militar sin que exista causa legal para ello (art. 127).

La supresión de ambos tipos va acompañada (Disposición Adicional séptima de la Ley) de la adición al Código Penal de una nueva Sección que bajo el rótulo “De los delitos contra el deber de prestación del servicio militar”, viene, en su esencia, a tipificar ambas conductas delictivas: la no incorporación de las Fuerzas Armadas una vez citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar y la negativa sin causa legal a

dicho cumplimiento. Esta innovación, como es patente, implica de modo automático que pase a la jurisdicción ordinaria la competencia para el conocimiento de tales conductas. Estamos ante una opción legítima de política legislativa, aunque no deja de resultar un tanto sorprendente tras la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 60/1991, de 14 de marzo<sup>132</sup>, en la que rechazó los argumentos esgrimidos por el auto de 27 de febrero de 1990, del Juzgado Territorial N° 46, con sede en Pamplona, planteando la cuestión de inconstitucionalidad “de atribuir a la jurisdicción castrense, por imperativo del art. 127 del Código Penal Militar, la conducta de negativa ilegal a la prestación del servicio militar en tiempo de paz”.

Tras la reforma legislativa que comentamos, el llamado delito de insumisión ha pasado, pues, a la competencia de la jurisdicción ordinaria, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

---

(132) Cfr. Francisco Fernández Segado: “La jurisdicción militar en la doctrina constitucional”, en *Revista General de Derecho*, N° 562-563, julio-agosto 1991, págs. 5847 y sigs.

# El Estado Militar (\*)

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Universidad de Bologna  
(Italia)

**SUMARIO:** I. Estado militar y gobiernos militares. II. Influencia externa y gobiernos militares indirectos: a) Simple "influencia" y gobiernos militares indirectos. b) Gobierno militar directo en sectores de intervención reservados. III. Las Constituciones alemanas de 1850 y 1871 y la Constitución japonesa de 1889. IV. La Constitución portuguesa de 1976. c) Gobierno militar directo sin limitaciones sectoriales. d) Funciones de tutela sobre el gobierno civil y gobierno directo eventual "con intermitencia". V. Sobre la naturaleza autoritaria de los gobiernos militares.

## I. ESTADO MILITAR Y GOBIERNOS MILITARES

En la forma de Estado de derivación liberal, como se indicó a su tiempo, el elemento social dominante es el civil y el militar se considera como técnico profesional de la violencia bélica condicionado por las directrices de los órganos civiles a los que está subordinado<sup>1</sup>. El llamado

---

(\*) El presente texto del profesor GIUSEPPE DE VERGOTTINI, proviene de su obra *Diritto Costituzionale Comparato*, cuarta edizione, Cedam, Padova, 1993, pp. 926-942, especialmente remitido por su autor para el presente *Libro-Homenaje*, mediante carta de 23 de junio de 1994. La traducción al castellano y su revisión técnica ha corrido a cargo del equipo editorial y teniendo como referencia la traducción que hizo PABLO LUCAS VERDU de la primera edición italiana de 1981 (Los coordinadores).

(1) Cfr. parte II, cap. I, pár. 15, de mi libro *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª edición, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985.

*poder militar* (noción sociológica y politológica, no jurídica) se configura como aparato burocrático dotado de atributos consultivos, preparatorios y ejecutivos respecto a las opciones de orientación de los órganos políticos formados por persona civil. En el Estado socialista, la preeminencia se reserva al partido-guía y a los órganos del poder estatal entendidos como expresión de toda la sociedad civil. En el Estado autoritario es el vértice del partido y del gobierno, expresión de toda la sociedad (diversamente identificada con el pueblo o con la comunidad racial), quien tiene preeminencia. También en estas dos formas de Estado el llamado poder militar está *jurídicamente subordinado* a la orientación política de los órganos que se conectan con toda la sociedad nacional. Situación parecida se da, formalmente, en muchos Estados recién independizados.

En contraste con esta orientación, hay Estados en donde los militares desarrollan una función política activa que va desde la simple influencia al ejercicio del poder de decisión política, en sustitución de los civiles<sup>2</sup>. En esta hipótesis los militares intervienen *en cuanto* estructura organizada portadora de sus valores propios y, por tanto, de una concepción también suya de la vida de toda la sociedad y no simplemente en cuanto personas que revisten en *status jurídico* particular que los distingue de otros dependientes de las administraciones públicas. El éxito de la intervención puede ser un flanqueamiento del poder civil por el militar y, a mayor abundamiento, la sustitución del poder civil por el militar. Dado que la intervención militar se hace por lo general fuera o contra las reglas constitucionales, y puesto que una vez inmiscuidos, los gobiernos militares ejercen su función fuera de los principios y procedimientos que se identifican generalmente con los propios de los ordenamientos democráticos, se

---

(2) Sobre el papel político de los militares hay una vastísima literatura que estudia el problema desde una perspectiva sociológica y politológica. Cfr. HUNTINGTON, S.P.: *The Soldier and the State*. Cambridge, Mass., 1957; JANOWITZ, M.: *The Professional Soldier*. Glencoe 1960; DAALDER, H.: *The Role of the Military in the Emergent Countries*. The Hague, 1962; FINER, S.E.: *The Man on the Horseback*. London, 1962; LUCKHAM, A. R.: *A Comparative Typology of Civil-Military Relations*. G.O., 1971, págs. 5 y sigs.; PASQUINO, G.: *Militari e potere in America latina*. Bologna, 1974; idem: *voz Military Institutions and Coercition in Developing Nations*. Chicago, 1977; NORDLINGER, E.: *Soldiers in Politics, Military Coups and Governements*. Englewood Cliffs, 1977.

afirma que los ordenamientos caracterizados por la función activa de los militares son autoritarios<sup>3</sup>.

Después de estas sumarias premisas es menester aclarar hasta qué punto la función de los militares puede influir en el ordenamiento global de un Estado imponiendo principios y procedimientos que puedan valer para toda la sociedad. Con este fin es posible comprobar, que por lo general, cuando la organización militar asume el control del Estado ejerciendo las funciones constitucionales y en particular la de orientación, pretende representar a toda la sociedad estatal y no sólo a la sociedad militar, además a la civil que se margina del juego político. Empero, no es fácil suponer la *total identificación de la sociedad con el elemento militar*. En efecto, la reducción de toda la sociedad a la sociedad militarizada es un resultado que tal vez se obtiene sólo en las sociedades guerreras de antaño y en los períodos de crisis vinculados a los grandes conflictos internacionales. Desde esta última perspectiva la moderna guerra "total" que afecta globalmente a toda la población del Estado se ha considerado como condición de una nueva posible reestructuración de la sociedad por entero según modelos militares<sup>4</sup>. Sólo en este último caso se podría hablar de "Estado Militar" mientras que a los otros cuadra la calificación de "gobierno militar", en cuanto que sólo la organización de la cúspide del Estado está controlada por los militares.

## II. INFLUENCIA EXTERNA Y GOBIERNOS MILITARES INDIRECTOS

Los definidos genéricamente como gobiernos militares comprenden, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, una serie bastante articulada de supuestos. Admitido que el criterio determinante para determinar

---

(3) Cfr. expresamente, FINER, S.E.: *Militari e politica nel Terzo mondo* (1958-1980). Rivista Italiana di Scienza Politica, 1980, 1, pág. 27. Cfr. el citado escrito de LINZ: *Totalitarianism and Authoritarian Regimes, passim*, sobre la inserción de los regímenes "burocráticos-militares" en el marco de los regímenes autoritarios que se incluyen en la tipología de los regímenes definidos como no democráticos.

(4) Cfr. Lasswell, H.: *The Garrison State*, en *American Journal of Sociology*, 1941, págs. 455 y sigs.; idem: *The Garrison State Hypothesis Today*, en Huntington, S. P.: *Changing Patterns of Military Politics*. New York, 1962, págs. 51 y sigs.

esta forma de gobierno es la titularidad de la orientación política y las relaciones entre los órganos titulares del mismo (cuando existan varios órganos), se distinguen las hipótesis en que los militares ejercen sólo un influjo, en vía informal, de otras en las que se consideran formalmente titulares de funciones constitucionales.

### **a) Simple "influencia" y gobiernos militares indirectos**

La hipótesis de la "influencia" de los militares sobre los órganos constitucionales entraña una dificultad objetiva de análisis bajo el punto de vista constitucional, ya que no siempre es fácil distinguir entre una intervención operada respecto a los órganos civiles sin expropiar su capacidad de decisión política y una intervención que sustancialmente imponga las decisiones políticas a los órganos civiles<sup>5</sup>. En el caso en que la influencia se manifieste como condicionamiento no total ni sistemático de los órganos constitucionales civiles, se puede estimar que los militares actúan como *grupo de presión*<sup>6</sup> sin comprometer la función de orientación de los órganos constitucionales civiles. La línea de demarcación entre gobiernos civiles y militares se rebasaría, en cambio, cuando la función de los militares acaba por manifestarse como *sostén determinante* de los gobiernos civiles<sup>7</sup>, y cuando los militares, aunque estén formalmente fuera de los órganos constitucionales, desarrollen un *condicionamiento deter-*

---

(5) Para un análisis de la gradación de las intervenciones de los militares que pasan a través de varios modelos (influjo, presión, remoción del gobierno civil, sustitución de un gobierno civil por otro militar), cfr. FINER, S. E.: *The Man*, cit., págs. 86 y sigs.

(6) Indicaciones sobre este papel, cfr. VAGTS, A.: *A History of Militarism*. New York, 1937, reimpresión, 1967, págs. 318 y sigs.; GIRARDET, R.: *Pouvoir civil et pouvoir militaire dans la France contemporaine*. Revue française de Science Politique, 1960, págs. 5 y sigs.; DUVERGER, M.: *Institutions*, 1, cit., págs. 417 y sigs.

(7) Por ejemplo, en el caso de Filipinas, cuyo presidente es sostenido por las fuerzas armadas (cfr. FINER, S. E.: *Militari*, cit., pág. 24). Para la definición del gobierno indirecto como condicionamiento sustancial, FINER, S. E.: *The Man*, cit., págs. 167 y sigs. Para ejemplos (en el caso de Guatemala, El Salvador, Nicaragua), cfr. FINER, S. E.: *Militari*, cit., pág. 25. En estas hipótesis se habla también de "tutela" militar sobre gobiernos que pueden ser formalmente dirigidos por civiles o de gobiernos militares camuflados DUVERGER, M.: *Institutions*, 1, cit., págs. 415 y sigs.



*minante y continuado* de las funciones de los órganos constitucionales. Los gobiernos civiles sostenidos o condicionados por los militares, que por tanto desarrollan una función sustancial de orientación, se califican como gobiernos militares *indirectos*.

### **b) Gobierno militar directo en sectores de intervención reservados**

Las soluciones constitucionales que suponen una titularidad de la orientación en favor de los militares, conciernen, en primer lugar, a la hipótesis en que se da una neta distribución entre materias que cubren los intereses relativos a la seguridad del Estado, de modo que se establece una *competencia reservada militar* y la generalidad de las demás materias a las que se reconoce la competencia civil. Los órganos constitucionales civiles y los órganos constitucionales militares son *separados pero coordinados* entre sí por otro órgano (el jefe del Estado).

Ejemplos de esta fórmula de *separación-coordinación* se dan en la actuación de las Constituciones prusiana y alemana de 1850 y 1871 y, textualmente, en la Constitución japonesa de 1889, todas ellas configuradas por el dualismo entre el poder civil y el militar, así como en la reciente Constitución portuguesa de 1976.

### **III. LAS CONSTITUCIONES ALEMANAS DE 1850 Y LA CONSTITUCION JAPONESA DE 1889**

Los sistemas constitucionales del segundo *Reich*, y el japonés, se caracterizan por una solución organizadora de las relaciones entre el poder político civil y la organización militar profundamente diversa de la elegida para la normalidad de las relaciones que corren entre el pluralismo y las restantes distribuciones de la organización administrativa. La comparación de los dos ordenamientos permite, efectivamente, determinar una profunda modificación del esquema típico de la monarquía constitucional, en la cual, el primer ministro (canciller) sometido al control de la cámara representativa y condicionado por la confianza del monarca era responsable ante ambos órganos de la actividad de la administración, directamente sometida a su orientación. En efecto, derogando el principio organizativo que quería sólo al canciller como intermediario entre el soberano (y las cámaras) y la administración, los sistemas constitucionales citados reconocían

a los órganos de la cúspide de la organización militar el *derecho al acceso inmediato al soberano*, provocando así un desdoblamiento del esquema organizativo del gobierno con una doble descendencia del vértice constitucional, una para todos los asuntos civiles (no militares) que suponía una relación directa entre el canciller y el monarca, excluyendo a los exponentes de las diversas demarcaciones administrativas del área de determinación de las elecciones de la orientación política; la otra para los asuntos militares que suponía una relación directa entre los exponentes del vértice de la administración militar y el monarca, con exclusión del anillo intermedio de la cadena organizativa, representado, por lo regular, por el canciller.

Tal situación anómala no sólo sustraía al gobierno un área importante de decisión, además implicaba, paralelamente, la imposibilidad de un efectivo control parlamentario sobre las opciones reservadas al soberano y a los órganos militares; en cuanto al primero por la vigencia indiscutida del principio de irresponsabilidad regia; en cuanto a los segundos, por la imposibilidad práctica de facilitar el principio de responsabilidad ministerial. Consecuencia inevitable era la toma de funciones de orientación política por parte de los órganos del vértice de la organización militar: estas fueron primero circunscritas al sector de las fuerzas armadas para luego afectar a toda la actividad del ordenamiento debido, especialmente, a la participación determinante de los órganos militares en la formación de las opciones relativas a la política extranjera.

Con estas premisas puede citarse, en particular, al ordenamiento prusiano-alemán en el cual, a partir del fracaso de las soluciones liberales planteadas en el período culminante con la revolución de 1848, el elemento militar tendió siempre más marcadamente a aproximarse al área de determinación de las opciones constitucionales. Dejando a salvo, por lo menos formalmente, el poder de decisión del soberano en las cuestiones relativas a la seguridad (Cfr. en particular, los artículos 35, 46, 47, 48 de la Constitución del *Reich* de 1871); los órganos militares de la cúspide tendieron, progresivamente, a sustraerse a la dependencia del canciller y a las formas de control indirecto desarrollado por la cámara sobre la organización militar mediante el control directo del ministerio. Esto fue posible consiguiendo que no tuviesen que prestar juramento de fidelidad a la Constitución (Cfr. artículo 108 de la Constitución de 1848); sustrayendo

también al refrendo ministerial los actos del jefe del Estado relativos al mando, al servicio militar y a los asuntos del personal militar (según un decreto de 1861); vaciando de cualquier poder efectivo sobre la administración militar al ministro de la guerra en beneficio del Estado mayor y del gabinete militar -formado por militares y directamente vinculado al soberano y sustraído a cualquier tipo de responsabilidad ante el parlamento- (proceso que se inició después de la unificación de 1871 y culminó en el primer conflicto mundial); afirmando el principio del control saltuario y limitado del parlamento de la administración militar, obteniendo (en 1874) la votación septenal de la ley del presupuesto al término del llamado *konfliktzeit* (1859-1866), que concluyó con la ratificación parlamentaria de las medidas adoptadas y aplicadas que violaron la Constitución; afirmando el derecho de acceso inmediato al soberano (*Inmediatstellung*) sorteando al canciller (decreto 24 de mayo de 1883). Consecuencia de tal compleja situación fue la cada vez más difusa participación de los militares en la adopción de la orientación política no sólo en el sector de las fuerzas armadas, además en la política exterior<sup>8</sup>.

Análogo *dualismo* aparece en la Constitución japonesa.

El ordenamiento japonés ofrecía un ejemplo exhaustivo de independencia del poder militar respecto al civil.

La Constitución de 1889 colocaba, en el vértice del ordenamiento al emperador (artículos 1 y sigs.), con amplias atribuciones en materias de orientación política, de tutela de la seguridad (artículos 11-13). Descendían de tal órgano dos líneas organizativas: 1) la civil que comprendía al primer ministro y a los responsables de los departamentos civiles (artículos 55-56), en ella sólo el primer ministro tenía acceso directo al emperador; 2) la militar, que englobaba a los ministros responsables de las carteras militares, que no debían pasar a través de primer ministro para llegar al

---

(8) Sobre el papel del gabinete militar existe una amplia literatura, HUBER, F. R.: *Heer und Staat in der deutschen Geschichte*. Hamburg, 1938, págs. 179 y sigs.; HÖRN, R.: *Verfassungskampf und Heeresleid. Der Kampf des Bürgertums um das Heer (1815-1850)*. Leipzig, 1938, págs. 343 y sigs.; SCHMIDT-BÜCKEBURG, R.: *Das Militärkabinett der preussischen Könige und deutschen kaiser*. Berlin, 1933, *passim*; CRAIG, G. A.: *The Politics of The Prussian Army, 1640-1945*. Oxford, 1955.

emperador (artículo 7 de la ordenanza de 24 de diciembre de 1889). La situación particular de los ministros militares no se infería, expresamente, de la Constitución. Alcanzó amplio conocimiento en las relaciones entre el emperador y las fuerzas armadas y por ende en la legislación. A partir de 1900 la función de los militares se reforzó, estableciéndose que sólo los oficiales superiores podían ser nombrados ministros de la guerra y marina. Además, una costumbre constitucional conformó el principio de la permanencia en funciones de los ministros militares cuantas veces el gabinete presentase la dimisión. Por otra parte, los mismos ministros militares podían provocar una crisis presentando sus dimisiones, lo que no consideraba como simple reajuste. El dualismo gobernante jugaba, principalmente, en favor de la parte militar del gobierno: en efecto, exceptuando breves períodos que se inclinaron por el elemento civil (1929-1931), el militar tuvo neto predominio no sólo en la orientación política de la defensa, además en la formación de las decisiones más importantes de política interna e internacional<sup>9</sup>.

#### IV. LA CONSTITUCION PORTUGUESA DE 1976

Un sistema de *separación y coordinación* entre el poder civil y el militar se configura también en la Constitución portuguesa de 1976, que reconoce a un órgano militar (el Consejo de la Revolución) una reserva de competencia en las materias relativas a la seguridad, estructurándolo de modo que se vincule directamente al jefe del Estado que lo preside. Existen, pues, en esta Constitución, dos estructuras paralelas: una encabezada por el gobierno y otra por el Consejo de la Revolución, entrambas coordinadas por el presidente de la República<sup>10</sup>.

---

(9) TAKEUCHI, T.: *War and Diplomacy in the Japanese Empire*. New York, 1935, págs. 15 y sigs.; YANAGA, C.: *The Military and the Government in Japan*, *American Political Science Review*, 1941, págs. 528 y sigs.

(10) Sobre la función de los militares en la formación de la Constitución de 1976, cfr. DE VERGOTTINI, G.: *Le origini della seconda repubblica portoghese, passim*, y para la normativa contenida en la Constitución, págs. 171 y sigs., cfr. además, MIRANDA, J.: *A Constitucáo de 1976*, cit., págs. 406 y sigs; idem: *Manual de direito constitucional*, I Coimbra, 1981, págs. 300 y sigs.

Para comprender la razón de esta resolución organizativa es menester recordar la función constituyente ejercida en la fase transitoria (a partir de 1974) por el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA) y el peso que tuvo, seguidamente, el MFA en los acuerdos alcanzados con las fuerzas políticas civiles, en particular mediante el pacto firmado, en 1976, que condicionó la actividad de la Asamblea constituyente. Conforme a este pacto, el Consejo de la Revolución logró que se le reconociese una *reserva legislativa* sólo en la materia militar que comprendía: la organización, funcionamiento y disciplina de las fuerzas armadas y la aprobación de los tratados internacionales concernientes a los problemas militares.

En otras materias el Consejo perdía los poderes de orientación, sanción y sustitución que tuvo precedentemente, aunque se le reconoció facultades de intervención en cuanto *garante de la Constitución*. En este aspecto el Consejo podría enviar recomendaciones para estimular promesas constitucionales, pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley o de leyes ya aprobadas, previa intervención de una comisión constitucional, intervenir en el procedimiento que conduce al veto suspensivo de una ley parlamentaria. En el procedimiento de revisión constitucional se le había reconocido un consenso preventivo. En materia de orientación política general, aun presuponiendo una competencia primaria del presidente de la República, el Consejo intervendría con "autorizaciones" y "dictámenes" previos sobre la acción del jefe del Estado.

Las cláusulas del nuevo pacto parecían, pues, revalorizar la posición constitucional del poder civil respecto al poder militar. El órgano formado por exponentes de la sociedad militar, se limitaba formalmente en sus atribuciones con una opción constitucional reducida respecto a la realizada en la fase transitoria. Los órganos constitucionales, expresión de la entera colectividad nacional, recibían, en cambio, las facultades más extensas. Eran prácticamente significativas las atribuciones del jefe del Estado de tal naturaleza que atribuían al futuro presidente una suma realmente amplia de poderes no carecía de significado para la futura articulación de las relaciones entre el poder militar y el poder civil, en cuanto que numerosos elementos indicaban que, cuando el presidente fuese un militar, la elección popular directa confería de hecho al poder militar un peso mucho más significativo que el surgido del pacto. A este propósito, como ya se indicó, no parece casual que el pacto previese que el presidente de la República

presidiese el Consejo de la Revolución, órgano militar formado exclusivamente por exponentes militares. Es lícito sospechar que tal presidencia se haya previsto en el presupuesto que debía cubrirse por un militar. Además, el pacto preveía, teniendo en cuenta la experiencia constitucional portuguesa que, a diferencia de la tradición liberal de los otros países europeos, tal mando se entendiese también en sentido técnico-militar, y no como simple atribución formal para garantizar la subordinación del militar civil y que por tanto se pensase en su asignación a un exponente militar.

En la práctica, el nuevo pacto entre el MFA, y los partidos preconstituía la parte del texto constitucional relativa al poder político (parte tercera) para todo lo que se refería a la posición de los órganos militares. En particular, en la Constitución de 1976, en la parte general, relativa a los principios fundamentales, se aclaraba la colocación del MFA en cuanto a la titularidad y ejercicio del poder soberano. Admitido que la soberanía "reside en el pueblo", el MFA: "participa en alianza con el pueblo" en el ejercicio de la misma, según los términos de la Constitución, aparece como "garantizador de las conquistas democráticas y del proceso revolucionario" (artículo 3). Esta norma, de importancia fundamental y colocada entre los principios básicos de la Carta, convalidaba el papel primario del MFA, reconociéndole una legitimación igual a la popular en cuanto al ejercicio del poder soberano, si bien con el límite explícito de observar la Constitución según las garantías aseguradas por el Estado de Derecho. Una norma siguiente (artículo 10) reforzaba la legitimidad constitucional del Movimiento, puesto que confía a la "alianza entre el MFA y los partidos y organizaciones democráticas el desarrollo pacífico del proceso revolucionario". Lo que la Constitución entendía en concreto por participación en el ejercicio de la soberanía por parte del MFA emerge en la parte tercera a propósito de los órganos constitucionales, estimados conforme al pacto constitucional formado fuera de la constituyente. El Consejo de la Revolución se considera entre los órganos de la soberanía (artículo 113). Sus atribuciones son sintetizadas por el artículo 142 de la Carta: "El Consejo de la Revolución cumple funciones de Consejo del Presidente de la República y de garantía del funcionamiento regular de las instituciones democráticas, de garantizador de la actuación de la Constitución, de la fidelidad al espíritu de la Revolución portuguesa de 25 de abril de 1974 y de órgano político y legislativo en materia militar". Reemergente, pues, en el

texto constitucional las atribuciones previstas, analíticamente, en el pacto, confirmándose detalladamente la posición central del Consejo en la nueva estructura constitucional. Una vez más se confirma el equívoco nexo entre el presidente de la República y las fuerzas armadas. En efecto no sólo está prevista la estrecha colaboración entre el presidente y el Consejo de la Revolución, participando este último, por vía de autorización y de "emisión de dictámenes" en la parte más sustancial de las atribuciones presidenciales, además se confirma la presidencia del Consejo de la Revolución, así como el mando supremo de las fuerzas armadas a cargo del presidente de la República (artículo 123), prefigurándose la titularidad del oficio presidencial por un exponente militar.

Hasta aquí, la parte de la normativa constitucional que se refiere al concurso del MFA en el ejercicio de la soberanía mediante los órganos que la expresan.

Otro grupo importante, pero contradictorio de normas, se refiere a la *posición del aparato organizativo militar* en el marco constitucional, sobre el presupuesto de la separación entre el Movimiento, como fuerza política constitucionalizada, si bien es expresión de opiniones y orientaciones provenientes del sector militar, y las fuerzas armadas en su conjunto, entendidas como un sector administrativo de todo el aparato organizativo del Estado portugués. Desde este punto de vista, análogamente a la tradición constitucional de los Estados europeos de inspiración liberal, el aparato administrativo militar queda *subordinado*, explícitamente, al poder político (título X de la parte III). Son fundamentales dos artículos. El que prevé la obediencia "a los órganos de soberanía" competentes en los términos de la Constitución (artículo 274,3) y el que afirma que: "las Fuerzas Armadas portuguesas están al servicio del pueblo portugués y no de cualquier partido u organización, siendo rigurosamente apartidistas" y "los elementos de las Fuerzas Armadas portuguesas deben respetar los objetivos del pueblo fijados en la Constitución y no pueden aprovechar sus armas, posición o función, para imponer, influir o impedir la elección de una determinada vía política democrática" (artículo 275).

Estas normas prevén, pues, la *subordinación del aparato militar al poder político* disciplinado por la Constitución y la no injerencia de los militares en la política.

No se excluye, sin embargo, la presencia activa de los militares en la política, en cuanto que entre los órganos de la soberanía a la que se subordinan las fuerzas armadas, existe, además, el Consejo de la Revolución. Lo que se quiere excluir es que los militares aprovechen la fuerza de presión que dimana de su *status* y de su aparato, para condicionar a los políticos e influir en sus decisiones. Otra disposición que corrobora la subordinación tendencial del ordenamiento militar a la Constitución es la que limita la competencia del foro militar a los juicios en materia penal con referencia a los delitos militares (art. 218).

Como contexto de esta normativa que afirma la subordinación de las fuerzas armadas al poder político, que como hemos visto no es sólo civil, aparece otra que tiende a asegurar la permanencia de la *función activa de los militares* equivocando entre las misiones invocadas por el MFA y las de las fuerzas armadas en su conjunto. Se trata del artículo de la Constitución relativo a las funciones de las fuerzas armadas. Aparte de aquellas tradicionales que garantizan la independencia nacional, la unidad del Estado y la integridad del territorio (artículo 273,1) se les reconoce un papel político activo. En efecto, aquéllas en cuanto parte integrante del pueblo identificándose con el programa del MFA: “aseguran la continuación de la Revolución del 25 de abril de 1974” (artículo 273,2); “garantizan al funcionamiento regular de las instituciones democráticas y la actuación de la Constitución” (artículo 273,3); “tienen la misión histórica de garantizar las condiciones que permitan la transición pacífica y pluralista de la sociedad portuguesa a la democracia y al socialismo” (artículo 273,4); “colaboran en las tareas de reconstrucción nacional” (artículo 273,5).

Se comprende, fácilmente, que mientras la función de garantía, de la independencia nacional y las misiones tradicionales de defensa militar reclaman el papel convencional de las fuerzas armadas en un marco de subordinación a las directrices del poder político, las otras tareas presuponen el mantenimiento de una *función dinámica de la orientación*, no sólo en sede de garantía, pero, sobre todo, en sede la *propulsión* del ordenamiento. Trátase, entre otras cosas, de una atribución equívoca en la medida que al contradecir la orientación dominante y las indicaciones precisas inscritas en los principios fundamentales de la carta constitucional (Cfr. artículos 3 y 10) se confunde la función del Movimiento político de



los militares (MFA), que por esencia es actor y propulsor de la vigencia de la Constitución de 1976, pero utiliza los canales institucionales previstos en la disciplina de los órganos de la soberanía, con el entero aparato militar, y, en general, con todo el aparato organizativo formado por hombres, medios e instrumentos normativos que en otra parte de la Constitución, así como en la ley de reorganización del 26 de diciembre de 1975 se define subordinado al poder constitucional y sustraído a cualquier forma de actividad política directa o indirecta.

Concluyendo: la Constitución prevé un *equilibrio entre el poder militar y el poder civil* y revela un papel activo de primer plano de los militares. Efectivamente, hay una *reserva legislativa* del Consejo de la Revolución en materia militar (artículo 148) estableciéndose, en tal caso, una estructura constitucional militar paralela a la civil en materias circunscritas, capaces de adoptar actos equivalentes a los parlamentarios y gubernativos (artículo 149). Por lo demás, el Consejo opera como supervisor del comportamiento de los otros órganos constitucionales: garante de la actuación de la Constitución (artículo 146), garantizador del funcionamiento de las instituciones (artículo 145), garantizador de la fidelidad al espíritu de la revolución (artículo 147). Tales atribuciones, formalmente, de garantía, revelan, también, una forma de *colaboración* del Consejo con el presidente de la República en el ejercicio de un poder general de orientación política. Es, en consecuencia, evidente que los militares han elegido una vía de representación mediata de sus propios intereses mediante la presidencia de la República, órgano constitucional híbrido en el que confluye el componente militar y el civil. Si bien el presidente es expresión de la entera colectividad nacional era evidente que sería elegido entre los exponentes militares, como por lo demás confirman las disposiciones constitucionales que confían al presidente la presidencia del Consejo de la Revolución y el mando supremo de las fuerzas armadas y corrobora la práctica.

### **c) Gobierno militar directo sin limitaciones sectoriales**

En una segunda hipótesis puede preverse la *concentración* de toda las atribuciones más importantes de orientación a órganos militares: éstos acumulan a la competencia en materia de seguridad, la más amplia relativa a la orientación política general del Estado. Se trata del supuesto en que

habitualmente se habla de *gobierno militar directo* que se da en numerosas experiencias constitucionales del llamado Tercer Mundo<sup>11</sup>.

Las constituciones caracterizadas por tal forma de gobierno presentan algunas características constantes<sup>12</sup>.

- a) La seguridad nacional es en todas partes considerada valor constitucional primario, que tutela especialmente frente a otros valores de las constituciones liberales, las que, empero, continúan formalmente definidas como tales.
- b) Se esfuman los confines entre poder constituyente y poderes de actualización que continúa la normativa de rango constitucional. Tal situación es facilitada por el hecho de que los mismos órganos militares son al mismo tiempo titulares de los poderes de innovación del ordenamiento pre-vigente (poder constituyente) de revisión, y de actuación de la Constitución en los campos administrativo y normativo.

El poder constituyente deviene, pues, “continuado” en cuanto es inherente a la exigencia del gobierno militar. Esta doctrina emerge del Acto Institucional nº 3, de diciembre de 1966 del gobierno militar brasileño, como también del Decreto Ley Nº 788, de abril de 1974 de la Junta militar chilena que reconoció expresamente valor constituyente a los decretos que contenían normas jurídicas incompatibles con la precedente Constitución.

- c) El apoyo de las normas constitucionales consiste en artículos destinados a disciplinar situaciones en peligro. Múltiples disposiciones tienen por objeto medidas “provisionales” orientadas a suspender la vigencia de la normativa constitucional. Esto significa que incluso por períodos de larga duración, las normas constitucionales efectivamente vigentes son la de las cláusulas

---

(11) Según el estudio de FINER, S. E.: *Militari e politica*, cit., pág. 25, entre 1977 y 1979 se contaban cuarenta y cuatro casos de este tipo.

(12) Sobre las características de los gobiernos militares que venimos señalando remitimos a los documentados análisis de TAPIA VALDES J.A., *National Security*, p. 417 y ss.

provisionales (cfr. Constitución de Corea del Sur, 1980, art. 6, 3; de Filipinas, 1973, art. 17; de Chile, 1980, art. 24; de Turquía, 1982, art. 177; en consecuencia, el período transitorio duró en Chile diez años, en Turquía seis, y en Filipinas ocho).

Además las constituciones ofrecen una larga lista de facultades discrecionales del gobierno militar de hacer uso de las cláusulas constitucionales previstas para afrontar las situaciones de peligro, introduciendo los *estados de excepción* (Brasil, 1969, arts. 165 y ss.; Chile, 1980, arts. 59 y ss.; Corea del Sur, 1972, art. 53 y 1980, art. 51; Turquía, 1980, arts. 119 y ss.), y en la práctica el frecuente recurso continuo a tales provisiones formales que permiten un más largo período de vigencia de la normativa de excepción, respecto a los de vigencia de la normativa normal.

- d) A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos de derivación liberal, el cese de los presupuestos de la declaración del estado de excepción, nos lleva a la decadencia de las medidas provisionales adoptadas para afrontar las emergencias, sino, al contrario, a menudo conduce a su convalidación por un tiempo indeterminado, salvaguardándose y sustrayendo las medidas al control constitucional.

La Constitución de Corea del Sur de 1972 (disposiciones transitorias), arts. 6 a 9, y de 1980 (disposiciones transitorias), art. 6.3, convalidaba los actos adoptados por el gobierno militar impidiendo su control judicial. La Constitución de Filipinas de 1973, art. 17, sección 3,2, convalidaba los actos adoptados durante el régimen de excepción. La Constitución de Brasil de 1969, art. 181, sustraía del control judicial, los actos adoptados por el gobierno militar.

Al término de los períodos de gobierno militar se introducen normas que precluyen el ejercicio de la acción penal frente a los responsables de acciones delictivas, sobre todo en el tema de las violaciones de los derechos humanos o se sancionan leyes de amnistía (Ley de "caducidad" del 22 de diciembre de 1986 en Uruguay, sustancial impunidad de los miembros de las juntas militares del período 1976-1982 en Argentina).

- e) La tendencial concentración del poder en los órganos militares no excluye la afirmación, en líneas generales, del tradicional principio de separación.

Sin embargo, ahí donde tal principio permanece confirmado en los textos constitucionales, es evidente el papel limitado de la asamblea como legislador y como controlador político del gobierno. Así también es debilitado el papel de los órganos jurisdiccionales, que por lo regular no pueden controlar los actos de índole política.

El gobierno militar tiende a concentrar en sí las competencias de tipo político interno e internacional, como también la competencia de adoptar actos normativos. El gobierno militar como ya se advirtió, y que lo puede asumir, en caso de emergencias.

- f) La prevalente presencia de un órgano colegiado (Junta, Consejo de Seguridad Nacional) en que son representados los diversos componentes de las fuerzas armadas, caracteriza a todos los ordenamientos.

Además de los casos en que el órgano colegiado sea titular directo de los poderes de decisión, incluso cuando le son atribuidos competencias de formular orientaciones a la política nacional o competencias en favor de otros órganos no necesariamente militares (Presidente de la República, Consejo de Ministros), se debe destacar el perfil sustancialmente decisorio de la intervención del órgano militar.

Ha sido expresamente destacado la prevalencia política Nacional de Defensa, en las constitucionales de Corea del Sur, desde la de 1962 (art. 67), respecto del Presidente y del Consejo de Estado, y de los del órgano análogo previsto por la Constitución de Brasil de 1969 (arts. 87 y ss.), por la Constitución chilena de 1980 (art. 96, b), y por la Constitución de Turquía de 1982 (art. 118) respecto del Consejo de Ministros.

- g) La reducción del ámbito de los derechos de libertad se presenta como constante, siendo por lo regular limitados o eliminados los derechos políticos incompatibles con las directivas del gobierno

militar y con la doctrina oficial de la seguridad nacional asumidos por este. En tal sentido pueden citarse las cláusulas constitucionales de prohibición de los partidos de clase o encaminados a instaurar dictaduras marxistas (art. 14, Constitución turca de 1982; art. 8, Constitución chilena de 1980; Ley Fundamental nº 2 de junio de 1982 de Uruguay), y aquellos que en general ponen límites a la actividad de partidos y asociaciones políticas y sindicales, vetan las discrepancia política y perjudican la posibilidad de formar una oposición.

**d) Funciones de tutela sobre el gobierno civil y gobierno directo eventual "con intermitencia"**

En un tercer supuesto, las facultades de orientación política, en períodos de normalidad, se reconocen como propias de los órganos constitucionales civiles, pero los militares mantienen un papel de control respecto de los principios constitucionales, *reservándose la intervención* para su restablecimiento. En tal caso los militares además del control cumplen una función de gobierno indirecto (ver lo especificado en sub a) y, si intervienen para sustituir a los civiles, se mantiene un *gobierno directo militar "con intermitencia"*<sup>13</sup>.

Las hipótesis de control a menudo se formalizan por normas constitucionales que aseguran a los militares la función de *garantes de la Constitución*, a veces por medio de órganos constitucionales integrados por personal sólo militar<sup>14</sup>, o se les permite una representación en

---

(13) Consideramos, por ejemplo, el caso de Turquía cuyo gobierno es predominantemente civil, pero bajo tutela de los militares que lo condicionan, reservándose la intervención para asumir, directamente, las funciones de orientación política, en períodos en que el gobierno no demuestre ser operativo. Tal presencia directa se dio en 1960, 1971 y 1980. Una intermitencia entre tutela e intervención se dio en Argentina a partir del gobierno militar directo de 1930, repetido en 1943-1945, en 1966-1973 y en 1976.

(14) Los supuestos que prevén en favor de los militares la cláusula de garantía de la Constitución son numerosísimos especialmente en las Constituciones iberoamericanas. Cfr. las Constituciones siguientes: Perú, 1933, art. 213; Paraguay, 1940, art. 18; Ecuador, 1945, art. 113; Brasil, 1946, art. 177; República Dominicana, 1947, art. 86; Venezuela, 1953, art. 56, y 1961, art. 132; San Salvador, 1950, art. 114.

órganos constitucionales del Estado formados predominantemente por civiles<sup>15</sup>.

## V. SOBRE LA NATURALEZA AUTORITARIA DE LOS GOBIERNOS MILITARES

Como ya indicamos se ha difundido la calificación de los gobiernos militares como autoritarios. Con este término queremos referirnos tanto a la circunstancia según la cual los militares se apoderan del poder utilizando la fuerza armada<sup>16</sup>, como aquella otra mediante la cual utilizan dicha fuerza para mantenerse en el poder en tanto que rechazan los principios y procedimientos que de ordinario se consideran calificadores de un ordenamiento democrático. En ciertos casos se establece una auténtica ecuación generalizada entre el gobierno militar y una forma de gobierno autoritaria de tipo fascista. En realidad, parece que este tipo de calificaciones engendra el riesgo de obtener una imagen aproximada, y a veces y a mayor abundamiento equivocada, del fenómeno de los militares en el poder, fenómeno que no es fácil reconducir a un esquema único de referencia, sobre todo en el ámbito constitucional. En efecto, los politólogos han apuntado tanto las causas y motivaciones de las intervenciones de los

---

Sobre el papel de garantía de los militares en las Constituciones iberoamericanas LINARES QUINTANA S. V.: *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, VI. Buenos Aires, 1953-1956, págs. 492 y sigs. La función de defensa de las instituciones confiada a las fuerzas armadas es familiar a la normativa española: Ley orgánica del Estado español de 14 de diciembre de 1966, artículo 37. (Sobre esto, cfr. GARCÍA ARIAS, L.: "Las fuerzas armadas en la ley orgánica del Estado" *Revista de Estudios Políticos*, 1967, págs. 137 y sigs.; y Constitución de 1978, artículo 8,1; cfr. además la Constitución griega de 1968, arts. 129 y 130, y la Constitución portuguesa de 1976, artículos 145-147).

(15) Una solución experimentada por la Constitución del Ecuador de 1929 y por la turca después del cese del gobierno directo de 1962, se da por la representación que se reconoce a las fuerzas armadas, en cuanto institución, en la cámara alta.

(16) Según análisis especializados el número de países del tercer mundo en los que los militares han alcanzado el poder está aumentando continuamente (actualmente se estima que uno de cada tres de tales Estados es dirigido por militares), mientras que el modo a través del cual operan para conquistarlo es el golpe de Estado, cfr. FINER, S. A.: *Militari e politica*, cit., págs. 6 y sigs.

militares en política como las orientaciones seguidas una vez que hayan tenido éxito y desarrollen, pues, formas de gobierno directo.

En cuanto a las causas de las intervenciones militares dependen de la naturaleza de la sociedad (atraso y ausencia de una opinión pública; fraccionamiento de la sociedad civil que paraliza su funcionamiento; incertidumbre o falta de acuerdo sobre los modos de transferencia del poder; crisis de legitimación de los gobernantes civiles) y de las características de las fuerzas armadas (su función preeminente en las sociedades débilmente organizadas o que atraviesen períodos de grave crisis)<sup>17</sup>. En cuanto a las finalidades perseguidas, que terminan por caracterizar al ordenamiento, se definen como de conservación o reacción, de reforma, de modernización, de estabilización y análogas<sup>18</sup>.

Hoy es evidente que ningún investigador documentado se atrevería a identificar de modo simplista la intervención militar y el eventual gobierno militar correspondiente, con la única hipótesis de la conservación de viejas estructuras o de reacción frente a movimientos democráticos, ya que se han dado intervenciones que afirman inspirarse en la exigencia de la modernización y también, más específicamente, en los principios socialistas. La ecuación tradicional entre la intervención activa del militar en política y la instauración de un ordenamiento autoritario, es pues, infundada cuando se presenta con pretensiones de generalidad.

---

(17) Situación social y situación específica de las fuerzas armadas son dos factores que no se excluyen sino más bien interactúan. Sobre esta cuestión muy discutida cfr. HUNTINGTON, S. P.: *Political Order in Changing Societies*. New Haven, 1968, págs. 194 y sigs.; JANOWITZ M.: *Military Institutions*, cit., págs. VII-VIII; NORDLINGER, E.: *Soldiers in Politics*, cit., *passim*; FINER, S. E.: *Militari e politica*, cit., págs. 11 y sigs.

La doctrina más reciente tiende a acentuar la función cumplida por las condiciones generales de la sociedad al facilitar la intervención militar, más que las características internas de las estructuras militares, cfr., por ejemplo, MORLINO, L.: *Come cambiano i regimi*, cit., págs. 79-80.

(18) Existen numerosas propuestas de clasificación, DUVERGER, M.: *Institutions*, I, cit., págs. 410 y sigs., págs. 525 y sigs., habla de "dictaduras" militares conservadoras, reformistas y socialistas; PRELOT, M., y BOULOIS, J.: *Institutions*, cit., págs. 123 y sigs., distinguen "dictaduras" militares, conservadoras y progresistas; HUNTINGTON, S. P.: *Political Power*, cit., págs. 192 y sigs., diferencia la función propulsora de los gobiernos militares y su papel conservador.

Los gobiernos militares deben entonces encuadrarse en el ámbito de las conocidas formas de Estado (aunque con las dificultades y ambigüedades que presenta la discutida categoría de Estados recientemente independizados), ya que no ejerce influjo sustancial sobre la inserción en una de tales, formas el hecho que el personal político manifestado en su ámbito, sea militar y no civil<sup>19</sup>: lo que cuenta es la comprobación de los principios que caracterizan a las diferentes formas de Estado. En consecuencia, parece correcto sostener que donde hay gobiernos militares se pueden encontrar innovaciones respecto a la forma de gobierno, cambiándose el número y la estructura de los órganos constitucionales, pero no, necesariamente, en cuanto a la forma de Estado<sup>20</sup>, aun siendo evidente la tendencia a insertar gobiernos militares en formas de Estado autocráticas.

---

(19) Los politólogos que se ocupan del problema han comenzado a señalar de modo persuasivo que: a) es infundado atribuir a los gobiernos militares un signo preconcebido conservador o progresista; b) no es absolutamente resolutivo para explicar el modo de operar de un ordenamiento político, distinguir entre naturaleza civil o militar del personal que controla el gobierno, cfr. JACKMAN, R. W.: *Politicians in Uniform: Military Government and Social Changes in the Third World*, American Political Science Review, 1976, págs. 1078 y sigs.; SCHMITTER, P.: *Military Intervention, Political Competitiveness and Public Policy in latin America: 1950-1967*, en JANOWITZ, M., y VAN DOORN, J.: *On Military Intervention*. Rotterdam, 1971, págs. 492 y sigs.; FINER, S. E.: *Militari e politica*, cit., págs. 43 y sigs.

(20) Argentina, en 1930, conoció el gobierno de una junta, en el período 1930-1943 un gobierno indirecto mediante un partido político, en el período 1943-1945 una junta, una especie de doble gobierno personal del presidente Perón y de las fuerzas armadas en el período 1945-1955, un retorno de Perón y su mujer en 1973 y, en fin, una junta a partir de 1976.

Es evidente que las soluciones organizativas del vértice han cambiado varias veces pero sería discutible pensar en un cambio de la forma de Estado.



# Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

*Universidad Nacional Autónoma de México  
(México)*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Concepto de defensa de la Constitución y de los dos sectores que la integran. III. Instrumentos protectores de la Constitución. A) La división de poderes. IV. B) La participación de los grupos sociales y de los partidos políticos. V. C) La regulación de los recursos económicos y financieros. VI. D) Los principios jurídicos de la supremacía de la Constitución y el procedimiento dificultado de reforma. VII. El concepto contemporáneo de las garantías constitucionales. VIII. El derecho procesal constitucional mexicano. IX. A) El juicio político. X. B) Las controversias constitucionales. XI. C) El procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia. XII. D) El juicio de amparo. XIII. E) Las comisiones de derechos humanos (Ombudsman). XIV. Conclusiones. XV. Bibliografía esencial.

## I. INTRODUCCION

1. Con motivo del merecido homenaje que se rinde al destacado jurista peruano Domingo García Belaunde, hemos revisado y actualizado un pequeño trabajo publicado en 1991 en el Anuario de El Colegio Nacional, intitulado "*Algunas breves reflexiones sobre la defensa constitucional del ordenamiento mexicano*", ya que este tema está muy vinculado con los profundos estudios y las importantes aportaciones que ha realizado el profesor García Belaunde en el tema de la justicia constitucional, especialmente referida a América Latina.

2. El tema de la defensa de la Constitución ha sido objeto de preocupación constante por la doctrina contemporánea del derecho constitucional y de

la ciencia política, ya que dicho análisis no se apoya exclusivamente en motivos de especulación académica, sino también en la observación de la realidad política de nuestra época, si se toma en cuenta de que existe un consenso entre los tratadistas en el sentido de que no es suficiente que se expida un texto que contenga los principios, valores y normas que se consideran esenciales para la comunidad política en un momento determinado, sino que es indispensable, si no se quiere que el documento se transforme en un simple texto nominal, que tenga aplicación práctica y si la misma no se efectúa, así sea de manera limitada, deben establecerse los mecanismos necesarios para que esta situación pueda corregirse y se restablezca el orden constitucional desconocido o violado.

3. Este no es un fenómeno novedoso, ya que si examinamos así sea de manera superficial la historia de las ideas políticas, se puede constatar que desde que los pensadores griegos reflexionaron sobre los fenómenos del poder descubrieron que sus detentadores tienden naturalmente a abusar del mismo. Esta situación la calificaron de "tiranía" y para combatirla propusieron varios mecanismos con objeto de lograr que el mismo poder se mantuviera dentro de ciertos límites. Como ejemplo debemos señalar que los reyes espartanos (que en realidad actuaban como jefes militares) eran dobles para que se vigilaran recíprocamente y no pudiesen abusar de la autoridad que les había otorgado ese pueblo (en el sentido restringido de hombres libres) que era esencialmente guerrero. Además, se crearon los éforos como vigilantes de lo que llamaríamos ahora orden constitucional.

4. En Atenas, que era una ciudad Estado con mayor tradición democrática, siempre dentro de las limitaciones de este concepto de esa época de la historia, se crearon de manera paulatina diversas instituciones para restringir el poder de los gobernantes, tales como el Aereópago y los nomofilacos, pero se consideró por los pensadores políticos entre los que destacaban Platón y Aristóteles, que existían dos tipos de normas jurídicas; las tradicionales que se atribuyeron en su origen al legendario Solón (similar al legislador espartano Licurgo), quien estableció los principios básicos de la organización política, incorporadas a las llamadas *nomoi*, que en su conjunto podían considerarse como la *politeia*, o normas constitucionales en su sentido moderno (Tamayo y Salmorán, 1989, pp. 25-38). Estas normas se diferenciaban de las disposiciones expedidas por la asamblea de los ciudadanos (o *ecclesia*) que recibían la designación de

*Psefismata*, y que en lenguaje contemporáneo se podrían aproximar a lo que ahora llamamos leyes ordinarias o secundarias.

5. De acuerdo con esta división, por supuesto no tan precisa como en la actualidad, se reconoció la primacía de las *nomoi* sobre las *psefismata* y se establecieron instrumentos para evitar, y en su caso, sancionar, la expedición por la Asamblea de disposiciones normativas que fuesen contrarias a los principios tradicionales. Entre dichos mecanismos destaca la acción penal calificada como *graphé paranomón*, que cualquier ciudadano podía ejercer en contra de otro que hubiese presentado lo que en nuestros tiempos podía calificarse como iniciativa legislativa (de carácter popular) y que hubiese sido aprobada por la asamblea no obstante que se considerase contraria a los preceptos tradicionales de carácter superior. El delito se tipificaba por el engaño que el promovente hubiese producido a la propia asamblea, por medio de una proposición indebida (Sánchez Viamonte, 1958, pp. 112 y ss., 140 y ss; Vinogradoff, 1922, Vol. II, pp. 129-152).

6. En la época de la República romana, (ya que en el imperio se concentraron todas las facultades en el emperador) todos los funcionarios eran dobles: dobles cuestores, ediles, censores, pretores y especialmente los cónsules, ya que en estos últimos estaban concentradas las facultades que ahora atribuimos al órgano ejecutivo, incluyendo el mando militar, todo ello con el objeto de evitar que estos funcionarios abusaran del poder, ya que debían limitarse recíprocamente. Esta situación fue evidente respecto de los cónsules, ya que conocemos dos episodios dramáticos en los cuales se enfrentaron estos magistrados, inclusive por las armas, como ocurrió en una época entre Mario y Sila y posteriormente respecto de Julio César y Pompeyo, y cuando uno de ellos triunfó sobre el otro, se instauró una dictadura autoritaria (Mommsen, pp. 161-221).

7. Además, como sabemos, se creó el famoso tribuno de la plebe para defender los intereses, que con mucha aproximación podemos calificar de populares, ya que tenía la facultad de impedir la aplicación de las disposiciones legislativas contrarias a dichos intereses (*intercessio*) y dar protección personal a los perseguidos por las autoridades (*ius auxilii*). Un ejemplo dramático fue la de los hermanos Graco, que fueron asesinados por sus rivales al intentar una especie de reforma agraria (Mommsen, 1941, pp. 233-236; Pacchioni, 1944, pp. 61 y ss.)

8. En la Edad Media, también se impuso en los pensadores políticos, muy influidos por las ideas religiosas, el criterio de que existía un derecho superior de carácter universal, el derecho natural, que surgía de la naturaleza humana como un reflejo de la revelación divina y se consideraba superior a las leyes (*ius civile*) expedidas por los monarcas ya sea directamente o con la participación de los cuerpos legislativos estamentales en los que estaban representados los nobles y militares, el clero y los burgueses. Si bien los propios monarcas se consideraban por encima de las disposiciones legislativas que ahora calificaríamos de ordinarias, estaban sometidos a los preceptos del derecho natural, a tal extremo que se justificaba, en casos extremos, el tiranicidio respecto de los gobernantes que violasen gravemente dicho derecho superior o inmutable (Mayer, 1961, pp. 68-75; Gierke, 1958, pp. 73-87).

9. Esta preocupación renació en los siglos XVII y XVIII por conducto del jusnaturalismo racionalista y de los enciclopedistas que influyeron decisivamente en los creadores de los primeros textos constitucionales escritos, es decir, la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, y las constituciones francesas revolucionarias de 1791 a 1799, ya que con posterioridad a ellas se impuso el autoritarismo napoleónico (Paine, 1985, pp. 135-165; Jellinek, 1908, pp. 89-109).

10. En dichos documentos se reflejaron estas ideas jusnaturalistas especialmente en cuanto a los derechos individuales anteriores y superiores a la organización política, cuyo objeto esencial era la tutela de estos derechos, y con la influencia más próxima del pensamiento de John Locke y de Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, se introdujo con diversos matices el principio de la división de las funciones, conocido como división de poderes, con el objeto de que, como lo sostuvo el segundo de dichos pensadores “el poder limitase al poder”, o sea que las actividades esenciales del poder público debían depositarse en diversos órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) con el fin de que cada uno de ellos sirviese de peso y contrapeso a los demás.

## II. CONCEPTO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCION DE LOS DOS SECTORES QUE LA INTEGRAN

11. Aun cuando ya se ha dicho anteriormente que siempre ha existido la preocupación de los pensadores políticos y de los juristas por

la limitación de poder, no fue sino hasta los años treinta de este siglo cuando se inició una sistematización de los conceptos y de las ideas relativas a los instrumentos que se han establecido de manera paulatina, en una constante y atormentada lucha por la efectividad de las disposiciones de carácter fundamental.

12. Si quisiéramos establecer una fecha como aquella en la cual se inició una revisión más rigurosa de los instrumentos de efectividad de las disposiciones constitucionales, podemos señalar la famosa polémica entre dos destacados juristas. Por una parte el clásico libro de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*) (literalmente, el protector de la Constitución) cuya primera edición apareció en Alemania en 1931 y que fue traducido en el mismo año por Manuel Sánchez Sarto con el título *La defensa de la Constitución* (Editorial Labor, Barcelona, 1931; reimpresso, con un excelente prólogo del notable constitucionalista español Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983). Por la otra debe mencionarse la réplica a esta obra por el ilustre fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, con el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*, (publicada en la revista *Die Justiz*, 1930-1931, cuaderno 11-12, pp. 576-628, que con traducción italiana de Carmelo Geraci y con el título "*Chi dev'essere il custode della Costituzione*", aparece en el volumen recopilativo de estudios del propio Kelsen, *La Giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 231-291).

13. Rebasaría los límites de este breve trabajo el examen, así fuera superficial, de esta tradición que bajo diversas denominaciones e instituciones representa el desarrollo de la idea de la defensa constitucional tanto doctrinal como jurisprudencial y legislativa, por conducto de los conceptos relativos a la justicia o a la jurisdicción constitucionales, o bien las garantías y los controles de la Constitución, los que se han manejado con bastante imprecisión respecto de la tutela de las normas fundamentales (Fix-Zamudio, 1968, pp. 12-15; García Belaunde, 1990, pp. 27-64).

14. Tenemos la convicción de que resulta necesario realizar una sistematización más estricta sólo para efectos de estudio y que nos permita una visión de conjunto sobre los instrumentos que se han establecido en las constituciones de nuestra época para la tutela de sus disposiciones fundamentales, ya que los numerosos y complejos problemas que han

surgido en esta materia, se encuentran diseminados en los diversos estudios sobre teoría de la Constitución.

15. De esta manera y como una idea provisional y aproximada podemos afirmar que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido, desde el punto de vista de la Constitución formal a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. En esta dirección nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución real (Fix-Zamudio, 1984, pp. 7-16).

16. La Constitución tanto en su sentido real pero también desde el ángulo de un documento escrito, es forzosamente dinámica y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes y por este motivo la defensa de la Constitución, aun desde la apreciación formal que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica, de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewenstein (1965, pp. 218-222), es decir que resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, ya que no sería posible ni deseable el intento de proteger un simple conjunto de manifestaciones declamatorias.

17. Para el efecto de sistematizar una materia tan extensa y compleja es preciso un ensayo de clasificación, no obstante el convencimiento de que toda división es forzosamente artificial. En este sentido consideramos que el concepto genérico de defensa de la Constitución puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas; la primera podemos denominarla de manera convencional como *protección de la Constitución*, y la segunda, que ha

tenido consagración institucional en varias cartas fundamentales contemporáneas, comprende las llamadas *garantías constitucionales*.

18. A) El primer sector, relativo a la protección de la Constitución se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Carta Fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones, como también y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados, es decir, con estos instrumentos se pretende lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.

19. B) La segunda categoría está formada por las llamadas *garantías constitucionales* pero entendidas no en el concepto tradicional que identificó dichas garantías con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino, como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores que mencionamos en el párrafo anterior, los cuales pueden ser insuficientes en determinadas hipótesis para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales (Fix-Zamudio, 1984, pp. 17-18).

### III. INSTRUMENTOS PROTECTORES DE LA CONSTITUCION. A) LA DIVISION DE PODERES

20. Pretendemos aplicar los conceptos anteriores de carácter genérico al ordenamiento positivo mexicano, y en esta dirección podemos afirmar que el instrumento político más significativo radica en la llamada división de poderes o de funciones, que actualmente se encuentra en crisis en cuanto a su formulación original. Lo importante en nuestros días no consiste en la separación de las tres funciones esenciales del poder del Estado: administración, legislación y jurisdicción, las cuales ya fueron señalados por Aristóteles (1953, libro IV, Capítulo XI, pp. 130-131), sino el empleo de esta separación para encomendar dichas funciones a diversos organismos con el objeto de evitar la concentración del poder mediante su

limitación recíproca, que es la finalidad que le atribuyeron los promotores del principio, es decir el inglés John Locke (1941, capítulo XII, pp. 94-96) y Carlos Luis de Secondat, barón de Montesquieu (1951, libro XI, Cap. VI, pp. 202 y ss.), los que influyeron decisivamente en las primeras constituciones en sentido moderno, es decir, las expedidas en los Estados Unidos y en la Francia revolucionaria (Vile, 1969, pp. 119-211), en virtud del concepto de *checks and balances*, (pesos y contrapesos), que no obstante las transformaciones de los regímenes contemporáneos, todavía debe considerarse como un principio válido.

21. Lo que ha ocurrido en la realidad es que el dogma trinitario de las tres funciones distintas y un solo poder verdadero se ha modificado profundamente en nuestra época y se ha vuelto mucho más complejo al agregarse otros elementos y formas de limitación del poder. Coincidimos con las penetrantes observaciones del destacado tratadista español Manuel García Pelayo, en cuanto consideró que no podía afirmarse que el mantenimiento y la funcionalidad jurídico-política de la división clásica de los poderes carezca de significación, sino que simplemente han modificado su sentido, en cuanto tienen la función de contribuir la racionalidad del Estado democrático, al introducir factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales y de obligar a los grupos políticamente dominantes a adoptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, con la que se objetiva el ejercicio del poder (1977, pp. 68-72).

22. El mismo García Pelayo cita las aportaciones de juristas alemán Winfried Steffani (1969, pp. 329 y ss.), quien distingue las siguientes categorías del citado principio de división de las funciones del poder político: a) *división horizontal*, que coincide con la tripartición clásica; b) la *división temporal*, o sea la duración limitada y la rotación en la titularidad del ejercicio del poder público; c) la *división vertical o federativa*, que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales; d) la *división decisoria*, o sea, la participación de varios órganos en las mismas funciones; y e) la *división social de poderes* entre los estratos o grupos de la sociedad.

23. En su sentido tradicional, algunos de estos principios, al menos los relativos a la división horizontal y vertical fueron adoptados en nuestras Constituciones. Sólo en el primer sentido en las Constituciones de Apatzingán de 1814 y las centralistas de 1836 y 1843, pero también en



el sector de la división horizontal por las Cartas Federales de 1824, 1857 y la vigente de 1917, de acuerdo con el modelo del régimen federal adoptado por la Carta de los Estados Unidos de 1787 (Fix-Zamudio, 1967, pp. 29-103; 1979, pp. 85-155).

24. En cuanto a la modalidad temporal, es decir, la necesidad de que los titulares de los órganos del poder no permanezcan de manera indefinida en sus funciones, sino que los mismos deben tener una limitación temporal, a fin de que se pueda lograr la alternancia de dichos titulares, se han señalado plazos para el ejercicio de las funciones públicas, al menos por lo que se refiere a los titulares de los órganos legislativos y ejecutivo, ya que se considera que los miembros del poder judicial deben tener una permanencia más amplia por conducto de la inamovilidad hasta la edad de retiro.

25. En efecto, de acuerdo con los artículos 83, 56 y 116, fracción I, de la Constitución Federal, tanto el Presidente de la República como los senadores federales y los Gobernadores de los Estados duran seis años en sus cargos; en tanto que los diputados federales y los integrantes de las legislaturas de los Estados sólo tres años (artículos 51, 83 y 116, fracción II de la Carta Fundamental).

26. Un aspecto esencial de nuestra Constitución actual que obedece al principio de la división temporal es el de la no reelección, que es absoluta tratándose del titular del Ejecutivo Federal y de los Gobernadores de los Estados (artículos 83 y 116, fracción I, párrafo tercero); y sólo por el período inmediato en cuanto a los diputados y senadores de la Federación y de los diputados locales, así como respecto de los miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (artículos 59, 116, fracción II, segundo párrafo, y 122 respectivamente, de la Carta Federal). Este principio de la no reelección absoluta del Presidente de la República y de los Gobernadores de los Estados fue uno de los principios básicos de la revolución iniciada en 1910, debido a la trágica experiencia histórica de dictaduras prolongadas, especialmente la del General Porfirio Díaz, que paradójicamente llegó a la presidencia en el año de 1876 por medio de una rebelión militar que postulaba también el principio de la no reelección, pero una vez en el poder logró sucesivas reformas a la Constitución Federal, hasta lograr la reelección indefinida, de manera que prolongó su presidencia por casi treinta años.

#### IV. B) LA PARTICIPACION DE LOS GRUPOS SOCIALES Y DE LOS PARTIDOS POLITICOS

27. Un sector importante de la división y las funciones es el relativo a la participación de los diversos grupos sociales en la toma de decisiones y que el conocido tratadista francés Maurice Duverger en su obra *La Monarchie Republicaine* (París, 1974) califica como poder tribunicio, en recuerdo del tribuno de la plebe de la República romana, al cual hicimos referencia con anterioridad (ver *supra* párrafo 7). Una de las características de los regímenes democráticos contemporáneos es la tendencia a la participación cada vez más activa de los sectores sociales en la toma de decisiones políticas importantes y por ello, al lado de la llamada democracia representativa, que es la tradicional, se impone cada vez más lo que se ha calificado como democracia participativa.

28. Uno de los grandes avances del constitucionalismo se inició en la Carta Federal mexicana de 5 de febrero de 1917, que introdujo el reconocimiento dentro de sus preceptos, de los grupos sociales marginados, es decir, de los trabajadores (artículo 123) y de los campesinos (artículo 27), con lo cual inició la etapa del llamado constitucionalismo social, el que fue seguido posteriormente por las Cartas Fundamentales de Alemania (1919) y de la República Española (1931), entre otras (Fix-Zamudio, 1985, pp. 77-86).

29. Por otra parte, la ciencia política contemporánea ha destacado la importancia de los grupos de presión que son las organizaciones sociales que intervienen activamente ante los órganos del poder para la defensa de sus intereses, por lo que han sido canalizados y regulados jurídicamente en las legislaciones contemporáneas. En el ordenamiento jurídico mexicano, además de los sindicatos de trabajadores y de las organizaciones campesinas, se han reconocido a los sectores empresariales por medio de las distintas cámaras comerciales e industriales. Los colegios profesionales son menos vigorosos que en otras legislaciones latinoamericanas, debido a que la colegiación es voluntaria y existen varias agrupaciones, todas ellas con afiliación reducida, aun cuando algunas han logrado una actuación significativa. Esta evolución ha culminado con la creación de la agrupación nacional de las organizaciones laborales y de los sectores patronales, en el Congreso del Trabajo y en el Consejo Coordinador Empresarial, respectivamente (Madrazo y Martínez Assad, 1988, pp. 417-465).

30. Por otra parte, con algunos antecedentes, se ha reconocido la necesidad de los acuerdos o concertaciones de los distintos grupos sociales, así como su participación institucional, para resolver las difíciles cuestiones sociales y económicas de nuestra época. Además de la creación de Organismos de Consulta, tales como el Consejo Económico y Social de la Constitución Francesa de 1958 (artículos 69-71) y el Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo en la Carta Italiana de 1948 (artículo 99), se han establecido otros mecanismos de participación permanente de representantes sociales.

31. En el ordenamiento mexicano podemos mencionar el carácter tripartito, es decir, con representantes de trabajadores, empresarios y del gobierno, en los tribunales del trabajo (llamadas juntas de conciliación y arbitraje); y en los que resuelven conflictos burocráticos (tribunales de arbitraje). También se han establecido la representación tripartita, de los tres sectores mencionados, en los consejos de gobierno de los organismos descentralizados de seguridad social, tales como los Institutos Mexicano del Seguro Social y del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores. Además en época reciente se han efectuado periódicamente acuerdos entre los sectores productivos, avalados por el Gobierno Federal y calificados de Pactos de Solidaridad, Estabilidad y Crecimiento Económico (Fix-Zamudio, 1985, pp. 96-98).

32. En otros ordenamientos y como aspectos esenciales de la propia democracia representativa se han regulado instrumentos calificados como de "democracia semi-directa", como lo son el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular respecto de textos constitucionales o las reformas de los mismos, especialmente en Francia, Italia, Suiza, así como la iniciativa popular para la introducción de modificaciones a disposiciones fundamentales y que ha tenido una gran importancia en Suiza, cuya Carta Fundamental ha experimentado numerosas reformas por medio de este procedimiento (Grisel, 1987, pp. 127-256).

33. Debe tomarse también en consideración que varias Constituciones contemporáneas han sido sometidas a referéndum, como ocurrió, entre otras respecto de las Cartas Cubana de 1986; Soviética de 1977, española de 1978; Ecuatoriana del mismo año; y la Peruana de 1993. Además, si bien la Carta Italiana que entro en vigor el primero de enero de 1948 no fue objeto de un referéndum, sí lo fue previamente la decisión sobre la adopción del régimen monárquico y republicano.

34. En México todavía no se ha alcanzado la madurez política necesaria para la introducción y regulación de estas instituciones, pues si bien existió el intento de establecer el referéndum respecto de disposiciones legislativas en el Distrito Federal, éste careció de resultados prácticos, pero con el tiempo es previsible que estos mecanismos de participación popular puedan establecerse con la debida cautela, para su aplicación efectiva.

35. Otro aspecto importante de la participación de sectores sociales en la protección de las disposiciones constitucionales (pero también a veces en su desconocimiento), es la participación de los partidos políticos, los que intervienen de manera decisiva en la toma de las decisiones más importantes, y por ello es que se les ha reconocido como organismos de carácter constitucional. Como es bien sabido, los primeros partidos políticos en sentido moderno (ya que con anterioridad sólo podría hablarse de agrupaciones o de corrientes políticas), surgieron durante el siglo XVIII en Inglaterra como asociaciones regidas por estatutos privados.

36. Posteriormente, en la mayoría de los ordenamientos se incorporaron los lineamientos de los diversos partidos en las leyes electorales. Finalmente, en esta segunda posguerra, se elevaron dichos lineamientos al rango de normas fundamentales, de acuerdo con el fenómeno que se ha calificado como "constitucionalización de los partidos políticos".

37. La doctrina, a partir de los estudios clásicos de Michels, los posteriores de Duverger y de Sartori, y los de Dieter Nohlen, en relación con Latinoamérica, han puesto de relieve la función esencial de los partidos políticos en la toma de decisiones de los órganos del poder, ya que el funcionamiento de los mismos puede modificar esencialmente el régimen político (de Vega, 1977).

38. La trascendencia de los partidos políticos ha determinado que los ordenamientos constitucionales de nuestra época, además de otorgarles un nivel constitucional, establezcan regulaciones cuantitativas y cualitativas, especialmente en cuanto a su estructura democrática y a la necesidad de un programa de acción, y además se les han otorgado prerrogativas en cuanto a su acceso a los medios de comunicación y a los recursos financieros necesarios para su funcionamiento. Al respecto, el conocido tratadista Giovanni Sartori afirma que existen más de cien

Estados que al menos sobre el papel han expedido algún tipo de disposición legislativa, ya sea ordinaria o fundamental, sobre los partidos políticos (1980, t. I, p. 151).

39. El texto original de la Constitución Federal de 1917 no reguló los partidos políticos porque no se había alcanzado el desarrollo suficiente para reconocer su función de carácter constitucional, la cual se consagró hasta las reformas al artículo 41 de la Carta Federal promulgadas en diciembre de 1977, por medio de las cuales se adicionó dicho precepto constitucional, en primer término para definir los citados partidos políticos como entidades de interés público, cuya intervención en el procedimiento electoral sería definido por la ley.

40. A continuación, se dispuso en el mismo precepto fundamental que los partidos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional, y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. En seguida se consagró el derecho de los partidos al uso permanente de los medios de comunicación social, y de contar en forma equitativa con un mínimo de elementos para sus actividades tendientes a la obtención el sufragio popular (Andrea Sánchez, 1988, pp. 365-415).

41. Otro aspecto importante que han consagrado las constituciones de nuestra época, y recientemente también la mexicana, es el relativo a la regulación constitucional de los lineamientos de los procedimientos y de los órganos electorales, materia que no fue objeto de atención, y no podía serlo debido a la época en que se elaboró la Constitución de 1917, ya que entonces se estimaba que dichos instrumentos electorales debían ser regulados sólo por las leyes ordinarias.

42. Sin embargo, a partir de 1973 se introdujeron los llamados diputados de partido con ciertos elementos de representación proporcional. Las reformas de 1977, 1986, 1990 y 1993, han perfeccionado de manera paulatina el referido sistema de representación proporcional, que tiende a lograr la participación de los partidos de oposición, otorgándoles determinado porcentaje en los citados procedimientos electorales.

43. Todo ello tiene por objeto reforzar el papel de la oposición, no sólo como una posibilidad de alternancia en el poder, sino como un sector que debe actuar de manera permanente en la toma de decisiones, conjuntamente con la mayoría. Esta evolución es calificada doctrinalmente como "oposición garantizada". En Inglaterra se inició este desarrollo dirigido hacia el reconocimiento de una intervención de los partidos de oposición en las decisiones que puede tomar el partido en el gobierno. Así, primero por medio de una costumbre constitucional y con posterioridad en una ley expedida en 1937, se dio a la oposición una función en el gobierno con el nombre de "La oposición de su Majestad", y además, el partido que sigue en importancia al mayoritario puede designar colaboradores que en el futuro, en caso de su triunfo electoral, pueden formar el gabinete y por esto se le ha denominado el "gabinete en la sombra".

44. Por otra parte, existe la tendencia contemporánea a judicializar los conflictos electorales, que tradicionalmente se encomendaban a organismos de naturaleza política, pero que en los últimos años se atribuyen a órganos autónomos de carácter administrativo, o inclusive a tribunales ordinarios o especializados, con el predominio de estos últimos en años recientes. Para sólo citar algunos ejemplos latinoamericanos, un modelo de contencioso judicial encomendado a tribunales ordinarios especializados es el establecido en el régimen constitucional brasileño, en el cual a partir de la Carta Federal de 1934 (y con exclusión de la Carta autoritaria de 1937), se estableció una verdadera jurisdicción electoral, integrada por jueces y tribunales especializados para conocer y decidir las controversias surgidas en los procedimientos electorales.

45. El artículo 118 de la Constitución brasileña vigente, promulgada el 5 de octubre de 1988, considera como órganos de la justicia electoral al Tribunal Superior; los tribunales regionales; los jueces y las juntas, todos ellos de carácter electoral.

46. Se observa en varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos una orientación hacia el establecimiento de tribunales electorales especializados, pero de carácter autónomo e independiente del Poder Judicial y de los otros órganos del Estado. En esta dirección es posible señalar, entre otros: el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales regionales electorales de Chile (Constitución de 1980, artículos 84 y 85); el Tribunal Supremo de

Elecciones de Costa Rica (Constitución de 1949, artículos 99-104); el Tribunal Supremo Electoral de Ecuador (Constitución de 1978, artículo 109); el Tribunal Electoral de Panamá (Constitución de 1972-1983, artículos 136-139); así como el Tribunal Superior de Justicia Electoral y otros tribunales de menor jerarquía de Paraguay (Constitución de 1992, artículos 273-275).

47. Además de los anteriores existen otros tribunales electorales que no están regulados constitucionalmente, como ocurre con los de Guatemala y de Honduras, y algunos consejos o jurados de elecciones, que no pueden considerarse como organismos estrictamente judiciales, pero que deciden de manera definitiva sobre los resultados de la calificación respectiva, según las legislaciones de Colombia, El Salvador, Perú y Venezuela (Fix-Zamudio, 1992, pp. 6-9).

48. Esta orientación progresiva se observa también en el ordenamiento mexicano, ya que tradicionalmente se establecieron tanto a nivel federal como de las entidades federativas organismos administrativos para la tramitación de los procedimientos electorales, pero la decisión final correspondía a las Cámaras del Congreso de la Unión respecto de sus propios miembros y del titular del Ejecutivo Federal así como a las legislaturas de los Estados en cuanto a sus integrantes y de los Gobernadores respectivos. Esta era la orientación del texto original de la Constitución de 1917.

49. Sin embargo, de manera paulatina se ha transformado el sistema electoral mexicano y encaminado hacia la judicialización por conducto de tribunales especializados. Esta evolución se inicia en la reforma constitucional federal de 1977, por medio de un recurso de reclamación contra la decisión final de los órganos administrativos electorales ante la Suprema Corte de Justicia, que no tuvo resultados prácticos, por lo que en las modificaciones constitucionales de 1986 se creó el Tribunal de lo Contencioso Electoral, que se integraba sólo en los periodos electorales. En las nuevas reformas de 1990, se perfeccionó este sistema, al sustituir el órgano judicial por el Tribunal Federal Electoral, de carácter permanente, ya que el anterior se integraba en los periodos electorales.

50. Si bien dicho Tribunal poseía plena autonomía para dictar sus fallos y sus magistrados eran designados a propuesta del Presidente de la República, y aprobados por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, se conservó sin embargo el sistema original de la calificación por

parte del Congreso Federal, de manera que las decisiones de dicho Tribunal sobre los resultados electorales podrían ser revisadas por las Cámaras federales, las que pronunciaban el fallo final (artículos 41 y 60 de la Ley Fundamental) (Núñez Jiménez, 1991, pp. 239-311).

51. Pero el desarrollo hacia la jurisdicción electoral ha continuado en el ordenamiento mexicano por medio de la reforma constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993, que suprimió el sistema de autocalificación definitiva por sus propias Cámaras de los diputados y senadores federales, y sólo conserva como último reducto la decisión final sobre la elección del Presidente de la República por parte de la Cámara de Diputados (artículo 74, fracción I de la Constitución Federal).

52. De acuerdo con las disposiciones actuales en vigor, el Tribunal Federal Electoral es el órgano autónomo y máxima autoridad jurisdiccional electoral. Se integra en Pleno y en Salas regionales, que resuelven en forma definitiva e inatacable las impugnaciones que se presenten en materia electoral federal (con exclusión de la relativa al Presidente de la República, según se ha dicho). Las resoluciones de las Salas serán revisadas por una Sala de segunda instancia, integrada por cuatro miembros de la judicatura federal, designados por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Diputados, entre los propuestos por la Suprema Corte de Justicia. Dicha Sala es encabezada por el Presidente del citado Tribunal Federal Electoral (artículos 41 y 60 de la Carta Federal). Como puede observarse se ha producido una transformación muy significativa respecto a la solución de los conflictos electorales que ahora se confía, por medio de un verdadero contencioso electoral, a un tribunal especializado, con una sala de revisión que se integra en el período electoral con el Presidente de dicho Tribunal y cuatro magistrados federales, los que deciden de manera definitiva y firme.

## V. C) LA REGULACION DE LOS RECURSOS ECONOMICOS Y FINANCIEROS

53. La regulación de los recursos económicos y financieros del Estado se han conformado por medio de instrumentos destinados a la tutela de las normas constitucionales que consagran los principios del régimen económico de carácter público.



54. Es sabido que los primeros cuerpos representativos de carácter estamental surgieron en la Edad Media con objeto de autorizar la entrega de recursos económicos al monarca, especialmente para sus campañas militares, a cambio de privilegios y prerrogativas. Este fue el principio de la lenta y paulatina conquista de las facultades parlamentarias.

55. En las constituciones contemporáneas se han incorporado un conjunto de medidas para la regulación adecuada de los recursos financieros y económicos de carácter público, que en su conjunto han recibido el nombre de "derecho constitucional económico". De acuerdo con dichos instrumentos, los órganos legislativos aprueban anualmente los presupuestos de ingresos y de egresos; fiscalizan los gastos públicos, autorizan los empréstitos y han establecido organismos autónomos, en su mayor parte vinculados, pero no subordinados a los propios parlamentos, para supervisar de manera permanente el empleo de los recursos públicos y resolver las controversias que surgen con su aplicación. Estos últimos organismos se han denominado contralorías públicas o tribunales de cuentas.

56. Por otra parte, también en los ordenamientos fundamentales de nuestra época se han creado mecanismos para redistribuir los recursos públicos entre las diversas entidades, especialmente en los países con alto grado de descentralización como los federales y los regionales, con el fin de evitar la concentración de los propios recursos en las entidades que cuentan con mayores ingresos. Este sistema de redistribución forma parte del llamado "federalismo cooperativo".

57. Si trasladamos estos principios a nuestro régimen constitucional podemos observar que corresponde al Congreso de la Unión determinar las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto anual (artículo 78, fracción VII, de la Carta Federal), y particularmente de la Cámara de Diputados; la cual tiene la facultad de: "Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación y del Distrito Federal, discutiendo primero las contribuciones que a su juicio, deben decretarse para cubrirlos, así como revisar la cuenta pública del año anterior" (artículo 74, fracción IV).

58. Por lo que se refiere a la revisión de la cuenta pública, nuestra Constitución establece un organismo técnico denominado Contaduría Mayor de Hacienda, que depende de dicha Cámara (artículo 74, fracciones II a IV de la misma Constitución).

59. Si bien no tiene rango constitucional también se ha introducido en el ordenamiento mexicano, por medio de una reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en diciembre de 1982, la Secretaría de la Contraloría de la Federación, como órgano permanente de fiscalización del empleo de los recursos económicos y financieros del Gobierno Federal y del Distrito Federal y que puede considerarse equivalente a las contralorías públicas y a los tribunales de cuentas, si bien de manera heterodoxa, puesto que la mayoría de las legislaciones contemporáneas confieren autonomía a dichas entidades y sus integrantes gozan de independencia funcional, pero en México se han otorgado esas facultades a una Secretaría de Estado, y si bien ésta no es la solución más adecuada, debe considerarse como un paso adelante en la evolución de los órganos de control permanente de los recursos económicos de carácter público.

60. Un aspecto que se incorpora cada vez con mayor vigor a las Constituciones de nuestra época, es el relativo a los principios básicos del régimen económico, los cuales se introdujeron primeramente en los países que seguían el modelo soviético, ya que la propiedad de los medios de producción por parte del Estado y la planificación centralizada, eran los aspectos más relevantes del constitucionalismo socialista. Pero también los países occidentales incorporaron de manera paulatina los principios básicos del sistema económico, y en varias de las Cartas más recientes se introduce un capítulo económico que concentra estos lineamientos.

61. Esta tendencia de las Constituciones contemporáneas se deben en gran parte a la globalización mundial de la economía, la que determina la necesidad de regular a nivel constitucional las facultades de dirección del Estado en materia económica y establecer las bases de una economía de mercado. En esta dirección se habla de economía mixta, que delimita la participación de los sectores públicos y privado en las actividades económicas. Además debido a la tendencia reciente de reducir la función empresarial del Estado, se hace referencia a un régimen "neo liberal". Tenemos la convicción de que este predominio de liberalismo económico, si bien ha afectado, no ha hecho desaparecer, el llamado Estado Social Democrático de Derecho, denominación que se ha introducido en varias Cartas Fundamentales como la Alemana y la Española.

62. En realidad es más adecuado, aun cuando sin rigor técnico hablar de "liberalismo social", frase que se ha empleado en México (Serra Rojas, 1993), así como la calificación de economía de mercado que ha predominado en la doctrina alemana (Cárdenas, Julio y Teuchler, Hartmut, 1993).

63. Son varias las Constituciones contemporáneas, inclusive latinoamericanas, que han establecido un capítulo especial sobre el régimen económico y financiero. En esta dirección y sólo para citar algunos ejemplos podemos señalar la Constitución española de 1978, Título VII "Economía y hacienda", artículos 128-136; la Carta portuguesa de 1976, reformada en 1982, Parte II "Organización económica", artículos 80-110; y algunos ordenamientos latinoamericanos, entre los cuales podemos citar las Constituciones de Ecuador, 1978, Título III, "De la economía", artículos 45-55; de Panamá, 1972, reformada en 1983, Título X, "La economía nacional", artículos 277-283; la Federal de Brasil de 1988, Título VII, Capítulo I, "Los principios generales de la actividad económica", artículos 170-181; de Colombia de 1991, Título XII, "Del régimen económico y de la Hacienda Pública", artículos 232-355; y la de Perú aprobada en referéndum de octubre de 1993, Título III, "Del régimen económico", artículos 58-59.

64. Por lo que se refiere al derecho mexicano, se advierte también esa evolución hacia la consagración de normas constitucionales de contenido económico. Al respecto podemos indicar que el crecimiento de la intervención del Ejecutivo Federal en la regulación del mercado de bienes y servicios, se recoge en la adición de un segundo párrafo del artículo 131 de la Ley Suprema, de 28 de marzo de 1951, que autorizó al Congreso de la Unión para delegar facultades legislativas al mismo Ejecutivo a fin de establecer medidas con el objeto de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o para realizar cualquier otro propósito en beneficio del propio país, en especial por conducto de la fijación o modificación de tarifas de importación o exportación o las de restricción o prohibición del ingreso, salida o el tránsito por el territorio nacional de productos, artículos y efectos.

65. Esta evolución ha desembocado en las reformas de diciembre de 1982 a los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución Federal, que deben considerarse como un verdadero capítulo económico de ésta, aun cuando

se les hubiese situado, tal vez por razones de premura en el capítulo relativo a las llamadas "garantías individuales", en realidad derechos humanos de carácter individual y algunos de carácter social.

66. Debido a los graves problemas económicos que padeció Latinoamérica en los años ochenta, y particularmente México, se consideró necesario consagrar de manera expresa un conjunto de atribuciones que ya se habían ejercido por el Ejecutivo Federal al intervenir y dirigir en la actividad económica del país. El aspecto más sugestivo de dichas reformas al citado artículo 25 constitucional, se refiere a la institución que se califica como rectoría económica del Estado, la cual no obstante las inquietudes que despertó entonces en algunos sectores empresariales, no implicó una innovación sustancial, pues dicha rectoría se encontraba implícita en varios preceptos constitucionales, además de que se empleó con vigor en aquellos años.

67. De acuerdo con el citado artículo 25 constitucional, la referida rectoría se estableció para garantizar que el desarrollo nacional tenga carácter integral; para fortalecer la soberanía de la nación y su régimen democrático; así como, mediante el fomento del crecimiento económico y del empleo, lograr una más justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de la libertad y de la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la misma Constitución. Para estos fines, el Estado debe planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional; llevar a efecto la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la Ley Fundamental (Valadés, Diego, Witker, Jorge, y Noriega, Alfonso, 1983, pp. 11-13; 68-72 y 126-133, respectivamente).

68. El citado artículo 25 de la Constitución Federal mexicana deslinda los campos de competencia de los diversos sectores que realizan actividades empresariales y que según el propio precepto son de tres categorías; público, social y privado, y distribuye las actividades de los tres sectores mencionados, al determinar que el sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva las áreas estratégicas señaladas por el artículo 28 de la misma Ley Fundamental. Ambos preceptos fundamentales, 25 y 28 señalan también otras áreas de la actividad económica, que se califican de prioritarias, en las cuales el sector público asume implícitamente una función de predominio y, de acuerdo con la legislación ordinaria, puede

incorporar o asociar a los sectores privado y social. Con apoyo en estas disposiciones se han desincorporado y privatizado en los últimos años numerosas empresas de carácter público.

69. Respecto del que se considera sector social (organizaciones de trabajadores, de campesinos, cooperativas, comunidades y empresas de propiedad mayoritaria de los trabajadores) el penúltimo párrafo del propio artículo 25 constitucional dispone que la ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y expansión de su actividad económica. En relación con el sector privado, el último párrafo de dicho precepto fundamental establece que su actividad económica será alentada y protegida por la ley, la cual debe proveer las condiciones para que contribuya al desarrollo económico nacional. Como puede observarse en estos preceptos se encuentran los lineamientos de la llamada economía mixta o social de mercado (Carrillo Flores, 1983, pp. 81-93; Reyes Heróles, 1985, pp. 219-237).

#### **VI. D) LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION Y EL PROCEDIMIENTO DIFICULTADO DE REFORMA**

70. Estos dos principios, si bien pertenecen al campo de la técnica normativa, tienen efectos esenciales sobre la eficacia de las disposiciones fundamentales y la vida política y por ello es que se han consagrado en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, ya sea expresa o implícitamente.

71. a) La supremacía constitucional debe considerarse el principio básico de todo sistema jurídico, como lo demostró con gran claridad el notable jurista austriaco Hans Kelsen, en cuanto afirmó que existe una jerarquía normativa indispensable y que el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico se encuentra en las disposiciones de carácter constitucional (1951, pp. 306 y ss.; 1979, pp. 271 y ss.)

72. Sin embargo, por razones prácticas y debido a los antecedentes en la vida jurídica colonial y en la doctrina del magistrado inglés Edward Coke, este principio fue consagrado en el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos y se desarrolló a partir del famoso caso *Madison versus Marbury* (1803) por la jurisprudencia de la Suprema

Corte Federal, ya que en ese fallo, como es bien sabido, John Marshall Presidente de dicho Tribunal consideró que toda norma legislativa contraria a la Constitución Federal era nula y sin valor (García de Enterría, 1981, pp. 49-55).

73. El citado principio de la supremacía constitucional tuvo una influencia decisiva en cuanto al establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en varios países pertenecientes a la Comunidad Británica, así como en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, incluyendo a México por conducto del juicio de amparo consagrado en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 (Fix-Zamudio, 1971, pp. 17-22; 1987, pp. 415-460).

74. b) El segundo principio, es decir el procedimiento más riguroso para la reforma de las disposiciones fundamentales, es consecuencia del primero, en virtud de que, si las normas constitucionales se expiden o se modifican en la misma forma que las ordinarias, se menoscaba el principio de la supremacía de las primeras. Este procedimiento de reforma, que también por vez primera fue consagrado jurídicamente en el artículo V de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, dio lugar a la clásica teoría del jurista inglés James Bryce (1952, pp. 17-22), sobre las constituciones rígidas y las flexibles. Las primeras, que actualmente se consagran en la inmensa mayoría de los documentos constitucionales, no pueden reformarse sino por medio de un procedimiento especial y dificultado, y las segundas, cuyo paradigma ha sido el ordenamiento británico, implica que las modificaciones a los preceptos que se consideran fundamentales pueden realizarse en la misma forma y con el mismo procedimiento de expedición de las leyes ordinarias. En esta misma dirección sólo pueden encontrarse en la actualidad, además de la británica, las disposiciones constitucionales de Israel y de Nueva Zelanda.

75. Otra cuestión que también puede plantearse es la relativa a si determinados valores supremos pueden mantenerse indefinidamente al prohibirse su reforma o modificación de manera expresa, y para no citar experiencias históricas, es posible señalar algunos ejemplos en ordenamientos contemporáneos, entre ellos los artículos 139 de la Constitución Italiana de 1948 y 89 de la Francesa de 1958, que prohíben la modificación de la forma republicana de gobierno. De admitirse esa prohibición

absoluta de reforma, las generaciones futuras no podrían modificar el sistema de gobierno, o sea que en este aspecto la Constitución escrita sería intangible, lo que no deja de ser ilusorio (Biscaretti di Ruffia, 1988, pp. 682-686).

76. Estos dos principios fundamentales se consagraron en el ordenamiento fundamental mexicano a partir de la Constitución Federal de 1857 (artículos 126 y 127) y en la Carta Fundamental vigente de 1917 (artículos 133 y 135), en ambos casos con la inspiración directa en la Constitución de los Estados Unidos (artículos V y VI, respectivamente), con ligeras variantes en el texto, pero con una práctica muy diversa.

77. *La supremacía de la Constitución* está regulada actualmente por el artículo 133 de la Carta Federal vigente, con una modificación de detalle en enero de 1934, precepto que tomó como modelo, lo mismo que el artículo 126 de la Ley Fundamental de 1857, al artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787. Dicho precepto actual dispone: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la *Ley Suprema de toda la Unión*. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados". (Carpizo, 1991, pp. 1-31).

78. Las disposiciones anteriores han producido un efecto similar al paradigma norteamericano, en cuanto le han otorgado a la Ley Suprema de la Unión (Constitución Federal, leyes federales, tratados internacionales) la categoría de norma jurídica, (ver *supra* párrafo 74), es decir que en los Estados Unidos por medio de los diversos procedimientos de la revisión judicial y en México por conducto del juicio de amparo contra disposiciones legislativas, se puede declarar su inconstitucionalidad para efectos concretos, es decir, desaplicar dichas disposiciones cuando sean contrarias a dicha Ley Suprema. Pero también se ha presentado una gran diferencia en la práctica en cuanto en el modelo original los jueces locales conocen y deciden sobre dicha desaplicación, pero en el ordenamiento mexicano no obstante la disposición expresa del citado artículo 133 constitucional, los jueces de las Entidades Federativas se han abstenido de asumir sus

atribuciones y sólo los tribunales federales y en última instancia, la Suprema Corte de Justicia, han decidido por medio del juicio de amparo, las cuestiones de la constitucionalidad de las disposiciones legales cuando contradicen la Constitución Federal (Aguilar Alvarez, Horacio, 1989, pp. 107-152).

79. Por lo que respecta al *procedimiento dificultado de reforma* de las normas fundamentales, el actual artículo 135 de la Constitución Federal (127 de la Carta anterior de 1857), sigue muy de cerca lo dispuesto por el artículo V de la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, con algunas variantes. En la Ley Fundamental norteamericana se exige una votación aprobatoria de los dos tercios de los miembros de ambas Cámaras del Congreso Federal y de las tres cuartas partes de las legislaturas o de convenciones, de las Entidades Federativas. En el ordenamiento mexicano, de acuerdo con el mencionado artículo 135, se requiere de los votos favorables de las dos terceras partes de los miembros presentes de ambas Cámaras del Congreso Federal y de la mayoría de las legislaturas de los Estados.

80. En la realidad política de ambos países, el citado procedimiento ha tenido efectos muy disímolos. Es muy conocido que la Carta norteamericana ha sufrido sólo 27 reformas (enmiendas) en más de doscientos años de vigencia, y las diez primeras entraron en vigor en 1791 pues contienen una declaración de derechos de la cual carecía el texto original de 1787, ya que la progresiva adaptación de la Carta Fundamental a los cambios de la realidad social, política y económica del país ha sido posible por el dinamismo de la jurisprudencia de los tribunales en especial de la Corte Suprema Federal.

81. Por el contrario, en México han prevalecido las modificaciones formales sobre los cambios jurisprudenciales, y por ello la Constitución actual de 1917 ha experimentado más de trescientas reformas, algunas muy recientes (Valadés, Diego, 1979, pp. 186-191). Puede afirmarse, sin exageración que nuestra Constitución actual, a partir de 1928 cuando se le hicieron algunas modificaciones sustanciales, se ha encontrado en reforma permanente. Los muy numerosos cambios no siempre han sido convenientes y varios de ellos adolecen de serias deficiencias de técnica legislativa, pero no obstante las críticas que se han expresado, un porcentaje importante de esas reformas han sido necesarias para actualizar el



texto de la Constitución de 1917 la que puede considerarse de transición entre la Carta de 1857 de corte liberal individualista clásico y las Constituciones de esta segunda posguerra que han implantado el Estado Democrático Social de Derecho. Con excepción de la Constitución Federal Argentina que es de 1853-1860 con escasas modificaciones, pero que va a ser sustituida o reformada sustancialmente por un próximo Congreso Constituyente, todas las demás cartas Latinoamericanas son relativamente recientes, y algunas se han expedido en los últimos años, como la brasileña de 1988; colombiana de 1991, paraguaya de 1992 y peruana de 1993.

82. No obstante que como se ha dicho, los procedimientos de reforma son similares en los Estados Unidos y en México, la experiencia de los mismos ha sido muy contrastante. En Norteamérica el procedimiento se ha aplicado en escasas oportunidades y su duración ha sido muy lenta y en ocasiones prolongada. En el ordenamiento mexicano ese procedimiento se realiza en ocasiones con mayor rapidez que el legislativo ordinario, por lo que se da la impresión de que la Carta mexicana corresponde a las Constituciones flexibles de acuerdo con la terminología de Bryce (ver *supra* párrafo 74), pero esto no es exacto, ya que estos cambios constantes han obedecido a diversos factores políticos. Las reformas se produjeron con mucha facilidad durante varias décadas debido a la existencia de un partido hegemónico (el actual Revolucionario Institucional), que tenía mayoría absoluta en las dos Cámaras y en las legislaturas locales, pero a partir de 1977, cuando se implantó el sistema de representación proporcional, se ha reforzado de manera considerable la oposición, primero en la Cámara de Diputados y en las legislaturas de los Estados, y próximamente también en el Senado Federal de acuerdo con las reformas de 1993, ya que a partir de las elecciones de agosto de 1994 dicha Cámara se integrará también de acuerdo con el régimen de representación porcional.

83. Lo cierto es que el Partido Revolucionario Institucional se ha transformado de partido hegemónico y casi único desde su fundación en 1929, en un partido simplemente mayoritario en los últimos años, por lo que las reformas constitucionales ya no han sido tan fáciles, pero de todas formas se han producido con los votos de algunos sectores de la oposición, lo que indica que se ha obtenido un consenso relativo y a veces bastante amplio en cuestiones relevantes, como lo han sido las modificaciones de 1992 a los artículos 27 (cambios en régimen agrario y creación de

tribunales agrarios); 102 (establecimiento de organismos autónomos de protección de derechos humanos de acuerdo con el modelo del *Ombudsman*); 130 (relaciones entre el Estado y las Iglesias); y 1993, (artículos 41 y 60, fortalecimiento del contencioso electoral y supresión de la autocalificación de diputados y senadores federales; (artículos 16, 19 y 20) equilibrio entre las atribuciones del Ministerio Público y los derechos del acusado y de la víctima, así como nuevas reglas para la libertad caucional.

84. Por este motivo, aun cuando han existido proposiciones para la elaboración de una nueva Constitución no se advierte una tendencia vigorosa en este sentido, debido al convencimiento de que la Constitución mexicana, sin abandonar los principios básicos del Constituyente de Querétaro (sistema federal, presidencial y democrático, derechos individuales y sociales), ha evolucionado de manera paulatina hacia un verdadero régimen de Estado Social y Democrático de Derecho, que por supuesto no se ha alcanzado todavía, pero es la tendencia que se observa en las Cartas latinoamericanas más recientes. Sin embargo, se han propuesto procedimientos más rigurosos para los cambios constitucionales, a fin de evitar la improvisación en las reformas a la Ley Suprema (Fix-Zamudio, 1984, pp. 337-369).

## VII. EL CONCEPTO CONTEMPORANEO DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

85. Ya señalamos con anterioridad que el segundo sector, de la defensa de la Constitución es el relativo a las llamadas "*garantías constitucionales*" que son aquellas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con el objeto de restaurarlo (ver *supra* párrafo 19). Deben considerarse como instrumentos predominantemente de carácter procesal, con funciones de carácter reparador, pero que no sólo de naturaleza conservadora, es decir que tiendan a mantener de manera pasiva a las normas fundamentales, sino que también implican el desarrollo dinámico de la normatividad constitucional para amoldarla a los cambios de la realidad, y al mismo tiempo, modificar la citada realidad para otorgar efectividad a las *disposiciones de principio o programáticas* de la Ley Fundamental (ver *supra* párrafo 16).

86. Sin embargo, el concepto de garantías constitucionales ha experimentado una evolución histórica a partir de su consagración en la

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De acuerdo con la idea que tenían los revolucionarios franceses, las garantías constitucionales (entonces sólo de carácter individual), eran los derechos de la persona humana precisados y establecidos en un documento de carácter fundamental, pues de esa manera eran conocidos por gobernantes y gobernados y además tenían un carácter superior al de las disposiciones legislativas (Duguit, 1924, t. III, pp. 561 y ss.) La realidad se encargó de desvanecer esta ingenua utopía, pues se advirtió muy pronto que la determinación y consagración de los derechos humanos no era suficiente para su cumplimiento, por lo que el concepto inició una evolución por medio de la cual se transformó de manera paulatina para llegar a su caracterización contemporánea.

87. Un segundo paso en este desarrollo lo podemos situar en el pensamiento del notable publicista alemán Jorge Jellinek (1915, tomo II, pp. 529-537), quien en las postrimerías del siglo anterior y los primeros años del presente realizó el estudio de los instrumentos de defensa de las normas fundamentales a los que calificó de “*garantías de derecho público*” que dividió en tres sectores; sociales, políticas y jurídicas, concebidas como los medios establecidos por el Constituyente para preservar el ordenamiento supremo del Estado, con lo cual abarcó los instrumentos que hemos calificado como medios de protección de la Ley Fundamental (ver *supra* párrafo 18). Sin embargo, al analizar las garantías de carácter jurídico vislumbra ya la superación de la idea tradicional, en cuanto expresó que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público se debía considerar como uno de los progresos más importantes en la construcción del Estado en el curso del siglo XIX, en virtud de que si bien en su época la propia jurisdicción se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz, en particular, como “*garantía*” de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.

88. En la misma orientación, un adelanto se configura con la aportación del distinguido constitucionalista francés Leon Duguit (1943, pp. 122-123), en el cual dividió las propias garantías constitucionales en “*preventivas*” y “*represivas*”. Afirmó que las primeras tendían a evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, pero cuando eran insuficientes para impedir la ruptura del orden constitucional era necesario recurrir a las segundas, que eran las únicas que en determinados supuestos

servirían de freno a la arbitrariedad del Estado, y agregó de manera significativa, que dichas garantías represivas deberían residir en una alta jurisdicción de reconocida competencia, cuyo saber e imparcialidad estarían a cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinará todo el mundo, gobernantes y gobernados e incluso el mismo legislador.

89. Esta evolución doctrinal culminó en el clásico estudio del ilustre jurista vienés Hans Kelsen sobre "*La garantía jurisdiccional de la Constitución*" que publicó en 1928 en la revista de derecho público francesa (pp. 197-257, trad. castellana, 1974, pp. 471-515), en la cual sistematizó de manera precisa y particularizada las ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional en la Carta Federal austríaca de 1920, cuyo título VI, sobre la organización, competencia y funcionamiento de la Corte Administrativa Federal (*Verwaltungsgerichtshof*) y de la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) recibió la denominación de Garantías de la Constitución y de la Administración (*Garantien der Verfassung und Verwaltung*).

90. En esta misma dirección y también por influencia del pensamiento kelseniano en la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931, su título IX recibió la denominación de *Garantías y reforma de la Constitución*, y entre las primeras comprendía los *recursos de inconstitucionalidad* y de *amparo*, la decisión de los conflictos de competencia legislativa cuantos otros surgieran entre el Estado y las regiones autónomas y los de estos entre sí; la responsabilidad criminal del jefe del Estado, del presidente del Consejo y de los ministros, así como de los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República. El conocimiento de estas materias se encomendó a un organismo jurisdiccional que recibió la denominación significativa de Tribunal de Garantías Constitucionales (Alcalá-Zamora, 1944, pp. 503-533).

91. A partir de entonces se extendió la concepción de las garantías constitucionales como instrumentos de tutela instrumental de las disposiciones fundamentales para lograr su restitución cuando hubiesen sido desconocidas o violadas, lo que trascendió a la denominación que se ha adoptado en las Cartas surgidas con posterioridad a la segunda guerra mundial. Así podemos citar el título VI de la Constitución Italiana, que entró en vigor el primero de enero de 1948, el que se intitula *garantías constitucionales* y

que comprende la organización y competencia de la Corte Constitucional (artículos 134-137), pero además consigna el procedimiento dificultado de reforma de la misma ley fundamental, (artículos 134-137), que en nuestro concepto no puede considerarse como una garantía en sentido estricto sino como un medio de protección (ver *supra* párrafo 74).

92. También se puede citar la institucionalización del concepto actual de garantías constitucionales por la Carta portuguesa de 25 de abril de 1976, reformada en 1972, que en el título I de su parte IV, relativa a la regulación de las *garantías de la Constitución* contiene las disposiciones sobre la "fiscalización de la Constitución" (artículos 277-285), que incluyen la inconstitucionalidad por acción y de la declaración de inconstitucionalidad, así como los órganos encargados para decidir estos procedimientos, de manera particular al Tribunal Constitucional.

93. La Constitución española de 29 de diciembre de 1978 contempla de manera exclusiva las garantías constitucionales en relación con la tutela de los derechos fundamentales, en virtud de que el capítulo IV del título I, de la propia ley fundamental lleva el título: "*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*", que correctamente comprende a los instrumentos procesales relativos al procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios; a los recursos de amparo y de inconstitucionalidad, e incluye también la figura del Defensor del Pueblo (*Ombudsman*), como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los citados derechos y libertades (artículos 53-54).

94. Esta terminología moderna también se ha introducido en las Constituciones latinoamericanas recientes, ya que tradicionalmente en ellas había predominado el concepto tradicional de las garantías constitucionales como sinónimo de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Así podemos mencionar en primer término al Título V de la Constitución peruana de julio de 1979, sobre las *garantías constitucionales* (artículos 295-305), y que comprende las acciones de *hábeas corpus*, de *amparo* y de *inconstitucionalidad*, así como la organización y funcionamiento del organismo de última instancia que debía conocer de estos instrumentos, calificado como *Tribunal de Garantías Constitucionales*, nombre inspirado en la Constitución española de 1931 (ver *supra* párrafo 90). La Carta Fundamental del Perú, aprobada en referéndum de octubre

de 1993 y que sustituyó a la anterior, ha seguido la misma denominación en su Título V (artículos 200-205), que conserva el nombre de *garantías constitucionales*, entre las cuales además de las tres mencionadas anteriormente (acciones de hábeas corpus, amparo y de inconstitucionalidad), agrega la *acción popular* (contra las infracciones de la Constitución y de la ley, por reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general), y la *acción de cumplimiento* (contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo).

95. En esta misma dirección el Título XII del Título I, de la Constitución paraguaya de junio de 1992 (artículos 131-136) se intitula *De las garantías constitucionales*, entre las cuales incluye la *inconstitucionalidad*, el *hábeas corpus*, el *amparo*, el *hábeas data*, pero también la competencia y de la *responsabilidad de los magistrados*, que no corresponde estrictamente a esta categoría.

96. Con menos precisión, la Constitución federal brasileña de octubre de 1988, concentra en el Título II (artículos 5° a 17), los *derechos y garantías constitucionales* y particularmente en el artículo 5°, comprende de manera indiscriminada los derechos individuales y los instrumentos para tutelar estos derechos y también los de carácter social comprendidos en los siguientes artículos 6° a 11. En efecto, además de los derechos propiamente dichos, incluye las siguientes garantías: *hábeas corpus* (artículo 5°, fracción LXVIII); *mandado de segurança* (similar al amparo) (artículo 5°, fracción LXIX); *mandado de segurança colectivo* (que puede ser interpuesto por los partidos políticos, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y con un año de funcionamiento); *mandado de injunção* (contra la falta de norma reglamentaria que haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas relativas a la nacionalidad, la ciudadanía y la soberanía); *hábeas data* (para el conocimiento y rectificación de informaciones contenidas en registros o bancos de datos de autoridades gubernamentales o de carácter público) (artículo 5°, fracción LXXII), así como *acción popular* (para anular actos lesivos al patrimonio público o de las entidades gubernamentales, pero también las que afecten la moralidad administrativa, el medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, y que se ha utilizado para la defensa de los llamados intereses o derechos de carácter difuso) (artículo 5°, fracción LXXIII).

97. La Constitución colombiana de julio de 1991, en su título II, que intitula “*De los derechos, las garantías y los deberes*”, consigna en su capítulo 4, “*De la protección y aplicación de los derechos*”, el equivalente a las garantías constitucionales en sentido estricto (artículos 83-94), pues comprende los siguientes instrumentos: *acción de tutela* (similar al derecho de amparo); las *acciones populares* para la protección de los derechos e intereses colectivos (de carácter difuso) relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza; así como además de las anteriores, los recursos, acciones y los procedimientos necesarios para que los afectados puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas; también se incluye en este sector a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las propias autoridades públicas; así como la facultad de cualquier persona individual o colectiva para solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias en relación con la conducta de las mismas autoridades.

98. Como puede observarse de la simple descripción anterior, las Constituciones contemporáneas han adoptado con mayor o menor precisión una configuración de las garantías constitucionales como los instrumentos tutelares tanto de los derechos fundamentales como de las atribuciones de los órganos de gobierno, contra su afectación por parte de las autoridades públicas, y si bien no se han incluido expresamente en los instrumentos protectores a los organismos inspirados en el modelo del *Ombudsman*, salvo la Constitución española de 1978 (ver *supra* párrafo 93), sin embargo desde el punto de vista doctrinal se advierte la tendencia a comprender dentro de esta concepción de las garantías constitucionales a dicha institución, ya que realiza funciones de apoyo y auxilio a los organismos jurisdiccionales a los que se encomiendan esencialmente el conocimiento y decisión sobre las citadas garantías.

99. Por otra parte, el estudio sistemático de las garantías constitucionales, en el sentido contemporáneo que hemos destacado en los párrafos anteriores, se atribuye a una disciplina procesal relativamente reciente, y que podemos calificar de *Derecho procesal constitucional*, considerado

una rama del Derecho procesal general y que sigue los lineamientos de la teoría general o doctrina del proceso o del Derecho procesal. Afirmamos que esta disciplina es relativamente novedosa, puesto que con anterioridad, si bien se habían analizado los instrumentos de tutela de las normas constitucionales, no se había intentado la construcción de conceptos, principios e instituciones que abarquen todos los instrumentos, predominantemente procesales, que se han establecido para solucionar los conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales (Fix-Zamudio, 1993, pp. 353-357).

100. Es cierto que se avanzó considerablemente con los estudios que se han hecho de los propios instrumentos dentro del concepto de *justicia o jurisdicción constitucionales*, pero consideramos que un paso adelante radica en la consolidación de una disciplina procesal, que de manera más sistemática, contemple las garantías constituciones bajo el enfoque de la ciencia procesal. Lo cierto es que la denominación de *Derecho procesal constitucional* se generaliza en la doctrina más reciente, y al respecto podemos citar las obras de conocidos tratadistas como el español Jesús González Pérez (1979); el alemán Christian Pestalozza (1991); y el argentino Néstor Pedro Sagüés (1988-1989, IV volúmenes). Este último ha promovido la creación de cursos sobre el citado Derecho procesal constitucional.

## VIII. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

101. Si aplicamos los conceptos anteriores al ordenamiento mexicano, podemos afirmar que si bien todavía con imprecisiones existe en vías de formación una nueva disciplina, es decir, un *Derecho procesal constitucional mexicano*, que tiene por objeto el análisis científico de las garantías constitucionales establecidas por la Carta Fundamental vigente de 1917, con numerosas reformas posteriores (Fix-Zamudio, 1992, pp. 107-109).

102. Sin embargo es preciso aclarar que nuestra Ley Suprema todavía conserva la denominación tradicional de garantías constitucionales como equivalente a la de los derechos fundamentales consagrados en la misma Carta Federal. El capítulo I, del Título Primero de la Constitución Federal se denomina todavía "*De las garantías individuales*" (artículos 1o. a 2a). Los cursos que se imparten en las Escuelas y Facultades de Derecho mexicanas, incluyendo la UNAM, se califican de "garantías



individuales y sociales" (Burgoa Orihuela, 1993; Juventino V. Castro, 1991), los cuales se refieren al estudio de los derechos fundamentales, pero todavía con un criterio tradicional, pues no comprenden los consagrados en los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados y aprobados en los términos del artículo 133 constitucional (ver *supra* párrafo 77) y que por lo mismo ya forman parte del ordenamiento interno mexicano.

103. Sin embargo se abre paso la tendencia hacia el análisis sistemático de nuestros instrumentos de tutela de las normas constitucionales, y desde este punto de vista, consideramos que pueden señalarse como las más importantes las siguientes garantías constitucionales, cuyo conjunto integran lo que puede calificarse de *Derecho procesal constitucional mexicano*; A) El juicio político (artículo 110); B) Las controversias constitucionales (artículo 105); C) El procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia (artículo 97, párrafos segundo y tercero); D) El juicio de amparo (artículos 103 y 107); y E) Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del Ombudsman (artículo 102, apartado B) (Todos estos preceptos corresponden a la Constitución Federal).

## IX. A) EL JUICIO POLITICO

104. Este se inspira en cierta medida en el *impeachment* de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, (artículo I, sección III, inciso c), de acuerdo con el cual corresponde al Senado Federal el enjuiciamiento de los altos funcionarios de los tres órganos del Gobierno, por infracciones de tipo político, especialmente a la Constitución Federal, pero con la consecuencia, de que el fallo condenatorio únicamente implica la destitución e inhabilitación del responsable, el cual posteriormente, si su conducta está tipificada penalmente, puede ser sometido a un proceso ante los tribunales ordinarios (González Oropeza, 1984, pp. 459-489).

105. Estos mismos principios, con algunas variantes fue establecido en las Constituciones federales de 1857 (artículos 103-105), y la vigente de 1917 (artículo III del texto original, actual 110). Nos concretaremos en el sistema vigente ya que sería complicado señalar las modificaciones que se realizaron a partir de la citada Constitución anterior.

106. Sin embargo es preciso hacer mención de los lineamientos establecidos en el artículo 111 del texto original aprobado por el Constituyente de Querétaro, ya que de acuerdo con el mismo, que sigue con variantes al modelo norteamericano, sólo los funcionarios mencionados en el entonces artículo 108, eran responsables por delitos, faltas u omisiones cometidas durante el tiempo en que ejercieran sus cargos. Estos funcionarios eran los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los magistrados de la Suprema Corte de Justicia, los Secretarios de Despacho y el Procurador General de la República; así como el Presidente de la República, sólo por traición a la patria y delitos graves del orden común (en el artículo 103 de la Carta de 1857, el titular del Ejecutivo Federal, además de estas infracciones podía ser acusado por violación expresa a la Constitución y ataque a la libertad electoral), y los Gobernadores de los Estados y los diputados de las legislaturas locales, por violaciones a la Carta Fundamental y leyes federales). Esta inmunidad procesal ante los tribunales ordinarios fue calificado por la doctrina como "*fuero constitucional*" (González Bustamante, 1946).

107. El procedimiento para este enjuiciamiento especial estaba establecido en el citado artículo 111 constitucional, de acuerdo con el cual, por medio de acción popular podían denunciarse las faltas, delitos y omisiones cometidas por los citados altos funcionarios en el ejercicio de sus funciones ante la Cámara de Diputados, la cual tramitaba a la primera instancia, y si consideraba culpable al funcionario respectivo, dicha Cámara, por medio de una comisión sostenía la acusación ante la Cámara de Senadores, la que revisaba el procedimiento de primer grado y resolvía en definitiva. Si el citado fallo era nuevamente condenatorio, la consecuencia era la destitución del funcionario y su inhabilitación por determinado período, de acuerdo con la gravedad de la infracción. Si la conducta del responsable estaba tipificada como delito en leyes penales, podía ser sometido a un proceso ante los tribunales ordinarios competentes (García Ramírez, 1989).

108. Este régimen fue modificado en las reformas constitucionales promulgadas en diciembre de 1982, ya que el citado artículo 111 fue sustituido por el vigente artículo 110, que conserva los lineamientos del citado procedimiento de dos instancias, pero cambió substancialmente el sistema de la inmunidad procesal, ya que sustituyó a la enumeración de los

altos funcionarios señalados expresamente en el anterior artículo 108 (ver *supra* párrafo 104), por el concepto mucho más amplio e indeterminado de *servidor público* dentro del cual se comprenden a “los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes judicial federal y judicial del Distrito Federal, a los empleados y funcionarios, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o del Distrito Federal...”

109. De manera inconsistente con los principios básicos del juicio político, el cual ha sido regulado en la mayoría de las legislaciones contemporáneas con el objeto de establecer un enjuiciamiento especial o un procedimiento previo para el procesamiento de los *altos funcionarios* del Estado, es decir, los *titulares de los poderes públicos*, a los cuales se dota de *inmunidad procesal relativa*, para evitar que puedan ser entorpecidos en sus funciones por acusaciones temerarias o notoriamente infundadas; el actual artículo 110 señala que pueden ser sometidos al citado juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión; los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los Secretarios de Despacho; los Jefes de Departamento Administrativo; los Representantes de la Asamblea del Distrito Federal; el titular del órgano u órganos del gobierno del Distrito Federal; el Procurador General de la República; y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal. Hasta ahí la enumeración resulta correcta de acuerdo con los principios del juicio político. Pero el citado precepto agrega además, a los magistrados de circuito y jueces de Distrito; a los jueces y magistrados del fuero común del Distrito Federal; a los Directores Generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados; pero lo que es más grave, también a los titulares de *empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades o asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos*.

110. La confusión entre los organismos públicos descentralizados y las empresas o fideicomisos públicos se deriva de una desafortunada modificación de 1981 al artículo 90 de la Carta Federal, que incorporó una concepción notoriamente errónea de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1967, y por ello ese precepto fundamental dispone que “La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida al Congreso” (que precedió a dicha modificación constitucional). Este texto ha propiciado una lamentable

confusión entre los citados organismos descentralizados que sí forman parte de la administración con las empresas y los fideicomisos públicos que carecen del carácter de autoridad, y sólo son fiscalizados por las verdaderas autoridades administrativas.

111. Además de lo anterior, el mencionado artículo 110 constitucional, extiende el juicio político, como lo hacía pero en forma más limitada el 111 anterior (ver *supra* párrafo 104), a los Gobernadores de los Estados; Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales por “violaciones graves a esta Constitución y a las leyes que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales (esto último excede, en nuestra opinión, a la responsabilidad política), pero en este caso la declaración de responsabilidad (hecha en segunda instancia por el Senado Federal) será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para el ejercicio de sus funciones y procedan como corresponda”. En cuanto al Presidente de la República el texto actual del artículo 108 reitera el precepto original en el sentido de que “durante el tiempo a su cargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común”.

112. Por otra parte, y de acuerdo con el modelo estadounidense, el párrafo tercero del actual artículo 110, establece que “Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público”.

113. Consideramos que el juicio político de acuerdo con las diversas modalidades que advierten en las legislaciones contemporáneas, posee el propósito esencial de evitar los enjuiciamientos indebidos de los titulares de los poderes públicos que puedan afectar sus funciones, y por otra parte, sancionar las *infracciones a la Constitución* que puedan cometer dichos altos funcionarios, cuya comprobación implica su destitución, inhabilitación, y en su caso, las sanciones establecidas en las leyes penales. En cuanto al ordenamiento mexicano podemos aplicar dichos lineamientos, si tomamos en consideración las infracciones constitucionales que pueden originar el juicio político, establecidas por los artículos 6° y 7° de la Ley de Responsabilidades (de los empleados y funcionarios de los Gobiernos Federal y del Distrito Federal) de diciembre de 1982, las que coinciden casi

literalmente con las leyes de responsabilidades anteriores de 1939 y 1979, artículos 13, y 3º, respectivamente.

114. El citado artículo 6º, dispone: "Es procedente el juicio político, cuando los actos y omisiones de los servidores públicos a que se refiere el artículo anterior (enumerados por el artículo 110 constitucional antes mencionado), redunden en *perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho*". A su vez, el artículo 7º de dicha Ley de Responsabilidades, determina en su parte conducente y de manera específica: "Redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho: I. *El ataque a las instituciones democráticas*; II. *El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo federal*; III. *Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales (aquí se emplea el término "garantías, en su sentido tradicional de derechos fundamentales) (ver supra párrafo 86)*; IV. *El ataque a la libertad de sufragio*; V. *La usurpación de atribuciones*; VI. *Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma, o a la sociedad o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones*; VII. *Las omisiones de carácter grave en los términos de la facción anterior*; y VIII. *Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal...*".

## X. B) LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

115. Esta garantía constitucional, también con antecedentes en la Constitución Federal de los Estados Unidos (artículo III, sección 2) se encuentra consagrada por el artículo 105 de la Carta Federal y reglamentada por los artículos 11, fracciones I a IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1988; así como 12 y 44, respectivamente, de las leyes de Coordinación Fiscal de 22 de diciembre de 1978, que entró en vigor el primero de enero de 1980 y de Planeación de 5 de enero de 1983.

116. De acuerdo con estos preceptos, se otorga al Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia, la facultad de resolver en única instancia las controversias a que se refieren los preceptos anteriormente mencionados.

Según las citadas facciones del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, el mencionado Tribunal en Pleno es competente para conocer los conflictos que puedan suscitarse entre dos o más entidades federativas; entre los poderes de una misma entidad sobre la constitucionalidad de sus actos; de las autoridades de esos que invadan la esfera de la autoridad federal; de los que surjan entre una entidad federativa y la Federación y finalmente aquellos en los que la Federación sea parte, cuando a juicio del mismo Tribunal en Pleno se consideren de importancia trascendente para los intereses de la Nación, oyendo al parecer del Procurador General de la República.

117. Esta institución procesal tiene por objeto garantizar el equilibrio de las facultades de la Federación y de las entidades federativas señaladas en la Carta Federal. Se ha aplicado muy rara vez en la práctica, ya que cuando se han presentado diferencias de carácter jurídico, en especial entre el Gobierno Federal y los de algunos Estados, se han resuelto por medio de procedimientos y por órganos de carácter político.

118. En su mayor parte estos litigios jurídicos se han decidido por medio de un instrumento calificado como "desaparición de poderes", previsto por el artículo 76, fracción V, de la Constitución Federal, y que se atribuye al Senado de la República. Este procedimiento es equivalente a la institución regulada por las Cartas de otros ordenamientos latinoamericanos de carácter federal como las Leyes fundamentales de Argentina y Brasil (artículos 6° y 34-36, respectivamente), con la denominación de "intervención federal". Las decisiones que al respecto ha adoptado el Senado Federal han sido en perjuicio de los Estados que poseen menor fuerza política frente a las autoridades de la Federación, con lo cual se favorece la centralización que se observa en los regímenes federales de nuestra época, en particular los latinoamericanos.

119. Debido a las frecuentes críticas que se han elevado contra este procedimiento de desaparición de poderes, que afortunadamente ya no se ha utilizado desde hace varios años, pero que se empleó con alguna frecuencia en el pasado, se intentó una reglamentación por medio de la Ley de 27 de diciembre de 1978, la que tampoco limitó de manera adecuada las amplias facultades discrecionales del Senado Federal.

120. Con excepción de los conflictos en que la Federación figura como parte, los que sí han tenido aplicación, puede afirmarse que las demás hipótesis no se ha acudido a este instrumento constitucional, si se toma en cuenta que la última controversia constitucional efectivamente planteada ante la Suprema Corte de Justicia conocida con el nombre de “caso Oaxaca”, se resolvió por el Tribunal Pleno del más alto tribunal de la República los días 3 y 7 de diciembre de 1932, con motivo del conflicto jurídico planteado por el Procurador General de la República en representación del gobierno federal, para solicitar la nulidad de la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos expedida por el gobierno del Estado de Oaxaca el 13 de febrero del mismo año. La Suprema Corte consideró que dicho ordenamiento local invadía las facultades exclusivas de la Federación y lo declaró inconstitucional con efectos generales, después de un largo debate y con varios votos de disidencia (llamados en nuestra legislación “votos particulares”).

121. No obstante que en las mencionadas leyes de Coordinación Fiscal y de Planeación (ver *supra* párrafo 113) han intentado revivir este instrumento de protección en sus respectivas materias de las normas constitucionales que regulan las competencias de la Federación y de los Estados, no se han presentado litigios de esta naturaleza ante la Suprema Corte de Justicia, por lo que puede afirmarse que esta garantía constitucional ha caído en desuso.

## **XI. C) EL PROCEDIMIENTO INVESTIGATORIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

122. El tercero de los instrumentos de garantía establecidos por la Carta federal vigente está regulado por los párrafos segundo y tercero del artículo 97 constitucional.

123. El texto original de este precepto comprendía exclusivamente el entonces párrafo tercero de dicho precepto, de acuerdo con el cual, la Suprema Corte de Justicia estaba facultada para designar a alguno de sus miembros, un juez de distrito o magistrado de circuito; o nombrar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal, algunas de las Cámaras del Congreso de la Unión o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que se investigara la conducta de un juez o magistrado federal; algún hecho o hechos que

constituyen la violación de alguna garantía individual; la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal.

124. Por reforma de diciembre de 1977 se agregó el actual párrafo tercero del citado artículo 97 constitucional y se modificó ligeramente la redacción del párrafo anterior, ya que se suprimió la referencia a la investigación de delitos federales.

125. El nuevo párrafo, ahora tercero, amplió la atribución de investigación de la Suprema Corte en materia electoral, en el sentido de que pueda practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio *pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión*. Los resultados de la investigación se harían llegar a los órganos competentes.

126. La doctrina ha estimado que se trata de un simple procedimiento y no de un verdadero proceso, en cuanto la actividad encomendada, la cual debe versar sobre violaciones de carácter constitucional y no respecto de cuestiones de simple legalidad cuyo esclarecimiento en materia penal corresponde al Ministerio Público. El resultado de la investigación respectiva culmina con un dictamen elaborado por la Suprema Corte de Justicia, el que debe entregarse a la autoridad que hubiese solicitado su intervención, o bien a la competente para resolver el asunto, esto último en los casos en que la propia Suprema Corte iniciara de oficio la pesquisa.

127. El citado procedimiento investigatorio no se inspiró, como si los dos instrumentos de garantía señalados anteriormente (juicio político y controversias constitucionales) en el derecho constitucional de los Estados Unidos (ver *supra* párrafos 102 y 113), sino que es una creación original de la Carta de 1917, pero inclusive sus antecedentes (si los tiene) son bastantes imprecisos por lo que se ha dificultado de manera considerable el análisis de la estructura jurídica y de las finalidades de la institución, ya que lo único que resulta indiscutible es que el Constituyente de Querétaro pretendió regular un instrumento para garantizar el cumplimiento de algunas disposiciones de carácter constitucional.

128. Varios factores han influido para determinar el funcionamiento esporádico y los resultados poco satisfactorios de este instrumento de



garantía constitucional, si se toma en cuenta, por una parte, que no se ha expedido una ley reglamentaria que precise los alcances del referido texto fundamental, y por la otra, que en la mayor parte de los casos en los que se ha solicitado la intervención de la Suprema Corte de Justicia, lo ha sido en relación con la violación del voto público, materia en la cual el más alto tribunal se ha mostrado muy cauteloso por considerar que se trata de cuestiones esencialmente políticas.

129. También es preciso destacar que el actual párrafo tercero del artículo constitucional, que se adicionó en las reformas de 1977 (ver *supra* párrafos 122 y 123), y que otorgó facultades discrecionales a la Suprema Corte de Justicia para investigar de oficio las violaciones sustanciales del voto público cuando se pone en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión (Presidente de la República o los diputados y senadores del Congreso Federal), debe considerarse como una modificación muy desafortunada, ya que de ejercerse dicha facultad, que por otra parte sería inviable políticamente, aun cuando se traduzca en un simple dictamen, privaría de legitimidad a los electos y provocaría la desestabilización del poder cuestionado. Nos resulta incomprensible que el órgano revisor de la Constitución (artículo 135 constitucional, ver *supra* párrafos 81-83), no tomara en cuenta la experiencia histórica que se presentó en el año de 1876, cuando el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia, el destacado jurista y político José María Iglesias (quien según el artículo 79 de la Constitución de 1857, en su texto original, debería sustituir al Presidente de la República en su ausencia o renuncia), declaró de oficio la nulidad de las elecciones por medio de las cuales el Congreso de la Unión había declarado presidente electo de la República a Sebastián Lerdo de Tejada y se proclamó titular del Ejecutivo Federal, con lo cual y sin proponérselo Iglesias colaboró indirectamente al triunfo de la sublevación del general Porfirio Díaz, que llegó a la presidencia por la fuerza de las armas.

## XII. D) EL JUICIO DE AMPARO

130. El juicio de amparo constituye la garantía constitucional por antonomasia y la institución procesal más importante del ordenamiento mexicano. Hasta hace muy poco tiempo cuando surgieron los organismos autónomos de tutela de los derechos humanos constitucionalizados en la

reforma de 1992 (ver *infra* párrafos 163-164), era el único instrumento que tenía aplicación práctica, ya que como hemos descrito de manera breve en los párrafos anteriores, han tenido una eficacia esporádica o han caído en desuso.

131. Tal como surgió originalmente el juicio de amparo primero en la Constitución Yucateca de 1841, debido al pensamiento de Manuel Crescencio García Rejón; posteriormente en el ámbito nacían en el documento denominado “Actas de Reformas” (a la Constitución Federal de 1824), por iniciativa de Mariano Otero, y consagrado de manera definitiva en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857, se configuró como un instrumento procesal sometido al conocimiento de los tribunales federales y en última instancia ante la Suprema Corte de Justicia, contra leyes o actos de cualquier autoridad que violasen los derechos individuales de carácter fundamental (calificados entonces como “garantías individuales”) (ver *supra* párrafo 100), o bien contra leyes o actos de la autoridad federal que invadiesen la autonomía de los Estados o viceversa, pero siempre que hubiese la afectación de un derecho individual.

132. Esta característica de carácter histórico del amparo mexicano es la que ha trascendido tanto a varias legislaciones latinoamericanas e inclusive al ordenamiento español, así como a varios documentos de carácter internacional. En efecto, como instrumento de tutela de derechos fundamentales, con exclusión de la libertad personal tutelado por el *habeas corpus*, el *derecho de amparo* está consagrado actualmente por las Constituciones de Argentina (no está regulado por la Carta Federal pero sí por las leyes fundamentales de las provincias); Bolivia (1967), artículo 19; Costa Rica (1949-1989), artículo 48; El Salvador (1983), artículo 247; Guatemala (1985), artículo 265; Honduras (1982), artículos 183; México (1917), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1992), artículo 134; Perú (1993), artículo 200.2; Uruguay (implícitamente artículos 7° y 72, reglamentados por la Ley de Acción de Amparo de 1987); y Venezuela (1961), artículo 49.

133. Además de los anteriores, el derecho de amparo fue consagrado en la Constitución republicana española de diciembre de 1931 (artículos 105 y 121-124) y restablecido en la Carta democrática de diciembre de 1978, (artículo 53). Por otra parte, se han creado varios instrumentos

similares, tales como el *mandado de segurança* brasileño, que algunos autores han traducido al castellano como “mandamiento de amparo”, que asume algunas modalidades novedosas en la Carta Federal de 1988, la que introdujo al *mandado de segurança coletivo*, y los instrumentos calificados como *habeas data* y *mandado de injunção* (ver *supra* párrafo 96); el *recurso de protección* regulado por el artículo 20 de la Constitución chilena de 1980, así como la *acción de tutela*, de la Carta Fundamental colombiana de 1991 (*supra* párrafo 97).

134. Por otra parte, también la concepción original del juicio de amparo mexicano como instrumento para tutelar los derechos humanos se consagró en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en la ciudad de Bogotá en mayo de 1948; el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948. Además, dicho instrumento procesal se reguló por el artículo 2°, fracción 3a. del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, y finalmente, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, en noviembre de 1969 (Fix-Zamudio, 1982, pp. 27-29).

135. Debe precisarse que el derecho de amparo mexicano sufrió una paulatina ampliación a partir de la segunda mitad del siglo XIX, ya que además de sus funciones originales de protección de los derechos fundamentales contra leyes y actos de cualquier autoridad, inspiradas en la revisión judicial del derecho norteamericano, se le incorporó el recurso de casación contra las resoluciones judiciales pronunciadas por todos los jueces y tribunales locales y federales, por medio de una interpretación desorbitada del impreciso texto del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857, ya que se consideró primero por la doctrina y después por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, que se infringía dicho precepto, situado en el capítulo de las “garantías individuales”, cada vez que un juez aplicaba de manera “inexacta” (es decir de manera incorrecta o indebida), una disposición legal ordinaria a una resolución judicial, la que por este motivo podía ser impugnada por medio del juicio de amparo. En la misma forma, se le agregó el contencioso administrativo por infracción de leyes ordinarias con apoyo en el artículo 16 de dicha Carta Fundamental (Fix-Zamudio, 1993-A, pp. 197-234).

136. El Constituyente de Querétaro, después una apasionada polémica reconoció dicha transformación del derecho de amparo y lo consagró expresamente en los artículos 14 y 16 de la Carta Federal vigente de 1917, de manera que el propio amparo no sólo se puede emplear contra violaciones constitucionales directas de la Constitución por afectación de los derechos fundamentales, tanto individuales como de carácter social, sino también por infracciones a las leyes ordinarias por parte de las autoridades públicas. Ello significa que el derecho de amparo mexicano actual implica la tutela de todo el ordenamiento jurídico mexicano tanto federal como local, por conducto de los tribunales federales. En tal virtud, el juicio de amparo es la última instancia de todos los procedimientos y procesos del propio ordenamiento.

136.1. Por otra parte, tanto la Carta anterior de 1857, como la actual de 1917, siguen formalmente el sistema de doble jurisdicción implantado por la Constitución de los Estados Unidos de 1787, es decir, con dos órdenes de tribunales, federales y locales, cada uno con su propia competencia. Sin embargo la evolución del derecho de amparo significó la unificación de dichos tribunales, de manera que si en el texto de la Constitución federal actual se conserva dicha doble jurisdicción en la práctica los tribunales locales están subordinados a los federales, precisamente por medio del juicio de amparo (Fix-Zamudio, 1993-A, pp. 439-481).

136.2 En la actualidad el juicio de amparo mexicano comprende cinco instrumentos procesales, que no obstante su aparente unidad, poseen cada uno de ellos matices peculiares, puesto que generalmente son regulados de manera independiente en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas: a) como instrumento protector de la libertad personal, similar al *habeas corpus*, puesto que procede respecto de detenciones y afectaciones de la integridad personal, realizadas por autoridades administrativas; es decir la policía y el ministerio público; b) como el único medio para *impugnar las leyes inconstitucionales* en casos concretos y entonces recibe el nombre de *amparo contra leyes*; c) como medio de impugnación de último grado contra las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, tanto locales como federales, sector al que se le ha denominado "*amparo casación*"; d) como un instrumento para impugnar las resoluciones o actos de las autoridades cuando los mismos no pueden combatirse ante un tribunal administrativo, por lo que este sector funciona

como un *proceso de lo contencioso administrativo*; y finalmente, e) a partir de las reformas a la Constitución de octubre de 1962 y a la Ley de amparo, de febrero de 1963, se introdujeron modalidades especiales para tutelar procesalmente a los campesinos sujetos a la reforma agraria (población ejidal o comunal y derechos individuales de ejidatarios y comuneros), disposiciones que se agruparon en 1976 en el libro segundo de la Ley Reglamentaria. Esta institución ha recibido la denominación doctrina de *amparo social agrario*, cuya importancia ha disminuido en virtud de la creación de los tribunales federales agrarios (Tribunal Superior y tribunales regionales) a partir de la reforma de 3 de enero de 1992 al artículo 27 constitucional, y las Leyes, Agraria y Orgánica de los Tribunales Agrarios, de 23 y 26 de febrero del mismo año de 1992, ya que ha partir de entonces, la mayor parte de las controversias agrarias se someten a dichos tribunales y sus sentencias definitivas se impugnan por conducto del “amparo casación”.

137. Esta complejidad procesal del juicio de amparo mexicano ha determinado que el llamado control de la legalidad secundaria menoscabó la función original de instrumento protector de los derechos fundamentales de los habitantes de la República Mexicana, situación que se trató de corregir por medio de varias reformas constitucionales y legales, entre las cuales destacan las aprobadas en 1951, que crearon los Tribunales Colegiados de Circuito (de tres magistrados), similares a los Tribunales de Circuito de Apelación establecidos en los Estados Unidos en el año de 1891; en ambos casos para auxiliar el enorme peso que recaía en el más alto tribunal de ambos países; y las de 1968 que extendieron de manera importante la competencia residual de los citados tribunales colegiados mexicanos para aliviar aún más el rezago de la Suprema Corte.

138. Ya desde el siglo anterior se observó que la Suprema Corte mexicana no tenía capacidad para resolver todos los asuntos judiciales del país por medio del juicio de amparo, ya que desde entonces se transformó en un tribunal de casación que sólo esporádicamente resolvía cuestiones de constitucionalidad. Esta situación se agravó progresivamente a partir de la vigencia de la Constitución actual, ya que el número de asuntos creció de manera considerable con la rápida transformación del país, que cambió de un régimen predominantemente agrícola y de escasa población hacia un sistema económico de creciente industrialización y un aumento impor-

tante de carácter demográfico, todo lo cual complicó todavía más el regazo incontenible de los juicios de amparo en la propia Suprema Corte, aún con la ayuda de los tribunales colegiados.

139. Por ello se hizo indispensable la reforma tanto constitucional como legal que entró en vigor el 15 de enero de 1988, que cambió en forma radical el sistema anterior, ya que únicamente se conservó en la competencia de la Suprema Corte a los juicios de amparo de segundo y último grado en los cuales se discutan cuestiones estricta y directamente constitucionales y todos los demás amparos interpuestos por infracción de las leyes ordinarias, se trasladaron a los tribunales colegiados de circuito, cuyo número se aumentó de manera considerable. A partir de entonces la Corte está dotada de una facultad de atracción de aquellos asuntos que correspondan al conocimiento de los citados tribunales colegiados pero que por su importancia considere conveniente conocer, y de manera excepcional se admite el recurso de revisión contra las sentencias de los citados tribunales de circuito, cuando en una sola instancia resuelvan sobre la inconstitucionalidad de una ley o interpreten directamente un precepto de la Constitución federal. Por tanto, puede afirmarse que si bien no cambió de denominación, la Suprema Corte de Justicia de México se ha convertido en un verdadero *Tribunal Constitucional* (Fix-Zamudio, 1987, pp. 345-390).

140. De manera muy sintética se puede señalar que en la actualidad la Suprema Corte de Justicia mexicana conoce por medio de su tribunal en pleno formado por 21 magistrados (cuenta también con 5 supernumerarios que no integran el Pleno a no ser que sustituyan a un numerario), del llamado recurso de revisión (en realidad, de apelación), de las sentencias dictadas por los jueces de distrito (jueces federales de primer grado) en los juicios de amparo en los cuales se impugne la inconstitucionalidad de leyes, tanto federales como locales, así como tratados internacionales, cuando en la propia revisión subsista la cuestión de inconstitucionalidad (artículos 84, fracciones I y II de la Ley de Amparo, y 11, fracciones V y VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal).

141. También conoce el citado tribunal en Pleno, de la impugnación de las sentencias de los jueces de distrito pronunciadas en los juicios de amparo en los cuales se controvertan, por afectación personal, los actos o leyes que invadan la esfera federal o local, respectivamente, así como el

segundo grado de los fallos dictados por los tribunales colegiados de circuito en una sola instancia, cuando decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley (artículos 84, fracciones I y II, de la Ley de Amparo, y 11, fracciones V y VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal).

142. La competencia de las cuatro Salas de la Suprema Corte (integradas por cinco magistrados cada una) puede sintetizarse, por lo que se refiere al juicio de amparo, en cuatro aspectos esenciales, con la advertencia de que su conocimiento está determinado por materias, es decir, asuntos penales en la Primera Sala; administrativos en la Segunda; civiles (incluyendo mercantiles), en la Tercera, y laborales en la Cuarta, sin perjuicio de que el Pleno les puede turnar, en caso de que lo estime necesario, los que correspondan a otras salas.

143. a) En primer lugar, dichas Salas deciden, según su materia, el recurso de revisión contra las sentencias pronunciadas por los jueces de distrito en los juicios de amparo en los cuales se controvierta la constitucionalidad de un reglamento federal expedido por el Presidente de la República o de un reglamento local que corresponda al Gobernador de un Estado, siempre que en la segunda instancia subsista la cuestión de inconstitucionalidad, y también en aquellos supuestos de que en el fallo se interprete directamente un precepto de la Carta Federal (artículos 24, 25, 26 y 27, en todos ellos, fracción II, de la citada Ley Orgánica).

144. b) La facultad de atracción en amparo de único grado o de doble instancia cuando los asuntos correspondan a los tribunales colegiados de circuito, cuando dichas de la Corte estimen que por sus características especiales, es decir, por su particular importancia, deban ser conocidos por la sala respectiva, según su materia; facultad que pueden ejercer de oficio, a petición fundada del tribunal colegiado respectivo o del Procurador General de la República (artículos 107 constitucional, fracciones V y VIII, y 24, 25, 26 y 27, fracciones I, inciso b) y III, de la mencionada Ley Orgánica).

146. c) De la resolución de las contradicciones entre las tesis sustentadas por los tribunales colegiados de circuito en los juicios de amparo y respecto de la materia que corresponda a cada una de las salas, para determinar la tesis que debe prevalecer con carácter obligatorio, pero sin modificar los fallos correspondientes (artículos 197-A de la Ley de Amparo, y 24, 25, 26 y 27, fracción XII, de la mencionada Ley Orgánica).

147. En conclusión, a partir de la reforma que entró en vigor el 15 de enero de 1988, la Suprema Corte de México recuperó su carácter de intérprete final de las disposiciones constitucionales, y por ello se han incrementado de manera notable sus atribuciones para resolver los juicios de amparo en los cuales se plantean cuestiones directamente constitucionales, ya que se ha superado la etapa en la cual funcionaba de manera preponderante como un tribunal de casación, atribuciones estas últimas que se han transferido a los tribunales colegiados de circuito, ya que la Suprema Corte conserva únicamente el poder de decidir, con efectos obligatorios, los conflictos derivados de las contradicciones de tesis planteadas entre los propios tribunales colegiados (ver párrafo anterior).

148. Para completar esta evolución que modificó el carácter esencial del más alto tribunal federal mexicano, sería necesario superar el principio de los efectos particulares de la sentencia por la cual la propia Suprema Corte decide en última instancia sobre la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas (leyes, tratados internacionales y reglamentos), principio que se estableció en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 (a la Constitución Federal de 1824), cuyo texto fue elaborado por el ilustre jurista y político mexicano Mariano Otero de acuerdo con las enseñanzas de Alexis de Tocqueville, en su libro *La Democracia en América del Norte*, sobre la desaplicación de las normas legislativas inconstitucionales por los jueces ordinarios norteamericanos en los procesos concretos. Esta redacción que se ha mantenido prácticamente inalterable en el artículo 102 de la Carta de 1857 y 107, fracción II, de la actual, ha recibido por ello el nombre de "fórmula de Otero".

149. Una corriente doctrinal cada vez más vigorosa ha sostenido la necesidad de implantar en el ordenamiento mexicano, en particular con posterioridad a las reformas mencionadas de enero de 1988, la declaración general de inconstitucionalidad, que ya existe en varias legislaciones latinoamericanas, así sea con un período de adaptación, para poder culminar la evolución que ha determinado el carácter de Tribunal Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México (Fix-Zamudio, 1993-A, pp. 153-194).

### **XIII. E) LAS COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS (OMBUDSMAN)**

150. Los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos que han tomado como modelo la institución del *Ombudsman* de



origen escandinavo, son muy recientes en el ordenamiento mexicano, no obstante lo cual, conjuntamente con el juicio de amparo son las garantías constitucionales que han demostrado mayor eficacia para la tutela de los derechos fundamentales.

151. Por otra parte, ya hemos señalado que si bien en estricto sentido no tendrán cabida dichos organismos dentro de la disciplina que hemos calificado como “Derecho procesal constitucional”, en cuanto no constituyen instrumentos de carácter procesal (ver *supra* párrafo 103), su análisis se ha incorporado a esta nueva rama del Derecho procesal, debido a su vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos. Además si realizamos un examen comparativo de diversas ramas procesales, podemos observar que son varias las instituciones que no son rigurosamente jurisdiccionales, pero que se estudian como parte de dichas disciplinas y como ejemplos se pueden citar la jurisdicción voluntaria en el proceso civil y mercantil; la averiguación previa en el proceso penal y el procedimiento administrativo en el proceso de esta materia.

152. No haré referencia, debido a la índole resumida de este trabajo a los antecedentes escandinavos del *Ombudsman* ni a su desarrollo de un gran dinamismo en la segunda posguerra, tanto en Europa Continental como en ordenamientos de distintas familias o tradiciones jurídicas, como las del *common law*, e inclusive en numerosos países en vías de desarrollo en Asia y Africa, que han convertido a estos organismos en instrumentos que se pueden calificar de “universales”. Como es bien sabido, han asumido diversos nombres, como los del *Parliamentary Commissioner*; *Médiateur*; *Volksanwattschaft* (Abogacía Popular); *Difensore Civico*, etc., pero los más próximos a los ordenamientos latinoamericanos han sido el Promotor de la Justicia de Portugal (Constitución 1976-1982) y especialmente el Defensor del Pueblo español (Constitución de 1978), que han sido el modelo inmediato, inclusive en su denominación, para las legislaciones de nuestra Región (Fix-Zamudio, 1982, pp. 281-344; 1991, pp. 189-213).

153. En breve síntesis, podemos afirmar que ha sido tardía la introducción de los organismos similares al *Ombudsman* en América Latina debido al desconocimiento que se ha tenido de la institución, que en un principio parecía muy alejada de las tradiciones jurídicas latinoame-

ricanas. Además eran escasos, hasta hace pocos años, los estudios en idioma castellano sobre este instrumento tutelar de los derechos humanos. Sin embargo, como lo hemos afirmado en el párrafo anterior, la creación del Promotor de la Justicia en Portugal, pero de manera muy particular, el Defensor del Pueblo español, así como los estudios comparativos de los juristas hispanos Alvaro Gil Robles y Gil Delgado (1981) y Víctor Fairén Guillén (1981), dieron un gran impulso al análisis de este instrumento por los tratadistas latinoamericanos.

154. El primer *Ombudsman* en estricto sentido ha sido el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, establecido en los artículos 273-275 de la Constitución guatemalteca expedida el 31 de mayo de 1985, y reglamentados por la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, de primero de octubre de 1986, reformada posteriormente por decreto legislativo de 27 de mayo de 1987. En seguida podemos mencionar, el Defensor del Pueblo creado por los artículos 281 a 283 de la Constitución Colombiana de 7 de julio de 1991. Estos últimos preceptos fueron desarrollados por la Ley de 15 de diciembre de 1992, sobre la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.

155. Con apoyo a los Acuerdos de Paz suscritos en la ciudad de México entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Faribundo Martí el 27 de abril de 1991, se reformó el artículo 194 de la Constitución de El Salvador de 1983, por Decreto de 31 de octubre de 1991, con el objeto de establecer a un *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos*. Este precepto fundamental fue desarrollado por la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos promulgada el 20 de febrero de 1992. Dentro de esta evolución debe mencionarse la Defensoría del Pueblo introducido por los artículos 276 a 280 de la Constitución paraguaya de junio de 1992, los que todavía no han sido reglamentados.

156. En las Constituciones de varias provincias argentinas también se ha regulado la institución. Entre ellas podemos mencionar las Provincias de Córdoba (26 de abril de 1987), artículo 124; La Rioja (14 de agosto de 1986), artículo 144; Salta (16 de junio de 1986), artículo 124, fracción V; San Juan (23 de abril de 1986), artículo 150, inciso 21; y San Luis (14 de Marzo de 1987); artículo 235. Todos estos ordenamientos fundamentales

crearon un comisionado parlamentario con el nombre de *Defensor o Defensoría del Pueblo* y se han expedido varias leyes reglamentarias.

157. Unicamente a nivel legislativo ordinario también se han promulgado otros ordenamientos en los cuales se establecen organismos autónomos no jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos. Para no mencionar sino los de carácter general, pues existen varios a nivel local y municipal, puede hacerse referencia a la *Ley del Defensor de los Habitantes de Costa Rica*, de 10 de diciembre de 1992; así como el *Defensor del Pueblo* argentino a nivel nacional, introducido en el ámbito del Poder Ejecutivo por Decreto presidencial de 26 de agosto de 1993, pero al poco tiempo fue elevado a comisionado del Poder Legislativo, por la Ley 24,284 promulgada el 2 de diciembre de 1993 y publicada el 10 siguiente, con el nombre de *Defensoría del Pueblo*. Como puede observarse de la descripción anterior, la influencia de la institución española ha sido predominante en nuestra Región.

158. En el ordenamiento mexicano, la creación del *Ombudsman* ha sido también reciente y se ha desarrollado con inusitada rapidez. En efecto, hasta los principios de la década de los ochenta la institución era prácticamente desconocida en México, pero al iniciarse esta década se realizaron varios ensayos para establecer organismos similares, aun cuando sin una comprensión muy estricta de la organización y funciones de la institución. Dentro de estos intentos que no tuvieron eficacia en la práctica podemos mencionar la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Nuevo León, establecidos por una ley del Congreso local de 3 de enero de 1979; el Procurador de Vecinos creado por acuerdo del Ayuntamiento de la ciudad de Colima el 21 de noviembre de 1983, y que se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Colima publicada el 8 de diciembre de 1984.

159. El primer organismo que ha funcionado en la realidad, aun cuando con una competencia restringida, lo ha sido la *Defensoría de los Derechos Universitarios*, cuyo estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985. Siguieron varias instituciones a nivel Estatal y municipal, tales como la *Procuraduría para la Defensa del Indígena del Estado de Oaxaca* (1986); la *Procuraduría Social de la Montaña del Estado de Guerrero* (1987); la *Procuraduría*

de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes (1988), y la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de la ciudad de Querétaro (1988) (Madrazo, Jorge, 1993, pp. 50-51).

160. La evolución continuó con la *Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal* creada por Acuerdo del Jefe de dicho Departamento, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 25 de enero de 1989, cuyo Manual de Organización apareció en el Diario Oficial de 17 de julio del mismo año. El paso más importante en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos se dio con la creación de la *Comisión Nacional de Derechos Humanos*, por Acuerdo Presidencial de 5 de junio de 1990 y cuyo Reglamento fue elaborado por el Consejo de dicha institución los días 18 de junio a 9 de julio del mismo año.

161. Si bien esta Comisión fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, cuyo titular era nombrado libremente por el Presidente de la República, al designarse como titular al conocido constitucionalista Jorge Carpizo, adquirió una notable independencia y realizó una labor excepcional no sólo en cuanto a la investigación de reclamaciones individuales por violación de derechos fundamentales por la conducta de carácter administrativo de las autoridades públicas, sino también desarrolló una dinámica actividad en cuanto a la promoción, enseñanza, capacitación y divulgación de los propios derechos humanos, así como una profusa labor editorial (Carpizo, 1993, pp. 11-29).

162. Una de las innovaciones de la organización de la citada Comisión Nacional, que se ha institucionalizado posteriormente en el ordenamiento mexicano, es la relativa a la creación de un Consejo integrado por diez personas de elevada reputación y de diversas orientaciones sociales y políticas, para asesorar al Presidente del citado organismo y fijar los lineamientos generales de la política que debe seguir la institución.

163. La extraordinaria labor realizada por este organismo tuvo efectos de gran trascendencia, puesto que dio a conocer a la institución del *Ombudsman* en su labor de protección de los derechos humanos y además inició la formación de una cultura sobre los derechos fundamentales que con anterioridad no existía, como lo demuestra el gran número de reclamaciones planteadas con los dos primeros años de labor de la propia

Comisión. Una de las consecuencias más significativas fue el establecimiento de un ambiente propicio para la constitucionalización de este instrumento en un plazo muy corto si tomamos en cuenta su reciente introducción.

164. De acuerdo con la reforma constitucional de 27 de enero de 1992, publicada el día siguiente en el Diario Oficial de la Federación, se adicionó el artículo 102 de la Constitución Federal (que en su primera parte reglamenta a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público Federal que está bajo sus órdenes), con un apartado B, en cuya parte relativa se dispone: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán *organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano*, los que conocerán de quejas en contra de *actos u omisiones de naturaleza administrativa* provenientes de cualquiera autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. *Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias* y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas..." Este precepto fue reglamentado por la *Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos* expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992. El Reglamento de la propia Comisión fue aprobado por su Consejo y publicado en Diario Oficial de la Federación el 12 de noviembre del mismo año de 1992.

165. En forma muy breve podemos señalar, que de acuerdo con los citados ordenamientos, la Comisión Nacional se integra por el Presidente, designado por el titular del Ejecutivo Federal y aprobado por el Senado de la República, (que es el procedimiento que se sigue para el nombramiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia), por un período de cuatro años con una posible reelección. También forman parte de la Comisión, de acuerdo con la experiencia del organismo anterior antes mencionado (ver *supra* párrafos 161 y 162), hasta cinco visitadores (actualmente se han designando tres) que son los que realizan las investigaciones de las quejas individuales o bien las que pueden iniciar de oficio, así como el personal técnico, profesional y administrativo que sea necesario para el desempeño de las funciones del organismo. Además, como ya se ha mencionado, por el mismo procedimiento de designación del Presidente (proposición del Presidente de la República y aprobación del Senado) se nombra el Consejo asesor, integrado con carácter honorífico por diez

personas de altos méritos y conocimiento de los derechos humanos, de diversos sectores sociales e ideológicos, y de los cuales al menos siete no deben desempeñar cargo o comisión oficial alguna. Cada año cesa el más antiguo de los nombrados.

166. El mismo texto constitucional (ver *supra* párrafo 164) destaca implícitamente el carácter autónomo de los organismos protectores, en cuanto establece que los mismos deberán formular *recomendaciones públicas* autónomas, pero esta independencia se consigna claramente en la Ley reglamentaria, no sólo por medio del procedimiento de designación del Presidente de la Comisión Nacional como se señaló en el párrafo anterior, sino de manera expresa en el artículo 2º de dicho ordenamiento, el cual dispone que: “*La Comisión Nacional de Derechos Humanos es un organismo descentralizado (del Estado mexicano) con personalidad jurídica y patrimonio propios...*”.

167. Por lo que se refiere a las *funciones* de la Comisión Nacional, estas son muy amplias, pues la parte final del citado artículo 2º de la Ley expresa que dicha Comisión: “... tiene por *objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el ordenamiento jurídico mexicano*”. De estas atribuciones, la más significativa, como ocurre con los instrumentos tutelares que toman como modelo al *Ombudsman* de origen escandinavo, es la de realizar investigaciones, ya sea a petición de los afectados o de oficio, sobre las violaciones de los derechos humanos por parte de actos y omisiones de *carácter administrativo* de cualquier autoridad o funcionario público.

168. Es preciso recordar que el paradigma escandinavo se estableció y desarrolló con el propósito esencial de fiscalizar la actividad de las autoridades administrativas y por extensión la conducta de carácter administrativo de otras autoridades, cuando afectasen los derechos e intereses legítimos de carácter ordinario de los administrados. Sin embargo, cuando se establecieron el Promotor de Justicia de Portugal y el Defensor del Pueblo español (ver *supra* párrafo 153), debido a que estos países habían sufrido prolongadas dictaduras, su función esencial se centró en la protección de los derechos fundamentales, y por ello es que adquirieron el carácter de instrumentos de garantía constitucional y no exclusivamente de la legalidad. Debido a las constantes violaciones de derechos humanos por

parte de los gobiernos autoritarios, en su mayoría de carácter castrense, que predominaron en Latinoamérica hace dos décadas y que afortunadamente han sido superados en los últimos años, no resulta extraño que en las Constituciones democráticas posteriores a dichos regímenes se hubiesen adoptado instrumentos protectores no jurisdiccionales de acuerdo con el modelo del *Ombudsman*, pero con el objeto esencial, de acuerdo con el ejemplo de España y Portugal, de tutelar los derechos fundamentales.

169. Este también fue el propósito esencial de la reforma constitucional al artículo 102, Apartado B) de la Carta Federal mexicana (ver *supra* párrafo 164), ya que los organismos que establece a nivel nacional y local, tienen como propósito básico la protección de los derechos humanos que establece el ordenamiento jurídico mexicano, aun cuando la disposición constitucional no es precisa, al no señalar de manera exclusiva los derechos establecidos en la Carta Federal, la tutela se extiende de manera implícita también a los derechos establecidos en los tratados internacionales que han sido incorporados al derecho interno en los términos del artículo 133 constitucional, es decir, ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República (ver *supra* párrafo 77). El artículo primero del Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, dispone de manera terminante, que la tutela se extiende a los "... derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano y en los *instrumentos jurídicos internacionales que México ha ratificado*". A su vez, el artículo 6° del mismo Reglamento agrega que: "Para los efectos del desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional, se entiende que los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México".

170. El precepto constitucional excluye de manera expresa varias materias del conocimiento de los organismos mencionados, tales como los asuntos *jurisdiccionales, laborales y electorales*. La mención de estos aspectos no era indispensable, en virtud de que como es bien sabido, los organismos similares al *Ombudsman* sólo conocen de la *materia administrativa*, pero como en México, por desconocimiento de la institución, algunas corrientes políticas pretendían que se incluyeran estos asuntos, fue necesario consignar expresamente dichas prohibiciones.

171. Aun cuando resulta clara la exclusión de los asuntos jurisdiccionales, ya que su examen corresponde a los tribunales cuya independencia no puede interferir el *Ombudsman*, sin embargo existe discusión sobre la fiscalización respecto a las actividades administrativas de los propios tribunales. Aun cuando no existe una regla general al respecto en las diversas legislaciones que han consagrado la institución, prevalece el criterio que esta fiscalización es posible, ya que no lesiona la independencia judicial, en virtud de que las investigaciones respectivas, al no culminar con resoluciones obligatorias, sirven de auxilio y apoyo a las funciones disciplinarias de los organismos jurisdiccionales.

172. Sin embargo, por carecer de una idea precisa de las funciones de estos organismos, la Suprema Corte de Justicia de México se opuso a la intervención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en su integración original (ver *supra* párrafos 160 y 161), y por ello en el precepto constitucional mencionado se prohíbe de la fiscalización del *Ombudsman* al Poder Judicial Federal. De acuerdo con el criterio acertado que ha seguido la Comisión Nacional en su composición actual, las Comisiones locales pueden seguir investigaciones sobre la conducta administrativa de los tribunales locales, y la Nacional en relación con otros tribunales federales que no forman parte de manera expresa del citado Poder Judicial Federal en los términos del artículo 94 constitucional. Entre estos organismos jurisdiccionales se encuentra el Tribunal Fiscal de la Federación, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (este último resuelve los conflictos entre los empleados y funcionarios del Gobierno Federal y el del Distrito Federal y las dependencias respectivas), así como los Tribunales Federales Agrarios establecidos recientemente (1992). (Fix-Zamudio, 1993-C, pp. 187-221).

173. El procedimiento que se sigue ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos es muy flexible, con acceso directo de los afectados y de las organizaciones de defensa no gubernamentales, los que pueden hacerlo por cualquier medio de comunicación, con ratificación posterior. El artículo 4° de la Ley Reglamentaria establece en lo conducente que: "Los procedimientos que se sigan ante la Comisión deberán ser *breves y sencillos* y estarán sujetos sólo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos. Se seguirán de acuerdo con los principios de *inmediatez concentración y rapidez* y se procurará,



en la medida de lo posible, el contacto directo con los quejosos, denunciantes y autoridades, para evitar la dilación de las comunicaciones escritas...”.

174. El plazo preclusivo para acudir a la Comisión Nacional es de un año a partir de que se hubiese iniciado la ejecución de los hechos que se estimen violatorios, o de que el quejoso hubiese tenido conocimiento de los mismos. En casos excepcionales y tratándose de infracciones graves a los Derechos Humanos, la Comisión Nacional podrá ampliar dicho plazo mediante una resolución razonada. No contará plazo alguno cuando se trata de hechos que su gravedad puedan ser considerados *violaciones de lesa humanidad* (artículo 26 de la Ley).

175. Una vez admitida la queja (si se estima improcedente se debe orientar al afectado para que acuda a la instancia competente), se procura la conciliación entre el peticionario y las autoridades, pero siempre dentro del respecto de los derechos humanos. Si no se logra, se sigue un procedimiento contradictorio, de carácter flexible, como se ha dicho, el que es instruido por los visitadores, los que formulan un proyecto de recomendación o de acuerdo de no responsabilidad, que es revisado y suscrito en su caso, por el Presidente de la Comisión. Cuando el procedimiento culmina con una recomendación, que no tiene carácter obligatorio, la autoridad respectiva debe comunicar a la Comisión si la acepta en un plazo de quince días y tiene otros quince para entregar a la propia Comisión las pruebas del cumplimiento respectivo. Este último plazo puede ampliarse cuando la naturaleza de la recomendación así lo amerite. (artículos 25 a 45 de la Ley Reglamentaria).

176. La Comisión Nacional debe notificar de manera inmediata al promovente los resultados de la investigación, la recomendación respectiva, su aceptación y ejecución, o bien, en su caso, el acuerdo de no responsabilidad. La divulgación de las recomendaciones y acuerdos es muy amplia puesto que el Presidente debe publicar, en su totalidad o en forma resumida dichos documentos. Y así lo hace de manera periódica por conducto de las Gacetas informativas que aparecen mensualmente y que son muy voluminosas por los numerosos datos que contienen. Además dicha información se hace llegar de manera inmediata a los diversos medios de comunicación. Como lineamiento esencial de los organismos

similares al *Ombudsman*, el Presidente de la Comisión Nacional debe rendir un informe anual, tanto al Congreso de la Unión como al titular del Ejecutivo Federal sobre las actividades que haya realizado en el período respectivo, el que deberá ser difundido en la forma más amplia posible para conocimiento de la sociedad (artículos 51 y 52 de la Ley).

177. Uno de los aspectos más significativos del informe anual, como ocurre con la mayoría de los organismos similares en los diversos ordenamientos, es que en él se pueden contener proposiciones dirigidas a las autoridades y servidores públicos competentes, tanto federales, como locales y municipales, para promover la expedición o modificación de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como para perfeccionar las prácticas administrativas correspondientes, con el objeto de tutelar de manera más efectiva de los derechos humanos de los gobernados y lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos (artículo 53 de la Ley).

178. A este respecto podemos destacar que desde que la Comisión Nacional inició sus actividades como organismo desconcentrando y actualmente con carácter autónomo, y con apoyo en estudios en los que intervinieron destacados juristas mexicanos, ha propuesto varias reformas legislativas y constitucionales, que fueron acogidas en iniciativas presidenciales y aprobadas por el Congreso de la Unión con una mayoría significativa de votos. Sería difícil describir estas reformas que se han traducido en un mejoramiento notable de la situación de los afectados, especialmente en cuanto a los procedimientos penales. Por ello se reformaron sustancialmente los Códigos, Penal del Distrito Federal (aplicable en toda la República en materia federal) y los de Procedimientos Penales Federal y Distrital; se expidió una nueva ley para prohibir la tortura; se modificaron los procedimientos del enjuiciamiento de menores; se reformaron los artículos 16, 19 y 20 de la Carta Federal para establecer un equilibrio entre las funciones del Ministerio Público y los derechos de los detenidos y de las víctimas del delito, etcétera, todo ello en los años de 1991, 1992 y 1993 (Madrazo, Jorge, 1993, pp. 215-269; Carpizo, 1993, pp. 51-145).

179. Finalmente, cabe resaltar que la Comisión Nacional de Derechos Humanos desde su fundación en 1990 como organismo desconcentrado a partir de junio de 1992 como institución autónoma, ha desarrollado una intensa labor de promoción, estudio, capacitación y divulgación de

los derechos humanos, que se ha traducido además de cursos, conferencias y reuniones, en una intensa actividad editorial de gran significación, la que ha contribuido en no poca medida, a lograr el conocimiento de los derechos humanos del ordenamiento mexicano y su defensa tanto ante los organismos similares al *Ombudsman* como ante los tribunales y las autoridades administrativas.

180. Por otra parte, debe señalarse que la reforma constitucional de 1992 regula también a los organismos que deben crear las legislaturas locales de acuerdo con su competencia, y estableció el plazo de un año contado a partir de la publicación del Decreto respectivo (28 de enero de 1992) para cumplir con el mandato constitucional. Por tanto, en la actualidad existen además de la Comisión Nacional, 32 comisiones locales, de las cuales corresponden 31 a los Estados, más la del Distrito Federal.

181. Las leyes reglamentarias expedidas por las legislaturas locales siguen el modelo de la nacional, con algunos aspectos peculiares. Los Presidentes de dichas comisiones son designados por los Gobernadores de los Estados con aprobación del Congreso local (en la misma forma de nombramiento de los magistrados de los tribunales superiores respectivos). En el caso del Distrito Federal, el Presidente es propuesto por el Presidente de la República y aprobado por la Asamblea de Representantes del propio Distrito (artículo 9º de la Ley Orgánica publicada el 23 de junio de 1993). Por tal motivo, puede afirmarse sin exageración de que el ordenamiento mexicano ha regulado actualmente uno de los sistemas autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de mayor amplitud.

#### XIV. CONCLUSIONES

182. De acuerdo con las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones.

183. Primera: Aun cuando los instrumentos para la limitación del poder surgieron desde las reflexiones de los pensadores griegos, la sistematización de los principios, conceptos e instituciones que se han establecido paulatinamente para la tutela de las disposiciones constitucionales, es relativamente reciente, puesto que en forma estricta puede afirmarse que el estudio científico de estos instrumentos se inició en los años treinta de

este siglo, especialmente debido a la polémica de los destacados tratadistas de derecho público: Carl Schmitt y Han Kelsen.

184. Segunda: Podemos partir del concepto inicial de la defensa de la Constitución como el conjunto de instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido. Desde el punto de vista de la Constitución formal a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social y desde el ángulo de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.

185. Tercera: Para el efecto de sistematizar una materia tan extensa y compleja es preciso un ensayo de clasificación, no obstante el convencimiento de que toda división es forzosamente artificial. En este sentido consideramos que el concepto genérico de defensa de la Constitución puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la primera podemos denominarla, de manera convencional como *protección de la Constitución*, y la segunda, que ha tenido consagración institucional en varias cartas fundamentales contemporáneas comprende las llamadas *garantías constitucionales*.

186. Cuarta: El primer sector relativo a la protección de la Constitución se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Carta Fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones, como también y de manera esencial, en cuanto al respecto de los derechos humanos de los gobernados, es decir, con estos instrumentos se pretende lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general de todo órgano de autoridad.

187. Quinta: La segunda categoría está formada por las llamadas garantías constitucionales, pero entendidas no en el concepto tradicional que identificó dichas garantías con los derechos de la persona humana

consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores, los cuales pueden ser insuficientes en determinadas hipótesis para lograr el respeto y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. El estudio de estas garantías constitucionales ha conformado una nueva disciplina procesal, que se ha calificado como "*Derecho procesal constitucional*".

188. Sexta: Podemos aplicar al ordenamiento constitucional mexicano las dos categorías que se han mencionado en las conclusiones anteriores, y así se puede señalar que como instrumento político predomina el sistema calificado como de división o separación de las funciones consagrado expresamente en el artículo 49 de la Carta Federal, en su acepción clásica de carácter tradicional, pero también existen otras modalidades destacadas por la doctrina contemporánea, como la división vertical, es decir entre el poder central y los de carácter autónomo, por medio del régimen federal, así como la llamada división temporal, ya que se establecen limitaciones periódicas para el ejercicio de la titularidad de las funciones públicas, inclusive la prohibición absoluta de la reelección del Presidente de la República y de los Gobernadores de los Estados.

189. Séptima: Otros instrumentos de protección que descubrimos en el ordenamiento constitucional mexicano, se refieren a la intervención de los grupos sociales en la toma de decisiones, que ha llevado a la integración tripartita de los tribunales del trabajo y de los órganos de gobierno de algunas instituciones de seguridad social, así como la concertación auspiciada por el Ejecutivo Federal respecto de pactos económicos y sociales, si bien no se ha llegado todavía a la implantación de instituciones de democracia semi-directa como el referéndum y la iniciativa popular.

190. Octava: Es importante en los últimos años el desarrollo constitucional de los partidos políticos, que no estaban previstos en el texto original de la Carta Federal de 1917, pero que se consagró de manera progresiva a partir de las reformas de 1977, que elevaron a nivel constitucional a los partidos políticos en el artículo 41. A partir de entonces se ha introducido el principio mixto de mayoría y de representación proporcional, así como el perfeccionamiento de los procedimientos electorales

cuyos lineamientos se han establecido en el texto constitucional. Esta evolución ha conducido hacia la judicialización de dichos procedimientos, y el establecimiento de un Tribunal Federal Electoral que a partir de las reformas de 1993, decide definitivamente las controversias sobre la calificación de las elecciones de los diputados y senadores al Congreso de la Unión, con lo cual se suprimió el sistema de autocalificación que existía desde la entrada en vigencia de la Carta de 1917 y sólo se conservó la decisión final de la Cámara de Diputados sobre la calificación de la elección del Presidente de la República.

191. Novena: También se observa en el régimen constitucional mexicano el establecimiento de controles para el manejo del presupuesto y de las finanzas públicas, desde los tradicionales de la aprobación anual de las partidas presupuestales por la Cámara de Diputados y la revisión del gasto público por la Contaduría Mayor de Hacienda que depende de dicha Cámara, así como la creación en 1982 en un órgano híbrido, es decir de la Secretaría de la Contraloría General de la República, como un instrumento permanente de control de los recursos económicos de manera similar a las funciones de las contralorías públicas y los tribunales de cuentas, aun cuando éstos tienen carácter autónomo. También en 1982 se introdujeron varios preceptos, indebidamente situados en el capítulo de los derechos fundamentales, que regulan el régimen económico y corresponden a lo que se ha clasificado como "Derecho constitucional económico".

192. Décima: Finalmente, en este sector de los instrumentos de protección también se regulan en el ordenamiento constitucional mexicano los dos instrumentos de técnica jurídica esenciales para un régimen constitucional contemporáneo: el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 constitucional, inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, así como el procedimiento dificultado de reforma, consagrado por el artículo 135 de la propia Constitución Federal. Por lo que se refiere a este último, si bien es similar en su procedimiento al de la reforma constitucional de los Estados Unidos, en la práctica su desarrollo ha sido muy diferente; ya que han sido muy numerosas las modificaciones al texto fundamental mexicano, que en su mayor parte se han debido a la necesidad de adaptar el texto original de la Ley Fundamental de 1917, que se expidió para un país predominante-

mente rural y poco poblado, a los cambios esenciales que han transformado a México de manera esencial debido a la creciente industrialización y el desorbitado crecimiento demográfico. En tanto que en numerosos países latinoamericanos se han expedido nuevas Constituciones, en México se han preferido las reformas al texto fundamental.

193. Décima primera: Aun cuando la Constitución mexicana conserva el concepto clásico de garantías constitucionales como equivalentes a los derechos humanos consagrados constitucionalmente, sin embargo podemos descubrir varias garantías en sentido contemporáneo, que en su conjunto constituyen lo que podría calificarse como *Derecho procesal constitucional mexicano*. Los más importantes de estos instrumentos son: a) el juicio político de los altos funcionarios; b) las controversias constitucionales entre la Federación y uno o más Estados; los Estados entre sí; las controversias de los órganos de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y aquellos en que la Federación debe considerarse como parte; c) el llamado "procedimiento investigatorio", que se atribuye a la Suprema Corte de Justicia fin de que, de oficio o a instancia del Presidente de la República, de las Cámaras del Congreso de la Unión o de los Gobernadores de los Estados, realicen una investigación ya sea por conducto de algunos de sus miembros, de jueces federales, o de comisionados especiales, sobre la conducta de los propios jueces federales, la violación de los derechos humanos o del voto público.

194. Décima segunda: Los dos últimos instrumentos son los que realmente tienen aplicación y efectividad en la realidad de la organización político social de México. Nos referimos: a) al juicio de amparo, que como es bien sabido en sus orígenes se concibió por los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857, como el instrumento procesal atribuido a los tribunales federales para resolver las controversias que se suscitaban por leyes y actos de cualquier autoridad que violasen las llamadas "garantías individuales", es decir, de los derechos individuales consagrados en dicha Ley Fundamental, así como las invasiones recíprocas por las autoridades federales o locales de sus respectivas competencias, siempre que se afectase con ello a los propios derechos individuales. Esta concepción original del juicio de amparo mexicano es la que ha trascendido a varios ordenamientos latinoamericanos con el mismo nombre o alguno similar, así como a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

195. Décima tercera: Sin embargo, en el desarrollo del juicio de amparo durante la segunda mitad del siglo XIX se le fueron incorporando otras funciones entre las que destaca del llamado “amparo judicial”, es decir, la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país por violación de las leyes secundarias, lo que convirtió a la Suprema Corte de Justicia en un tribunal de casación federal, y oscureció la función primordial de tutela de las normas fundamentales. La Constitución actual si bien consagró derechos sociales, conservó ese control de la legalidad, pero en las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, se modificó sustancialmente el sistema, de manera que la Suprema Corte conoce actualmente sólo de los juicios de amparo en los cuales se discute la constitucionalidad directa de leyes y actos de autoridad, y los que se refieren al control de la legalidad que han transferido en su totalidad a los tribunales colegiados de circuito establecidos en 1951 para auxiliar a la Suprema Corte de Justicia. Con lo anterior, la propia Corte se ha transformado de hecho en un verdadero Tribunal Constitucional y ha recuperado su atribución esencial de intérprete final de las disposiciones constitucionales.

196. Décima cuarta: El quinto y último instrumento de garantía constitucional es muy reciente y si bien en sentido estricto no debía considerarse dentro del Derecho procesal constitucional, no resulta arbitraria su inclusión en dicha disciplina ya que sus facultades se traducen en apoyo y colaboración a los tribunales en su función de tutela de los derechos fundamentales. Nos referimos a los organismos autónomos no jurisdiccionales que se han establecido en la mayoría de las legislaciones contemporáneas de acuerdo con el modelo del *Ombudsman* de origen escandinavo. En el ordenamiento mexicano son muy recientes y su desarrollo ha culminado con su constitucionalización en la reforma a la Ley Fundamental en febrero de 1992, que estableció estos organismos protectores, que por medio de un procedimiento flexible tutelan los derechos humanos al investigar las quejas de los afectados por la conducta de las autoridades administrativas o de actos u omisiones de carácter administrativo de otras autoridades que infrinjan dichos derechos fundamentales, en los cuales se incluyen los consagrados en instrumentos internacionales ratificados y aprobados por el gobierno mexicano.

197. Décima quinta: Esta reforma constitucional que adicionó un apartado B) al artículo 102 constitucional (cuya primera parte se refiere a la



regulación de la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público Federal que depende de ella), establece los lineamientos de dichos organismos autónomos, tanto en el ámbito nacional como en el de las Entidades Federativas. Para ello se aprovechó la experiencia excepcional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos creada por decreto Presidencial en junio de 1990 y que desarrolló una intensa labor no sólo de tutela de los derechos fundamentales sino también en el campo de la promoción, enseñanza, capacitación y divulgación de los propios derechos humanos. Esta intensa actividad propició el establecimiento de las condiciones necesarias para elevar la institución a nivel constitucional en un lapso muy corto. Con apoyo en el citado precepto constitucional se expidió la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en junio de 1992 y a partir de entonces las legislaturas locales han establecido y reglamentado otras treinta y dos comisiones, incluyendo la del Distrito Federal, por lo que México posee uno de los sistemas más amplios que actualmente existen de tutela no jurisdiccional de derechos humanos.

## XV. BIBLIOGRAFIA ESENCIAL

Como es comprensible, la bibliografía sobre un tema tan amplio es impresionante, por lo que nos limitamos a citar las obras significativas mencionadas en el texto y algunas otras que pueden servir de consulta a los que pretendan ahondar en este tema.

AGUILAR ALVAREZ Y DE ALBA, Horacio, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989.

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en su libro, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 506-536.

ANDREA SANCHEZ, Francisco José de, "Los partidos políticos, el poder ejecutivo en México", en la obra *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988, pp. 365-415.

ARISTOTELES, *La Política*, trad. de Julián Marías y María Araujo, Madrid, 1970.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 1988.

- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 25a. Ed. México, Porrúa, 1993.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- CARDENAS, Julio y TEUCLER, Hartmut (editores). *La Economía social de mercado. Un orden económico eficiente con responsabilidad social*, Managua, Nicaragua, Mede-Konrad Adenauer Stiftung, 1993.
- CARPIZO, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en su libro *Estudios Constitucionales*, 3a. Ed. México, Porrúa, 1991, pp. 1-31.
- CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, México, UNAM, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- CARRILLO FLORES, Antonio, "El concepto de economía mixta", en la obra *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 81-93.
- CARRILLO FLORES, Antonio, "Límites y perspectivas de la economía mixta", en la obra *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, UNAM-Porrúa, 1985, pp. 453-469.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 7a. Ed., México, Porrúa, 1991.
- DUGUIT, Leon, *Traité de droit constitutionnel*, 2a. Ed., Paris, 1924, III vols.
- DUGUIT, Leon, *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, 1943.
- FAIREN GUILLEN, Víctor, *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, Tomo I. *Parte General*, Tomo II, *Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982 y 1986.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núms. 58-59, UNAM, enero-agosto de 1967, pp. 29-103.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El sistema presidencialista y la división de poderes", en la obra colectiva *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, tomo III (vol. IX, *Política y Estado*), México, UNAM, 1979, pp. 85-155.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Estado social de derecho y cambio constitucional", en el libro *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984, pp. 337-369.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El Estado Social de Derecho y la Constitución mexicana", en el libro *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y la Economía Mixta*, México, UNAM-Porrúa, 1985, pp. 77-120.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunas reflexiones sobre el principio de la división de poderes de la Constitución mexicana", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 619-708.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos de América Latina", en la obra *Festschrift für Karl Loewenstein* (Homenaje a Karl Loewenstein), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. 485-508; reimpresso en el libro del mismo autor *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Angel Porrúa, 1988, pp. 415-460.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso-electoral", en el libro *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral-UNAM, 1992, pp. 1-42.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993-A.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en la obra *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México,

- UNAM, 1992, pp. 107-196; reimpresso en el libro del mismo autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993-B, pp. 149-251.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Constitución y su defensa", en el libro del mismo nombre, México, UNAM, 1984, pp. 11-85; reimpresso en el libro del mismo autor *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993-B, pp. 253-328.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993-B.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunas reflexiones sobre el Ombudsman y el Poder Judicial en México", en la obra *El Ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993-C, pp. 187-221.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Sobre la jurisdicción constitucional", en el libro editado por Aníbal Quiroga León, *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 27-64.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "El sistema constitucional peruano", en la obra *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 695-732.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, tomo I, 1989, tomo II, 1993.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro, *La Constitución traicionada, Páginas de una historia reciente*, Lima, Seglusa Editores, 1993-B.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.

- GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*. 5a. Ed., México, Porrúa, 1989.
- GIERKE, Otto, *Political Theories of the Middle Age*, trad. al inglés de Frederic William Maitland, Boston, 1958 (primera ed. en inglés, 1900).
- GIL ROBLES y Gil Delgado, Alvaro, *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. Ed., Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1981.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946.
- GONZALEZ OROPEZA, Manuel, "La responsabilidad política en el derecho constitucional americano", en *Anuario Jurídico*, XI, México, UNAM, 1984, pp. 459-489.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1979.
- GRISEL, Etienne, *Iniciative et Référendum Populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Lausanne, Institut de Droit Publica de l'Université de Lausanne, 1987.
- JELLINEK, Jorge, *Los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Trad. Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908.
- JELLINEK, Jorge, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, 1915, II tomos.
- KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, 1928, pp. 197-257. Trad. castellana de Rolando Tamayo y Salmorán, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional", en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1974, pp. 471-515.
- KELSEN, Hans, *La giustizia costituzionale*, trad. de Carmelo Geraci, Milano, Giuffrè, 1981.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 3a. reimpresión, México, UNAM, 1983.

- LOCKE, Jhon, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 1941.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965.
- MADRAZO, Jorge, y MARTINEZ ASSAD, Carlos, "El Ejecutivo y los grupos de presión", en la obra colectiva *El sistema presidencial mexicano*, México, UNAM, 1988, pp. 417-465.
- MADRAZO, Jorge, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- MAYER, J. I., *Trayectoria del pensamiento político*, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1941.
- MOMMSEN, Theodoro, *Compendio del derecho público romano*, Buenos Aires, Editorial Impulso, 1942.
- MONTESQUIEU, Carlos Luis de Secondat, Barón de, *El espíritu de las Leyes*, trad. de Nicolás Estevanez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951.
- NOHLEN, Dieter (editor), *Elecciones y sistemas de partidos de América Latina*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.
- NORIEGA CANTU, Alfonso, "La reforma a los artículos 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en la obra *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 68-72.
- NUÑEZ JIMENEZ, Arturo, *El nuevo sistema electoral mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- PACCHIONI, Giovanni, *Breve historia del imperio romano narrada por un jurista*, Madrid, 1944.
- PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, trad. de J. A. Fontanilla, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.
- PEREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, (Derecho procesal constitucional), 3a. Ed., München, C. H. Beck, 1991.

- REYES HEROLES, Federico, "Neoliberalismo y rectoría estatal", en la obra *La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*, México, UNAM, 1985, pp. 219-237.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 2ª. Ed., Tomos 1 y 2, *El recurso extraordinario*; Tomo 3, *Acción de amparo*; Tomo 4, *Hábeas corpus*; Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, 1989.
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Las instituciones políticas en la historia universal*, Buenos Aires, 1958.
- SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistema de partidos*, trad. de Fernando Sánchez Portela, Madrid, 1980, (II tomos).
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Editorial Labor, 1931. Reimpresión con prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983.
- SERRA ROJAS, Andrés, *El liberalismo social*, México, Porrúa, 1993.
- STEFFANI, Winfried, "Gewaltenteilung in demokratisch-pluralistischen rechtsstaat", (La división de poderes en un Estado democrático y pluralista), en la obra editada por H. Rauch, *Zur heutige problematik der Gewaltentrennung* (Sobre la problemática actual de la separación de los poderes), Darmstadt, 1969.
- TAMAYO y SALMORAN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 3a. Ed., México, UNAM, 1989.
- VALADES, Diego, "La constitución reformada" en la obra *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 2a. Ed., Tomo XII, México, 1979, pp. 186-191.
- VALADES, Diego, "La reforma social de la Constitución", en la obra *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 11-13.
- VEGA, Pedro de, (editor) *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, 1977.
- VEGA, Pedro de, "Para una teoría política de la oposición", en su libro *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM, 1987, pp. 9-45.

VILE, M. S. C., *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Oxford University Press, 1969.

VINOGRADOFF, Sir Paul, *Outlines of historical jurisprudence*, Vol. II, *The jurisprudence of the Greek city*, London, 1922.

WITKER, Jorge, "La función del Estado en la Economía", en la obra *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 126-133.



# Poder civil y poder militar en Panamá

CÉSAR QUINTERO

*Universidad de Panamá  
(Panamá)*

**SUMARIO:** I. La era colombiana. II. El primer ejército panameño. III. El cuerpo de Policía Civil. IV. Militarización de la Fuerza Pública. V. La dictadura militar. VI. Desintegración del militarismo.

## I. LA ERA COLOMBIANA

Al examinar las manifestaciones del poder civil y del militar en Panamá nos circunscribimos a su era llamada republicana. Por ésta se entiende la que adviene en el istmo panameño luego de su secesión de Colombia en 1903. Sin embargo, la adecuada comprensión de las instituciones y vicisitudes políticas de la República de Panamá requieren una revisión, aunque sea sumaria, de ciertos antecedentes de su era colombiana.

Sobre el particular, es preciso advertir que durante el período de unión a Colombia, en Panamá hubo un alto grado de inestabilidad social; frecuentes contiendas bélicas, debidas principalmente a las guerras civiles colombianas; y reiteradas intervenciones norteamericanas, a partir de la mitad del pasado siglo.

La inestabilidad social y, por tanto, política y económica, obedeció primordialmente al aislamiento entre el istmo de Panamá y la capital colombiana. La comunicación terrestre era —y sigue siendo— prácticamente irrealizable; y la marítima fue siempre difícil, lenta, irregular y azarosa. Esta circunstancia, entre otras, impidió al gobierno colombiano mantener el

debido orden público en Panamá y prestarle los necesarios servicios administrativos. Todo esto mantuvo a Panamá en un estado rayano en la anarquía, hasta el punto de que llegaron a producirse contiendas armadas entre ciertas poderosas familias del interior del país.

Las guerras intestinas de Colombia, que jalonaron su existencia durante el siglo XIX, se extendían, por supuesto, a Panamá, como parte que era de esa nación. Dichas guerras se caracterizaron por su contenido ideológico. Esta circunstancia las distinguió, según reputados autores, de las guerras civiles y "revoluciones" en la mayoría de los demás países latinoamericanos. En Colombia las pugnas políticas y bélicas giraron en torno a dos grandes partidos históricos inspirados en irreconciliables doctrinas<sup>1</sup>.

A este respecto, cabe advertir que, a pesar de sus apasionadas diferencias ideológicas, tanto los liberales como los conservadores colombianos, siempre fueron —y siguen siendo— sinceramente republicanos, antimilitaristas y defensores de regímenes de derecho. En consecuencia, ambos partidos estuvieron continuamente en favor de gobiernos civiles y en contra de autocracias o despotismos. De ahí que en los excepcionales intentos de establecer dictaduras militares en Colombia, los dos partidos se unieron para derrotarlos. Tal fue especialmente el caso del general José María Melo en 1854<sup>2</sup>.

No obstante, las endémicas guerras internas habían de producir como en efecto produjeron, abundantes guerreros con grados de generales, coroneles, capitanes y demás, adquiridos en campos de batallas y no precisamente en academias militares. A su vez, los gobiernos debían disponer de fuerzas bélicas organizadas. Por tanto, Colombia siempre contó con ejércitos y su correspondiente jurisdicción militar. Esta se aplicó en diversas ocasiones. En Panamá se practicó por última vez en mayo 1903, al ser sometido a consejo de guerra y fusilado el guerrillero indígena, general Victoriano Lorenzo.

En cuanto a las intervenciones norteamericanas en Panamá, es preciso advertir que éstas no se iniciaron, como generalmente se cree,

---

(1) Cf. García Calderón, Francisco. *Latin America - Its Rise and Progress*, London, 1924, p. 201.

(2) Cf. Ryppy, J. Fred, Cap. XXXVI agregado por este autor a su traducción de la obra de Henao y Arrubla que, en la versión inglesa, se intitula *History of Colombia*, The University of North Carolina Press, 1938, p. 531.

luego de la separación de Colombia, sino mucho antes. Lo cierto es que dichas intervenciones se legalizaron, por así decirlo, mediante el tratado Mallarino-Bidlack celebrado en 1846 entre Nueva Granada (hoy Colombia) y los Estados Unidos de América. La concertación de este tratado obedeció, por una parte, a la incapacidad física del gobierno neogranadino para controlar Panamá y a la consecuente preocupación de dicho gobierno ante las tendencias separatistas de la región istmica; y, por otra parte, a las aprensiones de los Estados Unidos frente a la penetración de Inglaterra en Centroamérica con miras a dominar un futuro canal interoceánico. Ante estas circunstancias, el gobierno norteamericano propuso al de Nueva Granada celebrar un Tratado General de Paz, Amistad y Comercio. Entre muchas otras estipulaciones, el referido pacto garantizaba al Gobierno de los Estados Unidos y a sus ciudadanos el derecho de vía o tránsito, exento de cargas o peajes, a través del Istmo de Panamá “por cualesquiera medios de comunicación que ahora existan o que en el futuro puedan abrirse”... A su vez, los Estados Unidos se comprometían a garantizar “la perfecta neutralidad del istmo, con la mira de que en ningún momento... sea interrumpido ni embarazado el libre tránsito del uno al otro mar”... Por otra parte, los Estados Unidos garantizaban “los derechos de soberanía y propiedad que la Nueva Granada tiene y posee sobre dicho territorio”<sup>3</sup>.

Los gobernantes neogranadinos de aquel momento creyeron que con un convenio como éste aseguraban su soberanía sobre Panamá y la paz y tranquilidad en el Istmo. Pero lo que consiguieron fue mediatizar dicha soberanía y legitimar el intervencionismo norteamericano en Panamá. Así tenemos que, desde 1850 hasta 1885, se produjeron en el Istmo más de doce importantes intervenciones armadas del gobierno norteamericano. Entre ellas, las efectuadas en las siguientes fechas: mayo de 1850; octubre de 1850; noviembre de 1851; junio de 1853; mayo de 1854; abril de 1856, octubre de 1856; diciembre de 1858; septiembre de 1860; octubre de 1860; octubre de 1861; marzo de 1885<sup>4</sup>.

---

(3) Castillero Pimentel, Ernesto. *Panamá y los Estados Unidos*, 4ª ed., Edit. Litho-Impresora Panamá, 1974 (*Apéndice*. Tratado Mallarino-Bidlack de 1846, p. III ss.)

(4) Cf. Pereira, Renato. *Panamá: Fuerzas Armadas y Política*, Tesis doctoral, Universidad de París, trad. española, ediciones Nueva Universidad, Panamá, 1979, p. 8.

La construcción del ferrocarril transístmico por una empresa norteamericana en virtud de contrato celebrado entre ésta y el gobierno de Nueva Granada, en 1850, y el funcionamiento de dicho ferrocarril desde 1855, bajo control norteamericano, consolidó la hegemónica presencia de los Estados Unidos en el territorio istmeño. Dicha presencia ha sido decisiva en Panamá antes y después de su separación de Colombia, en cuanto a la naturaleza, estructura y ejercicio de la fuerza pública.

La última guerra civil colombiana que azotó a Panamá fue la llamada *Guerra de los Mil Días*. Fue ésta, asimismo, la más larga, sangrienta y devastadora que se libró en Colombia. Después de más de tres años de encarnizada lucha, el gobierno conservador logró vencer la resolución liberal en todo lo que es hoy la República de Colombia. Pero en el Istmo de Panamá la revolución se mantuvo triunfante. Consciente el gobierno de su impotencia para dominarla, solicitó la intervención de los Estados Unidos, a fin de impedir la continuación de la guerra en el suelo panameño. El gobierno norteamericano, en nombre del de Colombia, propuso al general Benjamín Herrera “una paz honrosa”. Este líder revolucionario, victorioso en el Istmo, aceptó la proposición norteamericana “para evitar mayor derramamiento de sangre o una imposición de la paz por el gobierno de los Estados Unidos”<sup>5</sup>.

En virtud de la aludida aceptación, los delegados de la Revolución Liberal (dos juristas) y los del Gobierno Conservador (dos militares) acordaron y suscribieron el tratado de paz a bordo del *Wisconsin*, un buque de guerra norteamericano. Este pacto, conocido como el Tratado de Wisconsin, fue firmado el 21 de noviembre de 1902 y puso fin a la Guerra de los Mil Días.

## II. EL PRIMER EJERCITO PANAMEÑO

El 3 de noviembre de 1903, antes de un año de haber sido firmado el Tratado de Wisconsin, Panamá se separó formalmente de Colombia y se declaró República independiente. Esta secesión, incruenta y expedita, fue factible por otra acción interventora de los Estados Unidos. Estos invocaron nada menos que el Tratado Mallarino-Bidlack de 1846 para impedir el transporte, por el ferrocarril transístmico, de las tropas colombianas que venían de Colón a sofocar el movimiento separatista que se gestaba

---

(5) Castillero Reyes, Ernesto. *Historia de Panamá*, 8ª, ed., Panamá, 1982, p. 108.

en la capital de Panamá. El gobierno norteamericano arguyó que dicho transporte de tropas “embargaba el libre tránsito y amenazaba la neutralidad del Istmo de Panamá” que los Estados Unidos debían garantizar mediante el susodicho Tratado de 1846.

Al independizarse Panamá existían en el Istmo los dos contrapuestos partidos históricos heredados de Colombia. Pero éstos se reconciliaron, al menos temporalmente, para constituir el nuevo Estado. Fue elegida una Convención Constituyente en la que estuvieron representados, por partes exactamente iguales, el partido Liberal y el Conservador. La referida Convención elaboró en pocas semanas la primera Constitución republicana de Panamá, la cual entró a regir el 15 de febrero de 1904.

La Constitución de 1904, que siguió el modelo de la Colombiana de 1886, al igual que ésta, dedicó un Título a la Fuerza Pública. En él estableció preceptos como los siguientes:

- Artículo 123.- *La Ley organizará el servicio militar y el de la Policía Nacional.*
- Artículo 124.- *La Nación podrá tener para su defensa un Ejército permanente. Queda prohibido el reclutamiento.*
- Artículo 125.- *La fuerza pública no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones, sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército, y con arreglo a las leyes de su instituto. (Artículo 168 de la Constitución Colombiana de 1886).*
- Artículo 126.- *De los delitos cometidos por los militares en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales, o Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones del Código Militar (artículo 170 de la Constitución Colombiana de 1886).*

De los cuatro artículos transcritos, los dos últimos, el 125 y el 126, reproducen al pie de la letra, respectivamente, los artículos 168 y 170 de la Constitución colombiana de 1886. En cambio, el 124 establece una significativa diferencia con respecto al 166 de la Constitución de Colombia. Este decía: “La Nación *tendrá* para su defensa un ejército permanente”. El de la Constitución panameña decía: “La Nación *podrá tener* para su defensa un ejército permanente”. (Subrayamos nosotros). El primero de los preceptos que hemos transcrito, el artículo 123, no tenía equivalente en la referida Constitución colombiana. Este fue, pues, un artículo original de la Constitución panameña de 1904.

Lo cierto es que antes de que entrara a regir la Carta de 1904, se hallaba establecido un ejército en Panamá. Al frente de él estaba el pintoresco general Esteban Huertas, agente decisivo de la secesión de Panamá; y declarado, por tanto, "prócer de la independencia". El general Huertas era, nada menos, que el jefe del Ejército de Colombia en el Istmo. Pero, a última hora abrazó el movimiento independentista, a pesar de ser colombiano de nacimiento. De esta manera, Panamá obtuvo casi instantáneamente su independencia de Colombia y el general Huertas siguió al frente del ejército por él controlado.

Sin embargo, ya en diciembre de 1903 —es decir, un mes después de la independencia— la prensa panameña advertía "que el ejército era una amenaza y que el dinero que se gastaba para su mantenimiento se necesitaba para el desarrollo interno". Se sugería, asimismo, "que los soldados, que estaban ociosos y eran de poca utilidad a la Nación, se incorporaron al Cuerpo de Policía, ya que la fuerza existente en él era inadecuada"<sup>6</sup>.

Por su parte, el Ministro (Embajador) de los Estados Unidos en Panamá en esas mismas fechas sugería al Departamento de Estado que el ejército panameño fuera disuelto y sus miembros integrados en una "guardia rural". Proponía, asimismo, que los miembros de dicha "guardia" debían ser diseminados en el país y portar solamente revólveres, a fin de que ningún bando político pudiera usarlos colectivamente para atentar contra el gobierno<sup>7</sup>.

Al ser promulgada la Constitución de 1904, se mantuvo, a tenor de ella, un Ejército y un Cuerpo de Policía.

El Tratado sobre el Canal de Panamá, elaborado y firmado en Washington, dentro de los quince días siguientes a la proclamación de la independencia, otorgó al Gobierno de los Estados Unidos la facultad de intervenir en Panamá, a fin de "preservar, mantener o restituir el orden público, necesario para la construcción, mantenimiento y operación del Canal".

---

(6) McCain, William D. *Los Estados Unidos y la República de Panamá*, versión española, Editorial Universitaria, Panamá, 1976, p. 46.

(7) *Ibidem*, pp. 46 y 47.

La aludida cláusula de dicho convenio, conocido como Tratado Hay-Bunau Varilla, fue complementada por el artículo 136 de la Constitución de 1904, el cual decía:

*El Gobierno de los Estados Unidos de América podrá intervenir en cualquier punto de la República de Panamá para establecer la paz pública y el orden constitucional si hubiere sido turbado, en el caso de que por virtud de Tratado Público aquella Nación asumiere, o hubiere asumido, la obligación de garantizar la independencia y soberanía de la República.*

La referida cláusula del Tratado Hay-Bunau Varilla de 1903 y el susodicho artículo de la Constitución de 1904, influyeron decisivamente en la vida política de la República de Panamá y en el carácter y funcionamiento de su fuerza pública hasta 1936, año en que fue ratificado el Tratado Arias-Roosevelt que, entre otras cosas, dio fin a la facultad norteamericana de intervenir en Panamá.

Al frente del Ejército continuó, por supuesto, el general Huertas. El primer Presidente de la República fue el anciano médico, doctor Manuel Amador Guerrero. Tanto el general Huertas como el Presidente Amador, eran colombianos de nacimiento, ambos eran además, conservadores. Sin embargo antes de que Panamá cumpliera su primer año de independencia, el jefe del Ejército amenazaba al Presidente con derrocarlo, si éste no se sometía a sus dictados. El general comenzó exigiendo al Presidente la remoción de los dos más importantes Secretarios de Estado<sup>8</sup>. Estos, enterados del contenido de la amenazante carta del jefe militar, ofrecieron presentar sus renunciaciones. El Presidente reemplazó a uno de los Secretarios de Estado con otro distinguido miembro de su partido. Esta solución no satisfizo al general, quien dirigió al Jefe del Estado otra carta en términos aún más conminatorios. Huertas era conservador, como hemos dicho, pero una fracción del partido liberal, que pretendía derrocar el gobierno del Presidente Amador, había convencido al vanidoso general de que sólo él podía "salvar la patria". En consecuencia, Huertas estaba decidido a dar un golpe de Estado y a entronizar un régimen militar encabezado por él. La prudencia del Presidente Amador, la energía de su nuevo Secretario de

---

(8) La Constitución de 1904 denominaba Secretarios a los colaboradores inmediatos del Presidente de la República, hoy llamados Ministros.

Guerra, don Santiago de la Guardia, y sobre todo, el eficaz apoyo del gobierno norteamericano, impidieron que la nueva y débil República se convirtiera, casi desde su nacimiento, en una dictadura castrense. Cuando el general Huertas y su ejército se aprestaban a dar el golpe de gracia, el Ministro (Embajador) norteamericano les advirtió que, de acuerdo con el Tratado del Canal y con la Constitución panameña, el Gobierno de los Estados Unidos podía intervenir militarmente en Panamá para mantener el orden público y que estaba dispuesto a hacerlo si el aludido general y su ejército optaban por subvertir dicho orden. Esta severa advertencia disuadió definitivamente al engrdeído militar. Al día siguiente el Secretario de Guerra del gobierno panameño destituyó al Jefe del Ejército y disolvió éste. Algunos de sus miembros fueron jubilados, lo mismo que el propio general; y el resto de los oficiales y soldados fue incorporado al Cuerpo de Policía Nacional.

De esta manera fue extinguido el primer ejército panameño. Cabe observar que no llegó a ser dictado Código Militar alguno ni se instalaron en ningún momento Cortes Marciales o Tribunales Militares. Por tanto, el artículo 126 de la Constitución devino letra muerta de dicha Carta mientras ésta subsistió.

### III. EL CUERPO DE POLICIA CIVIL

Al ser desintegrado el Ejército panameño a fines de noviembre de 1904, la fuerza pública del país se circunscribió a un Cuerpo Nacional de Policía. Sus miembros sólo disponían de las armas indispensables para mantener el orden público. Dicho Cuerpo de Policía contaba con un Comandante Primer Jefe, un Comandante Segundo Jefe, un Inspector General e Instructor Técnico, algunos oficiales con las denominaciones de Capitanes, Tenientes y Subtenientes, así como todos los simples policías denominados Agentes. Todos los miembros del referido cuerpo eran nombrados libremente por el Ejecutivo, específicamente por el Presidente de la República y el Secretario de Gobierno y Justicia. Junto con el Ejército fue eliminado el cargo de Secretario de Guerra. Los comandantes y los oficiales eran, por lo general, civiles y al poder civil estaban supeditados<sup>9</sup>.

---

(9) Extrañamente, las descritas innovaciones no fueron consignadas en un cuerpo de normas sistemáticas hasta la década del 20, en que fue dictada la Ley 66 de 1924 que organizó el Cuerpo de Policía Nacional.



Ante el expuesto esquema, lo lógico sería pensar que en la República de Panamá, reinaba el orden, la tranquilidad y la armonía. Pero no era esta la situación. Pues, al desaparecer el ejército, la oposición liberal —o, al menos, un sector de ella— pensó en llegar al poder mediante la acción bélica, esto es, en revivir las viejas guerras civiles, llamadas “revoluciones”. Semejante actitud del sector opositor produjo, desde luego, nerviosismo y desasosiego en el gobierno panameño que se hallaba prácticamente desarmado. Dicho gobierno no pudo menos que dirigir su mirada suplicante al de los Estados Unidos. Pero los altos personeros de éste manifestaron su renuencia a estar interviniendo continuamente en Panamá. De ahí que el Secretario de Estado de los Estados Unidos y el propio Secretario de Guerra recomendaron públicamente, tanto a los gobernantes como a los opositores panameños, que resolvieran sus diferencias con espíritu cívico y métodos democráticos, a fin de que el incipiente Estado consolidara su integridad y soberanía nacionales. El efecto de esta ostensible actitud del gobierno norteamericano fue el de envalentonar la oposición. Esta, por tanto, se consideró en franquía de intensificar sus planes subversivos. Por su parte, el Presidente Amador declaró que si los Estados Unidos optaban por una política abstencionista frente a las enconadas contiendas partidistas panameñas, su gobierno se vería en la necesidad de restablecer el ejército. Es decir, el asediado Presidente, ante el dilema de ser derrocado por sus adversarios o mediatizado por jefes militares, optaba por este último peligro. Todo parecía, pues, indicar que, apenas transcurridos dos años de existencia del Estado panameño, sus nacionales no hallaban otro medio que la contienda armada para resolver sus diferencias políticas.

Dada esta deplorable realidad, el Secretario de Guerra de los Estados, William Taft, aclaró que la expresada actitud antiintervencionista no significaba una restricción de los derechos de su gobierno, “sino que tenía la intención de hacer énfasis sobre la dignidad y soberanía de Panamá y dejar sentada la obligación en que estaban todos los panameños de mantener su propia paz y su buen orden”. Indicó, asimismo, que “los Estados Unidos pueden correctamente (bajo las cláusulas del tratado elaboradas a la luz de disposición de la Constitución de Panamá)... Suprimir cualquier insurrección en cualquier parte de la República”<sup>10</sup>.

(10) McCain, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

Esta declaración, unida a una similar del Secretario de Estado, Elihu Root, "causó gran júbilo al gobierno (panameño) y el correspondiente descontento y disgusto a la oposición"<sup>11</sup>.

Los decepcionados líderes de la oposición liberal cambiaron diametralmente de estrategia. Abandonaron sus planes subversivos y optaron por requerir la intervención americana. En consecuencia, a mediados de 1906, enviaron a Washington a sus más distinguidos personeros. Su objeto era persuadir al gobierno norteamericano de que interviniera en las elecciones parlamentarias que ese año se celebrarían en Panamá. La aludida delegación liberal obtuvo una cita con el Secretario de Estado Root y el de Guerra Taft. El Secretario Root increpó a los delegados oposicionistas. Les dijo, entre otras cosas, que el día en que el Gobierno de los Estados Unidos nombrara agentes suyos para que decidieran, por sí y ante sí, los debates electorales y civiles de los ciudadanos panameños, Panamá perdería su soberanía<sup>12</sup>.

Las palabras admonitorias de Root parecían significar la afirmación de una política no intervencionista de los Estados Unidos con respecto a Panamá. Pero, lo que en realidad estableció, con su astuta reconvención, el aludido Secretario de Estado, fue el principio de que los Estados Unidos intervendrían en las pugnas y vicisitudes internas de Panamá cuando lo solicitara oficialmente el Gobierno de esta República y no cuando lo hicieron partidos, agrupaciones u otros sectores particulares. Este fue el principio que, en términos generales, siguieron los Estados Unidos en cuanto a intervención en Panamá, hasta que fue ratificado el Tratado Arias-Roosevelt que, como ya indicamos, eliminó el derecho de aquella nación a intervenir en la nuestra. De ahí que, a escasos dos años de la filípica del Secretario Root en supuesta defensa de la soberanía de Panamá, el Gobierno norteamericano no vaciló en intervenir y supervisar las elecciones presidenciales de 1908, tan pronto solicitó la intervención el tambaleante gobierno del Presidente Amador. De igual modo intervino cuatro años después, en las elecciones presidenciales de 1912, cuando el Presidente Pablo Arosemena solicitó la intervención americana. Poste-

---

(11) *Ibidem*, p. 65.

(12) *Ibidem*, p. 66.

riormente hubo otras intervenciones, algunas cruentas, efectuadas por el Gobierno de los Estados Unidos a solicitud del de Panamá<sup>13</sup>.

El gobierno norteamericano mantenía —y mantiene— fuerzas armadas en la Zona del Canal, así como en las bases militares establecidas fuera de dicha zona. Contaba, además, con una Policía Militar (*Military Police*) que actuaba dentro del territorio panameño, especialmente en las ciudades de Panamá y Colón. Esta doble fuerza norteamericana era la que realmente impedía que se produjeran asonadas y revueltas políticas. Existía, asimismo, el ya mencionado Cuerpo de Policía Nacional panameño. Este, dentro de su carácter civil, gradualmente fue dotado de armas apropiadas para cumplir su función de mantener el orden público y proteger a las personas en su vida y bienes. Con todo, los sectores de oposición acusaban a la Policía de reprimirlos políticamente. La sindicaban, además, de participar en los fraudes electorales que inveteradamente practicaban los Gobiernos nacionales cuando no había intervención americana. Por su parte, las autoridades norteamericanas comenzaron a criticar fuertemente las actuaciones de la Policía panameña. Alegaron que ésta se excedía en sus represiones y, ante todo, denunciaron los frecuentes choques entre los agentes de dicha Policía y los llamados MP (Policías Militares norteamericanos). Las objeciones de las autoridades americanas llevaron al Gobierno de los Estados Unidos a tomar en 1913 la medida extrema de exigir el total desarme de la Policía panameña. Aquel Gobierno exigió al de Panamá la entrega de todas las armas de que disponía el Cuerpo de Policía Nacional. Dichas armas fueron depositadas en la Zona del Canal y los miembros de la Policía panameña sólo podían disponer del reglamentario *tolete*. Todo indica que en estas circunstancias quienes ejercían la “defensa” nacional y mantenían primordialmente el orden público en el Estado panameño eran las fuerzas militares y policiales norteamericanas. Incluso, el inerte Cuerpo de Policía Nacional tuvo, hasta 1927, un “Asesor” norteamericano que, con el título de Impecto

---

(13) La última solicitud de intervención americana por un partido de oposición la hizo personalmente en 1928 el candidato presidencial Belisario Porras ante el Secretario de Estado Frank Kellog. Este trató al distinguido estadista panameño con la misma acritud que en 1906 utilizó Root frente a la delegación opositorista de aquel año. Es interesante anotar que en aquella delegación también estuvo Porras.

General y bajo la nominal autoridad del Primer y Segundo Comandantes de dicho Cuerpo, era quien realmente reclutaba, organizaba y administraba las unidades del mismo. Desde el punto de vista técnico la aludida tutela fue beneficiosa para el buen ordenamiento de la policía panameña; pero lesionaba, desde luego, el principio de independencia y soberanía nacionales.

Lo sorprendente sobre el particular es que, durante el período de desarme de la Policía, Panamá afrontó con buen éxito dos serias crisis bélicas completamente ajenas a las pugnas políticas internas.

La primera de estas crisis se debió al estallido de un viejo conflicto limítrofe entre Panamá y Costa Rica. En febrero de 1921 fuerzas armadas de este país ocuparon la región panameña de Coto. Panamá contraatacó y sus tropas lograron repeler la invasión costarricense en esa región. Podría, pues, decirse que Panamá "ganó" la llamada Guerra de Coto. Pero el Gobierno de los Estados Unidos, mediante la amenaza, incluso, de buques de guerra, obligó a Panamá a ceder en favor de Costa Rica.

El enigma de como la desarmada Policía Nacional pudo hacer frente con éxito a un conflicto bélico, tiene su clave en que el Gobierno panameño no depositó todas sus armas en la Zona del Canal, como en 1913 lo exigió el Gobierno norteamericano. Lo cierto es que el Presidente Porras previsoramente escondió gran parte de ellas, las cuales le fueron de vital utilidad en un conflicto internacional armado en que, curiosamente, las simpatías de los Estados Unidos estaban en favor de la contraparte.

La segunda crisis surgió en 1925 en la vasta región indígena de San Blas, situada en la costa atlántica cerca de la frontera con Colombia. Los indígenas de esa región se levantaron en armas y se declararon independientes de Panamá con el nombre de *República de Tule*. Su primer acto de soberanía consistió en perpetrar una matanza de los miembros de la Policía panameña estacionada en esa región. Dichos indígenas fueron, en todo momento, instigados y dirigidos por el norteamericano Richard March, quien antes había sido Encargado de Negocios de los Estados Unidos en Panamá. Las fuerzas armadas nacionales lograron combatir y derrotar la rebelión. Los jefes indígenas firmaron un Tratado de Paz con la República de Panamá, a cuya autoridad se sometieron. El exdiplomá-

tico norteamericano logró escapar en un buque de guerra de los Estados Unidos "dejando el triste recuerdo de su ridícula y trágica aventura"<sup>14</sup>.

En las referidas acciones bélicas la Policía Nacional actuó, sin duda, con eficaz profesionalismo. En uno de los aludidos conflictos se utilizaron, incluso, los servicios de veteranos militares de las pasadas guerras civiles. Pero estas circunstancias no promovieron la militarización ni el encumbriamiento del Cuerpo de Policía. Este siguió siendo una institución policial supeditada a las autoridades civiles.

En 1927 cesaron la tutela y asesoría norteamericanas de la fuerza pública panameña. Ese año fue dictada la segunda Ley Orgánica del Cuerpo de Policía: la Ley 2 de 1927. Puede decirse que a partir de entonces se nacionalizó completamente la fuerza pública panameña. La citada Ley no fue, sin embargo, extensa ni detallada. Se limitó principalmente a reformar la Ley 66 de 1924 que, como hemos anotado, fue la primera Ley Orgánica de la Policía Nacional. La nueva Ley, al igual que la anterior, mantuvo sólo los grados de capitán, teniente y subteniente.

Desde la disolución del Ejército en 1904, Panamá fue, como ha sido Costa Rica, un Estado sin ejército ni fuerzas militares. Esta era, y hubiera continuado siendo, una situación ideal para un país pequeño y pobre, si los gobiernos hubiesen respetado la integridad electoral. Pero, cada gobernante imponía su sucesor, generalmente contra la voluntad mayoritaria del pueblo, mediante coacción, corrupción y fraudes. En 1928, el Presidente Rodolfo Chiari no permitió siquiera que la oposición se presentara a las urnas e impuso su candidato personal, así como a todos los miembros del Órgano Legislativo.

Dos años y unos meses después de haber impuesto el señor Chiari al Ingeniero Florencio Harmodio Arosemena como Presidente de la República y cuando éste se aprestaba a llevar de nuevo a su benefactor al solio presidencial, ocurrió lo que nunca había pasado en la República de Panamá y lo que nadie creía que podía suceder. La asociación cívico-política, Acción Comunal, que había logrado armarse, dio bajo la dirección del joven médico, Arnulfo Arias, un afortunado golpe de Estado en la

---

(14) Castillero Reyes, Ernesto, op. cit., p. 228.

mañana del 2 de enero de 1931 y derrocó al Presidente Florencio Harmodio Arosemena.

Hay dos versiones sobre la actitud que asumió el gobierno de los Estados Unidos frente a este golpe de Estado civil y popular, conocido como la "*Revolución del 2 de enero*". Según una versión el movimiento cogió de sorpresa al Departamento de Estado norteamericano, que no esperaba que en Panamá pudiera ocurrir una acción de esta naturaleza. De acuerdo con la otra versión, el gobierno estadounidense estaba al tanto de todos los preparativos del golpe y éste se dio a ciencia y paciencia de dicho gobierno. Compartimos esta última tesis.

El golpe armado del 2 de enero de 1931, a pesar de haber sido llevado a cabo por elementos civiles y de haber contado con amplio apoyo popular, provocó el inicio de la militarización de la fuerza pública panameña.

#### IV. MILITARIZACION DE LA FUERZA PUBLICA

En 1932 fue elegido Presidente de la República el distinguido abogado Harmodio Arias, hermano de Arnulfo Arias, artífice del golpe de Estado del año anterior.

Harmodio Arias llegó a la Presidencia mediante las primeras elecciones libres y honradas que hubo en la República de Panamá. El Presidente Arias era sin duda, un perspicaz hombre de Estado. Como tal, era consciente de que el fácil y rápido éxito del golpe popular de 1931 se debió, ante todo, a la debilidad del aparato policial. Sabía, asimismo, que adversarios del movimiento que lo había llevado al poder, conspiraban contra su gobierno confiados en que ya era factible en Panamá hacer "revoluciones". Por tanto, optó por reorganizar y fortalecer el Cuerpo de Policía Nacional.

A este respecto, dice Pereira que: "El Presidente Arias confió esa tarea" —la de organizar la policía— "al único oficial de carrera con que contaba el país, José Antonio Remón Cantera, egresado de la academia militar de México en 1931 con el grado de Teniente de Caballería. Remón es designado Jefe del Cuartel Central de Policía, construido en 1932 por la administración de Arias"...<sup>15</sup>.

---

(15) Pereira, Renato, op. cit., p. 13.

El Presidente Harmodio Arias tuvo, sin embargo, la prudencia de nombrar como Comandantes Primer Jefe y Segundo Jefe de la Policía Nacional a dos civiles de su confianza. En consecuencia, el Presidente Arias, durante su período constitucional (1932-1936), dirigió efectivamente la fuerza pública. Pero, durante ese mismo lapso, el Teniente José Antonio Remón se dedicó calladamente a militarizar la policía y, en especial, a seleccionar y formar oficiales. En esta labor contó con la ayuda material del ejército norteamericano destacado en la Zona del Canal, el cual le suministró equipo bélico y armas ligeras. Asimismo, le brindó asesoría técnica. Es evidente, pues, que los Estados Unidos cambiaron radicalmente su política con respecto a la fuerza pública panameña. En 1913, como hemos visto, exigieron el absoluto desarme del Cuerpo de Policía Nacional; mientras que desde la década del 30 comenzaron a propiciar una fuerza pública panameña bien armada y militarmente adiestrada. Este radical viraje obedeció a la creciente propagación de ideas y movimientos socialistas y comunistas, así como a la inminencia de una guerra mundial.

Frente a estos peligros, los Estados Unidos necesitaban, tanto en Panamá como en otros países latinoamericanos, ejércitos aptos para reprimir movimientos subversivos o revolucionarios.

A diferencia de las elecciones presidenciales de 1932, las de 1936 fueron fraudulentas. El Presidente Arias impuso prácticamente a su sucesor, el abogado y político Juan Demóstenes Arosemena. En estas amañadas elecciones la fuerza pública fue instrumento de coacción y represión.

Las siguientes elecciones presidenciales, las de 1940, fueron mucho más irregulares que las del 36. En ellas no se permitió siquiera al candidato de oposición presentarse a las urnas. Arnulfo Arias, el gestor del golpe de 1931 y hermano menor de Harmodio Arias, fue elegido como candidato único y la Asamblea Nacional quedó formada exclusivamente por seguidores del nuevo Presidente. Este siempre fue un hombre enérgico y autoritario. De ahí que, pocas semanas después de asumir el poder, logró que la sumisa Asamblea Legislativa expidiera una nueva Constitución, la de 1941. Asimismo, el Presidente Arias, en su primer —y único— año de gobierno de ese período, consiguió la expedición de más de cien leyes que desarrollaron la Constitución por él inspirada. Entre dichas leyes fue

dictada la Ley 79 de 25 de junio de 1941, que reorganizó el Cuerpo de Policía Nacional. Esta Ley, por una parte, consolidó la supremacía civil dentro de la Fuerza Pública; pero, por otro lado, significó un avance en cuanto a la militarización de dicha Fuerza. Así, el artículo 2 de la referida Ley decía: "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de la Policía Nacional, la cual dependerá directamente del Ministerio de Gobierno y Justicia". Pero, a su vez, el artículo 18 disponía: "Los grados militares que se confieren a la Policía son: Coronel, Teniente Coronel, Mayor, Capitán, Teniente y Subteniente". Y el artículo 19 establecía que: "Para el mantenimiento de la disciplina y subordinación, la policía queda sujeta al régimen militar".

Puede, pues, apreciarse que esta Ley habla expresamente de grados *militares*; crea los grados de *Coronel* y *Teniente Coronel*; y finalmente somete la Policía Nacional al *régimen militar*.

La Ley 79 de 1941 fue extensa y detallada, a diferencia de las que le antecedieron, las cuales expresamente derogó.

En octubre de 1941, un año después de su ascenso al poder, el Presidente Arnulfo Arias es depuesto mediante un golpe de Estado técnico. La iniciativa para destituir a este Presidente no partió, sin embargo, de la Fuerza Pública, sino del gobierno norteamericano, al cual Arias se había enfrentado. Con todo, resulta significativo que pocos días después de este golpe de Estado, José Antonio Remón, el "arquitecto" de la militarización de la Fuerza Pública, es nombrado Comandante Segundo Jefe del Cuerpo de Policía, con el grado de Teniente Coronel. A partir de este nombramiento Remón comienza a ser el verdadero jefe de Fuerza Pública y el árbitro de la política nacional. De ahí que, cuando en febrero de 1947, Remón pasa a ser Comandante Primer Jefe de la Policía, con el grado de Coronel, ya el poder militar prevalece sobre el civil, aun cuando los Presidentes de la República siguen todavía siendo civiles.

En diciembre de 1944 el sucesor del Presidente Arias, Ricardo Adolfo de la Guardia, disuelve la Asamblea Legislativa y convoca a la elección de una Asamblea Constituyente. Esta, luego de prolongada y morosa labor, dicta la Constitución del 1º de marzo de 1946 y se autodesigna Asamblea Legislativa. En 1948 se efectúan unas controvertidas elecciones nacionales. El candidato de oposición es el anteriormente derrocado Arnulfo Arias; y el oficialista, Domingo Díaz. Este es impuesto y fallece al año de ejercer



la Presidencia. Le sucede el Primer Vicepresidente, Daniel Chanis. El Presidente Chanis ingenuamente solicita la renuncia del Comandante Remón, en vista de los ilícitos y escandalosos negocios que venían haciendo él y otros jefes militares. Como respuesta, Remón derroca al Presidente Chanis. Esta acción produce un violento levantamiento popular. La policía no logra debelar el movimiento y se halla prácticamente vencida. Remón y los demás jefes militares están a punto de huir al exterior. Un viejo político aconseja al abatido Comandante que ofrezca la Presidencia al jefe de la oposición e ídolo popular, Arnulfo Arias. El ofrecimiento es hecho y Arias acepta.

De esta manera fue escamoteado un vigoroso movimiento que quizá habría extinguido el naciente militarismo panameño. Al año de estar en el poder, el Presidente Arias intenta derogar la democrática Constitución de 1946 y restablecer la autoritaria de 1941. Esta medida produce levantamientos populares de protesta. Remón aprovecha la pérdida de popularidad del Presidente Arias y lo derroca. Al año siguiente el Coronel Remón se postula para la Presidencia de la República y llega a ella tras un fraude colosal.

El Presidente José Antonio Remón promulgó la Ley 44 de 1953 por la cual fue creada la Guardia Nacional y subrogada la Ley 78 de 1941.

El primer artículo de la mencionada Ley es del siguiente tenor:

*Artículo 1.- Créase la GUARDIA NACIONAL. Por consiguiente, desde la vigencia de la presente Ley el Cuerpo de Policía Nacional se denominará con este nombre y en todas las Leyes, Decretos, Reglamentos o cualquier otra disposición donde aparezca el nombre de Cuerpo de Policía Nacional deberá entenderse GUARDIA NACIONAL<sup>16</sup>.*

Por medio del transcrito precepto, de no muy correcta redacción, se eliminó por completo la denominación y el concepto de policía. El Presidente Remón, siguiendo el modelo de la dictadura de Somoza en Nicaragua, adoptó el nombre de Guardia Nacional para designar lo que en realidad pasó a ser el Ejército de Panamá. Pero, a diferencia de casi todos los Estados, en los que el ejército sólo cumple la función militar, en Panamá la llamada Guardia Nacional absorbió las dos funciones: la militar

---

(16) Las palabras en mayúsculas cerradas aparecen en el texto de la Ley.

y la policial. Por tanto, a partir de entonces, el servicio de policía quedó completamente militarizado y monopolizado por el único instituto armado de la Nación.

Esta singular amalgama, no sólo entrañó una anomalía técnica, sino también un abierto quebrantamiento de la entonces vigente Constitución de 1946, cuyo artículo 249 claramente decía: "La Ley organizará por separado el servicio militar y el de la Policía Nacional".

El texto de la Ley 44 de 1953 constó de pocos artículos. Su finalidad esencial fue la de sustituir el Cuerpo de Policía por un Ejército enmascarado con el nombre de Guardia Nacional, la cual, como hemos visto, pasó a ejercer simultáneamente la función castrense y la policía. En lo demás, esta nueva Ley conservó la mayoría de los preceptos de la Ley 79 de 1941. Incluso mantuvo, como grado militar máximo, el de Coronel. Lo cierto es que Remón no ostento en vida otro grado superior a éste.

El 2 de enero de 1955 fue asesinado el Presidente Remón. Le sucedió el Vicepresidente Ricardo Arias Espinoza, un civil. Al frente de la Guardia Nacional se hallaba, como Comandante Primer Jefe, el Coronel Bolívar Vallarino, militar de carrera graduado en el Perú. El Comandante Vallarino se caracterizó siempre por su prudencia. De ahí que, no obstante su incontrastable poder, luego del asesinato del Presidente Remón, optó por un repliegue político de la Guardia Nacional. En consecuencia, bajo su comandancia se sucedieron, mediante ordenadas y aceptables elecciones, tres Presidentes civiles: Ernesto De La Guardia (1956-1960); Roberto Chiari (1960-1964); y Marco Robles (1964-1968).

En 1968 sobrevino una enconada campaña electoral. El candidato oficialista fue el ingeniero David Samudio y el de oposición, nada menos que el dos veces derrocado, doctor Arnulfo Arias. El Comandante Vallarino y el candidato Arias eran viejos enemigos. De modo que la Guardia Nacional coaccionó cuanto pudo contra la candidatura de Arias. Con todo, éste ganó las elecciones por abrumadora mayoría. Sus adversarios políticos se oponían decididamente a que se le reconociera el triunfo. No obstante, el comandante Vallarino decidió, juiciosamente, admitir que Arnulfo Arias asumiera la Presidencia de la República, lo cual hizo el 1° de octubre de 1968. Uno de los primeros e imprudentes actos del Presidente Arias fue el de destituir al Comandante Vallarino. Este aceptó correctamente

la destitución. No intentó, pues, deponer al Presidente, lo cual habría podido hacer fácilmente. Pero, pocos días después, el 11 de octubre, un joven oficial encabezó un movimiento cuartelario que derrocó al Presidente Arias, ante su decisión de desarticular la Guardia Nacional.

## V. LA DICTADURA MILITAR

El golpe de Estado del 11 de octubre de 1968 lo planeó y dirigió el Mayor Boris Martínez, graduado en la academia militar de México. Mas, una vez consumado dicho golpe, se incorporó a él el entonces Teniente Coronel Omar Torrijos, graduado en la academia militar de El Salvador. Los dos militares constituyeron un Estado Mayor; "el primero en la historia de la Guardia Nacional, con Torrijos como primer jefe y Martínez como segundo"<sup>17</sup>.

El aludido Estado Mayor creó una llamada Junta Provisional de Gobierno y nombró como Presidente de ella al Coronel José María Pinilla y como miembro (sic) al Coronel Bolívar Urrutia, ambos militares de carrera.

En realidad fue instituida una dinarquía formada por Torrijos y Martínez, quienes recibieron, respectivamente, los grados de Coronel y de Teniente Coronel. El Presidente y el Miembro de la Junta de Gobierno y los Ministros civiles nombrados por la diarquía militar, estaban completamente supeditados a ésta.

Lo característico del golpe militar de 1968 es que, mediante él, los militares asumieron directamente, por primera vez, el poder público para ejercerlo dictatorialmente. Pues, hasta entonces se habían conformado con mantener el poder real y expresarlo por medio de gobernantes civiles elegidos nominalmente por la vía constitucional. En cambio, el insurgente régimen militar del 68 se constituyó en gobierno *de facto*; suprimió los partidos políticos; acaparó todos los medios de comunicación pública; suspendió formalmente, entre otras, las libertades de reunión y de asociación; y eliminó el parlamento, cuyas funciones legislativas ejerció mediante decretos de gabinete<sup>18</sup>.

---

(17) Pereira, Renato, op. cit., p. 120.

(18) En Panamá se denominan decretos de gabinete los actos con valor de ley dictados por gobiernos *de facto*.

El Teniente Coronel Boris Martínez, a pesar de ocupar formalmente el segundo lugar en la pareja gobernante, era quien realmente predominaba. Esta circunstancia y el carácter extremadamente autoritario e inflexible del susodicho Teniente Coronel, provocó la animadversión de sus subordinados quienes, con el beneplácito del otro miembro de la diarquía, lo apresaron y desterraron en febrero de 1969, es decir, cuatro meses después de efectuado el golpe militar de octubre de 1968.

Una vez liquidado el Teniente Coronel Boris Martínez, el Coronel Omar Torrijos fue ascendido a General y convertido en jefe máximo del régimen militar. No obstante, a fines del mismo año en que fue depuesto Martínez, se produjo otro golpe, el 15 de diciembre de 1969, contra el General Torrijos quien se hallaba fuera del país. El golpe fue efectuado por los Coroneles Silvera y Sanjur, colaboradores inmediatos del Comandante Torrijos, con la connivencia de los dos miembros de la Junta Provisional de Gobierno, Coroneles Pinilla y Urrutia. Estos emitieron un lacónico comunicado que decía: "con el total respaldo de la comandancia de la Guardia Nacional, del Estado Mayor, de los oficiales, clases y tropas del Instituto armado... el Coronel Ramiro Silvera ha sido ascendido a Comandante Jefe de la Guardia Nacional y el Coronel Amado Sanjur ha sido ascendido al cargo de Comandante Asistente"<sup>19</sup>.

Resulta curioso que el referido comunicado no menciona siquiera el nombre del sustituido Comandante Jefe ni las causas de su remoción. Pero lo cierto es que el General Torrijos logró regresar al país y sofocar la rebelión castrense fraguada contra él.

Todo parece indicar que este malogrado golpe pretoriano se debió a que el régimen presidido por Torrijos estaba opuesto a renegociar con los Estados Unidos los Tratados sobre el Canal de Panamá acordados en 1967 y rechazados ese mismo año por la opinión pública y el parlamento panameño. Por tanto, el frustrado movimiento contó, según fundados indicios, con el apoyo de autoridades norteamericanas, específicamente de la Agencia Central de Inteligencia (CIA).

---

(19) Pereira, Renato, op. cit., p. 128.

Luego de esta escarmentadora experiencia, la dictadura militar panameña cambia radicalmente de fachada. Había surgido como un movimiento conservador, derechista y manifiestamente anticomunista. Pero, a partir de 1970 lo que antes se había denominado Movimiento Restaurador pasa a llamarse *Proceso Revolucionario*. Los jefes militares truenan contra la "oligarquía" y la "reacción". Los exiliados izquierdistas retornan al país y algunos incluso se convierten en asesores de quien pasa a llamarse el Líder Máximo de la Revolución Panameña, General Omar Torrijos. En lo nacional, el *proceso*, como se le comienza a llamar, inicia una política de acercamiento al obrerismo y al campesinado. Y, en lo internacional, Panamá restablece relaciones diplomáticas con Cuba y se une a los llamados Países No Alineados. En suma, el régimen militar, surgido en 1968 bajo la insignia del anticomunismo, en 1970 se transforma en un sistema populista y tercermundista. Pero, paradójicamente el supuesto viraje hacia la izquierda del régimen militar coincide con la reanudación de las negociaciones canaleras con los Estados Unidos, interrumpidas desde que Panamá rechazó los Tratados de 1967<sup>20</sup>.

Mas aún, la celebración de los Tratados del Canal se convirtió en la aspiración máxima, en la razón de ser, del llamado Proceso Revolucionario. En consecuencia, el gobierno norteamericano no dio importancia alguna a las veleidades pseudoizquierdistas del militarismo panameño y le brindó el más completo apoyo económico, político y logístico. No obstante, los Estados Unidos advirtieron al régimen militar la necesidad de que se legitimara restableciendo la Constitución de 1946 o dictando otra y eligiendo un gobierno mediante cualquier especie de elección.

El 11 de octubre de 1972, después de cuatro años justos de dictadura *de facto*, fue promulgada la cuarta Constitución de la República de Panamá.

La Carta Constitucional de 1972 ha sido, sin duda, la más extravagante que haya regido en Latinoamérica. Ella, no sólo instituyó de manera formal y expresa un sistema militar de gobierno, sino que jurídicamente supeditó los tres Organos Superiores del Estado, los tres clásicos Poderes,

---

(20) Cf. Quintero, César. "Tendencias contemporáneas del derecho constitucional en Panamá", en *Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 474.

al Poder militar, el cual pasó a ser un Superórgano estatal. El Órgano Legislativo quedó formado por una enorme y desmañada Asamblea de Representantes de Corregimientos, compuesta por 505 miembros y desprovista de funciones reales, y por un Consejo Nacional de Legislación, que efectivamente legislaba, constituido por el General Torrijos, por el Presidente y el Vicepresidente de la República y por los Ministros de Estado. De modo que quien legislaba era el propio Órgano Ejecutivo. Finalmente, un artículo especial de la Constitución atribuyó poderes extraordinarios, a título personal, al General Omar Torrijos como "Líder Máximo de la Revolución Panameña".

Como antes hemos expuesto, esta insólita Carta Fundamental fue realmente una Constitución *ad hoc*, hecha por y para la negociación de los llamados Tratados Torrijos-Carter, que fueron firmados en Washington el 7 de septiembre de 1977. Corroboración esta aserción el hecho de que al año siguiente le fueron introducidas reformas a dicha Carta, a fin de modificar sus más anómalas y exóticas características.

En julio de 1981 falleció el General Torrijos en un extraño accidente aéreo. Le sucedió el Coronel Florencio Flores, quien pronto fue sustituido por el General Rubén Darío Paredes. Este sagaz militar, que aspiraba a ser Presidente de la República, advirtió la necesidad de cambiar radicalmente la autoritaria Constitución de 1972 y sus reformas de 1978. Logró, a este respecto, un concierto nacional y en 1983 fue elaborado y sometido a referéndum un texto constitucional de carácter nominalmente democrático. El Acto Constitucional fue aprobado por el 86% de los electores. Empero, la candidatura presidencial del General Paredes fracasó porque el gobierno de los Estados Unidos se opuso a ella. Por tanto, los candidatos principales a la Presidencia de la República en 1984 fueron el Dr. Nicolás Ardito-Barletta por el régimen militar y por la oposición el anciano líder, Dr. Arnulfo Arias. Este ganó las elecciones, pero por muy poco margen. De ahí que al régimen le fue fácil cambiar los resultados en favor de su candidato mediante un rutinario fraude en dos circuitos indígenas.

Con motivo de su fracasada candidatura presidencial, el General Paredes renunció en 1983 la Comandancia de la Guardia Nacional y la asumió el General Manuel Antonio Noriega.

El Comandante Noriega ordenó en seguida la emisión de una nueva Ley Orgánica de la Fuerza Pública. Fue esta la Ley 20 de 29 de septiembre de 1983. Por medio de ella se eliminó el nombre de Guardia Nacional y se adoptó el de *Fuerzas de Defensa de la República de Panamá*.

Dispuso dicha Ley, entre otros preceptos, que: "El comandante en Jefe de las Fuerzas de Defensa de la República de Panamá lo será también... de todas las otras entidades que componen la Fuerza Pública". Estableció, asimismo, que las Fuerzas de Defensa gozarían de *autonomía administrativa*. Preceptuó, además, que las Fuerzas de Defensa expedirán sus Reglamentos Internos. Instituyó, además de los grados de Coronel, Teniente Coronel, Mayor, Capitán, Teniente, Subteniente, Sargento, Cabo, etc., hasta entonces vigentes, los de General de Fuerzas, General de Cuerpo, General de División y General de Brigada. Un artículo de la referida Ley dispuso expresamente que: "El Comandante en Jefe de las Fuerzas de Defensa de la República de Panamá tendrá el grado de General de Fuerzas".

El Comandante en Jefe de las Fuerzas de Defensa y General de Fuerzas, Manuel Antonio Noriega, llevó la dictadura militar a sus peores extremos. Destituyó al Presidente y a los Vicepresidente de la República que él mismo había impuesto. Perpetró toda clase de torturas y crímenes; y, entre otros escandalos negocios ilícitos, se entregó al narcotráfico.

En mayo de 1989 tocó al dictador Noriega presidir elecciones nacionales. El candidato de la dictadura fue el señor Carlos Duque; y, el de la oposición, el licenciado Guillermo Endara.

A pesar de todas las coacciones, represiones, torturas y fraudes, la oposición ganó por el extraordinario margen de tres a uno. Ante tan abrumador triunfo, no era posible falsificar los resultados. En consecuencia, el general Noriega optó por anular las elecciones e imponer un gobierno *de facto*, que entró a regir el 1° de septiembre de 1989.

## VI. DESINTEGRACION DEL MILITARISMO

Desde mediados de la década del 80 los Estados Unidos comenzaron a cambiar su política protectora de los regímenes de fuerza, por una favorable a los sistemas democráticos.

En lo que a Panamá concierne, desde 1987 el Gobierno norteamericano adoptó medidas contra la desorbitada dictadura norieguista. Esta respondió con propaganda y actos adversos a los Estados Unidos. Noriega, en sus desvaríos, llegó incluso a declarar a Panamá "en estado de guerra".

La vida en el país se hizo cada vez más insegura y la situación cada vez más caótica. Ante el desorden y la hostilidad reinantes, en la noche del 20 de diciembre de 1989 las fuerzas armadas norteamericanas efectuaron un fulminante ataque aéreo y terrestre contra los cuarteles y objetivos militares de la dictadura panameña. En pocas horas los cuarteles fueron arrasados y desintegradas las fuerzas panameñas.

Los jefes castrenses huyeron o se refugiaron en embajadas. El General Noriega se asiló en la Nunciatura Apostólica. En ella se entregó a autoridades militares norteamericanas. Estas lo llevaron a los Estados Unidos donde, como es sabido, fue juzgado y condenado a cuarenta años de prisión por el tráfico de drogas en perjuicio de aquel país.

De esta manera, penosa para un Estado degradado por su perversa Fuerza Pública, fue extinguido el militarismo panameño. Este como hemos indicado, fue entronizado por el Coronel José Antonio Remón en la década de 1940. Luego del asesinato de Remón en 1955, el predominio militar se mantuvo vigente, pero tácticamente replegado, hasta 1968. Ese año, como hemos visto, los militares asumieron abiertamente el poder público para ejercerlo en forma intemperante e incontrolada durante casi un cuarto de siglo.

Resulta, sin embargo, paradójico que durante el largo período de preponderancia militar, en Panamá nunca hubo jurisdicción ni codificación militares. Es más, en este país, luego de disuelto en 1904 el irrisorio ejército del General Huertas, nunca ha habido una institución denominada *Ejército*. Hubo, como es sabido, un Cuerpo de Policía Nacional, militarizado desde 1941. Luego en 1953, Remón sustituyó el Cuerpo de Policía por una Guardia Nacional formal y técnicamente militarizada. Finalmente, Noriega introdujo y adoptó el nombre de Fuerzas de Defensa, a fin de reafirmar su índole militarista. Pero, teórica y jurídicamente jamás ha tenido Panamá un cuerpo militar llamado *Ejército*. Esta circunstancia no ha impedido, sin embargo, que este país haya estado dominado durante más de cuatro décadas por uno de los más absorbentes y perniciosos regímenes militaristas de Latinoamérica.



El mismo día en que el poderío norteamericano destruyó el régimen militar panameño, tomaron posesión el Presidente y los Vicepresidentes de la República que ganaron las elecciones nacionales del 8 de mayo de 1989. Guillermo Endara asumió, pues, el 20 de diciembre de 1989 la Presidencia de la República; la Primera Vicepresidencia fue asumida por Ricardo Arias Calderón, demócrata-cristiano; y la Segunda Vicepresidencia, por Guillermo Ford, liberal. El período de estos dignatarios es de cinco años (1989-1994). Dicho gobierno ha venido a ser el primer régimen civil no mediatizado por el poder militar durante muchas décadas. El pueblo panameño, impaciente e ingenuo, se hizo demasiadas ilusiones con respecto al nuevo régimen. Creyó que éste, por arte de magia, podía y debía resolver todos los problemas acumulados tras largos períodos de derroche y corrupción. Y como esta ilusa aspiración no se cumplió, el actual gobierno comenzó a perder popularidad y credibilidad desde su segundo año en el poder.

No cabe duda de que los presentes gobernantes de Panamá ocuparon sus cargos en virtud de muy irregulares elecciones y gracias a la intervención armada extranjera. Por eso, muchas personas estimaron que dichos gobernantes, tan pronto asumieron el poder, han debido declararse Gobierno Provisional y convocar enseguida a una Asamblea Constituyente. Pero no lo hicieron. Por lo tanto, siguió rigiendo la Constitución impuesta por los militares en 1972, aunque con radicales reformas introducidas en 1983, destinadas a democratizar dicho Estatuto. En consecuencia, éste difiere fundamentalmente de la autocrática Constitución militarista del 72. Pero, con todo, conservó y mantiene algunos resabios de aquélla que era y es preciso expurgar. Por ejemplo, el Preámbulo sigue siendo de corte militarista. De igual modo, el Título de dicha Carta, concerniente a la Fuerza Pública, permite su militarización. Asimismo, en otros Títulos de ella se establece la Carrera Militar y se mantienen los grados militares.

Dadas estas y otras anomalías de la Constitución vigente, el Ejecutivo elaboró un amplio pliego de reformas que remitió a la Asamblea Legislativa. Según la actual Constitución, uno de los métodos para su reforma consiste en la aprobación de ésta en dos legislaturas consecutivas de una Asamblea. Para su perfeccionamiento, el acto reformativo debe ser sometido a referéndum nacional. Pues bien, la aludida y extensa reforma

fue aprobada, en su segunda etapa, por la Asamblea en 1992 y sometida a referéndum el 15 de noviembre de ese año. De esta manera, el susodicho referéndum se celebró después de tres años de desgaste administrativo y político del presente Gobierno, cuando ya éste era completamente impopular.

El pueblo panameño, como algunos otros pueblos, carece de cultura política. Es, asimismo, un pueblo negativamente opositorista. De ahí que por lo regular vota *contra alguien* y casi nunca a favor de *algo*. Esta nociva característica se agrava extraordinariamente cuando el sufragio no se refiere a la elección de personas humanas, sino a la aprobación de complejos textos jurídicos, tales como tratados internacionales, leyes orgánicas y normas constitucionales.

Todo lo expuesto explica que en el referéndum de noviembre de 1992 se abstuvo de votar el sesenta por ciento del electorado y el cuarenta por ciento que votó, lo hizo contra el ya impopular Gobierno, sin entender ni importarle el contenido de las extensas y meditadas reformas constitucionales.

Entre estas reformas estaba una que decía:

*La República de Panamá no tendrá ejército.*

*Para la conservación del orden público, la protección de la vida, honra y bienes de quienes se encuentran bajo la jurisdicción del Estado y para la prevención de hechos delictivos, la Ley organizará los servicios de policía necesarios, con mandos y escalafón separados y sin autonomía administrativa, financiera y de proveeduría.*

*El Presidente de la República es el jefe supremo de todos los servicios de policía; éstos, como agentes de la autoridad, estarán subordinados al poder civil y, en consecuencia, acatarán las órdenes que emitan las autoridades nacionales, provinciales o municipales en el ejercicio de sus funciones legales.*

Ese mismo año (1992) el Organismo Ejecutivo elaboró un extenso y bien logrado proyecto de Ley Orgánica de la Fuerza Pública, que deroga y sustituye enteramente la militarista Ley 20 de 1983, aún vigente.

Dicho proyecto de Ley fue enviado por el Ejecutivo a la Asamblea Legislativa en los primeros días de septiembre de 1992. Pero, al ser rechazadas las Reformas Constitucionales en noviembre de ese año, la Asamblea Legislativa se ha abstenido, prudentemente, de considerar el

referido proyecto de Ley. Pues, su expedición infringiría el texto vigente de la Constitución dictada bajo el régimen militar.

De modo que todavía está en vigor la mencionada Ley 20 de 1983. Sin embargo, desde diciembre de 1989 fue restablecido el Cuerpo de Policía. Frente a él está un civil de intachables cualidades.

La nueva Policía ha venido prestando un excelente servicio. Pero todo ello, al margen de la Constitución y de la Ley existentes. Esta es, sin duda, una situación anómala, sobre todo en un Estado democrático de Derecho como el presente.

El 7 de mayo de 1994 se celebraron elecciones nacionales para elegir Presidente y Vicepresidentes de la República, Legisladores, Alcaldes y Concejales. Estas elecciones fueron ganadas nada menos que por el Partido Nacional Revolucionario (P. R. D.). Es este el partido creado por los militares, al cual éstos llamaron su *brazo político*.

El triunfo electoral del partido antes afecto al corrupto militarismo panameño, ha resultado incomprensible y desconcertante para muchos. Incluso algunos temen que los militares vuelvan al poder. Pero no hay la posibilidad de que esto ocurra, debido a muchos factores. Por otra parte, la opinión pública nacional sigue adversando decididamente el militarismo. Por tanto, el triunfo, para algunos paradójico, del partido creado por el régimen militar, obedece a que, como hemos dicho, los panameños votan *contra* personas, más que en favor de éstas. Por otra parte, este pueblo ha sido y es empedernidamente opositor del gobierno que haya. De modo que en esta ocasión, votó primordialmente contra el actual gobierno que, sin duda, no ha sabido o no ha podido estar a la altura de su crucial misión.

Por su parte, el opositor partido Revolucionario Democrático tuvo el acierto de escoger como candidato al Dr. Ernesto Pérez Balladares, hábil estadista, educado en prestigiosas universidades norteamericanas. Durante su campaña política, el hoy presidente electo reiteró que no permitiría en forma alguna el retorno del militarismo. Consecuente con su promesa electoral, el Presidente electo ha dado su apoyo al actual Presidente para que presente de nuevo a la Asamblea Legislativa el transcrito proyecto de reforma constitucional que desmilitariza la Fuerza Pública. Si, como se espera, la actual Asamblea Legislativa aprueba el aludido proyecto y lo

ratifica la que ha de instalarse el 1° de septiembre de 1994, todo indica que el próximo gobierno consolidará jurídicamente la desmilitarización de la Fuerza Pública panameña.

*Panamá, mayo de 1994.*

# La Jurisdicción Militar en el Perú

**GERARDO ETO CRUZ**

*Universidad Nacional de Trujillo*

**CÉSAR LANDA ARROYO**

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**

*Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Perú)*

*A Domingo García Belaunde, maestro ejemplar:  
Summa cum gratia recordamur...*

**SUMARIO:** Capítulo I. Introducción. 1. Antecedentes legislativos. 2. El Fuero Militar: Nociones preliminares. 3. Bases históricas y fundamentos. Capítulo II. La ampliación de competencia del Fuero Militar: de la Constitución de 1979 a la de 1993. 1. Nota preliminar. 2. El tono significativo de las declaraciones. 3. La propuesta de Alan García: interpretar la Constitución. 4. Los proyectos de reforma en el Congreso. 5. Las reformas del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. 5.1. La legislación antisubversiva. 6. Los perfiles de la Jurisdicción Militar en la Constitución de 1993. Capítulo III. El marco constitucional de la función jurisdiccional. Nota preliminar. 1. Principio de unidad de la función jurisdiccional. 2. Principio de exclusividad de la función jurisdiccional. 3. Principio de prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción. 4. Principio del derecho al juez natural. 5. La Jurisdicción Militar: algunos alcances. 5.1. Noción. 5.2. Fundamento. 5.2.1. Por razón del delito. 5.2.2. Por razón del lugar. 5.2.3. Por razón del estado de guerra. Capítulo IV. Organización del Fuero Militar. Nota preliminar. 1. La Justicia Militar en tiempo de paz. A) La Corte Suprema de Justicia. B) El Consejo Supremo de Justicia Militar. C) Los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de la Policía Nacional del Perú. D) Los Jueces instructores y Jueces sustitutos. E) La Policía Militar. F) El Cuerpo Jurídico Militar. G) Los Auditores. H) El Ministerio Público. I) El Ministerio de Defensa. 2. La Justicia Militar en tiempo de guerra. A) La guerra:

nociones preliminares. B) El Comandante del Teatro de Operaciones. C) Los Comandantes de Región, de División, Cuerpos, Buques y Fuerza Aérea con mando independiente. D) Los Consejos de Revisión. E) Los Consejos de Guerra Especiales. F) Los Prebostes. Capítulo V. Vigencia del Derecho Procesal Constitucional en el Fuero Privativo Militar. 1. Caso de los desaparecidos de la Cantuta. 2. Caso de los delitos de opinión de generales en retiro del Ejército. 3. Caso del derecho de insurgencia de los militares del 13 de noviembre. 4. Caso del delito de terrorismo del Ingeniero Ruiz-Conejo. Conclusiones.

## CAPITULO I

### INTRODUCCION

#### 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Una ojeada retrospectiva en torno a la justicia militar en el Perú obliga a afirmar que ella ha existido desde antes de su etapa republicana y, como tal, ha venido evolucionando hasta adquirir los perfiles actuales.

Durante la colonia, y dentro del sistema impuesto por la corona española, rigieron las famosas Ordenanzas Militares españolas, (cuyos aspectos penales –como recuerda el malogrado magistrado constitucional Francisco Tomás y Valiente († 1996)– eran muy casuísticos, existiendo un excesivo margen de arbitrio judicial, no existiendo el principio de la proporcionalidad en el castigo entre autores, cómplices y encubridores, y con un sistema de penas muy rígido)<sup>1</sup>, como la de 1728, las Ordenanzas del 10 de enero y 7 de abril de 1745 que regularon las atribuciones del Auditor de Guerra, las Ordenanzas de Su Majestad para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército, por Fernando VI, del 22 de Octubre de 1748<sup>2</sup>; la Real

---

(1) Citado por J. Felipe HIGUERA GUIMERA: *Curso de Derecho Penal Militar Español, I (Parte general)*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1990, p. 83. Según José Luis BUSTAMANTE Y RIVERO (en su libro: *Organización y procedimientos de la Justicia Militar en el Perú*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1920, p. 8), las Ordenanzas, más que un Código, formaban un conglomerado de leyes parciales, que estatúan sobre la organización de las tropas, la distinción de clases militares, las obligaciones de cada clase, los servicios de guarnición y compañía, los destinos de intendencia o hacienda y la penalidad de las infracciones.

(2) MONTANO FERRIN, Enma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José: *Historia del Derecho y de las Instituciones*, vol. II, Dykinson Edit., Madrid, 1991, específicamente p. 463.

Cédula de Carlos III (por iniciativa suya se introduce el servicio militar obligatorio), del 4 de noviembre de 1773, creando en España el Consejo Supremo de Guerra, y la Ordenanza Naval de 1802, En realidad, las más representativas fueron las contenidas en el Prontuario de Espinoza y Las Leyes de Colón<sup>3</sup>. La nota característica era que los ejércitos constituían propiedad del Monarca, quien hacia lo que le venía en gana con ellos.

En nuestra prehistoria constitucional se registra la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por el Rey Fernando VII, el 19 de marzo de 1812, que tuvo vigencia tanto para España como para sus dominios de Ultramar. En dicho texto se normó que: “Los militares gozarán también del fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere”, (art. 250), sin olvidar que el artículo 248 reconocía el principio de la unidad del fuero, al establecerse que: “En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un sólo fuero para toda clase de persona. Igualmente se estableció el principio de que las Cortes ... establecerán, por medio de las respectivas Ordenanzas, todo lo relativo a la disciplina” (art. 359). En rigor, la Constitución de Cádiz, de una u otra manera, tuvo influencia en el Perú.

Iniciado el despertar republicano, el Perú no pudo aún sacudirse ni vadear una serie de leyes propias del Virreynato. En efecto, como lo destaca José Hurtado Pozo<sup>4</sup>: “El vacío legislativo originado por la no dación de leyes básicas determinó, como también en otros niveles, la supervivencia de la legislación española: hasta 1852 rigió el ordenamiento civil impregnado fuertemente de los fundamentos del derecho romano y hasta 1862 imperaron exclusivamente las disposiciones penales de la colonia”<sup>5</sup>.

---

(3) Una aproximación más orgánica puede verse en el trabajo de Lyle N. Mc. ALISTER: “El Fuero Militar en la Nueva España (1764-1800)”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XV, N° 43, enero-abril, 1982, UNAM, pp. 17-118, específicamente p. 24.

(4) HURTADO POZO, José: *La Ley importada. Recepción del Derecho Penal peruano*, Cedys, Lima, 1979, pp. 37-38.

(5) En este sentido, es muy elocuente el numeral 18 del Reglamento Provisional de 1821 que estableció el Gral. San Martín: “Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior, y con lo establecido en el

En los meses previos al período inicial de la República, el Reglamento Provisional de 1821 que dictara el Gral. S. E. José de San Martín, estableció en el art. 15 que: "Por regla general se establece que mientras duren las actuales circunstancias, todas las causas de infidencia, traición, espionaje, o atentado contra el orden y autoridades constituidas, será privativamente del conocimiento de la Capitanía General, a cuya disposición deberán remitirse los reos, con las correspondientes sumarias formadas por el juez del distrito para su decisión, conforme a las leyes"<sup>6</sup>. Se podrá con dicha norma constatar que, dado el estado general de insurrección que existía en los albores de la gesta emancipadora, la norma afirmaba todo un régimen de excepción y cuya competencia por determinados delitos, se ventilaban en un fuero especial o castrense.

Iniciada la República, se registró en el art. 121 de la primera Constitución peruana (1823) que se mantenía en vigencia: "Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal y de Comercio"<sup>7</sup>.

Aunque en la práctica la primera Constitución no tuvo vigor, pues en los hechos se "tuvo que suspender su vigencia cuando fueron entregados poderes omnímodos al Libertador Bolívar"<sup>8</sup>, lo importante es que ese mismo año de 1823 se dictó una ley especial que creaba el Consejo Militar Permanente.

---

presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente". Lo propio, el art. 1º de la Sección Última del Estatuto Provisional de 1821, sancionó: "Queda en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no esté en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto, y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual gobierno". Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Las Constituciones del Perú*, WG Edit., Lima, edición oficial, 1993, pp. 73 y 80.

(6) GARCÍA BELAUNDE, Domingo: op. cit., p. 63.

(7) UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: *Historia de las Constituciones del Perú*, Edit. Andina S.A., Lima, 1978. También: *Constituciones políticas del Perú (1821-1919)*, recopilación a cargo de Juan F. OLIVO, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1922.

(8) GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, Temas de Derecho Público, N° 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1990, p. 10.



La Constitución de 1826, como la siguiente, de 1828, no prescribieron en sus textos ningún tipo de tratamiento. No obstante, vía legislación ordinaria, se dictó el 17 de diciembre de 1832 la “Ley para normar la competencia entre los Juzgados del Fuero Militar y los Juzgados Ordinarios de Primera Instancia que se dirimirán por las respectivas Cortes Superiores”.

La Constitución de 1834 (art. 110) estableció la existencia de un denominado Consejo Supremo de la Guerra, que fue instalado el 14 de julio de 1834 funcionando hasta 1839, y compuesto por tres generales o coroneles, un alto jefe de la Armada, tres vocales de la Corte Suprema y un Fiscal nombrado por el Congreso. A tenor del artículo 7º, de la Ley del 26 de junio de 1834 que crea el Consejo Supremo de la Guerra, eran sus atribuciones:

- 1.ª Aprobar o reformar las sentencias que se pronuncien por los Consejos de oficiales generales, y por los ordinarios y las resoluciones que se den en sumario, en los procesos que se formen contra los oficiales de orden de los coroneles o inspectores generales, según las facultades que les concede la ordenanza.
- 2.ª En caso de indultos generales para militares, declarar quienes deben gozarlos con vista de autos.
- 3.ª Conocer de los recursos extraordinarios que se interpongan de las sentencias dadas en última instancia en las causas del fuero contencioso militar, según la ley que se expida conforme al párrafo 7º, artículo 114 de la Constitución.
- 4.ª Hacer las observaciones que juzgue necesarias para la reforma o mejora de los reglamentos o artículos de ordenanzas que convenga variar.
- 5.ª Calificar las propuestas que conforme a ordenanzas deben hacerse, para llenar los empleos efectivos de oficiales del Ejército y Armada hasta la clase de tenientes coroneles y comisarios y pasarlas al Ejecutivo con informes circunstanciados de sus servicios, instrucción y demás que considere recomendar acerca de los propuestos, admitiendo las reclamaciones que se hagan por los postergados, sin permitir que se forme instancia.

- 6.<sup>a</sup> Pasar al Gobierno con informes las solicitudes que los inspectores y jefes de todas armas deben dirigir al Consejo sobre retiros y licencias absolutas de los oficiales y jefes del Ejército y Armada.
- 7.<sup>a</sup> Conceder o denegar las licencias que se solicitan para casamientos de generales, jefes y oficiales del Ejército y Armada.
- 8.<sup>a</sup> Conocer de los expedientes que se formen sobre montepío militar, resolviendo en este caso, y en el de la atribución precedente con arreglo a las leyes.
- 9.<sup>a</sup> Pedir informes a las oficinas de hacienda cuando se delibere en el Consejo sobre los ramos de contabilidad militar.

En el mismo texto se normó la existencia de Tribunales Especiales. A pocos meses se dictó la Ley de 1<sup>o</sup> de agosto, estableciendo la competencia del Tribunal de los Siete Jueces de conocer la responsabilidad y recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias del Consejo Supremo de Guerra. Por otro lado, y en el mismo Código fundamental de 1834, se prescribía que: "El Congreso dará las ordenanzas del Ejército, Guardia Nacional y Armada, rigiendo entre tanto las que estén vigentes, en todo lo que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes"<sup>9</sup>.

A ocho días antes de que se sancionara en Huancayo la Constitución de 1839, se dictó la Ley del 2 de noviembre, que establecía que la Corte Suprema entenderá de los recursos de nulidad que se interpongan en las causas del fuero militar, asociándose a ella los militares de la clase de General.

Como quiera que aún se mantenía el grueso de la legislación del Virreynato y no se regulaba un tratamiento orgánico, la Constitución de 1856 estableció en el art. 139 que: "Los juzgados y tribunales privativos e igualmente sus códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes". Esta fórmula normativa se repetiría más tarde en la vigésima primera disposición transitoria de la Constitución de 1867 que, en la práctica, apenas si tuvo un brevísimo interregno de vigencia.

---

(9) PAREJA PAZ-SOLDÁN, José: *Las Constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954. Antecede un Prólogo de Manuel FRAGA IRIBARNE.

La Constitución de 1860 (art. 119) igualmente prescribió en parte que: “La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares”. Hasta 1862 no se había producido una codificación republicana. Fue así como en 1863, y bajo el imperio de la Constitución de 1860, se preparó el proyecto del primer Código de Justicia Militar del Perú, durante el gobierno del General Juan Antonio Pezet. En rigor, este Código tuvo una vida efímera, habiéndose promulgado el 10 de enero de 1865, pues, tras su derrocamiento por el Coronel Prado, quien resultó triunfante con la revolución llamada “La Restauración”, se restablecieron las ordenanzas españolas. Bien decía Rómulo E. Lanatta que el Código de 1865: “tiene méritos indiscutibles como obra jurídica y constituye el primero y muy valioso esfuerzo nacional hacia la codificación de las leyes penales del Ejército”<sup>10</sup>.

En la evolución legislativa de la justicia militar merece destacar el interesante proyecto de Código de Justicia Militar, elaborado por una Comisión presidida por el General Manuel Mendiburu. Esta Comisión fue nombrada en 1878 y entregó al Gobierno el proyecto que, lamentablemente, se frustró con el advenimiento de la guerra con Chile<sup>11</sup>.

Tras la triunfante revolución de Piérola en 1895, éste designó una Comisión –asesorada por la misión militar francesa que tenía como jefe al Coronel Pablo Clement– para formular un proyecto de Código de Justicia Militar. Fue promulgado el 20 de diciembre de 1898<sup>12</sup>. En rigor, a partir

---

(10) LANATTA, Rómulo E.: *Curso de Justicia Militar (Primera parte)*, Imprenta de la Guardia Civil, Lima, 1935, p. 16.

(11) Para una visión socio-jurídica del Siglo XIX, véase el trabajo de DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *La idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*, Fondo Edit. de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1980.

(12) *Código de Justicia Militar del Perú*, Edición Oficial, Lima, 1898; hay 2da. edición, Librería e Imprenta del Gabinete Militar, Lima, 1934. En la “Declaración de Principios del Partido Nacional Democrático” que elaboró José DE LA RIVA-AGÜERO, en 1915 se decía: “La salvaguardia de las garantías individuales exige inaplazablemente la reforma del Código de Justicia Militar, a cuya redacción concurrieron las intenciones mejores y más laudables; pero cuya aplicación es ocasionada a funestísimos abusos, según lo ha acreditado la práctica largamente. Se hace indispensable limitar su jurisdicción a los militares en servicio; y llevar siempre y en todos los grados a los civiles ante los jueces comunes, sin más excepción que la obligada y única de guerra externa”. Cfr.

de este instrumento se desarrolla en forma sistemática y sin intermitencias la aplicación de disposiciones penales militares que se han sucedido hasta la actualidad. Apenas fue promulgado, Nicolás de Piérola dispuso que la pena de muerte reconocida en el artículo 169, inc. 1º, sea sustituida por la de veinte años de penitenciaría, “hasta la próxima reunión del Congreso”. De otro lado, durante el gobierno de Manuel Pardo se expidió la Ley Nº 272, de 27 de octubre de 1906, mediante la cual se establece la competencia entre la jurisdicción ordinaria (a quien se le dará preferencia) y la de guerra, considerando que “es indispensable conservar el principio de la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema, como el más alto tribunal en el orden jerárquico, la facultad de definir en último grado la jurisdicción que corresponde a los diversos tribunales de la República”. El mismo 27 de octubre de 1906, se expide la Ley Nº 273, modificando el artículo 4 del Código de Justicia Militar, “reconociendo en la Corte Suprema la jurisdicción en el último grado, cualquiera que sea el fuero de las causas civiles y criminales, así como la especial que le corresponde en los juicios que se siguen contra los altos funcionarios públicos conforme a las leyes”, y el Consejo Supremo de Guerra y Marina, se llamará en adelante “Consejo de Oficiales Generales”, compuesto de nueve vocales, seis de ellos generales, y tres contralmirantes, y un fiscal letrado. El 3 de setiembre de 1917, se sancionó la Ley Nº 2442, cuyo artículo 1º disponía que: “A la jurisdicción militar están sujetos los militares, únicamente por infracciones cometidas en actos del servicio previsto por el Código de Justicia Militar, derogando de esta forma los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17 y 18 del Código de Justicia Militar”. Y como si fuera poco, el 14 de setiembre de 1917, José Pardo sancionó un Decreto Supremo reglamentando la Ley Nº 2442, para su mejor cumplimiento, en el cual se establecía principalmente la inhibición, de las autoridades y tribunales de justicia militar, previo dictamen de los auditores respectivos, de los juicios seguidos a paisanos y a militares que no estaban en servicio al iniciarse el procedimiento, remitiendo lo actuado a los jueces del fuero común. Lo anteriormente expuesto se rubrica con la Circular de la Corte Suprema (que ya no es moneda corriente ver) sobre la Ley Nº 2442, arriba apuntalada, y que merece, a guisa de recordación, su transcripción textual:

---

*Obras completas*, tomo XI (*Escritos políticos*), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1975, pp. 37-38. Antecede un Prólogo de Carlos RODRÍGUEZ PASTOR.

“Lima, 31 de setiembre de 1917

Señor Presidente de la Corte Superior de...

Habían trascurrido pocos meses de vigencia del Código de Justicia Militar, cuando en el año de 1899 la Corte Suprema presentó al Congreso un proyecto modificadorio de ese Código cuya idea matriz fue desde entonces reducir la jurisdicción privativa a sus racionales límites, con el objeto primordial de garantizar la disciplina de la fuerza armada y por lo tanto la estabilidad del orden interior y la eficaz defensa del Estado en el exterior, sin daño de la seguridad del pueblo, ni mengua de las libertades públicas.

Este proyecto fue amplio, lo que motivó, sin duda, que demandara un dilatado estudio por el Cuerpo Legislativo: por lo que creyendo el Tribunal que se facilitaría la reforma circunscribiéndola a los puntos más importantes y urgentes el 1º y 2º de agosto de 1905 presentó a la Cámara tres proyectos, fruto de experiencia adquirida por sus miembros en el desempeño de las funciones que ejercían en el Consejo Supremo de Guerra y Marina, y de las constantes manifestaciones de la opinión pública en contra de un Código cuya aplicación daba lugar a que se le mirara como un peligro para las garantías de los ciudadanos.

Aprobados luego los referentes a la reorganización y autoridades del Consejo de Oficiales Generales y a la solución de las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la de guerra, quedó en tramitación el concerniente a la jurisdicción militar.

La necesidad de la reforma se hacía sentir más y más. Los años pasaban. La Corte Suprema se dirigió en noviembre de 1913 a la Cámara de Diputados encareciéndole que se sirviera prestar su atención al asunto, y esta presidencia no escatimó sus gestiones con igual objeto. Por fin la ley ha sido promulgada por el presidente del Congreso el 3 del presente mes y ha sido catalogada por el Poder Ejecutivo con el número 2442 y publicada en el periódico “El Comercio” de esta capital el día 13.

He hecho esta ligera historia de la gestación de la ley, para que el Tribunal de la digna presidencia de usted se penetre bien de la trascendental significación que la Corte Suprema atribuye a la reforma,

y, como consecuencia de esto, sea lícito en su ejecución y celoso en su observancia cada vez que sea preciso aplicarla en adelante.

Con tal intento, el Supremo Tribunal ha acordado que se llame la atención a las Cortes Superiores y Juzgados sobre los artículos 1º y 3º que precisan la extensión de la jurisdicción militar encerrándola dentro de estos tres términos infranqueables: delincuente militar, infracción en acto del servicio, infracción prevista por el Código de Justicia Militar.

El artículo 4º lleva al fuero militar a toda clase de personas, sean o no militares, pero en cambio establece que dicha jurisdicción únicamente está expedita si el delito se comete en cuarteles, buques de guerra u otros establecimientos de guerra y con él se perturba el servicio militar o se afecta la seguridad de alguna de esas dependencias militares.

Y este es el único caso en que los jueces privativos, pueden en tiempo de paz, ejercer jurisdicción sobre paisanos, aun cuando éstos fueran copartícipes en el delito como coautores, cómplices o encubridores, según lo dispone con bastante claridad el artículo 7º. El legislador se ha apartado deliberadamente de la regla procesal de la unidad de la causa, ante una consideración más elevada de justicia y de garantía de la seguridad general.

Si existieran en la actualidad en los juzgados militares juicios en que estuvieran comprendidos individuos sujetos al fuero de guerra y paisanos, o solamente paisanos, por delitos perpetrados en un establecimiento de guerra que hayan perturbado el servicio militar o afectado la seguridad de esa dependencia, esos juzgados no se apartarán de su conocimiento, seguramente; pero, en cualquier otro supuesto, su no inhibición en lo relativo a los paisanos constituirá usurpación de autoridad, por seguir ejerciendo la que la ley de 3 del presente mes les ha quitado.

Para efectuar la separación de que trata el mencionado artículo 7º, bastará que el juez militar remita al juez ordinario que corresponda, copia de las actuaciones referentes al paisano o paisanos comprendidos en el juicio.

A su vez, el juez de primera instancia podrá a petición del Ministerio Fiscal o del interesado, solicitar al juez militar, que se inhiba y que le envíe la copia antedicha.

Excusado es agregar que como consecuencia de la inhibición del juez militar, los enjuiciados detenidos tienen que ser puestos a disposición del juzgado que va a seguir entendiendo en el asunto.

Son tan precisas las reglas jurisdiccionales consignadas en la ley de que me ocupo, que es de esperar que no se producirán en adelante contiendas de competencia entre el fuero común y el privativo de guerra, y si sobrevienen rara vez, las Cortes Superiores las dirimirán legal y acertadamente. La potestad para enjuiciar y aprehender a paisanos por faltamientos de palabra u obra a la policía o a individuos pertenecientes al Ejército; por sustracción de armas del Estado; por rebelión, sedición, motín o asonada, o por salteamiento, para no hablar sino de los casos más frecuentes ocasionados a aquellos conflictos de jurisdicción, no será ya reclamada para sí, por los jueces militares conocedores de sus atribuciones legales.

La ley en referencia, con sus claras reglas limitativas de la jurisdicción de guerra, permitirá también a las Cortes Superiores resolver los recursos de Habeas Corpus motivados por la detención indebida de personas que no pertenezcan al Ejército ni a las clases de los asimilados, ordenada por la justicia militar.

Se ha de servir Ud. transcribir esta nota circular a los jueces de primera instancia de la dependencia de esa Corte; y ella tomará en consideración su contenido, con la ilustración y el interés que le distinguen cuando están de por medio la libertad personal, el derecho y las leyes.

Dios guarde a Ud.

A. Villa García”

Y, finalmente, la Junta de Gobierno presidida por Luis M. Sánchez Cerro el 26 de setiembre de 1930, expide el Decreto Ley N° 6881, decretándose la suspensión del artículo 156 de la Constitución de 1920, y de las Leyes N°s. 2442 y 5862 del 22 de setiembre de 1927, quedando en consecuencia en toda su fuerza y vigor, las disposiciones del Código de Justicia Militar derogadas por la Constitución y leyes citadas. En esta oportunidad, los civiles que cometían los delitos de falsa alarma, ataque a

la fuerza armada, rebelión, sedición y motín, deben caer bajo la jurisdicción privativa de guerra, “toda vez que comprometen la estabilidad y disciplina del Instituto Armado”. El 28 de noviembre de 1930, la Junta de Gobierno capitaneada por Sánchez Cerro expidió el Decreto Ley N° 6948, con propósito aclarativo, para fijar los alcances del Decreto Ley N° 6881.

El Código de 1898, inspirado en la legislación francesa y española, tuvo 40 años de vigencia y fue sucedido por el Código de 1939, dictado en el gobierno del Gral. de División Oscar R. Benavides mediante Ley N° 8992. Es de destacar, que la Constitución de 1920 (art. 156) sentó –y fue la primera en haberlo dispuesto constitucionalmente así– que: “La justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de Guerra Nacional”<sup>13</sup>.

El Código de 1939 que fue formulado “teniendo en cuenta solo las necesidades del Ejército de tierra”, estuvo en vigor hasta 1950, en que se dicta el nuevo Código, promulgado bajo el gobierno del Gral. Manuel A. Odría, el 29 de mayo de 1950. Este Código se dictó mediante Decreto Ley N° 11380, de 29 de mayo de 1950, y fue ratificado por el Congreso por Ley N° 11490, de 1° de setiembre de 1950<sup>14</sup>.

Se decía, al final del Decreto Ley N° 11380: “Que el Código de 1939 no se adecúa a la organización actual de las Fuerzas Armadas de la República y adolece de omisiones, así como falta de precisión y claridad jurídica indispensables, tanto en su parte sustantiva como en la adjetiva, que deben ser subsanadas a fin de que sea verdadera salvaguardia de la

---

(13) Esta norma fue modificada por Ley N° 5862, del 22 de setiembre de 1927, bajo la siguiente fórmula: “Artículo único.- La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional”. Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 369.

(14) Véase la edición de Herbert FREYRE VILLAVICENCIO y Ricardo NUGENT L. CH.: *Código de Justicia Militar. Anotado y concordado*, Imprenta, del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1952. Antecede un Prólogo de Teobaldo GONZÁLEZ LÓPEZ. El contenido del *Programa analítico de Derecho Penal Privativo*, UNMSM, Lima, 1961, elaborado por Ricardo NUGENT, sigue conservando las líneas maestras del Derecho Penal Militar.



moralidad y disciplina inconvencionales de dichas Fuerzas, garantía del orden y factor inmediato para su restabilización si se produce su ruptura”.

Con el primer golpe institucional de la Fuerza Armada (1962-63), y con fecha 25 de julio de 1963, en el régimen de Nicolás Lindley López, se dicta el D. L. N° 14612 que norma por vez primera la Ley Orgánica de la Justicia Militar. Resulta importante destacar que este cuerpo normativo constituye el primero en su naturaleza, pues tradicionalmente había estado subsumido en los Códigos de Justicia Militar desde 1898. Esta situación es explicada, en la parte considerativa del texto, cuando se establece:

“Que es necesario separar del Código de Justicia Militar las normas sobre organización y atribuciones de la Justicia Militar que contiene el Libro Primero del Código vigente, –se refiere al Código de 1950– formando con ellas una ley independiente con el nombre de Ley Orgánica de la Justicia Militar”<sup>14 bis</sup>.

El Código de 1963 rigió hasta los tramos finales del gobierno de Morales Bermúdez (1980); esto es, estuvo en vigor 17 años. El 19 de julio de 1980, y a pocos días antes de que se transfiera el gobierno a la civilidad, el gobierno militar decide dictar el D. L. N° 23201, que es la Ley Orgánica de la Justicia Militar, y el 24 del mismo mes y año se publica el D. L. N° 23214, dando nacimiento al Código de Justicia Militar. Estos instrumentos son los que a la fecha mantienen vigencia.

De todo esto se puede concluir que el Perú Republicano ha contado en su historia (sin olvidar, entre otros, los Proyectos de Código de Justicia Militar de 1900, 1901 y 1929) con seis Códigos de Justicia Militar: el de 1863, con vigencia de 3 años; el de 1898, con vigor de 40 años; el de 1939, con 11 años; el de 1950, con 13 años; el de 1963, con 17 años de duración, y el actual, de 1980, que en los últimos años ha tenido una relativa legislación de una u otra manera complementaria, especialmente la orientada a la ampliación de la competencia del fuero militar a civiles alzados en armas, así como las penas y los problemas de los conflictos de competencias, todo esto desarrollado dentro del contexto de la lucha antisubversiva emprendida por el régimen de Alberto Fujimori.

---

(14 bis) *Vid. Ley Orgánica de la Justicia Militar y Código de Justicia Militar*, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1963, p. I.

## 2. EL FUERO MILITAR: NOCIONES PRELIMINARES

Como lo ha destacado Rafael Bielsa<sup>15</sup>, subrayando la razón de ser de esta judicatura: "El Estado militar impone especiales deberes y obligaciones (a la vez que crea prerrogativas y derechos), de carácter esencialmente militar, por lo que afecta directamente a la institución y a la disciplina; de ahí que la facultad de juzgar y reprimir la transgresión de esos deberes y obligaciones debe ser, como lo es, atribución exclusiva del mismo Ejército y es precisamente esto lo que constituye y justifica la jurisdicción militar".

Aunque en todo ordenamiento jurídico no se deja de verificar la existencia de tribunales o fueros militares "como algo absolutamente normal"<sup>16</sup>, son pocos los países que escapan a esta regla.

Guillermo Cabanellas de Torres ha señalado que el fuero militar es el derecho de todo militar de ser juzgado por la jurisdicción castrense en las infracciones características de su estado y el deber de la justicia militar de someter a su juicio a cuantos militares y civiles incurran en delitos o faltas típicamente militares. Expresa igualmente que, aún cuando existan algunos aspectos no penales, resulta indudable que el carácter del fuero militar es predominantemente criminal, sin excluir algunas intervenciones de otra especie<sup>17</sup>.

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

---

(15) BIELSA, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª edic., Edic. Depalma, Bs. As., 1966, p. 618.

(16) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La Justicia Militar en el Derecho Comparado", *Revista General de Derecho*, N°s. 568-569, enero-febrero, Valencia, España, 1992, pp. 335 y ss.

(17) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Militar*, tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.

infracciones a las leyes y reglamentos que rigen a las Fuerzas Armadas. La función la realizan teniendo en cuenta las formas prescritas por la ley, a través de órganos castrenses especializados y previstos para tales fines<sup>18</sup>.

El fuero militar constituye, pues, en nuestro sistema jurídico, un alto organismo de los Institutos Armados encargados de procesar y juzgar los delitos y faltas sometidos a su jurisdicción privativa y comprende, en su conjunto, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

### 3. BASES HISTORICAS Y FUNDAMENTOS

En principio, y antes de aludir comprensiblemente al fuero militar, la expresión *fuero* deriva de la voz latina *forum*, equivalente a foro o tribunal. Desde el punto de vista jurídico-militar, la acepción más general del término fuero es la que alude a la compilación o campo de leyes medievales, así como las que existieron en su momento como el *fuero juzgo* y el *fuero real*. La expresión es de vieja raigambre histórica y se le asigna un origen nobilísimo, pues conserva implícita la idea de preeminencia y privilegio, de franquicia o exención. En este contexto, y romanceado el término, fue anexado o vinculado a lo militar, surgiendo así acuñado el término *fuero militar*. En la actualidad se ha superado la noción que implicaba la idea de exención o privilegio. Como anota Cabanellas de Torres, "el fuero es hoy el radio en que ejerce su acción la denominada justicia militar"<sup>19</sup>.

Existe una razón de *orden histórico* y otra por *razones de necesidad* que abonan la existencia y la especialidad del fuero o tribunal militar.

El fuero militar, si bien se remonta en la antigüedad con los primeros pueblos cuyos jefes imponían sanciones, se institucionaliza recién en la Edad Media, aún cuando no en sentido estricto. En efecto, ni en la Edad

---

(18) GONZÁLES OJEDA, Magdiel: *La excepcionalidad en la Constitución*, L.F. Lann Edit., Lima, 1991, p. 55. Antecede un Prólogo de Domingo GARCÍA BELAUNDE.

(19) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Militar*, tomo II, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1963, p. 769. Una aproximación al tema se puede consultar en Juan Antonio SARDINA PÁRAMO: *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

Antigua ni en la Edad Media se estructuró un órgano jurisdiccional castrense tal y como se concibe hoy, pues los atropellos que en las batallas se cometían se penaban en el acto por los jefes o se olvidaban por el comportamiento heroico en la lucha; y disuelta la hueste, toda la estructura militar desaparecía<sup>20</sup>. Renglón aparte ocupan los Fueros municipales, que en su gran mayoría contenían normas de Derecho militar, referidas a servicio militar, atributos de índole castrense (*fonsado*), a exenciones de deberes militares y apenas impasibles a desertores y otros delincuentes<sup>21</sup>.

Una primera manifestación de justicia militar aparece en el siglo XVI, con las agrupaciones de las compañías en tercios y regimientos, que por sus efectivos y permanencia llevó a crear funciones de justicia en el ejército, pero sin la especialidad requerible, pues se le atribuyó la potestad jurisdiccional a los maestros de campo y a los coroneles de dichas unidades que poco a poco fueron conformándose con auditores, prebostes, capitanes de campaña, barracheles, alguaciles y verdugos con cargos de policía represivos o ejecutivos en lo jurídico o judicial. No existían por entonces sino algunas ordenanzas para determinados ejércitos de operaciones y los bandos militares que ciertos jefes daban<sup>22</sup>.

Las primeras expresiones normativas de la justicia militar se consolida en las Ordenanzas del 13 de mayo de 1587, adicionadas el 22 de mayo de 1587, creadas en Bruselas por el Duque de Parma, Gobernador y Capitán General de Flandes "sobre el ejército y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército". Esta Ordenanza fue complementada nueve días después por el Edicto, Ordenanza e instrucción sobre el oficio de preboste general y los demás capitanes de compañía y barracheles del ejército. Según Guillermo Cabanellas, las Ordenanzas de Alejandro Farnesio

---

(20) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Militar*, tomo III, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1963, p. 280.

(21) Vid. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", *Revista Española de Derecho Militar*, Nº 38, julio-diciembre, Madrid, 1979, p. 25. También, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La Justicia Militar en la perspectiva histórica", *Revista Española de Derecho Militar*, Nºs. 56-57, Madrid, 1990-1991, pp. 13-61.

(22) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *loc. cit.*

parecen haber regido durante todo el siglo XVII, habiendo sido catalogadas como la iniciación de la moderna Justicia Militar<sup>22 bis</sup>.

Toda esta legislación medieval culmina con una mayor consolidación en el reinado de Felipe V (1701)<sup>23</sup>. En dicha época se afirmó una serie de privilegios, exenciones y prerrogativas al ejército y se establece el Fuero a través de los Consejos de Guerra en el que el militar en campaña y en paz, se rige por leyes distintas del elemento civil. Se afirma que en este siglo se exagera el Fuero Militar, pues se crearon para distintas compañías militares. Así, hubo uno para la tropa de la realeza; otro para la artillería y los ingenieros; la marina pretendió, igualmente, un tribunal militar para sí. Los capellanes de los regimientos reclamaban también su fuero; y los funcionarios de la hacienda militar y los jurídico-militares, lo propio.

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

En 1717 se redujo su conformación a miembros jurídicos; pero los generales volvieron en 1724 a ocupar los cargos del Consejo de Guerra. Las Ordenanzas de Carlos III impuso nuevas reformas y reorganización en 1768, para culminar con la creación de las Cortes de Cádiz, del Consejo Supremo de Guerra, viejos antecedentes de lo que son las actuales estructuras de la justicia castrense y que fuera recepcionada en el Perú, por el innegable influjo del régimen español<sup>24</sup>.

Pero al margen de esta breve evolución histórica, la presencia de los Tribunales Militares obedecen también a una *razón de necesidad*. Así, es un hecho evidente que los miembros de las Fuerzas Armadas descansan,

---

(22 bis) Vid. MORENO CASADO, J.: "Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587", Anuario de Historia del Derecho Español, tomo XXI, Madrid, 1961, pp. 431-458.

(23) Vid. RAMOS ALONSO, José: *Historia Política del Ejército Español*, Edit. Nacional San Agustín, Madrid, 1974, p. 25; ALISTER, Lyle N. Mc.: "El Fuero Militar en la Nueva España (1764-1800)", op. cit.

(24) *Idem*. p. 280.

igual que la policía, en una disciplina funcional y jerarquizada de todos sus miembros. En este sentido, el personal policial y castrense que, en gradación de infrajerarquía se encuentra frente al superior, son dóciles y deben obediencia al jefe que los manda<sup>25</sup> y si éste es un juez que puede castigarlos, no hay intervalos alguno entre la falta y la sanción imposible de eludir. Unido a esta situación se argumenta, por razón de necesidad misma, que para juzgar es necesario conocer los delitos de naturaleza castrense y, en consecuencia, hay que ser perito en la profesión y únicamente los militares se encuentran en condiciones de emitir un juicio expedito y fundado en lo que atañe a la disciplina, sobre todo lo acontecido en una función de guerra<sup>26</sup>.

Al parecer todos estos elementos históricos han venido primando y hoy, por lo menos es lo que ocurre en los sistemas continentales de Europa (y en el mundo anglosajón), los puestos de la judicatura militar son ocupadas por militares *strictu sensu* y los profesionales en derecho son normalmente abogados que ocupan los cargos de auditores y cumplen labor de asesoramiento sobre todos los asuntos jurídicos para la aplicación del Derecho penal militar<sup>27</sup>. Con todo, la tendencia actual es que la judicatura militar sea un cuerpo técnico para que la impartición de justicia cuente con todas las garantías del debido proceso.

---

(25) Todo mandato, provenga de un superior, por principio, si es una orden racional, sensata, legal, debe ser ejecutado por el subordinado. Sin embargo, el tema de la *obediencia debida* impone ciertos límites, pues alegar una obediencia que significa una impunidad de una falta o delito es de por sí reprochable. Por consiguiente, no puede ejecutarse una orden cuyo cumplimiento signifique simplemente la comisión de un delito. Vid. ROJAS CARO, José: "Las órdenes que pueden ser desobedecidas", en *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 361-370.

(26) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: op. cit., p. 281. Una visión panorámica, en tiempo de paz, especialmente en los ordenamientos de Italia, Gran Bretaña, Alemania y Estados Unidos, se puede consultar en GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ-F., Manuel: "La extensión de la Jurisdicción Militar en el derecho comparado", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N<sup>o</sup>s 2-3, Madrid, 1975, pp. 349 y ss.

(27) En el siglo pasado se sostenía que: "La existencia de la justicia militar es, ... cuestión de vida o muerte para la disciplina del Ejército". Cfr. *Novísimo Tratado de Derecho Militar*, tomo I, Tipografía de Diego Pacheco Latorre, Madrid, 1886, p. 10. La preparación y edición estuvo a cargo de la redacción de "La Correspondencia Militar".

Hoy en día la existencia de la jurisdicción militar ha suscitado vivas polémicas, habiéndose mezclado argumentos de tipo técnico o estrictamente jurídicos con argumentos de tipo político. Entre los razonamientos a favor del mantenimiento de los tribunales militares, incluso en tiempo de paz, podríamos destacar: a) asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador, ya que el juez militar se halla en mejores condiciones que nadie para calibrar el espíritu de las normas militares, sin que los informes periciales técnicos puedan suplir el conocimiento directo de su alcance; b) las muy especiales circunstancias en que se desarrolla la vida militar, que son irreproducibles ante un tribunal ordinario; c) la especial importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una respuesta rápida y ejemplar; d) la imperiosa necesidad de mantener la disciplina, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores; e) la necesidad de dotar a las Fuerzas Armadas de unos medios específicos de autodefensa; f) impedir que la autoridad judicial ordinaria penetre en la intimidad y en el secreto de muchos aspectos de la vida militar; y g) disponer, en tiempo de paz, de un núcleo de organización judicial militar que, en caso de guerra, pueda extenderse a campos más vastos. Y, las críticas que más han abundado en contra de los tribunales militares han girado en torno a los siguientes argumentos: a) atentar contra el principio de unidad jurisdiccional poniendo en peligro, a su vez, los de igualdad de todos ante la ley o de uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta; b) suponer una justicia doméstica o corporativa que se presta a encubrir privilegios injustificados; c) falta de rigor técnico-jurídico en detrimento de las garantías que corresponden al justiciable; d) mayores dificultades para lograr una efectiva independencia de los jueces y magistrados militares, dada su habitual sujeción y vinculación a la jerarquía castrense; y e) como han puesto de manifiesto reiteradas experiencias históricas, la mayor facilidad de los tribunales militares para convertirse en instrumentos de acción política, especialmente en manos de regímenes autoritarios para reprimir cualquier intento de oposición, bien directamente o bien mediante el abuso de leyes de excepción<sup>27 bis</sup>.

---

(27 bis) Cfr. CASADO BURBANO, Pablo: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 82-83. Para Aníbal QUIROGA LEÓN, la Justicia Militar es excepcional, agregando que la doctrina procesal la ubica como un rezago del "fuero de casta". Cfr. "La Justicia Militar", Perúpaz, N° 24, Lima, 1994, p. 12.

## CAPITULO II

### LA AMPLIACION DE COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR: DE LA CONSTITUCION DE 1979 A LA DE 1993

#### 1. NOTA PRELIMINAR

Es bastante claro que cuando se elaboró la Constitución de 1979, la mayoría de constituyentes aceptaron que el Fuero Militar sólo debía ser competente para juzgar a militares y policías, y que sólo se procesaría a civiles cuando existía acusación de traición a la patria en caso de guerra exterior (art. 235), y cuando se infringía la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio (art. 282).

El peso de esta norma, que así quedó redactada fue objeto de consenso en los constituyentes del 78-79<sup>28</sup>. En efecto, la experiencia del docenio militar había tenido un saldo negativo: cientos de civiles habían sido juzgados por fueros privativos militares con gruesas violaciones al debido proceso y con evidentes arbitrariedades<sup>29</sup>, todos por delitos vincu-

---

(28) Consúltese BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial: *Constitución: Fuentes e Interpretación*, Mesa Redonda editores, S. A., Lima, 1988, pp. 79 y ss. De los mismo autores: *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda editores, S. A., Lima, 1985, p. 430. RUBIO CORREA, Marcial: "Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú. 1979-1988", en: *La Constitución diez años después*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, pp. 250 y ss. PAREJA PAZ-SOLDÁN, José: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, 3ra. edición, Justo Valenzuela Edit., Lima, 1984; antecede una nota y revisión técnica de Domingo GARCÍA BELAUDE. CHIRINOS SOTO, Enrique: *La nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, S. A., Lima, 1979. RUÍZ ELDRÉGDE, Alberto: *La Constitución comentada de 1979*, Editora Atlantida, S. A., Lima, 1979.

(29) Un registro impresionante de las personas que fueron objeto de diversos procesos por el fuero privativo militar, se encuentra en DESCO, a través de sus *Cronologías Políticas*, Vol I (1968-1973): pp. 54, 179, 231, 280; Vol III (1968-1973): p. 981; Vol. IV (1975): pp. 1166, 1223, 1235, 1250, 1296, 1423, 1459, 1489, 1579; Vol. V (1976): pp. 1886, 1887, 1931, 1952, 1953, 2178, 2206, 2274, 2329; Vol. VI (1977): pp. 2454, 2550, 2575, 2576, 2591, 2701, 2755, 2756, 2820, 2835, 2848; Vol. VII (1978): pp. 2941, 3028, 3129, 3185, 3266, 3374; Vol. VIII (1979): pp. 3520, 3526, 3570, 3602, 3628.



lados a la seguridad del Estado y a diversas modalidades que la política criminal del régimen castrense imponía<sup>30</sup>.

Cuando se inaugura el Gobierno de Fernando Belaunde en 1980 y entra también en vigor la Constitución de 1979, es probable que el gobierno militar dejó desactivado toda la información existente en el Servicio de Inteligencia, institución adscrita al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Los nuevos funcionarios, civiles y militares debían empezar a reconstruir todo de nuevo, por lo menos en materia de Seguridad del Estado. En ese contexto y con una inédita manifestación de violencia política que haya tenido el Perú, sin parangón en el mundo<sup>31</sup>, habría de surgir el terrorismo como instrumento metodológico en los grupos armados de Sendero Luminoso y el MRTA. El accionar de estos grupos prácticamente encontró desactivado el aparato de inteligencia estatal. A ello debe sumarse una judicatura sin experiencia en afrontar su responsabilidad institucional. Es en ese contexto que el Poder Judicial empezó intermitentemente a ser calificado por diversos sectores como un organismo lento, inseguro e incompetente para procesar y sancionar a los subversivos. Muchos años después, el régimen del 5 de abril de 1992, en la persona de Alberto Fujimori, habría de justificar el autogolpe, entre otros motivos, por la conducta de la magistratura que resultaba incapaz de sancionar con el rigor legal a los cientos de subversivos.

## 2. EL TONO SIGNIFICATIVO DE LAS DECLARACIONES

Resulta providencial auscultar el tono de las declaraciones políticas que diversos sectores enjuiciaban al fenómeno de la violencia terrorista y en la que clamaban por ampliar la competencia del fuero castrense. Una de las primeras opiniones registradas fue la del Ministro del Interior, Tnte. Gral. FAP (r) José Gagliardi, quien criticó la morosidad del Poder Judicial en los juicios instaurados a los terroristas. Al respecto, sostuvo:

---

(30) PRADO SALDARRIAGA, Victor: *Derecho y Política Criminal. Política de la dictadura y democracia en el Perú*, Eddili, Lima, 1990.

(31) STRONG, Simon: *Sendero Luminoso. El movimiento subversivo más letal del mundo*, Perú Reporting, Lima, 1992.

“Hasta el momento, ningún terrorista sometido a la justicia ha sido sentenciado”. Y agregaba: “existen, en término globales, unos 250 terroristas capturados; de ellos los jueces han dado libertad al 50%, es decir un número que fluctúan entre 120 a 130 individuos”. (Diario *El Observador*, Lima, edición del 14.12.1981).

Prácticamente a un año del “inicio de la lucha armada” según el argot de Sendero Luminoso<sup>32</sup> el tema ya estaba planteado. Un pequeño muestreo que ya revelaban el tono significativo de las declaraciones en torno a la ampliación de competencias, se verifica en los primeros años del régimen de Belaunde y se proyectaría con mayor énfasis al final del gobierno de Alan García en 1989-90. Veamos una brevísima muestra:

Entrevistado a fines de diciembre de 1983 el General Luis Cisneros Vizquerra, sostenía que si los jueces tienen miedo, los terroristas deben ser juzgados por *tribunales militares*; que se apruebe la pena de muerte y que debe expulsarse del magisterio y de la administración pública a todos aquellos que sean propagandistas de Sendero. (Revista *Oiga*, Lima, Nº 147, edición del 31.10.1983).

Tres años después, el propio Gral. Cisneros Vizquerra reafirmaba: “Mientras gran parte de la ciudadanía pide y exige la pena de muerte y el *fuero privativo* para los terroristas, la representación parlamentaria se dedica a interpretar artículos de la Constitución del Estado, para llevar al fuero común a los militares y el Poder Judicial sigue liberando a terroristas”. (Diario *Expreso*, Lima, edición del 21.10.1986).

La revista *Oiga* opinaba en julio de 1983 lo siguiente:

“Los analistas piensan que medidas tales como el estado de emergencia, si bien pueden contribuir a lograr avances en la lucha antisubversiva, tienen que ser complementadas con otras, tales como el traslado de los juicios de senderistas al fuero militar. Esto, debido a que el Poder Judicial, intimidado y carente de medios, se ha mostrado hasta

---

(32) Vid. el trabajo de GRADOS, Manuel Jesús: *El PCP Sendero Luminoso: Aproximaciones a una ideología*, en *Juicio a Abimael*, Agenda 2000 Edit., pp. 35-148. Igualmente OVIEDO V., Carlos: *Prensa y Subversión*, Mass Comunicación Edit., Lima, 1989.

la fecha inoperante, como lo prueba el hecho de que aún no ha sido juzgado ni uno sólo de los más de dos mil terroristas encarcelados”. (Revista *Oiga* N° 128, edición del 27.08.1983).

Nuevamente la revista *Oiga*, en un editorial expresaba:

“Frente a una rebelión como la de Sendero, al margen del contenido social o histórico que ésta pueda tener, el gobierno está en la obligación de aplastarla (...) Y para aplastar una rebelión, que es una guerra, se requiere emplear armas y poner en funcionamiento a los *tribunales militares*, para que se ocupen de castigar sumariamente a confidentes, informantes, tránsugas y otras variantes del quintacolumnismo”. (Revista *Oiga*, N° 190, edición del 27.08.1994).

El diario *El Comercio*, en editorial, sostenía:

“Reiteramos que es necesario revisar y ampliar la ley antiterrorista, para tipificar a los senderistas como traidores a la patria en el estado técnico actual de guerra interna, y para conferir atribuciones especiales en este campo a los *tribunales militares*” (Diario *El Comercio*, Lima 10.07.1984).

En el período gubernamental del APRA (1985-1990), las opiniones mantenían similar criterio. Así, por ejemplo, Manuel D’Ornellas, con cierta prudencia, sostenía en el diario *Expreso*:

“Valdría la pena examinar, con cuidado, los pro y los contra de pasar a los inculpados por estos delitos a la *justicia militar*” (Diario *Expreso* del 26.02.1986).

Luego, cuatro meses después, opinaría el mismo analista:

“De lo que se trata no es de reimplantar la pena capital, sino de adoptar medidas inmediatas y eficaces para contener el avance de la violencia subversiva. Consiste en lo siguiente: 1) Sacar el estado mayor terrorista de (el penal) El Frontón. 2) Someter a los sospechosos de terrorismo al *fuero militar*. 3) Aumentar la penalidad a sus acreedores”. (Diario *Expreso*, 05.06.1986).

Como se podrá apreciar, el tema ha estado intermitentemente en la discusión nacional; empero, la Constitución de 1979 definitivamente

cerraba el paso a cualquier posibilidad de abrir la jurisdicción militar para sancionar a los civiles subversivos.

### 3. LA PROPUESTA DE ALAN GARCIA: INTERPRETAR LA CONSTITUCION

Una de las propuestas que tuvo mucha discusión se produjo a fines del gobierno de Alan García. El 28 de julio de 1989, en el Mensaje a la Nación, había propuesto *ampliar* las atribuciones del fuero militar para juzgar a los civiles alzados en armas. Al ver que su planteamiento tuvo una inmediata acogida por diversos sectores, el mandatario relanzó su tesis a las dos semanas siguientes. Así, el 15 de agosto, informaba:

“Después de mi mensaje del 28 de julio he comprobado que la inmensa mayoría ciudadana apoya la sanción drástica, apoya el planteamiento de *tribunales militares*, pero también he escuchado algunas objeciones de tipo jurídico, algunos argumentos teóricos”.

En dicha conferencia, lo que planteaba era *interpretar* la Constitución, vía legislación ordinaria. Los fundamentos esgrimidos por el presidente eran los siguientes:

“Muchos peruanos creen equivocadamente que el Servicio Militar Obligatorio (SMO) es sólo el servicio en el activo que es el que cumplen los peruanos que son seleccionados y prestan servicios acuartelados durante un año a dos años. Pero esa es sólo una de las formas en que se cumple el Servicio Militar Obligatorio”.

“Esto quiere decir que todos, todos los peruanos, entre 18 a 50 años estamos en edad militar y estamos obligados a seguir cumpliendo con el Servicio Militar Obligatorio en la reserva, porque el SMO puede cumplirse en el activo cuando uno es seleccionado... pero además de eso se sigue cumpliendo en la reserva hasta alcanzar los 50 años de edad”.

“Si esto dice la ley, me pregunto y pregunto a todos los peruanos, ¿caso no infringe el SMO quien pretende por la violencia destruir el sistema constitucional del que forman parte las Fuerzas Armadas”?

“Se trata de definir en una ley, en un sólo artículo, que el delito de terrorismo y subversión infringen el servicio militar y de esa manera en adelante los terroristas serán rápidamente, drásticamente sancio-

nados, se necesita, pues, de una reforma constitucional, se necesita interpretar debidamente la Constitución”<sup>33</sup>.

#### 4. LOS PROYECTOS DE REFORMA EN EL CONGRESO

A raíz de la propuesta formulada por Alan García, en el Congreso se presentaron dos proyectos de ley, a fin de hacer efectivos los planteamientos del mandatario. Uno fue presentado por el Senador Quintana Gurt, quien sugería reformar el art. 321 del Código de Justicia Militar<sup>34</sup>, agregándole un inciso que incluyera dentro de sus alcances a “los ciudadanos que encontrándose en edad militar y formando parte de la reserva, sin prestar servicios, atenten contra la vida o la salud del personal militar y de la Policía Nacional en actividad o contra los bienes que éstos custodian”.

El otro le correspondió Enrique Chirinos Soto, quien planteó reformar el art. 282 de la Constitución, en su parte final, en los siguientes términos: “Quienes infringen el servicio militar están sometidos al fuero castrense y al Código de Justicia Militar. También lo están quienes atacan a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional”<sup>35</sup>.

---

(33) Instituto de Defensa Legal: *Perú 1989 en la espiral de violencia*, IDL, Lima, 1990. pp. 138-139. Para GARCÍA BELAUNDE, la posición de Alan GARCÍA, era un poco forzada, y si se quería llevar a los terroristas al fuero militar se tendría que reformar la Constitución, Diario *El Nacional*, 16.09.1989.

(34) “Art. 321.- Son militares para los efectos de este Código:

1. Los que, de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que rigen al personal de las distintas armas y servicios, tienen el grado militar o presten servicio militar;
2. Los que, de acuerdo con las mismas leyes, forman parte de la reserva del Ejército Territorial, mientras se hallen prestando servicio;
3. Los asimilados militarmente; y
4. Los prisioneros de guerra”.

(35) Instituto de Defensa Legal, op. cit., p. 139. También en: *El Comercio* (02.08.89). Al respecto, el texto constitucional en su numeral 282 establecía: “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el art. 235. Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

A raíz de estas propuestas, la opinión pública virtualmente se dividió. En líneas generales, las opiniones se ubicaron en tres aspectos:

a) Los que manifestaban el apoyo a la iniciativa presidencial; b) Los que apoyaban la iniciativa, pero acompañadas de una reforma constitucional; y c) Los que cuestionaban abiertamente, aun con reformas.

Indudablemente los partidos políticos desarrollaron un papel importante en la discusión, a través de sus principales líderes, expresándose a favor o en contra. En el APRA, como en el FREDEMO, hubo posiciones contradictorias en su interior. Acción Popular, a través de su principal líder, Belaunde Terry, apoyaba la iniciativa, asimismo Vargas Llosa. Los sectores de la izquierda la rechazaban terminantemente. Los principales diarios como *Expreso* y *El Comercio*, así como la revista *Oiga* suscribían las reformas; en cambio el diario *La República* y las revistas *Sí* y *Caretas* se oponían<sup>36</sup>.

Alejado de los tonos politizados, con prudencia pero con firmeza, fue rechazado por el Fiscal de la Nación, el Decano del Colegio de Abogados de Lima, el propio Presidente de la Corte Suprema, así como el Ministro de Justicia y el Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados. La mayoría coincidía que las limitaciones del Poder Judicial eran básicamente de carácter económico, pero que debería ser siempre el Poder Judicial el que conozca los casos de terrorismo.

En realidad, estos eran los escenarios que precedían al nuevo régimen que, muchos meses después, habría de inaugurarse, con un flamante presidente hasta algún tiempo casi desconocido en la élite política del Perú: Alberto Fujimori Fujimori<sup>37</sup>.

---

(36) Instituto de Defensa Legal, op. cit., pp. 140-141 y 143.

(37) El primer dato bibliográfico y premonitorio lo dio José María SALCEDO en un trabajo titulado: *Tsunami Presidente: Conversación privada con el Presidente, la madrugada de su elección*, Venus, Lima, 1990, publicado en plena efervescencia electoral. Posteriormente se ha publicado un singular trabajo de Luis JOCHAMOWITZ, titulado: *Ciudadano Fujimori. La construcción de un político*, Edit. Peisa, Lima, 1993.

## 5. LAS REFORMAS DEL GOBIERNO DE EMERGENCIA Y RECONSTRUCCION NACIONAL

Contrariamente a la prédica triunfalista del régimen de Fujimori en los tramos finales de su gobierno (1990-95), éste, al asumir el mando, propuso una inusitada fórmula para pacificar el país: *el diálogo con los alzados en armas*. En efecto, en el mensaje de rigor del 28 de julio de 1990, después de un discurso sociológico sobre la etiología de la violencia, expresó, con asombro, que el gobierno estaba dispuesto a dialogar con los subversivos. Recordemos su postura:

“No se interprete como debilidad *mi inclinación al diálogo, incluso con los grupos alzados en armas* siempre que éstos las depongan. El pueblo me ha elegido, entre otras cosas, para buscar la unidad de los peruanos, incluidos los equivocados. Estoy intentando, de muy buena fe, y quiero que la comunidad internacional sea testigo de mi propósito ferviente de introducir, por fin, la paz por vía de la razón y el diálogo a este pueblo que vive la violencia desde hace diez años”.

Y, así, sostuvo que:

“La lucha antsubversiva que emprederá mi gobierno, se enmarcará y ejecutará conforme a los principios consagrados por la Constitución y las leyes de la República. Esta perspectiva será aplicada con equidad y justicia, tanto para aquellos que hoy agreden a nuestra sociedad como para los que la defienden”<sup>38</sup>.

Un año después de su primer gobierno, en el Mensaje a la Nación en julio de 1991, el Presidente Alberto Fujimori sostenía que el terrorismo había crecido territorial y políticamente; por ello, aseveraba que:

“Mi gobierno ha adoptado una clara y definida posición acerca de la necesidad de avocarnos de inmediato a un proceso que implique tanto la construcción democrática de un ordenamiento social más justo y solidario, como también de la necesidad de derrotar en forma definitiva a los grupos alzados en armas”.

---

(38) Vid. Diario Oficial *El Peruano*, edición del 29 de julio de 1990.

Empero, aún no se vislumbraba la *intencionalidad política* del golpe de Estado que nueve meses después, habría de perpetrar<sup>39</sup>.

### 5.1. La legislación antisubversiva

A partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se inaugura un interregno de facto y en cuyo marco se dictó una frondosa legislación que significaba poner nuevas vigencias y mutaciones constitucionales. En rigor, nos encontramos ante un conjunto de normas que constituyen la parte principal de la respuesta legislativa<sup>40</sup>, aunque *de facto*, que el Estado asumía el fenómeno de la violencia política.

Desde luego, el tema no es exclusivo en el sistema jurídico peruano, pues, el fenómeno también se ha presentado, y en parte se mantiene, en diversos países europeos. De allí que en dichos países lo han venido tratando con cierta sofisticada cirugía del derecho. Y aún en dichos regímenes constitucionales, la imponente legislación antiterrorista edificada en Europa en el último decenio ha trastornado los principios fundamentales del Estado de Derecho que, como se sabe, son el corazón del ordenamiento penal, procesal y constitucional de los sistemas democráticos<sup>41</sup>. Parece ser que, aún en los marcos de las democracias constitucionales europeas, la legislación antiterrorista, acusa una "legislación de emergencia" y el aparato estatal se encarga de darle una durabilidad institucionalizada.

En lo que atañe al Perú, la legislación excepcional y de emergencia se instaure a los pocos meses de haberse dado el autogolpe de Estado, significando expresas violaciones a los marcos preestablecidos por la

---

(39) Ver el trabajo de GONZÁLES MANRIQUE, Luis Esteban: *La encrucijada peruana: de Alan García a Fujimori*, vol. II, Cedal, Madrid, 1993, pp. 435 y ss.

(40) BOBILLO J., Francisco: "Constitución y legislación antiterrorista", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, Nº 48, Madrid, 1985, pp. 47-76.

(41) LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Terrorismo, política y derecho. Legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Alianza Edit., Madrid, 1987. Igualmente, puede verse, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: "La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales", *Revista de Estudios Políticos*, Nº 35, Madrid, 1983, pp. 125-129.



Constitución de 1979. En efecto, el 13 de agosto de 1992, el Gobierno de Fujimori dicta el Decreto Ley N° 25659 que tipifica en ley especial el delito de *Traición a la Patria*. En el art. 4° se dispuso:

“A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de Traición a la Patria será de competencia del *Fuero Privativo Militar* tanto en su investigación como en su juzgamiento”.

Lo mismo estableció el D. L. N° 25880 que consideraba autor del delito de traición a la patria al que, valiéndose de su condición de docente, influya en sus alumnos haciendo *apología del terrorismo*. Y así, en su numeral 2° normó igualmente que era de competencia del *Fuero Militar* el conocimiento de los profesores incurso en esta modalidad delictiva.

Evidentemente dicha legislación violaba expresos principios de la función jurisdiccional que establecía la Constitución de 1979.

En lo que va del régimen de Fujimori, y aun con el nuevo marco constitucional, persiste una legislación represiva excepcional que ha significado dejar de lado principios básicos del sistema penal liberal. El tratamiento legislativo se expresa en tres áreas: en el *Derecho penal*: (D. L. N° 25475, Ley de Terrorismo y el D. L. N° 25659, Delito de Traición a la Patria); *Derecho procesal penal*: (D. L. N° 25499 del 16 de mayo de 1993, que establece los términos dentro de los cuales se concederán los beneficios de exención, remisión y atenuación de la pena a incurso en la comisión de delitos de terrorismo; D. L. N° 25708, del 10 de setiembre de 1992, normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria; D. L. N° 25744, del 27 de setiembre de 1992, normas que se aplicarán a la investigación policial, la instrucción y el juicio, así como el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N° 25659; D. L. N° 25916, del 2 de diciembre de 1992, precisa que las prohibiciones de beneficios penitenciarios y procesales para los agentes de delitos de tráfico ilícito de drogas, de terrorismo y de traición a la patria mantienen su vigencia; Ley N° 26291 del 9 febrero de 1994, Ley de contiendas de competencia sobre jurisdicción civil o militar); y *Derecho penal premial*: (D. L. N° 25499 ya citado, más conocido como Ley de Arrepentimiento; su reglamento el Decreto Supremo N° 015-93-JUS y la posterior Ley N° 26220 de 19 de agosto de 1993, donde se comprenden dentro de los alcances de la Ley de

Arrepentimiento a las personas procesadas y sentenciadas por los delitos de terrorismo o traición a la patria).

Las principales modificaciones se ubican en el D. L. N° 25475 y el D. L. N° 25659. Veamos algunas apreciaciones globales.

Decreto Ley N° 25475 (Penalidad para delitos de terrorismo y procedimientos para la investigación, instrucción y juicio del delito)

a) *Penas*: se amplía la punibilidad de figuras típicas de terrorismo a través de penas prácticamente tazadas. Se establece penas privativas no menor de 20 años tratándose del *tipo genérico* de terrorismo, así como los actos de colaboración y delitos de asociación; así también, penas privativas de libertad no menor de 25 años hasta cadena perpetua para tipos calificados. La incitación se sanciona con pena entre 12 y 20 años; la apología, con pena entre 6 y 12 años.

Se introduce la pena de *pérdida de nacionalidad* para los peruanos que realicen actos de apología del terrorismo o de terrorismo fuera del territorio de la República.

b) *Investigación policial*: existe una “administrativización” o “policialización” del proceso. A la Policía Nacional del Perú (PNP) se le faculta para intervenir “sin ninguna restricción que estuviere prevista en sus reglamentos”, detener a presuntos implicados, incomunicarlos y trasladarlos. No se habilita una decidida participación del Ministerio Público. Tampoco se regula la intervención judicial. Los abogados sólo pueden intervenir a partir del momento en que el detenido rinde su manifestación.

c) *El proceso penal*: En la instrucción el encausado permanece detenido sin posibilidad de acogerse a algún tipo de libertad. El plazo es de 30 días naturales. Existe una *expansión* de la detención preventiva. En efecto, la detención resulta ser la regla en estos delitos. Se prescribe que el mandamiento de detención es obligatorio y que está prohibido toda forma de libertad anticipada. El juicio oral se realiza en el establecimiento penal y no en sede judicial a través de una “sala especializada”, cuyos miembros se designan en forma rotativa y secreta. Las resoluciones judiciales no llevan firma ni rúbrica de los magistrados intervinientes, ni de los auxiliares de justicia. Para tal efecto, se utilizan códigos y claves secretas.

d) *Otras disposiciones*: Los magistrados asumen competencia a nivel nacional para conocer los delitos de terrorismo, sin observar el lugar de la comisión del hecho delictuoso. Los abogados sólo pueden defender a un procesado a nivel nacional. La pena se cumple en establecimientos penales de mayor seguridad. Los procesados o sentenciados no pueden acogerse a ningún beneficio penal o penitenciario.

En rigor estas normas, en la práctica, importaban reformar diversos principios propios del sistema penal, cuyo entronque de garantías derivadas de la propia Constitución quedaban sin efecto. Así, los principios de garantía del juicio previo, el juez natural, excepcionalidad de la detención, cláusula de no incriminación, publicidad, excepcionalidad de la incomunicación, etc., se esfumaban frente a la nueva legislación que reprimía el fenómeno del terrorismo.

Por D. L. N° 25659 se tipificó el *Delito de Traición a la Patria*, cuyo núcleo básico deriva del delito de terrorismo agravado (art. 2 del D. L. N° 25475). Como complemento a dicha legislación, se dictó el D. L. N° 25708, que establece las normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria, y el D. L. N° 25744.

Esta legislación importaba establecer las siguientes reformas:

- a) Se aplica el *procedimiento sumario* establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones;
- b) Se establecen términos perentorios al Juez Militar para que expida sentencia en el término máximo de 10 días; y, eventualmente, se aplican la sustanciación de los procesos contenidos en la Ley Antiterrorista;
- c) En los delitos de traición a la patria, sólo procede el recurso de nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, cuando las penas impuestas son de *cadena perpetua* o privativa de libertad de 30 o más años;
- d) La Policía Nacional del Perú (PNP) puede efectuar la detención con carácter preventivo de los presuntos implicados por un término mayor de 15 días, dando cuenta a la autoridad judicial del Fuero Privativo Militar. Incluso se puede prorrogar por 15 días más;

- e) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional en ninguna de las etapas, sea la investigación policial, instrucción o el juicio oral.

A todo este marco represivo se suma la *Ley de Arrepentimiento*, D. L. N° 25499, su Reglamento, el D. S. N° 015-93 y la Ley N° 26220<sup>42</sup>, que establecen ciertos beneficios para las personas calificadas de “arrepentidos”. Aun cuando esta política haya tenido efectos positivos, una revisión cuidadosa permite evidenciar que muchas personas han sido denunciadas por presuntos arrepentidos, involucrando vía delación a sujetos ajenos a las actividades subversivas. Paradójicamente, bajo dicha legislación, en los últimos tiempos han salido una cuantiosa cantidad de subversivos al amparo del “arrepentimiento”; y muchos, como se tiene dicho, han sido detenidos por el sólo hecho de haber sido sindicados por el presunto “arrepentido”. Esto obligó al gobierno a precisar que la legislación antiterrorista tendría vigor hasta el 1° de noviembre de 1994<sup>43</sup>; pasada dicha fecha, ninguna persona podrá ya acogerse a sus beneficios.

Desde luego, aquí no pretendemos hacer una evaluación crítica de la actual legislación que surgió en el marco del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a raíz del golpe de estado del cinco de abril de 1992<sup>44</sup>, pero existe consenso en la doctrina, como muy bien apunta Fernández Segado, que la puesta en vigor de toda esta legislación debe ser lo más corta posible porque su prolongación en el tiempo supone una importante devaluación del Estado de Derecho<sup>45</sup>. Sin embargo, en la

---

(42) *Legislación peruana sobre arrepentimiento terrorista: Análisis y comentarios*, Boletín CAJ, N° 38, Lima, 1993, pp. 51-61.

(43) Así lo sostuvo el Presidente Alberto FUJIMORI FUJIMORI, en el Mensaje a la Nación del 28 de julio de 1994, y ha sido regulado por la Ley N° 26345 del 30.08.94.

(44) Un análisis sobre la crisis peruana de aquella época puede verse en AA.VV.: *Perú mil novecientos noventidós. La democracia en cuestión*, Cepes, IEP, Lima, 1992.

(45) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “*La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales*”, op. cit., p. 181. Del mismo autor: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978. Asimismo, se puede ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984. Una panorámica histórica se encuentra en SCHMITT, Carl: *La dictadura, (Desde los comienzos del*

actualidad aún se mantiene la frondosa legislación antiterrorista bajo el empeño de que, con ella, la lucha contra la subversión tiene réditos para la pacificación del país. Ojalá que pronto llegue la anhelada pacificación.

## 6. LOS PERFILES DE LA JURISDICCION MILITAR EN LA CONSTITUCION DE 1993

Tres son los grandes temas imbricados en la justicia militar a nivel *del bloque de la constitucionalidad en el Perú*. El primero, relacionado a la jurisdicción militar *strictu sensu* y la ampliación que de él se acuerda para sancionar a los civiles regulado en el art. 173. El segundo es el tema de la *pena de muerte* para quien cometa determinados delitos calificados y normados en el art. 140. Y finalmente, el tema de la *casación*, del que es competente el Poder Judicial para revisar los fallos provenientes del Consejo Supremo de Justicia Militar y que, como se verá luego, ha sido mutilado en su potestad revisora (art. 141). Evidentemente, existen otros aspectos colaterales que rodean la problemática de la jurisdicción militar, como los derechos del procesado y los principios básicos de la función jurisdiccional, ya brevemente abordados<sup>46</sup>.

Un breve seguimiento del *iter* constituyente de lo actualmente normado en el numeral 173 de la Carta Fundamental, lleva a señalar que, *ab initio*, uno de los pocos objetivos que sí tuvieron en claro los miembros del Congreso Constituyente fue precisamente y desde un comienzo ampliar las competencias para que los civiles sean juzgados por militares. Por lo

---

*pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*), traducido del alemán por José Díaz García, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1985. En ese carril, revítese el trabajo de CRUZ VILLALÓN: *El estado de sitio y la Constitución (La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado: 1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980. Y, desde luego, consúltese también, SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, Editorial Perrot, Bs. As., 1957. Antecede un Prólogo de Emilio FRUGONI. Un enfoque global, aparece en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales", Revista Sistema, N° 42, mayo, Madrid, 1981, pp. 57-78.

(46) Vid. el Capítulo III del presente trabajo.

menos así se desprende de los tres *anteproyectos* publicados oficialmente en el diario *El Peruano* entre los meses de mayo, junio y julio<sup>47</sup>.

La primera versión establecía lo siguiente:

“Art.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo el caso de los delitos de traición a la patria, genocidio y de terrorismo determinados por la ley.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

A partir de allí, salvando algunas modificaciones gramaticales, se mantuvo en sustancia lo mismo, tanto en la segunda como en la tercera versión de los proyectos constitucionales publicados. En rigor, al final, fue *suprimido el delito de genocidio y se afirmó la competencia de los jueces militares para juzgar a civiles por terrorismo y traición a la patria*.

La norma actual ha quedado registrada bajo la fórmula siguiente:

“Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se impoga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

---

(47) El primer Anteproyecto se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 20 de mayo de 1993; el segundo el 22 de junio, y el tercero el 1º de julio del mismo año. Esta última versión, aparentemente la definitiva, sufrió inclusive gruesas modificaciones cuando apareció publicado la versión oficial de la Constitución. Véase la versión oficial publicada el 25 de octubre de 1993, pocos días antes de ser consultado en referéndum, mediante Ley Constitucional, el 31 de octubre de 1993.

En rigor, del *iter* de esta norma fundamental, queda indudablemente en claro que la voluntad política que primó en la mayoría de los que redactaron el texto constitucional de 1993, fue la de constitucionalizar lo que ya *de hecho* había inaugurado el gobierno de Alberto Fujimori, al hilo de su gobierno *de facto* con el autogolpe de Estado. Es decir, a la Constitución de 1993 se llega con una agenda ya anunciada y que en un primer momento se implementó, atribuyéndole al Fuero Militar competencia para juzgar a civiles subversivos; esta norma que, como se tiene dicho fue regulada vía decreto ley en el período *de facto* en que devino el gobierno de Fujimori, afirmarí una institucionalidad al proyectarse ahora a nivel constitucional y hoy es, quizás, el principal tema que intermitentemente sea objeto de discusión. Así, en tan poco tiempo, la opinión pública que en algún momento habría auspiciado un apoyo a la ampliación de competencia del Fuero Militar, hoy revela una gran preocupación. Por ejemplo, el editorial publicado por el diario *Gestión* señalaba que: Los tribunales militares no están preparados para impartir justicia en aspectos distintos a los que corresponden al fuero militar (...) la imparcialidad e independencia de la justicia militar se haya cuestionada no sólo para conocer el juzgamiento de civiles según lo previsto en la Constitución para delitos de traición a la patria y terrorismo, sino, incluso, para las faltas y delitos tipificados en el Código de Justicia Militar, en razón de la dependencia con el poder político para el nombramiento y los ascensos, y por la subordinación con los superiores de acuerdo a la jerarquía y disciplina militar. “En realidad –agrega el editorial– la solución está en la reducción del espacio de actuación del fuero militar”<sup>48</sup>.

En lo que respecta al tema de la *pena de muerte*, el excursus del debate en el seno del Congreso Constituyente fue ciertamente conflictivo, de allí que en el primer anteproyecto quedó pendiente y sujeto a debate. En el segundo proyecto, la mayoría oficialista registró la fórmula siguiente:

“La pena de muerte sólo puede aplicarse por los delitos de traición a la patria y de terrorismo, conforme a las leyes internas y a los tratados de lo que el Perú es parte”.

---

(48) *Gestión*, edición del 7 de setiembre de 1995, pág. 24, cit. por César AZABACHE C.: “De nuevo sobre la justicia militar”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, CAJ, vol. II, Lima, 1995, pp. 153-154.

Esta norma se mantendría en el tercer proyecto en forma íntegra. Al final, como se sabe, la Constitución, apartándose del sistema abolicionista, lo ha incorporado con la redacción siguiente:

“Artículo 140.- La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

¿Qué se colige de esta norma? En realidad aquí hay algunos aspectos que no están del todo claro en el marco de una futura interpretación del art. 140 del texto constitucional. Veamos, la pena de muerte en la Constitución de 1979 sólo podía ser aplicada en el supuesto de confrontaciones bélicas con potencias extranjeras, pero no en los casos de insurrección interna o guerra civil. En este sentido, la abrogada Constitución de 1979 fue clara y afirmó en su plenitud la tesis prohibicionista en torno a la pena capital, salvando claro está, la existencia de una contienda internacional armada, en cuyo marco situacional debía ocurrir la comisión del delito de traición a la patria. Sin embargo, la actual norma constitucional de 1993, en rigor, sí permite su eventual aplicación al estar por su anfibológica redacción de haber utilizado la expresión “guerra” y sin precisar que sea una “guerra convencional” o internacional. Al estar así prefigurada su regulación constitucional, no se descarta la hipótesis de que, frente a eventuales y nuevas insurrecciones armadas de grupos terroristas o guerrilleros, el gobierno, declare vía decreto supremo, la existencia de una guerra. Y así, bajo el presupuesto de este marco jurídico, y con una aplicación del régimen de excepción que prevé el estado de sitio (“en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan...” art. 137, inc. 2º), se viabilice vía legislación ordinaria, la tipificación de la pena de muerte en los delitos de terrorismo y traición a la patria. Es más, coincidimos con Cándido Conde-Pumpido en el sentido de que en teoría, cabe la existencia de “tiempo de guerra”, y agregamos nosotros de una declaratoria interna de “guerra” sin que se halla declarado el estado de sitio, como cabe, el estado de sitio sin que nos encontremos en tiempo de guerra<sup>49</sup>.

(49) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: “Estado de sitio y tiempo de guerra”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 435. También, GARCÍA-SAYÁN, Diego (Editor): *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987.



Lo que si está bien claro, se desprende del texto constitucional, es que, independientemente de que el concepto de guerra sea de difícil determinación jurídica, lo cierto es que la actual norma prevista en el numeral 140 de la Carta Política, difiere totalmente de la anterior Constitución de 1979. Y no sólo ello, sino que, lo más importante aún, la pena de muerte podría imponerse sin que en los hechos exista una real confrontación interna. Pero puede ocurrir que formal y jurídicamente se declare la existencia de una situación ficticia de “guerra” para que, a la postre, culminen siendo ejecutados las posibles personas involucradas en esta situación.

Si tomamos como referencia el caso cercano de España, la Constitución española prevé en el art. 15, en su parte pertinente que: “Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. La regulación legal ordinaria de esta norma constitucional prevista en el art. 25 del Código Penal Militar señala: “La pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencias extranjeras”. En consecuencia, con dicha norma, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la pena de muerte sólo debe imponerse cuando existan reales confrontaciones bélicas y no cuando exista una mera declaratoria de guerra. Esta situación es distinta en el Perú, no solo porque no hay legislación ordinaria que precise los alcances del art. 140 de la Constitución, sino porque la forma cómo ha sido concebida, dependerá en el futuro de la política criminal de cada gobierno, bajo la luz verde de que en el Perú de hoy, se profesa la tesis proteccionista en torno a la pena capital.

En lo que atañe a la potestad de *casación* del Poder Judicial, en la primera versión del Anteproyecto quedó pendiente y sujeto al debate. En el segundo proyecto, por razones que se desconocen, simplemente fue omitido; y en la tercera versión se estableció lo siguiente:

“Artículo 160.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia cuando conforme a ley la acción se hubiera iniciado ante una Corte Superior, y dirimir contiendas de competencia, en las materias que la ley señala”.

Finalmente y en forma sorpresiva, en la Constitución se aprobó una fórmula totalmente cuestionable:

“Artículo 141.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173”.

Es decir se prohíbe, por expreso mandato constitucional, que el Poder Judicial, como el órgano jurisdiccional por excelencia para impartir la justicia en el Perú, no pueda revisar las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar. En efecto, así lo dispone el art. 173: “La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”. Lo que significa que cualquier pena privativa de libertad que impongan los jueces militares y que puede llegar hasta la imposición de la *cadena perpetua*, quedaría jurisdiccionalmente consentida en el fuero militar, sin posibilidad de que sea revisada por el Poder Judicial. Y este peligro es no sólo para aquellos civiles alzados en armas, sino y fundamentalmente también, al propio estamento militar. En efecto, qué pasa para aquellos militares o policías que se les impongan penas privativas de libertad extremadamente severas y no tengan acceso de ser revisados por una instancia superior como sería el fuero común.

La actual Constitución en consecuencia, más que una garantía, refleja un serio peligro. En tal sentido Domingo García Belaunde ha señalado que “el fuero militar no ofrece garantías sólidas y seguras para nadie”. Y, desarrollando en forma breve este incuestionable acerto, explica el reputado constitucionalista:

“En primer lugar, porque sus miembros, aun cuando tengan una brillante foja de servicios castrenses, son militares que poco saben de Derecho; en segundo lugar, porque ellos dependen de su respectivo comando; y, por último, porque –al final– el gran decididor es el Presidente de la República (con lo cual la seguridad jurídica y la separación de poderes queda por tierra)”.

“En el modelo sajón y el europeo-continental de justicia militar, se dan muchas variantes. Pero en todas aún en los países que no tienen

justicia militar permanente, sino sólo para determinadas causas la norma es que ella vigila y juzga tan sólo los delitos castrenses, y nunca los cometidos por paisanos”.

“Además, en casos graves todas las sentencias finales pueden apelarse ante la máxima autoridad civil, lográndose el doble propósito de una revisión por jueces comunes con formación jurídica y la reafirmación de la primacía del poder civil sobre el militar”<sup>50</sup>.

Recapitulando, se pueden señalar algunas *líneas tendenciales* que perfilan la justicia militar en el Perú, a partir de la Constitución de 1993.

Una primera aproximación global es que el Congreso Constituyente –que naciera como consecuencia del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992– apenas si tuvo entre sus metas y objetivos, en forma clara, tres o cuatro grandes aspectos que modificaban la normatividad constitucional del país. Lo demás, en puridad, sigue siendo el grueso de la normatividad del texto fundamental de 1979. Una de las reformas que tanto insistía el Poder Ejecutivo fue precisamente el tema de la subversión que debía pasar a ser juzgados por los militares, a fin de *pacificar a la nación*; el otro aspecto fue el de incorporar la *pena de muerte y la reelección presidencial*, amén de las reformas constitucionales para afirmar un *modelo liberal en la economía* del país; asimismo, la tendencia autoritaria de un *presidencialismo fuerte* y un parlamento subsumido en un régimen unicameral con pocas posibilidades de fiscalización política<sup>51</sup>.

En cuanto concierne a la perspectiva del presente trabajo, podemos considerar algunas notas características de la justicia militar que ostenta la nueva norma constitucional:

- a) Se mantiene formalmente un reconocimiento excepcional a la jurisdicción militar (art. 139, inc. 1). Esto significa que el fuero castrense no podrá integrarse al Poder Judicial, ni a título de

---

(50) GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro: *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*, Seglusa Edit., Lima, 1993, pp. 246-247.

(51) Una apreciación global sobre la actual Constitución puede verse en el trabajo colectivo de la Comisión Andina de Juristas: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, vol. I, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 10, Lima, 1994.

excepción o emergencia. Este aspecto se ve reforzado con el principio de la prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción o “comisiones especiales” (art. 139, inc. 3).

- b) Se afirma como principio que los sujetos sometidos a la jurisdicción militar son los miembros de las Fuerzas Armadas y de la PNP en los casos de cometer delitos de función (art. 173). Se deslinda así la jurisdicción civil de la militar. Así prefigurado, el Poder Judicial no podrá juzgar al personal de armas (militares y policías), en razón de la naturaleza de la comisión delictiva. Constituye, pues, una prerrogativa propia por la condición, no sólo de pertenecer a los institutos armados, sino porque se ha realizado la eventual comisión delictiva en el marco de una función profesional.
- c) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú tienen su propio “fuero” (art. 173), pero se rigen por el Código de Justicia Militar. La Constitución reafirma y limita así lo que desde hace ya varias décadas existe en el país: cada instituto armado tiene su propia “Zona judicial”, y en la mayoría de los casos, por el principio de pluralidad de instancias, puede culminar ante el único órgano jurisdiccional de instancia superior: el Consejo Supremo de Justicia Militar.
- d) Si bien se afirma el principio de que los civiles no están sometidos a la jurisdicción militar, se admiten las siguientes excepciones: i) Cuando exista acusación de terrorismo; ii) Cuando exista acusación de traición a la patria; y iii) Cuando se infrinja la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio.
- e) En caso de que civiles cometan delitos que violen bienes jurídicos propiamente de la esfera castrense<sup>52</sup>, (salvando la excepcionalidad de los delitos de traición a la patria y de terrorismo) serán juzgados por el fuero común. Este principio, desde luego, fluye a partir de los diversos derechos del procesado (principio de

---

(52) No se descarta que, en hipótesis, un civil pueda incursionar en delitos previstos en el Código de Justicia Militar, o vía la figura de un concurso real de delitos, o delitos cuyos bienes jurídicos tutelados son de naturaleza pluriofensivos.

unidad y de exclusividad del Poder Judicial, de prohibición de órgano jurisdiccional de excepción, derecho al juez natural, etc.)

- f) Los delitos de los miembros de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) y de la Policía Nacional del Perú, que no sean de “función”, serán conocidos por el Poder Judicial (art. 173).
- g) Lo resuelto por el Fuero Militar no podrá ser revisado (casado) por el fuero común, salvo cuando la máxima instancia de la judicatura militar –el Consejo Supremo– imponga la pena de muerte. Esto significa que las penas privativas de libertad que se impongan a cualquier persona –incluye a civiles propiamente hablando– aún cuando fueren desde las más leves a las más drásticas, como la cadena perpetua, constitucionalmente no podrán ser revisada por el fuero común (arts. 141 y 173).

Esto presupone que el modelo constitucional, instaurado a partir de 1993, constituye un sistema atípico dentro de los clásicos modelos, tanto del anglosajón como del modelo europeo-continental de justicia militar. En efecto, en ambos sistemas, aún este último con sus heterodoxas variantes, admiten que toda sentencia final del fuero militar debe ser apelable ante el fuero común. Por tanto, el espectro constitucional peruano, hoy por hoy, constituye una singular rareza en el amplio mercado constitucional comparado. Al menos así lo demuestra en la práctica<sup>52bis</sup>. Por las razones que fueran, el tema es sumamente vidrioso.

---

(52 bis) Compartimos la postura que asume Enrique BERNALES BALLESTEROS, cuando sostiene que: “Los tribunales militares no pueden juzgar a los militares en situación de retiro por dos razones elementales: al no formar parte activa de los respectivos institutos, no cumplen ninguna función castrense, y su conducta y actos no se encuadran en los supuestos que configuran el delito de función y la aplicación del Código de Justicia Militar. La segunda razón es que estos oficiales al terminar el ejercicio activo de su carrera, recuperan la condición de civiles; es decir, son civiles”. Cfr. “*La Constitución de 1993 y la Jurisdicción Militar*”, Themis, Revista de Derecho, Segunda Epoca, Nº 31, Lima, 1995, p. 204. Véase también: *Justicia Militar del Perú*, edición especial del diario *Expreso* del 13 de agosto de 1995, que incluye diversos artículos.

### CAPITULO III

## EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

### NOTA PRELIMINAR

Como se tiene conocimiento, en un Estado existe un solo poder político que se manifiesta en *órganos* y que van a cumplir determinadas *funciones*. Acaso por comodidad y por costumbre se suele denominar poderes del Estado al Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No obstante, es el poder político el que cumple diversas funciones estatales. Como expresa Xifra Heras: "Los órganos del Estado se mueven en el seno de un complejo institucional que asegura el cumplimiento de las funciones públicas"<sup>53</sup>. Y Manuel García-Pelayo refiere que el Estado sólo manifiesta su existencia a través de sus funciones: "El Estado vive mediante sus funciones"<sup>54</sup>. Atrás ha quedado, pues, la idea de los poderes del Estado y, por consiguiente, de la clásica concepción de la división de poderes. Jellinek, a inicios del siglo, hablaba ya de una "división de competencias pero no de una división de poderes"<sup>55</sup>. Esta concepción ha sido confirmada, desde un marco más real, por la Ciencia Política en el entendido que el poder político es uno solo.

Visto en la perspectiva anteriormente descrita, la actividad del Estado, manifestada en la triárquica función legislativa, administrativa y jurisdiccional se ve normada y regulada por las constituciones, aún cuando en la actualidad ya no resulta serio afirmar una triada de funciones, pues hoy se admite la existencia de varios órganos constitucionales<sup>56</sup>.

---

(53) XIFRA HERAS, Jorge: *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1962, p. 120.

(54) GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, 6ta. edic., Edit. Revista de Occidente, Madrid, 1961, p. 104.

(55) JELLINEK, Georg: *Teoría General del Estado*, traducido del alemán y Prólogo de Fernando de los Ríos, Edit. Albatros, Bs. As., 1981, p. 377.

(56) En los últimos años, Domingo GARCÍA BELAUNDE ha venido planteando en nuestro medio de que no debe seguirse hablando seriamente de tres poderes (o funciones) del Estado pues, en la práctica, son muchas más. En el caso peruano, la dogmática constitucional establece cinco órganos más, aparte de los tres clásicos: Jurado Nacional de Elecciones (JNE), Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Control-

La Constitución peruana de 1993, en lo que atañe a la función jurisdiccional, ha rodeado una serie de “principios y derechos de la función jurisdiccional”. En efecto, sentando toda una antigua tradición demoliberal, ha establecido en el art. 138 lo siguiente:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

Con el principio arriba citado, los autores del texto constitucional de 1993 han afirmado el principio de unidad del Poder Judicial. Empero, han establecido las dos excepciones que igualmente normaba la Constitución de 1979: “la jurisdicción militar” que incluye además, a la Policía Nacional, regida por la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar; y la denominada “jurisdicción arbitral”. Interesa aquí desarrollar algunos aspectos en torno a la potestad jurisdiccional que tiene el Estado peruano y, a partir de la nueva Constitución, abordar los principios que ella encarna, para evaluar la problemática de la justicia militar.

## 1. PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

La Constitución peruana ha normado una serie de reglas que pretenden garantizar toda una actividad demoliberal en torno a lo que la Carta Fundamental ha denominado “principios y derechos de la función jurisdiccional” y que la Constitución de 1979 lo mantenía con el anacrónico título de “garantías de la administración de justicia”. En lo que atañe al principio de la unidad o unicidad del Poder Judicial, en principio, ella en realidad ya se ha encontrado registrada en las constituciones anteriores<sup>57</sup>.

---

ría General y Ministerio Público. Estos órganos han tenido regulación constitucional, tanto en el texto político de 1979 como en el actual. Véase su ensayo: “Perfil del Parlamento Peruano”, en *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Cultural Cuzco Edit., Lima, 1986, pp. 285-287. Igualmente, del mismo autor: *Esquema de la Constitución Peruana*, Edit. Justo Valenzuela, Lima, 1992, pp. 50-51; y su trabajo: “El Sistema Constitucional Peruano”, en el colectivo *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson Edit., Madrid, 1992, pp. 702-703.

(57) Constitución de 1823, art. 95; Constitución de 1826, arts. 97 y 102; Constitución de 1828, art. 103; Constitución de 1834, arts. 107 y 124; Constitución

El artículo 138 encuentra íntima vinculación con el inc. 1º del art. 139 que establece:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

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

Esta unidad o unicidad, por otro lado, encuentra cauce institucional en el art. 143 que alude a la estructura misma del Poder Judicial:

“El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración.

Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su Ley Orgánica”.

Este precepto es el homólogo del art. 237 de la Constitución de 1979 que aludía en forma taxativa a la estructura funcional y jerarquizada del Poder Judicial.

Al margen de la modificación en la redacción que contiene la actual Carta Política, ella no viene más que a confirmar la presencia de la unidad de la función jurisdiccional. Al respecto, Rubio y Bernaldes han destacado que este principio permite prohibir la instauración de fueros privativos, especialmente importantes por su modernización de la administración de justicia, tanto en forma como en su contenido<sup>58</sup>. Luis Sáenz Dávalos sostiene, por otro lado, que “cuando se habla de la unidad de la función jurisdiccional, es porque la misma no se divide o delega hacia otros sectores institucionales, sino que constituye un todo organizado cuya actuación se puede distribuir por razones materiales, territoriales o económico-cuantificables, pero no dividir o desmembrar con la pretensión de

---

de 1839, art. 126; Constitución de 1856, arts. 124 y 129; Constitución de 1860, arts. 124 y 128; Constitución de 1867, arts. 121 y 126; Constitución de 1920, art. 155; Constitución de 1933, art. 229.

(58) RUBIO CORREA, Marcial y BERNALDES BALLESTEROS, Enrique: *Perú: Constitución y Sociedad Política*, ob. cit., p. 430.



crear un paralelismo funcional”<sup>59</sup>. Explicando este principio, Ortecho Villena expresa: “La unidad y exclusividad que consigna la Constitución como garantía se da en contraposición a una práctica que se ha venido realizando en nuestros países, desde hace varias décadas, como los llamados fueros privativos y mediante los cuales el Poder Ejecutivo, bajo el pretexto de agilizar la administración de justicia y realizarla en función de sectores que merecían un tratamiento especial, fue creando juzgados administrativos o privativos, fuera del Poder Judicial, y que directamente los controlaba, tal el caso de Fuero Militar con sus privilegios y excesos”<sup>60</sup>.

Una interpretación desde la Constitución, obliga, pues, a señalar en simple vista que es el Poder Judicial el único órgano con la capacidad de *ius dictio*: “decir el derecho”. Y sólo se explica la presencia de la jurisdicción militar como un *fuero privativo*, en el que sólo estarían incursos el personal policial y militar, con las excepciones, constitucionalmente previstas a los civiles que pueden ser objeto del juzgamiento privativo militar.

Este principio, sin embargo, se ve minado con las incongruentes fórmulas alojadas en los numerales 141 y 173, lo que marca una diferencia sustancial con la Constitución de 1979. En efecto, la actual normatividad no establece un control definitivo que debería corresponderle a la Corte Suprema para revisar los casos que resuelve el Consejo Supremo de Justicia Militar. La potestad de casación, como facultad para la Corte Suprema, sólo prospera en el caso extremo de la pena de muerte que impondría la justicia militar. Este hecho es el que quizá más desmoraliza por la forma cómo ha sido concebido por sus autores, pues cualquier tipo de pena privativa, incluso la cadena perpetua, no podría ser revisada, vía casación, por la justicia común. En consecuencia, así prefigurado, el sacro principio de la unidad de la función jurisdiccional se ve menoscabado por

---

(59) SÁENZ DÁVALOS, Luis: “Jurisdicción común vs. jurisdicción militar. (Reflexiones sobre la controversia funcional)”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, CAJ, vol. 5, Lima, 1990, p. 67.

(60) ORTECHO VILLENA, Víctor Julio: *Derechos y Garantías Constitucionales*, Marsol Edit., Trujillo, 1985, p. 460. Hay 2da. edición de 1990, con Prólogo de Domingo GARCÍA BELAUNDE. que lleva el título de: “Sobre el movimiento constitucional peruano”.

la propia estructura intrasistemática del nuevo texto constitucional<sup>61</sup>, tal como hemos podido apreciar con anterioridad.

En esta perspectiva, suscribimos lo esgrimido por el constitucionalista español Francisco Fernández Segado, en cuanto señala que: “la clave del principio de unidad reside en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una organización judicial ordinaria, entendiéndose por tal, aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento”<sup>62</sup>. De allí que la Norma Constitucional de España, como la nuestra, prohíbe de modo absoluto los tribunales de excepción y circunscribe la jurisdicción militar para los delitos militares.

## 2. PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

El art. 139, inc. 1º, alude igualmente la exclusividad de la función jurisdiccional. Esto significa –y viene como corolario de la unidad de la jurisdicción común– que sólo los miembros del Poder Judicial y los órganos que lo conforman pueden administrar o impartir justicia, no delegándose

---

(61) Aclaremos que el Poder Judicial no se quedó callado, pues hizo llegar una propuesta al seno de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente. Lamentablemente, no fue acogida, salvo algunos aspectos. Es de recordar que esta iniciativa fue de la Corte Suprema. Así, por Resolución Administrativa Nº 045-92-P-CS del 30 de junio de 1992, publicada en el diario *El Peruano* el 4 de julio de 1992, se nombró una “Comisión de Reforma Constitucional del Poder Judicial”, a fin de preparar un Anteproyecto de reforma constitucional en lo referente al Poder Judicial. La Comisión estuvo presidida por Luis ORTÍZ BERNARDINI, magistrado de la Corte Suprema, y quedó integrada por Domingo GARCÍA BELAUNDE como vice-presidente, Florencio MIXÁN MASS, Fernando de TRAZEGNIES, Javier de BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Juan MONROY GÁLVEZ y Victor PRADO SALDARRIAGA. Como asesores externos se nombraron a Arsenio ORÉ GUARDIA, Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ y José F. PALOMINO MANCHEGO. La propuesta, han sido reseñadas por GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “*La reforma del Poder Judicial en el Perú*”, en *Revista Ius et Veritas*, Universidad Católica, Año IV, Nº 7, Lima, 1993, pp. 67-76. También ha sido abordado por GARCÍA BELAUNDE, en su ensayo: “*La judicatura en el Proyecto constitucional*”, *Revista Ius et Praxis*, Nº 25, Lima, 1995, pp. 54-63.

(62) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “*El marco constitucional de la Jurisdicción Militar: Su organización y competencia*”, en *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 13-102, específicamente pp. 23-25.

ni estableciendo otros mecanismos de transferencia funcional, en razón al carácter exclusivo que ostenta la magistratura común. En el marco de esta exclusividad del Poder Judicial, Sáenz Dávalos anota: “La cobertura en la función jurisdiccional permite concentrar un universo de cuestiones litigiosas de modo prácticamente totalizador, en su trámite y resolución, sin que pueda invocarse su diversa naturaleza como mecanismo de traslación hacia mecanismos resolutorios distintos al fuero común”<sup>63</sup>. La exclusividad de la función jurisdiccional importa que la impartición de la justicia sea atribución de un sólo órgano estatal que excluya a otros.

### 3. PRINCIPIO DE PROHIBICION DE ORGANOS JURISDICCIONALES DE EXCEPCION

La Constitución de 1993 ha normado lo siguiente:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

“La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (art. 139, inc. 3º).

En estricto rigor, la norma establece dos situaciones: a) el derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso; y b) la prohibición de ser juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción o por *comisiones especiales*. Esta norma se encontraba en el art. 2º, inc. 20, parágrafo 1 de la Constitución de 1979. La norma, de otro lado, guarda estrecha concordancia con los arts. 138, primera parte; 139, inc. 1º, y el numeral 173 de la Constitución vigente.

En lo que respecta a los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, la Declaración Universal da un tratamiento parcial pero implícito sobre este tema, en el art. 10, regulando la garantía de que debe haber la existencia de un “tribunal independiente e imparcial”<sup>64</sup>.

---

(63) SÁENZ DÁVALOS, Luis: op. cit., p. 52.

(64) *Declaración Universal*: “Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal

De igual modo, la Declaración Americana regula en forma más orgánica el régimen de los tribunales de excepción en el numeral 26, al aludir la garantía judicial de los tribunales pre-establecidos y de acuerdo a leyes pre-existentes<sup>65</sup>.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.1º norma, aunque de manera no tan explícita, el debido proceso rcial<sup>66</sup>. El temperamento del te a considerar los tribunales s con el artículo 14.1º del siguientes observaciones:

can a todos los tribunales y  
o de este artículo, ya sean  
la existencia, en muchos  
e juzgan a personas civiles.  
que respecta a la adminis-  
e la justicia. Muy a menudo  
permitir la aplicación de  
n a las normas habituales de  
tegorías de tribunales, las  
que el enjuiciamiento de  
cional y ocurrir en circuns-  
indicación de las garantías

---

independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en contra de ella en materia penal”.

(65) *Declaración Americana*: “Artículo 26.- Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes e inusitadas”.

(66) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: “Artículo 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”.

previstas en el artículo 14. En algunos países esos tribunales militares especiales no proporcionan las garantías estrictas para la adecuada administración de justicia, de conformidad con las exigencias del artículo 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos. Si los Estados partes deciden, en situaciones excepcionales, como prevé el artículo 4º, dejar en suspenso los procedimientos normales requeridos en virtud del artículo 14, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exige la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones estipuladas en el párrafo 1º del artículo 14”<sup>67</sup>.

La Convención Americana<sup>68</sup>, igualmente, consagra este principio en el artículo 8º.1º; y la doctrina de la Comisión Interamericana ha llegado a sostener que el enjuiciamiento a civiles por tribunales especiales sólo se justifica mediante la existencia de un estado de excepción originado en una verdadera amenaza a la vida de la Nación<sup>69</sup>. No obstante esta situación, aún cuando se decretase un *estado de emergencia* o *estado de sitio* por expreso mandato constitucional, no se podría crear ningún tribunal especial, salvo que ello signifique toda una ruptura con el orden constitucional pre-establecido y se instaure un régimen *de facto*.

Pero interesa, por otro lado, reivindicar por qué no se debe, axiológicamente, establecer o normarse tribunales de excepción o fueros militares para otorgar competencia en el juzgamiento de hechos delictivos cometidos por civiles, aún cuando éstos acusen una deleznable conducta criminal. Por lo general, la justicia militar se ha tomado como una suerte de castigo para la delincuencia común, en la medida en que los jueces militares van a castigar con más eficacia y severidad que los jueces comunes. Sin embargo, este planteamiento es de por sí falaz, pues bajo

---

(67) Vid. O'DONELL, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 2da. edic., Lima, 1989, p. 161.

(68) *Convención Americana*: “Artículo 8.1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

(69) O'DONELL, Daniel: op. cit., pp. 162-164.

esta óptica, como comenta Bidart Campos, “podríamos decir que el ataque a la jurisdicción militar se sustenta en la sensación de que la exclusión del Poder Judicial perjudica, y no favorece”<sup>70</sup>. “En otras situaciones –anota a renglón seguido el ilustre constitucionalista argentino– la perspectiva cambia, y cuando a las fuerzas armadas les preocupa mucho algún proceso contra uno o varios miembros de sus cuadros –más si se trata de un oficial superior que ha tenido o tiene papel político en los gobiernos que ellas establecen, no ocultan la inclinación a preferir que a ese sujeto lo juzgue un tribunal propio, y no los jueces de la Constitución. Y acá ya no es porque se piense –como en la otra hipótesis– que los últimos van a ser más suaves y porque se busque más rigor, sino porque el privilegio del juicio por los pares sirve para hacer menos escandaloso el proceso, o menos grave la condena, o cosas por el estilo”.

“Y así no se puede gobernar, fabricando fueros según conviene, peor si la conveniencia es ponderada por gobernantes que no tienen título válido legítimo conforme a la Constitución. Por eso, reivindicar a los jueces naturales, a los de la Constitución para todos, vale tanto como sostener su independencia, su inamovilidad, su estabilidad. Y que el fuero militar subsiste en todo caso, y estrictamente, como fuero real, de materia o de causa. Nada más”<sup>71</sup>.

En este sentido, y no obstante que la actual Ley constitucional de 1993 igualmente prohíbe la presencia de órganos jurisdiccionales de excepción, preferimos rescatar el testamento histórico de la Carta constitucional de 1979, pues fraguó la tantas veces aludida prohibición de tribunales de excepción, pero consolidándola, a su vez, con los artículos 235 y 282<sup>72</sup>. Esto es, no aplicación del fuero militar a civiles y sólo en

---

(70) BIDART CAMPOS, Germán: *Para vivir la Constitución*, Ediar Edic., Bs. As., 1984, p. 450.

(71) BIDART CAMPOS, Germán: op. cit., p. 451.

(72) “Artículo 235.- No hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior”.

“Artículo 282.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235. Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

casos de traición a la patria en guerra exterior. La Constitución de 1993, si bien afirma el principio, éste se relativiza bajo el marco del precepto 173, al permitir el juzgamiento de civiles. Veamos: “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al *fuero respectivo* y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”. Esta norma, programada para la legislación penal, permite abrir gruesas fisuras para los derechos humanos del procesado; a ello agréguese los tipos penales de los delitos de terrorismo y traición a la patria que actualmente están en vigor, para afirmar que la norma constitucional no garantiza nada y, por el contrario, permite al legislador instaurar regímenes penales de excepción.

#### 4. PRINCIPIO DEL DERECHO AL JUEZ NATURAL

En el marco de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, y junto al principio de la prohibición de los órganos jurisdiccionales de excepción, se encuentra el principio del derecho al juez natural, consagrado en la actual Constitución, en la última parte del inc. 1º del artículo 139: “No hay proceso judicial por comisión o delegación”. Este derecho, como muy bien lo ha subrayado Aníbal Quiroga León, tiene dos alcances. Uno, en forma amplia pero fundamental: la imposibilidad de ser sometido ante la autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción en su mejor sentido procesal), y para ello se prohíben no sólo los tribunales especiales y los juicios por comisión o delegación (tribunales ad-hoc, “tribunales revolucionarios” o “tribunales especiales”), sino también la imposibilidad de crear fueros especiales en razón de las personas por sus especialidades calidades como en otras épocas. El segundo alcance tiene como base un principio de legalidad: “Las órdenes competenciales de esos jueces y tribunales jerárquicamente integrados están o deben estar predeterminados por la ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona. Producido un conflicto de interés, el justiciable debe estar en posibilidad de saber de antemano cuál es ese orden jurisdiccional que ha de ventilar su causa con imparcialidad. Estas son las llamadas reglas de competencia en sus diversos órdenes: territorial, funcional, material, patrimonial, etc. Las reglas de competencia defienden el principio del

acceso del justiciable al juez natural bajo un ineludible principio de legalidad, pues sólo las leyes las han de determinar con anterioridad"<sup>73</sup>.

A nivel de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) se registran normas que proyectan la garantía misma del derecho al juez natural; lo propio en el Código Procesal Penal y el Código Procesal Civil. Este principio, de otro lado, dimana de diversos instrumentos internacionales, como la propia Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1º), la Convención Americana (art. 8º. 1º) que perfilan una gama de garantías del procesado y que se concentran en el juez natural. No cualquier persona, investida de autoridad estatal, tiene las atribuciones jurisdiccionales, por más ley *sui generis* que se dictare. La experiencia histórica en el Perú es muy elocuente; en tal sentido, en el supuesto que se otorgaran facultades jurisdiccionales a personas o funcionarios que no forman parte del Poder Judicial, nos encontraríamos con una siniestra institución de facto, propia de regímenes autoritarios<sup>73bis</sup>.

En este sentido, no deja de tener razón lo que expone Oscar Schiappa Pietra: "La garantía del juez natural resulta fundamental. Sólo tiene tal carácter el magistrado u órgano judicial que expresa e inequívocamente tiene competencia previamente asignada por ley para conocer el caso concreto. Específicamente, si existe duda sobre competencia entre la justicia común y la justicia militar, la primera está llamada a prevalecer. En caso de inexistencia de regulación legal específica en favor de la segunda, debe prevalecer ineludiblemente la primera"<sup>74</sup>.

---

(73) QUIROGA LEÓN, Anibal: "Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia", en *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cult. Cuzco edit., Lima, 1987, p. 127.

(73 bis) Ampliando la perspectiva del tema, resulta de sumo interés el trabajo de FERNÁNDEZ SEGADO, escrito con ecuaníme objetividad, intitulado: "Las garantías constitucionales del proceso penal militar", en *Cuadernos de Derecho Judicial (Cuestiones Penales y procesales militares)*, C.G.P.J., Madrid, 1993, pp. 21-60.

(74) SCHIAPPA PIETRA, Oscar: "Reflexiones sobre la guerra y los delitos de función dentro del régimen constitucional peruano", *Lecturas sobre temas constitucionales*, vol. 6, CAJ, Lima, 1990, pp. 49-50.



## 5. LA JURISDICCION MILITAR: ALGUNOS ALCANCES

### 5.1. Noción

Aunque la expresión *jurisdicción* es una noción archiconocida, en término lato supone la atribución que tienen los magistrados que integran el Poder Judicial y que han sido debidamente nombrados para dichos cargos, a fin de impartir justicia en nombre del Estado<sup>74bis</sup>.

Si la jurisdicción deriva de *iuris dicto*, es decir la potestad que tienen los jueces para decir el derecho, en forma más específica, la *jurisdicción penal*, como anota el procesalista Florencio Mixán Mass, es un aspecto de la función coercitiva, necesaria, exclusiva y unitaria del Estado que encarna la finalidad específica de preservar el orden jurídico penal preestablecido<sup>75</sup>. Por su parte, Néstor Gambetta Bonatti define a la Justicia Militar como la satisfacción del derecho y del deber dentro del Ejército<sup>75bis</sup>.

Con el marco teórico arriba expuesto, se puede afirmar que la *jurisdicción penal militar*, denominada también *castrense* o *de guerra*, es la potestad de que se hallan investidos los jueces y tribunales militares que, aunque no forma parte del Poder Judicial<sup>76</sup>, constituye un fuero real para conocer las causas que se suscitan contra los individuos de las Fuerzas

---

(74 bis) Vid. la voz: "*Giurisdizione penale militare*", a cargo de Renato MAGGIORE, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XIX, Giuffrè Editore, Milano, 1970, pp. 405-413.

(75) MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Trujillo, 1982, p. 279. Miguel Antonio DE LA LAMA, quien fuera Fiscal del Supremo Consejo de Guerra y Marina en 1899, estima que: "La jurisdicción penal militar es una de las más importantes de las especiales, y la que tiene menos afinidades con la jurisdicción común: se ejerce sobre delitos de naturaleza e índole propias, exige conocimientos técnicos y sin ella no puede haber Fuerza Armada". Cfr. *Texto de Derecho Judicial (Derecho Orgánico)*, 3ra. edición, tomo I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1902, p. 136.

(75 bis) Cfr. *Diccionario Militar*, 3ra. edición, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1946, p. 213.

(76) Distinto es, por ejemplo, el sistema español en el cual se creó, en el Tribunal Supremo, la Sala Quinta de lo Militar (art. 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, modificada por la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, incluyendo su artículo 22).

Armadas y de la Policía Nacional y demás personas sometidas al fuero por la comisión de delitos típicamente militares. Se sigue pensando a la fecha que la frase napoleónica: "La ley penal militar es la ley común con gorro de cuartel", es de poquedad manifiesta en cuanto se la quiere esgrimir como argumento adverso a la sustantividad del Derecho penal militar<sup>76 bis</sup>.

Con todo, esta noción estaría limitada a afirmar la existencia de una jurisdicción militar determinada por el *órgano* y no por la *materia*. De allí que, en sentido estricto, la jurisdicción militar no estaría determinada por el *órgano* (Fuero Privativo Militar), sino por la *materia* castrense que se ventila o halla involucrada. Bajo este criterio, en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisdicción militar *strictu sensu* la detenta el fuero militar; pero también cabría sostener que el fuero común, eventualmente, ejercería la jurisdicción militar al resolver problemas de orden procesal (conflictos de competencia) o aspectos sustantivos (casación); esto es, la potestad revisora de las resoluciones que resuelve el máximo *órgano* de la judicatura militar: el Consejo Supremo de Justicia. Se halla corroborado por la propia legislación ordinaria de la materia: el art. 4º de la Ley Orgánica de Justicia Militar (LOJM), el que se concuerda con el propio Código de Justicia Militar (art. 361) y las disposiciones de la legislación común, a saber, el art. 34, inc. 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el art. 21, inc. 6º del Código Procesal Penal.

De otro lado, cuando se habla de jurisdicción militar, es necesario deslindar dos campos perfectamente diferenciados entre sí: a) la jurisdicción militar *disciplinaria* o competencia ejecutiva<sup>77</sup>, la que impone las sanciones disciplinarias; y b) la jurisdicción militar *penal*, la que juzga delitos e impone penas aplicando el Código de Justicia Militar. La jurisdicción militar disciplinaria, como ha anotado certeramente el maestro Bidart Campos, entra en la esfera del Poder Ejecutivo, cuyo titular es el Presidente de la República y, en tal condición, puede aumentar o disminuir e incluso

---

(76 bis) COLOMBO, Carlos J.: *El Derecho Penal Militar y la Disciplina*, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Editor, Bs. As., 1953, p. 32.

(77) Vid. ROJAS CARO, José: *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990; y JIMÉNEZ VILLAREJO, José: *Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, Edit. Colex, Madrid, 1991, p. 102.

perdonar las sanciones disciplinarias impuestas. En cambio, la jurisdicción militar penal o justicia militar está separada tanto de la órbita del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial; lo que no impide que éste defina, en última instancia, la revisión de los fallos expedidos por el más alto organismo de la justicia castrense<sup>78</sup>.

Por lo demás, queda establecido que la justicia judicial es la dominante y general; la militar es excepcional, limitada a la disciplina del Ejército<sup>79</sup>.

Independientemente de lo hasta aquí expuesto, lo que preocupa hoy en día no es tanto el tema de la jurisdicción militar, que como ya se ha dicho, existe en casi todos los sistemas jurídicos, sea en tiempo de paz o de guerra; sino la problemática de su extensión misma<sup>80</sup>. Por lo pronto, debe reivindicarse con ahínco que la jurisdicción militar –como la ordinaria–, en definitiva, debe impartir justicia con arreglo, ante todo, a la Constitución y a la normatividad legal ordinaria<sup>81</sup> y sólo debe afirmarse el principio que ella es competente para asuntos de naturaleza castrense. Así, en este marco situacional, resulta elocuente la definición legislativa que trae el nuevo Código Procesal Penal:

“La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial está sometido al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar” (art. 4).

---

(78) BIDART CAMPOS, Germán: *El Derecho Constitucional del Poder*, Bs. As., 1967, tomo II, Ediar Edit., específicamente pp. 284-288. También FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “*El marco constitucional de la Jurisdicción Militar: su organización y competencia*”, en *La Jurisdicción Militar*, ob. cit., pp. 26 y ss.

(79) BIELSA, Rafael: *Derecho Constitucional*, 3ra. edición aumentada, Roque Depalma, Editor, Bs. As., 1959, p. 758. Del mismo BIELSA: *Caracteres jurídicos y políticos del Ejército. Su misión esencial*, Universidad Nacional del Litoral, Publicación N° 33, 1937.

(80) NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: “*Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXIV, Madrid, MCMLXXI, p. 716.

(81) JIMÉNEZ VILLAREJO, José: “*La Jurisdicción Militar*”, en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, tomo I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, p. 64.

De otro lado, el Código de Justicia Militar (CJM) establece algunos principios en torno a la jurisdicción penal militar, definiendo que ella “no es prorrogable, ni renunciable y, en consecuencia, no podrá extenderse fuera de los límites que este mismo Código establece, ni dejar de ejercerse en los casos que el mismo determina” (art. 318). No obstante ello, digámoslo con suma cautela: “Esta extensión extraordinaria de la jurisdicción militar se explica, sin embargo, fácilmente por motivo de las necesidades que el mismo estado de guerra impone, ya que de otro modo no sería posible proteger en forma eficaz todos los elementos que concurren a la acción bélica, a la vez que defender el orden y la paz pública contra las graves perturbaciones a que se hallan expuestos en medio de la confusión social producida por el peligro común, siendo insuficientes los recursos ordinarios para reprimir el pillaje, las devastaciones y, en general, los delitos contra las personas y los bienes de los habitantes”<sup>82</sup>.

## **5.2. Fundamento**

Toda la doctrina jurídico militar le asigna un triple fundamento o zona de influencia a la jurisdicción militar, pues se aplica: a) por razón del delito; b) por razón del lugar; y c) por razón del estado de guerra.

### **5.2.1. Por razón del delito**

Reparemos algunos aspectos previos. En la competencia militar convergen dos elementos que van a perfilar la propia jurisdicción: el primero es el elemento subjetivo, o sea el de pertenecer a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional; el segundo elemento es el carácter objetivo militar del delito. Adviértase que la Constitución no establece más que la existencia objetiva de una comisión de un delito de función; por tanto, no establece ningún otro lineamiento que el derivarle a la legislación ordinaria. Por otro lado, el concepto de delito militar que el Código de Justicia Militar prevé es la de ofrecernos una definición puramente formal, al señalar que constituyen delitos militares: “las infracciones previstas en este Código”. Y agrega: “Lo son igualmente, en estado de guerra, las contravenciones a las disposiciones

---

(82) RISSO DOMÍNGUEZ, Carlos: *La Justicia Militar*, tomo I, Imprenta Ferrari Hnos., Bs. As., 1939, p. 230.

del Poder Ejecutivo y a las órdenes de los Comandos Militares dictadas con arreglo a sus facultades”. A partir de estas nociones generales, desde el art. 78 al 317 del Código de Justicia Militar, se van describiendo las morfologías de las conductas que, a juicio del legislador, tienen tal carácter. De este modo nos encontramos que el legislador ha seleccionado un conjunto de bienes jurídicos que a su criterio, son de naturaleza militar, así como en qué medida y cómo deben ser protegidos penalmente. Ahora bien, si al delito militar se le define como cualquier infracción prevista en el Código de Justicia Militar y éste se constituye como la tutela de los bienes jurídicos de los intereses castrenses, serán delitos militares los que lesionan los intereses de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Si esto es así, ¿deberá significar, en consecuencia, que sólo los militares pueden cometer delitos de naturaleza militar? o también, ¿cabe señalar, que un civil puede incursionar en algún delito castrense? El legislador ha optado por derivar al fuero común la comisión delictiva aún cuando estuviere eventualmente normado en el Código de Justicia Militar.

Por principio, la doctrina, como refiere Francisco Fernández Segado, ha diferenciado los delitos exclusivos o propiamente militares que se configuran cuando el militar viola bienes jurídicos inherentes a la profesión de las armas, de aquellos otros delitos impropriadamente militares, en el que se involucra a civiles que pueden ser sujetos activos directos de un ataque a un bien jurídico castrense, o por su propio carácter pluriofensivo daña simultáneamente bienes jurídicos comunes tutelados por el Código Penal común y bienes jurídicos de ámbito militar. En esta perspectiva, refiere Fernández Segado que: “mientras los primeros no guardan relación alguna con las conductas tipificadas en el Código Penal común, no sucede otro tanto con los segundos, muchos de los cuales describen un tipo común que, en atención a nuevas circunstancias, entiende debe quedar formalmente caracterizada como delito militar”<sup>83</sup>.

Conforme recuerda Ricardo Calderón: “Las dificultades que se presentan para labrar un concepto completo e inmutable del delito militar, por

---

(83) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz”, en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, tomo I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, p. 204. Con anterioridad se publicó, en la *Revista Poder Judicial*, Nº 36, Madrid, 1994, pp. 9-33.

fuerza habían de ser captadas por los legisladores con tanto más motivo, cuando que la conciencia de su función los advertiría de la trascendencia que una definición incompleta o deficiente adquiere en todos los demás casos de aplicación de los otros dictados de la ley, a los que llevaría el germen del error o de la insuficiencia o contradicción”<sup>84</sup>. Por su parte, para la doctrina italiana representada por Di Vico, Manzini y Ciardi, el delito militar se caracteriza por la concurrencia de dos elementos: claridad de militar del culpable y calidad militar del hecho o sea, que este hecho importe lesión a un interés militar<sup>85</sup>. Y más de pronto Zaffaroni y Cavallero nos indican que: “el delito militar –al igual que el común– es un fenómeno complejo, que no puede ser considerado en totalidad y simultáneamente, sino que, sin perder de vista el conjunto del mismo, lo que nos llevaría a ver en él una cosa diferente...”<sup>86</sup>.

De otro lado, y en conformidad con lo establecido en el art. 320 del Código de Justicia Militar (CJM), la jurisdicción militar comprende todos los procesos contra los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú por las infracciones previstas en el CJM. Igualmente, dicho precepto regula la competencia de la justicia militar para procesar a “cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas en este Código”. Esto significa que la jurisdicción militar no está investida para conocer las infracciones que cometen los miembros del cuerpo militar y policial en casos de *delitos comunes*. Ahora bien, es verdad que el art. 324 del aludido cuerpo de leyes prevé que la jurisdicción militar conoce también de

---

(84) CALDERÓN SERRANO, Ricardo: *Derecho Penal Militar (Parte general)*, Ediciones Minerva, S. de R. L., México, D. F., 1944, p. 63. Antecede un Prólogo de Emilio PARDO ASPE.

(85) Citados por ASTROSA HERRERA, Renato: *Derecho Penal Militar*, 2da. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974, p. 85. En esa línea, consúltese ASTROSA SOTOMAYOR, Renato: *Jurisdicción Penal Militar (Estudio crítico y comparativo)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973, pp. 70 y ss.

(86) ZAFFARONI, Eugenio Raúl y CAVALLERO, Ricardo Juan: *Derecho Penal Militar (Lineamientos de la Parte General)*, Ediciones Jurídicas Ariel, Bs. As., 1980, p. 191. De CAVALLERO, también resulta de utilidad: “Notas sobre el delito militar”, *La Ley*, tomo 1975-D, Bs. As., pp. 598-602.

los delitos comunes cometidos en acto de servicio cuando agraviado e inculpado son militares, aplicándose las normas del Código Penal común. Esta excepción parte, pues, del presupuesto de que el sujeto agente del delito, así como la propia víctima, sean militares o policías. En este marco, se comprende el artículo 340 del mismo Código que expresa: "Si una infracción estuviese comprendida en este Código y en el común, conocerá de la causa la Justicia Militar si ésta se encuentra expedita conforme a las reglas sobre jurisdicción y competencia contenidas en este mismo Código". Al respecto, existen una serie de delitos que se encuentran previstos, tanto en el CJM como en el común. En este sentido, si el agente -militar o policía- infringe dicho precepto, es la justicia militar la competente para procesarlo y juzgarlo. Con todo, en una futura reforma del CJM, deberá resolverse la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares<sup>87</sup>.

El problema se complica cuando en los hechos y respaldado por una legislación excepcional, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, no obstante el numeral 14 del nuevo Código Procesal Penal, subsiste la Ley N° 24150 que establece un conjunto de normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, en todo o en parte del territorio. En el numeral 10 de dicha ley, se permite sustraer al personal militar y policial en las zonas de emergencia de la jurisdicción común para el juzgamiento de delitos comunes sobre todo por la interpretación indebidamente extensiva que se pretende conferir al término *delito de función*<sup>88</sup>.

---

(87) Esto fue, por ejemplo, lo que ocurrió en España con la reforma de la justicia militar cuyos orígenes fueron los Pactos de la Moncloa y, más específicamente, los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobada el 27 de octubre de 1977. Al respecto, consúltese la edición preparada por Antonio MILLÁN GARRIDO: *Código Penal Militar y Legislación complementaria*, 5ta. edic., edit. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 17 y ss. También del mismo autor, el trabajo titulado "La nueva legislación orgánico-procesal militar española: algunas consideraciones introductorias", en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, tomo I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, p. 36.

(88) Vid. ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Edit. Alternativa, Lima, 1993, p. 8.

Así, el art. 10 de la acotada ley expresa:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquéllas que no tengan vinculación con el servicio”.

Comentando los alcances del art. 10 de la Ley Nº 24150, Marcial Rubio Correa ha señalado que se deben tomar en cuenta dos aspectos: “a) Los delitos de función del CJM pueden ser considerados de manera distinta por el Código Penal. Así, matar a muchas personas desarmadas en una operación contrasubversiva puede ser un concurso real de homicidios y, eventualmente, de asesinatos en el Código Penal (con las consecuencias consiguientes en aplicación de la pena, etc.), en tanto que, en el Código de Justicia Militar, eso puede constituir solamente un exceso en el cumplimiento de las órdenes. Como los tribunales militares juzgan los delitos de función y el fuero común los demás, entonces, desde la tipificación del Código de Justicia Militar, este caso debiera ser juzgado por los tribunales militares y, desde la tipificación del Código Penal, por el fuero común. Y, b) Los casos en los que se produce conflicto de jurisdicción entre el fuero común y los tribunales militares son resueltos inapelablemente por la Corte Suprema de la República (que pertenece al fuero común). Esto se halla inequívocamente establecido en las disposiciones vigentes y, por lo demás, así ocurre en la realidad. Por consiguiente, si el objetivo castrense es el de llevar los casos al fuero militar, entonces, tiene que tratarse de definir como *delito de función* todo lo que no pertenezca a la vida exclusivamente privada del soldado. Ese y no otro parece ser el objetivo del artículo 10 de la Ley Nº 24150 y, por ello mismo, su redacción es poco explícita”<sup>89</sup>.

No obstante su manifiesta inconstitucionalidad, esta legislación aún mantiene vigor y más bien ha sido reforzada con el Decreto Legislativo

---

(89) RUBIO CORREA, Marcial: “Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1978-1988”, en *La Constitución diez años después*, ob. cit., pp. 252 ss.



Nº 749 (del 11.12.91) que regula las relaciones del Comando Político Militar de las zonas declaradas en emergencia con las autoridades civiles. Dicha legislación excepcional, apenas si ha modificado los incisos b) y d) del art. 5º de la Ley Nº 24150, y más bien ha adicionado otros aspectos. Por tanto, la legislación penal excepcional, se ha vigorizado a costa de violaciones expresas a la normatividad constitucional.

### **5.2.2. Por razón del lugar**

Si bien le corresponde al fuero militar, a través de sus organismos jurisdiccionales, la facultad de investigar los delitos, también lo es que, desde el punto de vista del lugar donde se comete el delito, el juez militar sea el competente para juzgarlo<sup>90</sup>. Así lo prevé el art. 326: “Por razón del lugar, la jurisdicción militar es competente para conocer de las causas que contra cualquier militar se instruyan por delitos cometidos en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles, campamentos, maestranzas, fábricas, talleres, centro de instrucción militar y demás establecimientos militares”. En suma se trata de limitar la esfera de competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros, establecimientos o lugares estrictamente militares.

### **5.2.3. Por razón del estado de guerra**

El estado de guerra (a diferencia del tipo de guerra psicológica, fría o económica) constituye en sentido jurídico, la condición bélica en la que se encuentra un país en relación a otro u otros. Aquí, como expresa Charles Rousseau, el estado de guerra es, en gran parte, efecto de la voluntad de los Estados en conflicto, que han querido llegar a dicha situación con todas sus consecuencias jurídicas<sup>91</sup>. El estado de guerra, que ya era materia de atención en 1516 por Maquiavelo, es la antípoda del estado de paz, pues aquel presupone el acto de recurrir a la fuerza material en condiciones de duración y generalidad, incompatibles con el mantenimiento del estado de paz.

---

(90) El Código aclara que el lugar en donde el delito se cometa es aquel en donde se consuma y no en el que se inició o comenzó a ejecutarse (art. 33).

(91) ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1966, p. 542.

En el estado de guerra se hallan sometidos a la jurisdicción militar, tal como lo puntualiza el art. 327 del CJM:

- a) Los militares que incurren en cualquiera de las infracciones previstas en el CJM, ya sea en el territorio nacional o en territorio enemigo ocupado; y los civiles, tratándose de traición a la patria.
- b) Los militares que infrinjan las disposiciones y órdenes dictadas por el Poder Ejecutivo, y las órdenes de los Comandos Militares dictadas con arreglo a sus facultades”.

Interesa, finalmente, destacar algunas zonas grises que presenta la jurisdicción penal militar. Una de ellas es la relativa a su objetivo: ¿pretende mantener el valor del orden y disciplina o el valor justicia? Al respecto, el tratadista argentino Néstor Pedro Sagüés expresa que la doctrina más actualizada se inclina por lo último, en verdad como única alternativa constitucional válida, desde el momento en que la disciplina debe ser justa, y no injusta, en una Constitución que se propone igualmente como la peruana, afirmar la justicia<sup>92</sup>.

Otro aspecto que plantea el profesor Sagüés es el de la *naturaleza* de la jurisdicción militar: ¿es una función de mando, una justicia administrativa o una justicia diferenciada y plena, es decir, una judicatura “judicial”? “Probablemente, la respuesta a estas preguntas —expresa Sagüés— dependa, no sólo de un enfoque teórico conceptual, sino también de la forma en que efectivamente se la estructure por la ley”<sup>93</sup>. De acuerdo a cómo esta estructurado tanto por la Constitución, como por la proyección de su Ley Orgánica, la jurisdicción militar es una jurisdicción “privativa”; esto es, comprende en conjunto a las Fuerzas Armadas y a la Policía, limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales (art. 14 del Código Procesal Penal). Constituye en estricto rigor, una justicia en sentido propio, aunque no integrante del Poder Judicial, pues “la justicia militar es autónoma” (art. III del Título Preliminar del CJM). En consecuen-

---

(92) SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea edit., Bs. As., vol. 4, 1989-1992, p. 495.

(93) *Loc. cit.*

la jurisdicción militar se ubica como una justicia diferenciada y plena, un fuero real y privativo.

Según Vittorio Veuro: "Al problema de si la jurisdicción militar especial puede constituir un peligro para la libertad de los ciudadanos, mi respuesta es no, puesto que desde hace tiempo su competencia está constreñida dentro de los límites trazados para los tiempos de paz en razón de su propia esencia: la protección de las Fuerzas Armadas contra los atentados que provengan de sus cuadros. En tiempo de guerra, donde la libertad de todos los ciudadanos sufre fuertes restricciones y la seguridad de las Fuerzas Armadas se convierte en exigencia promordial, es normal una extensión de la competencia. En estas circunstancias, el juez militar es quien está mejor preparado para conocer de los delitos militares"<sup>94</sup>. A ello habría que añadir la tecnificación o profesionalización de la jurisdicción militar, conforme se deja notar en España<sup>95</sup>.

(94) VEUTRO, Vittorio: "La independencia de la Justicia Militar", Revista Española de Derecho Militar, N° 37, enero-junio, Madrid, 1979, p. 12. Sobre los fundamentos de la Jurisdicción Militar, JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987, pp. 82-90. Entre las razones más importantes para justificar la existencia de la Jurisdicción Militar están: a) Necesidad, exigida por la disciplina, de que los propios jefes militares, que tienen la potestad de mando, posean, asimismo, la potestad disciplinaria y la Jurisdicción penal para castigar todos aquellos hechos (faltas o delitos) que signifiquen trasgresiones a la disciplina. La intervención de autoridades extrañas en el conocimiento de esos hechos constituiría un factor de relajamiento de la disciplina, que es la base fundamental en que descansan las Fuerzas Armadas y sin la cuál éstas no podrían existir; b) Necesidad de inspirar en los inferiores la indispensable confianza en sus jefes para obtener así la debida obediencia, confianza que se debilitaría en el caso de que una autoridad diversa de la militar tuviera que indagar e instruir una causa por cuestiones de disciplina; c) Necesidad de que las infracciones a la disciplina sean juzgadas por técnicos, y es indudable que los jefes militares están en mejor situación de apreciar el alcance de esas trasgresiones; d) Necesidad que hay de que donde vaya una Fuerza Armada, por razón de guerra, campaña o maniobra, la acompañe la autoridad que ejerza la jurisdicción penal militar; y e) Necesidad de un procedimiento rápido, lo que no puede obtenerse con autoridades judiciales diversas a las militares. Cfr. ASTROSA HERRERA, Renato: *Código de Justicia Militar comentado*, 3ra. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, pp. 2-3.

(95) JIMÉNEZ VILLAREJO, José: "Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar", Revista Española de Derecho Militar, tomo I, N° 53, enero-junio, Madrid, 1989, pp. 11-25.

## CAPITULO IV ORGANIZACION DEL FUERO MILITAR

### NOTA PRELIMINAR

De acuerdo con el art. I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de la Justicia Militar (LOJM), los tribunales de justicia militar constituyen un alto organismo de los institutos armados establecidos de conformidad con el inc. 1º del art. 139 de la Constitución, concordante con los artículos 138 y 173 del mismo texto fundamental, para el ejercicio de la función judicial, respecto de los delitos y faltas sometidos a su jurisdicción. Comprenden, en conjunto, a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En virtud con lo dispuesto en el mencionado precepto, se prevé la cláusula general definitoria del ámbito competencial de la jurisdicción militar que abarca a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía en los casos de *delitos y faltas*.

La jurisdicción militar, de otro lado, ha sido prefigurada para que los jueces conozcan en dos situaciones: la justicia militar en *tiempos de paz* y en *tiempos de guerra*<sup>96</sup>.

### 1. LA JUSTICIA MILITAR EN TIEMPO DE PAZ

Se entiende por tiempo de paz<sup>97</sup> aquel período normalmente estable donde reina la tranquilidad, la quietud de la población civil; pero no sólo la entendida como el orden policial dentro de la vida interna de un Estado, sino que éste presupone el imperio del *orden interno*<sup>98</sup>. La presencia de

---

(96) Una información panorámica puede verse en GARCÍA TOMA, Víctor: *Constitución y Derecho Judicial*, Concytec Edit., Lima, 1990, especialmente pp. 232-246.

(97) Un enfoque sobre el régimen español se encuentra en CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos y Procedimientos Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 345-398, específicamente pp. 349 y ss.

(98) Al respecto, el Instituto de Altos Estudios Policiales (INAEP) ha ensayado una definición de orden interno: "Es la situación de normalidad en el territorio nacional, regulado por el Derecho Público, inherente a la soberanía interna del Estado, permitiendo

la autoridad se patentiza de ordinario en el poder de policía que implica un orden material, de tranquilidad pública y *seguridad personal*<sup>99</sup>. Es necesario aclarar que, en este marco conceptual, pueden aparecer fenómenos que alteran el orden público interno<sup>100</sup>; empero, la categoría “tiempo de paz” está básicamente vinculado a nivel de las relaciones internacionales de un Estado con otro u otros. Se entiende aquí que la soberanía de un Estado

---

su existencia, estabilidad y cumplimiento de sus deberes primordiales, facilitando en esta forma el desarrollo nacional y el logro de su fin supremo”. Vid. DEL SOLAR ROJAS, Francisco: “Definición del Orden Interno”, Revista *Ius et Praxis*, Nº 12, Universidad de Lima, 1988, p. 220. También del mismo autor su artículo: “Orden Jurídico. Orden Público. Orden Interno”, en *Temas de Derecho Constitucional y Ciencia Política*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 1996. Antecede una Presentación de Domingo GARCÍA BELAUNDE.

(99) QUISPE CORREA, Alfredo: “El orden interno, el orden jurídico y el orden público”, en *Ius et Praxis*, Nº 7, Universidad de Lima, 1986, pp. 69 y ss. Del mismo autor: “Control social y seguridad ciudadana”, en *Temas Constitucionales*, Editorial Gráfica Cisneros, Lima, 1995, pp. 174-179. Más de pronto, revítese el estudio de los profesores de la Universidad Autónoma de Barcelona FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos: “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”, Revista de Estudios Políticos, Nº 87, enero-marzo, Madrid, 1995, pp. 141-162. Y para redondear el tema, consúltese MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “Notas para la historia de la noción de Orden Público”, *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 36, enero-marzo, Madrid 1983, pp. 19-37.

(100) Como ha observado el maestro Domingo GARCÍA BELAUNDE, la Constitución de 1979 diferenciaba en el artículo 277 el “orden interno” y el “orden público”. Empero, el “orden interno” no es más que el “orden público interno”, como conjunto de condiciones generales necesarias para la marcha de la sociedad y el “orden público” debe ser entendido, en sentido restringido y como parte del primero y referido a la mera tranquilidad y quietud de la población civil”. Cfr. *Teoría y práctica de la Constitución*, tomo I, Eddili, Lima, 1989, pp. 346 y ss. Véase igualmente, del mismo autor: “Defensa Nacional y Constitución”, *Defensa Nacional*, Revista del CAEM (Centro de Altos Estudios Militares), Año 2, Nº 2, Lima, 1982, p. 84. Esta problemática es analizada *in extenso*, por QUISPE CORREA, Alfredo: *Constitución y Defensa Nacional*, Luis Alfredo, Ediciones, Lima, 1994. Desde la óptica de los derechos humanos, con planteamientos interesantes, véase HABA, Enrique P.: “Conceptos indeterminados, derechos humanos y seguridad nacional”, Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, Nºs. 55-56, San José, 1984, pp. 3-30. Un encuadre desde la perspectiva de las Fuerzas Armadas se encuentra en BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *La ordenación constitucional de la Defensa*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1988.

se mantiene incólume en relación con los demás. Esto es, que en dicho Estado puede ejercer sus derechos inherentes tales como: a) el derecho de jurisdicción, que consiste en la facultad de legislar y aplicar la ley; y b) el derecho de policía, en virtud del cual el Estado ejerce la función preventiva y represiva indispensable para asegurar el cumplimiento de las leyes<sup>101</sup>.

Hasta aquí se puede colegir que la noción “tiempo de paz”, sólo debería estar vinculado a todo lo que importe la seguridad internacional; por lo menos, así lo prevé la Carta de la ONU (arts. 24 y 39), pues frente a un estado de paz, su antípoda es un “estado de guerra”<sup>102</sup>. Desde luego, no entramos aquí en una reflexión filosófica. Pero debe también aclararse que la paz no es la mera ausencia de guerra, sino algo mucho más profundo y complejo que se fundamenta, se enraiza y se nutre de la realización efectiva de una pluralidad de virtudes éticas, entre las que merece destacar como piedra angular, el valor de la justicia (*pax opus iustitiae*). En este sentido, recuerda el Concilio Vaticano II: “la paz no es la mera ausencia de la guerra, ni se reduce al solo equilibrio de las fuerzas adversarias, ni surge de una hegemonía despótica, sino que con toda exactitud y propiedad se llama obra de la justicia”<sup>103</sup>.

Sin embargo, el tema no es tan simple y del todo claro. En efecto, ¿qué ocurre cuando existe un conflicto interno en un país? Si hay en dicho conflicto una agresión al orden interno, ¿dejará de reputarse el calificativo “tiempo de paz”? Aquí podrían presentarse dos situaciones:

- a) Si dicho conflicto interno está calificado por la Comunidad Internacional como un *conflicto armado no internacional*, son

---

(101) ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 541.

(102) Recuérdese que la declaración de guerra produce importantes efectos, tales como la de determinar *ipso facto*: a) la sustitución del estado de paz por el estado de guerra; b) el nacimiento de una situación de neutralidad para los Estados no beligerantes; y c) la caducidad de ciertos tratados anteriormente concluidos entre los beligerantes. Cfr. ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 548.

(103) MONTORO BALLESTEROS, Alberto: “Reflexiones sobre el problema de la Guerra y de la Paz Internacional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 51, Nueva Epoca, Madrid, 1986, pp. 53-77, en especial p. 58. De igual forma, puede consultarse a DEL VECCHIO, Giorgio: *El Derecho Internacional y el problema de la paz*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pp. 67-151.

de aplicación los Convenios de Ginebra<sup>104</sup>. Los alzados en armas, ostentarían el *status* de *prisioneros de guerra*<sup>105</sup> y, como tal, serían objeto de juzgamiento por el derecho penal militar y con los convenios internacionales respectivos<sup>106</sup>;

- b) Si no existe un conflicto armado no internacional, pero en rigor hay manifestaciones de violencia política que se expresa en lo que la política exterior norteamericana califica como *guerra de baja intensidad*<sup>107</sup>, como son los casos más generalizados en el convulsionado mapa latinoamericano como terrorismo, guerrilla u otras formas de violencia política, aquí la situación no es tan clara. En este caso, si bien hay problemas que afectan el orden público interno y la seguridad del Estado y aun cuando en los

---

(104) Vid. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, nueva edición publicada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1986; y *Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, Ginebra, 1977. También, *Normas Fundamentales del Derecho Internacional Humanitario aplicables en los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Liga de Sociedades de la Cruz Roja, Ginebra, 1979; *El Comité Internacional de la Cruz Roja y los disturbios y tensiones interiores*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1986; DE MULINEN, Frédéric: *Manual sobre el Derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1991; y *Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos*, (Informe final), Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1984.

(105) Sobre este aspecto pueden verse los trabajos de SEPÚLVEDA, César: “*Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante la subversión en la América Latina*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XVII, N° 49, México, 1984, pp. 141-152. Del mismo autor: “*Vinculación entre el Derecho Internacional Humanitario, los Derechos Humanos y la Protección Internacional a los refugiados*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XX, N° 59, México, 1987, pp. 585-597.

(106) GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: “*Jurisdicción Interna, Principio de no intervención y Derecho de Injerencia Humanitaria*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXVI, N° 76, México, 1993, pp. 79-97.

(107) MERCADO JARRÍN, Edgardo: *Un Sistema de Seguridad y Defensa Sudamericano*, Instituto de Estudios Geopolíticos y Estratégicos, Lima, 1980, específicamente pp. 51-52.

hechos no hay una paz en sentido estricto, para el Derecho Internacional –que no puede estar exento en un país– siempre habría una paz, pues ello no está comprometiendo la *seguridad internacional*.

Si esto es así, en los hechos y en la práctica, ocurre que en países básicamente latinoamericanos han venido incorporando en sus ordenamientos internos el concepto simplemente de *guerra* y ya no distinguen de lo que es una *guerra convencional*. En este sentido, las legislaciones internas permitirían a los fueros militares el juzgamiento sumario de los alzados en armas. Por lo menos, esto es lo que precisamente se ha prefigurado en la Constitución de 1993, en su art. 140, cuando norma el concepto simplemente de guerra y suprime lo que regulaba la Constitución de 1979, en su art. 235, de guerra exterior. Recordemos nuevamente que la Constitución de 1993 prevé en el art. 137, inc. 2º, la expresión guerra exterior, con lo cual marca una taxativa frontera diferenciadora con la lacónica noción de guerra, comprensible esta última alocución para subsumir en ella cualquier eventual conflicto interno.

Recapitulando, la noción de “tiempo de paz” es un concepto relativamente elástico y coloquialmente se utiliza tanto para calificar su existencia o no en el derecho interno de un país como en el Derecho Internacional Público. La noción, empero, está vinculado a la seguridad internacional. Así, los problemas internos que puede atravesar un Estado no descalifica la existencia de una paz. Y, ella, en todo caso, se ve afectada cuando surgen conflictos bélicos internacionales. En el caso de los conflictos internos como los fenómenos de terrorismo, guerrilla, etc., si bien afectan la paz interna, el orden público la tranquilidad, etc., constituyen problemas internos de un país que, a nivel del Derecho Constitucional, se le suele calificar como “situaciones de emergencia”.

De ordinario, las emergencias constitucionales, se presentan bajo los siguientes fenómenos: la guerra, los desórdenes internos y las crisis económicas. Frente a tales hechos, el modo como el derecho y los regímenes constitucionales los afrontan, son a través de institutos jurídicos, como medidas de excepción, tales como: a) el estado de guerra; b) ley marcial; c) estado de asamblea; d) estado de sitio; e) facultades extraordinarias; f) suspensión de garantías; g) suspensión del habeas corpus;



y h) otros remedios innominados (estado de emergencia, estado de alarma, estado de prevención y alarma, estado de catástrofe)<sup>108</sup>.

La Justicia Militar, en tiempo de paz, se ejerce a través de la Corte Suprema de Justicia; el Consejo Supremo de Justicia Militar; los Consejos de Guerra; los Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional; y los Jueces Instructores (\*).

A) *La Corte Suprema de Justicia.*

Constituye el máximo organismo en la administración de justicia en el país (art. 143 de la Constitución) y su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional, sea para el fuero común o el fuero militar.

De acuerdo con lo prescrito en el art. 4º de la LOJM, la Corte Suprema tiene competencia para:

a) Dirimir las contiendas de competencia que se susciten entre los tribunales militares y los comunes.

Las contiendas de competencia que afectan la jurisdicción militar se resuelven a través de dos reglas básicas: a) por el Consejo Supremo de Justicia Militar, cuando se susciten dentro del fuero militar; y b) por la

---

(108) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, tomo I, Ediar, Bs. As., 1966, específicamente pp. 576-595. Igualmente, GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas*, en AA.VV. *Normas Internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, CAJ, Lima, 1984, pp. 77-111, específicamente pp. 85-91. Ver igualmente, MATEU-ROS Y CEREZO, Rafael: *Estados de alarma, excepción y sitio* en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

(\*) Encontrándose en las prensas el presente libro, se publicó la Ley Nº 26677 (*El Peruano*, 24-X-1996) modificando diversos artículos de la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar. En esa línea, se modificó el artículo II del Título Preliminar de la LOJM en los siguientes términos:

“Los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas fuerzas la Moralidad, el Orden y la Disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la ley. Su constitución y funcionamiento se rigen exclusivamente por las normas que contiene esta Ley y el Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones sólo serán modificadas por ley expresa y de igual naturaleza”.

Corte Suprema de Justicia, cuando se susciten entre la jurisdicción militar y el fuero común. Así lo establece el art. 361 del Código de Justicia Militar.

Interesa aquí verificar los conflictos que existen entre el fuero común y el fuero militar. La Ley Orgánica del Poder Judicial regula taxativamente los tipos de procesos que conoce la Sala Penal de la Corte Suprema. Así, en el art. 34, inc. 3º, está la de conocer: “las contiendas y transferencias de competencia, conforme a ley”. Esta norma, a su vez, concuerda con el art. 21, inc. 6º, del Código Procesal Penal que regula la competencia de las Salas Penales de la Corte Suprema: resolver las cuestiones de competencia previstas en la ley y entre la jurisdicción común y la militar. Conceptualmente, la contienda de competencia, como anota Florencio Mixán Mass: “consiste en que los jueces penales de igual jerarquía pertenecientes al mismo distrito judicial o a distinto fuero, frente a dos o más procesos conexos que están conociendo respectivamente y en virtud de un requerimiento o por la inhibición de uno de ellos entran en desacuerdo recíproco que los determina o a porfiar cada uno de ser competente para seguir tramitando el proceso o a negarse ambos a conocer el caso, desacuerdo que debe ser resuelto por la instancia superior en el modo y forma previsto en la ley”<sup>109</sup>.

No podemos dejar de advertir que en la actualidad existe la Ley N° 26291 que regula los problemas de contienda de competencia entre el fuero común y el militar y cuyo historial tuvo nombre propio, pues fue calificada por la prensa y la opinión pública como “Ley Cantuta”, la misma que se analiza, con mayor precisión, en el Capítulo V.

Por ahora tan solo diremos que la ley pretendía dar por concluida la contienda de competencia en el caso “La Cantuta”, y el paso de la causa a la justicia militar, dando como suficientes los tres votos producidos en este sentido y dejando sin efecto el procedimiento de *discordia* que se encontraba en curso<sup>110</sup>.

---

(109) MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho Procesal Penal*, tomo III, Edic. Jurídicas, Lima, 1984, p. 245.

(110) EGUIGUREN PRAELI, Francisco y AZABACHE, César: “Análisis de la constitucionalidad de la Ley N° 26291 y de la decisión judicial que remitió el juzgamiento del caso “La Cantuta” al fuero militar”, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas (CAJ), N° 40, Lima, marzo, 1994, pp. 33-41.

Al final, la Sala Penal resolvió, apoyándose precisamente en la Ley Nº 26291 remitir el expediente penal a la justicia militar. Por su parte, los vocales Almenara y Sivina votaron porque se declare inaplicable al caso la Ley Nº 26291 y se continúe con la tramitación de la dirimencia. Ampararon su voto en las siguientes consideraciones:

a) Los magistrados del Poder Judicial están directamente vinculados a la Constitución. También están vinculados a la ley, pero sólo en tanto ésta no contradiga las disposiciones constitucionales. b) La Ley Nº 26291 es de inmediata aplicación para las contiendas de competencia aún no sometidas a votación, pero no para aquellas que ya han sido votadas, entre las cuales se encuentra la contienda planteada en el caso "La Cantuta". c) La Ley Nº 26291 atenta contra la independencia de la magistratura y los principios del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Además constituye un acto de interferencia en las funciones judiciales.

Como han destacado los investigadores Eguiguren Praeli y César Azabache, con la Ley Nº 26291 se crea una nueva versión de una técnica de impunidad apelando a la jurisdicción militar para lograr tres objetivos: a) controlar la información que puede surgir de las declaraciones de quienes son procesados en estos casos; b) neutralizar la fuerza de condena ciudadana a los crímenes realizados; y c) neutralizar el impacto que puede tener el proceso sobre el sometimiento incondicionado de los subalternos a cualquier tipo de orden emitida por sus superiores<sup>111</sup>.

b) Pronunciarse en los pedidos de extradición, formulados por los tribunales militares.

Como es de conocimiento, la extradición –tema del Derecho Penal Internacional, paternidad atribuida a Bentham– es el acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, a objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena<sup>112</sup>. Sumados a estos elementos constitutivos, hay algunos autores que acondicionan como complemento que dicho acto debe estar realizado conforme a normas

(111) *Idem. ibid.*, pp. 36 y 41.

(112) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino. Parte General*, tomo I, Tipográfica Editorial, Bs. As., 1970, p. 177.

pre-establecidas de validez interna o internacional, a fin de evaluar prácticas político-policiales; tal ocurre, por ejemplo, con el secuestro de alguna persona para trasladarla al Estado requerido.

Conforme recuerda Quintiliano Saldaña, la extradición nació como negación del *derecho de asilo*, era como la pena, una “negación de la negación del derecho”<sup>113</sup>. De otro lado, existe consenso en la doctrina de consignar en la definición el requisito de que se trate de un delito común<sup>114</sup>.

Según sea la modalidad, si se trata de un Estado que solicita la entrega de un delincuente, se habla de *extradición activa*<sup>115</sup>; mientras que si se trata del Estado al cual el delincuente le es solicitado, se denominará *extradición pasiva*. Así pues, y en concordancia con lo dispuesto por el art. 4º, inc. 2º, de la Ley Orgánica de Justicia Militar, la Corte Suprema se pronuncia sobre los pedidos de extradición a través de la Sala Penal de la Corte Suprema. El novísimo Código Procesal Penal ha regulado que compete a las Salas Penales de la Suprema Corte: “pedir al Poder Ejecutivo que acceda a la extradición activa y emitir informe respecto a la procedencia o improcedencia de la extradición pasiva” (art. 21, inc. 7º)<sup>116</sup>.

---

(113) SALDAÑA, Quintiliano: *La justicia penal internacional*, Imprenta de “Alrededor del mundo”, Madrid, 1923, p. 25. Un enfoque moderno de la institución se ofrece en Díez SÁNCHEZ, Juan José: *El Derecho Penal Internacional (Ambito espacial de la ley penal)*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

(114) Vid. FIERRO, Guillermo J.: *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, Edic. Depalma, Bs. As., 1977, pp. 229-230.

(115) Vid. el art. 3º del Código Penal: “La Ley Penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero”. Un estudio completo, sobre la base de la Ley de Extradición Nº 24710, es el realizado por VALLE-RIESTRA, Javier: *La extradición. Principios, Legislación, Jurisprudencia*, 2da. edición corregida y aumentada, A. F. A. Editores Importadores, Lima, 1990.

(116) Artículo 2º, inc. 4º del Código Penal: “La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República”. Véase igualmente, la Ley Nº 24710, Ley de Extradición.

En consecuencia, si los tribunales militares formulan a la Suprema Corte el pedido de extradición, como lo regula el art. 538 del Código de Justicia Militar, le corresponde a éste, y específicamente a los que conforman las Salas Penales, pronunciarse si procede o no dicha petición. Este razonamiento jurídico resulta positivo, pues en última instancia se le atribuye a la jurisdicción común auscultar si procede o no. Con todo, el tema es altamente conflictivo, debido a que en la doctrina no hay consenso respecto a la procedencia o no de la extradición en caso de *delitos militares*. Al respecto, Quintano Ripolles ha esgrimido que los delitos militares son hechos totalmente inocuos, fuera del ámbito en donde han sido cometidos y que resulta perfectamente explicable; en consecuencia, este tipo de ofensas deben ser expresamente excluidas de muchos tratados o no ser incluidas en la nómina de delitos que dan lugar a la entrega de sus autores<sup>117</sup>.

A propósito, merece recordarse que en el *X Congreso Internacional de Derecho Penal* se aconsejó no descartar, necesariamente, a los delitos militares, fiscales y económicos del campo de la extradición, siendo deseable que la facultad de extraditar por infracciones de este tipo esté establecida en los tratados que celebran entre sí aquellos Estados que se hallan, a su vez, ligados por pactos de tipo militar o que tengan intereses económicos interrelacionados<sup>118</sup>.

En lo que atañe a nuestra legislación, no está del todo claro la procedencia o no de la extradición por delitos estrictamente militares. El antiguo *Tratado de Montevideo*, de 1889, no dio un tratamiento expreso a este punto; pero como observa Fierro, “debe recordarse que determina la no procedencia de la extradición cuando se trate de un delito que afecte a la seguridad interna o externa de la Nación, con lo cual pueden quedar comprendidos dentro del precepto legal algunas infracciones de carácter militar”<sup>119</sup>.

---

(117) QUINTANO RIPOLLES, Antonio: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, tomo II, Madrid, 1957, p. 222. Citado por FIERRO, Guillermo J., op. cit., pp. 280-281.

(118) FIERRO, Guillermo J.: op. cit., p. 282.

(119) *Loc. cit.*

En el caso del Tratado Interamericano de Extradición de Montevideo, de 1933, en su art. 3º, inc. f) en forma expresa faculta al Estado requerido a no conceder la extradición cuando se trate de un delito puramente militar<sup>120</sup>. A nivel de la doctrina peruana, el profesor sanmarquino Domingo García Rada se ha pronunciado porque, en los casos de los delitos militares, no proceda la extradición<sup>121</sup>. Por nuestra parte, estimamos que si se trata de un delito *puramente militar* en el que no estén involucrados actos o hechos propios del Derecho Penal común, no debe proceder la extradición; empero, si dichas ofensas resultan ser delitos militares mixtos<sup>122</sup>, estimamos que la extradición resulta viable. Con todo, nuestra legislación le ha otorgado dicho criterio discrecional a la Corte Suprema verificar si procede o no esta institución, si le es solicitada por la justicia militar.

c) Conocer originariamente en las causas de competencia del fuero militar seguidas contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, representantes al Congreso, magistrados de la misma Corte, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, Arzobispos, etc. Se debe anotar que en este tipo de juzgamiento se observa lo dispuesto por la Ley N° 26231 y modificatoria Ley N° 26339, de Procedimiento para la acusación constitucional de los altos funcionarios del Estado sujetos al antejuicio, en cuanto sea pertinente, imponiéndose las penas establecidas en el Código de Justicia Militar.

#### B) El Consejo Supremo de Justicia Militar.

Es el órgano jurisdiccional propiamente militar y de mayor jerarquía dentro de la estructura castrense y ejerce jurisdicción en todo el territorio de la República sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los casos propiamente de su competencia. Su sede es la capital de la República, igual que la Corte Suprema de Justicia.

(120) *Idem.*

(121) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Edit. Sesator, 6ta. edic., Lima, 1980, p. 377.

(122) *Vid.* MARTÍNEZ ASNAR, Germán: "Competencia de la Jurisdicción Militar. Delitos comunes conexos", en el colectivo ya citado *La Jurisdicción Militar*, pp. 113-130.

*Composición.* Se compone de diez Oficiales Generales en situación de actividad (de los cuales ocho son Vocales), un Fiscal General y un Auditor General. De los ocho vocales, tres son Generales de División o de Brigada del Ejército; dos Vicealmirantes o Contraalmirantes de la Marina; dos Tenientes Generales o Mayores Generales de la Fuerza Aérea y un General de la Policía Nacional del Perú (PNP). El Vocal representante de la PNP es nombrado en forma rotativa, entre los oficiales Generales de la Policía Nacional. El Fiscal General y el Auditor General son de Brigada, Contraalmirante o Mayores Generales del Cuerpo Jurídico Militar (\*\*).

El Consejo Supremo de Justicia Militar se divide en dos Salas: a) una *Sala Revisora*, integrada por tres vocales más antiguos; y b) una *Sala de Guerra o de Primera Instancia*, integrado por tres vocales que figuran en antigüedad.

Este máximo organismo de la justicia militar es presidido por un General de División, Vicealmirante o Teniente General de la Fuerza Aérea,

---

(\*\*) A tenor de la Ley N° 26677, el artículo 6° de la LOJM ha quedado de la siguiente manera:

“El Consejo Supremo de Justicia Militar está integrado por diez Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad, ocho de los cuales son Vocales, tres de cuyos integrantes deberán ser del Cuerpo Jurídico Militar, un Fiscal General y un Auditor General.

De los ocho Vocales tres son Oficiales del Ejército, dos de la Marina, dos de la Fuerza Aérea y uno de la Policía Nacional.

El Fiscal General y el Auditor General son miembros del Cuerpo Jurídico Militar”.

Y el artículo 7° quedó modificado en los siguientes términos:

“Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar pertenecientes al Ejército, serán Generales de División o de Brigada; los pertenecientes a la Marina, Vicealmirantes o Contraalmirantes; los de la Fuerza Aérea, Tenientes Generales o Mayores Generales y los de la Policía Nacional, Generales.

El Fiscal General y el Auditor General serán Generales de Brigada, Contraalmirantes o Mayores Generales del Cuerpo Jurídico Militar.

La Presidencia del Consejo, será ejercida por un General de División, Vicealmirante o Teniente General de la Fuerza Aérea, en forma rotativa entre los Institutos de las Fuerzas Armadas. A falta de éstos, corresponderá la Presidencia al Vocal más antiguo perteneciente a las Fuerzas Armadas.

Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar tienen las prerrogativas que les corresponda por ley”.

por un período bienal, el que será rotativo entre los Institutos de las Fuerzas Armadas. A falta de estos altos oficiales, la Presidencia le corresponde al Vocal más antiguo perteneciente a las Fuerzas Armadas.

*Competencia.* La competencia, como se sabe, es el ámbito dentro del cual la magistratura puede ejercer válidamente la jurisdicción. De acuerdo con la vigente Ley Orgánica de la Justicia Militar, se le atribuye:

- a) Revisar las sentencias de los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional.
- b) Conocer en apelación las sentencias expedidas en los juicios militares, en los casos y formas que determine el Código de Justicia Militar.
- c) Conocer de las resoluciones, en general de los Consejos cuando sean elevados en consulta o en apelación, conforme a ley.
- d) Resolver los disensos, en materia de justicia, que surjan entre los Consejos y su Auditor.
- e) Dirimir las contiendas de competencia que se susciten entre los Consejos y resolver los conflictos que sobre atribuciones pudieran ocurrir entre los funcionarios de la Justicia Militar.
- f) Trasladar los juicios militares de un Consejo a otro, en cualquier estado del procedimiento, a pedido de parte o de oficio, cuando a su juicio el interés general de la justicia así lo exija.
- g) Resolver las recusaciones y excusas de sus miembros y las recusaciones a los miembros de los Consejos.
- h) Conceder a los condenados el beneficio de la liberación condicional, en los casos que establece el Código de Justicia Militar.
- i) Resolver los pedidos de rehabilitación de los condenados, en los casos previstos por la ley.
- j) Conocer originariamente en las causas militares que se sigue: i) Contra el Presidente del Comando Conjunto de la Fuerza Armada, Comandantes Generales del Ejército, de la Marina y de la Fuerza Aérea; ii) Contra los Oficiales Generales y Almirante de



las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, aunque estuvieren comprendidos en el juicio otros Oficiales de grado inferior; iii) Contra el Presidente del Comando Conjunto de la Fuerza Armada, Comandantes Generales del Ejército, de la Marina y de la Fuerza Aérea, Directores Superiores de la Policía General, de Seguridad y Técnica, y contra cualquier Oficial Superior que ejerza cargo que compete a General o Almirante; iv) Contra los Vocales Auditores y Fiscales de los Consejos, Secretarios y Relator del Consejo Supremo de Justicia Militar y Jueces Instructores, por delitos que cometan en el ejercicio de su funciones.

- k) Conocer del recurso de queja formulado contra los Consejos por denegatoria de apelación o de otros recursos o garantías que la ley concede.
- l) Aplicar en el Fuero Privativo Militar las amnistías o indultos.
- m) Conocer del recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada.
- n) Ordenar la apertura de instrucción, cuando encuentre mérito para ello.
- ñ) Designar para el ejercicio de funciones judiciales al Oficial en actividad que estuviere legalmente apto en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en los casos de ausencia o impedimentos de los titulares.
- o) Fijar la sede de los Consejos.
- p) Emitir los informes que le soliciten los Poderes Públicos.
- q) Dictar el reglamento del Servicio Judicial y modificarlo de acuerdo con las exigencias del mismo.
- r) Ejercer jurisdicción disciplinaria de carácter judicial sobre todos los funcionarios y empleados de la justicia militar.
- s) Proponer al Ministerio de Defensa y del Interior las vacantes que deban declararse anualmente.

- t) Administrar los fondos de Justicia Militar.
- u) Regular periódicamente la cuantía de los delitos y de las faltas contra el patrimonio previsto en el art. 276, e inc. g) del art. 727 del Código de Justicia Militar (\*\*\*) .
- v) Participar en la declaratoria de vacantes y ascensos de los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, que prestan servicios en la Rama Judicial (añadido por la Ley nº 26677, art. 1º).

*C) Los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional del Perú.*

Constituyen los oficialmente denominados “Tribunales Permanentes” ubicados en relación jerárquica de subordinación frente al Consejo Supremo de Justicia Militar y ejercitan jurisdicción en las zonas judiciales que se determina por la Ley Orgánica de Justicia Militar en las causas de su competencia.

Para los efectos de la Justicia Militar, las zonas judiciales constituyen determinadas extensiones territoriales en el que ejercen jurisdicción dichos Consejos.

*Composición.* Los Consejos de Guerra están compuestos, según el Instituto al que la Zona corresponde, de la siguiente manera:

Un Presidente, que recae en un Coronel o Capitán de Navío, dos Vocales, del Grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante

---

(\*\*\*) El artículo 10 de la LOJM ha quedado en los siguientes términos:

“En los asuntos que conoce originariamente el Consejo Supremo de Justicia Militar, tiene competencia para juzgar a oficiales Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas y a sus homólogos en grado de la Policía Nacional, cualquiera que sea su antigüedad, en razón de ser un Tribunal Colegiado.

Actuará como Instructor el Vocal menos antiguo del Cuerpo Jurídico Militar y el Tribunal se dividirá en dos Salas.

– Sala Revisora, integrada por los dos Vocales más antiguos y por el Vocal más antiguo del Cuerpo Jurídico Militar.

– Sala de Guerra o de Primera Instancia, integrada por los dos Vocales que siguen en antigüedad y por un Vocal del Cuerpo Jurídico Militar”.

de Aeronáutica, en situación de actividad, un Auditor, miembro del Cuerpo Jurídico Militar, y un Fiscal, igualmente miembro del Cuerpo Jurídico Militar.

Los Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional del Perú está estructurado por un Coronel de la Policía General, que ejerce el cargo de Presidente, y dos Vocales del Grado de Teniente Coronel, pertenecientes uno a la Policía Técnica y otro a la Policía de Seguridad. Igualmente, y dentro del Consejo de Justicia de la Policía Nacional del Perú, el personal del Cuerpo Jurídico Militar que preste servicios en dicho Consejo, serán de la Policía General.

*Competencia de los Consejos de Justicia Militar y Policial.* La Ley Orgánica ha prefigurado diversas atribuciones y competencias, entre las que destacan las siguientes:

- a) Ordenar la formación de causa contra quienes se extiende la jurisdicción militar dentro de su Zona, cuando así la hubiese mandado otra autoridad facultada para el efecto y siempre que el conocimiento originario no corresponda al Consejo Supremo de Justicia Militar.
- b) Dirigir los procedimientos judiciales y resolver todos los asuntos que en ellos se susciten, sujetándose a las disposiciones del Código de Justicia Militar.
- c) Aceptar y promover contiendas de competencia.
- d) Resolver las excepciones que se promuevan en el procedimiento.
- e) Resolver las excusas de sus miembros y las incompatibilidades, exenciones y excusas de los nombrados para intervenir en los actos judiciales y que les estén subordinados, así como las recusaciones que contra estos últimos se hagan.
- f) Resolver con vista de las instrucciones, el sobreseimiento, la elevación de la causa a proceso o el corte de la secuela del juicio.
- g) Elevar en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar los autos de sobreseimiento y los de corte de secuela del juicio, en los casos previstos en el Código de Justicia Militar.

- h) Fallar en Primera Instancia las causas de que conozcan, excepto las de deserción simple y abandono de destino, y los procedimientos por faltas.
- i) Elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar, para su revisión, las sentencias en que se impongan la pena de muerte, internamiento, penitenciaria, prisión y expulsión de los Institutos Armados.
- j) Elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar, para su revisión, las sentencias en que se impongan penas diferentes de las indicadas en el punto i) y las absolutorias en los mismos casos, cuando respecto de aquéllas o de éstas el Auditor esté en desacuerdo con el Consejo.
- k) Elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar las causas en que el Fiscal, el acusado, su defensor o la parte civil, interpongan apelación en los casos que la ley permite este recurso.
- l) Ordenar la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios por deserción con circunstancias calificativas y las que no estén comprendidas en los puntos i), j) y k).
- ll) Elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar las causas cuyas sentencias haya ordenado ejecutar, a fin de que declare si estuvo dentro de sus facultades ordenarlo y, en consecuencia, si tiene o no responsabilidad por tal decisión.
- m) Elevar en consulta las resoluciones que dicte en disenso con el Auditor.
- n) Revisar las sentencias de los Jueces Instructores expedidas en las causas seguidas por deserción simple, abandono de destino y en los procedimientos por faltas y conocer en grado de las apelaciones de dichos fallos.
- ñ) Resolver las solicitudes de libertad.
- o) Informar al Poder Ejecutivo, por conducto del Consejo Supremo de Justicia Militar, sobre las peticiones de indulto especial.
- p) Recomendar a las autoridades y oficiales dependientes de su

jurisdicción las comisiones o diligencias que exija la administración de justicia; y,

- q) Ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley y los reglamentos.

Es de destacar, por otro lado, que en todos los asuntos judiciales que son de competencia del Consejo, éste resolverá previo dictamen del Auditor (\*\*\*\*).

#### *D) Los Jueces Instructores y Jueces Sustitutos.*

Son los encargados de realizar la investigación judicial hasta su culminación. Existen dos tipos de jueces instructores: los Permanentes y los Sustitutos.

Los Jueces Permanentes son aquellos que mantienen dicha condición funcional, hasta en tanto no sean relevados oficialmente. En realidad, esta distinción de permanente se le atribuye mientras resulta imprescindible su presencia normal y establece en cada Zona Judicial. El número es fijado anualmente por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Consejo Supremo de Justicia Militar, el que les señala su ámbito jurisdiccional, que podrá ser aumentado o disminuido. Para ser Juez Permanente, deben ostentar el grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante de la Fuerza Aérea.

Los Jueces Sustitutos son aquellos oficiales nombrados por los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de la Policía Nacional en atención a las necesidades no previstas en la administración de justicia.

---

(\*\*\*\*) La Ley Nº 26677, modificó el artículo 22 de la LOJM, en los siguientes términos:

“En cada una de las zonas judiciales habrá un Consejo de Guerra compuesto, según el instituto al que la zona corresponda, de un Coronel o Capitán de Navío, quien los presidirá y de dos Vocales del grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante FAP en situación de actividad, uno de los cuales deberá ser del Cuerpo Jurídico Militar, de un Auditor y un Fiscal del Cuerpo Jurídico Militar.

Los Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional se constituirán con un Coronel como Presidente y dos Vocales del grado de Comandante, uno de los cuales deberá ser del Cuerpo Jurídico Militar, de un Auditor y un Fiscal del Cuerpo Jurídico Militar”.

Para los efectos del nombramiento, se debe dar cuenta al Consejo Supremo de Justicia Militar y al Ministerio de Defensa y del Interior. Los Jueces Sustitutos, en rigor, cumplen las mismas funciones y atribuciones que los Jueces Permanentes.

*Competencia.* Se ciñe a lo siguiente:

- a) Actúan en las instrucciones en los juicios contra personas sujetas a su jurisdicción, previa orden del Consejo, salvo el caso de delitos flagrantes, en que procederá sin orden y sólo dando cuenta.
- b) Resuelven en primera instancia los incidentes que se susciten o promuevan dentro de los procedimientos judiciales, a excepción de aquellos cuya resolución corresponda a otra autoridad judicial conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial o al Código de Justicia Militar.
- c) Cuidar que consten por escrito las disposiciones que dicte, las diligencias que practique y los incidentes que surjan en el procedimiento y todo lo que pueda servir para acreditar la estricta observancia de las formas y solemnidades de la ley.
- d) Dictar, cuando proceda, auto motivado de detención contra el encausado.
- e) Decretar y hacer efectivo los apremios y apercibimientos que la ley establece.
- f) Informar al Consejo sobre el resultado de la instrucción, haciendo una exposición clara con referencia a las piezas de autos.
- g) Fallar en primera instancia en los juicios por deserción simple y abandono de destino y en los procedimientos por falta, elevando en consulta sus fallos al Consejo.
- h) Proveer todo lo necesario a la seguridad del encausado, guardando a su jerarquía las consideraciones compatibles con su situación legal.
- i) Librar despachos y demás comunicaciones y cumplir las comisiones que reciba de otras autoridades judiciales.

- j) Elevar al Consejo las razones de causa, relaciones de presos y cuadros de reparación civil, para que éste, a su vez, haga lo propio al Consejo Supremo de Justicia Militar, en los períodos que señale. Y,
- k) Ejercer las demás atribuciones que señalan la ley y los reglamentos.

Los Jueces Instructores, sean éstos permanentes o sustitutos, tienen un Secretario Letrado, normalmente un abogado asimilado con el grado de Capitán o Teniente Primero <sup>(\*\*\*\*\*)</sup>.

---

(\*\*\*\*\*) La Ley Nº 26677, modificó el artículo 31 de la LOJM, en los siguientes términos:

“El Juez Instructor Permanente será del grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante del Cuerpo Jurídico Militar.

Los Jueces Sustitutos suplirán a los Permanentes en caso de necesidad del servicio, cargos que serán desempeñados por oficiales del Cuerpo Jurídico Militar del grado a que se refiere el párrafo precedente y a falta de éstos, por oficiales de armas de igual grado. Este último no tendrá capacidad de fallo.

En la instrucción seguida contra el personal de tropa y omisos por deserción simple, podrá ser Juez Instructor Sustituto con facultad de fallo, un oficial de grado de Mayor o un Capitán de Corbeta, Capitán o Teniente Primero. El nombramiento de los Jueces Permanentes será hecho por el Poder Ejecutivo, el de los Sustitutos por el Presidente del Consejo en el que actuarán, con conocimiento del Consejo Supremo de Justicia Militar. La función del Juez Sustituto puede ser exclusiva o compatible con otra función”.

Y el artículo 39 quedó de la siguiente manera:

“Corresponde al Juez Instructor:

01. Abrir instrucción en los delitos o faltas de su competencia y llevar a cabo la investigación judicial hasta su término.

Los Jueces Permanentes, tendrán capacidad de fallo, en los juicios por delitos Contra el Patrimonio, delitos que afectan el Servicio Militar, delitos que afecten la Disciplina de los Institutos Armados, delitos contra la Fe Pública y procedimientos por Faltas.

02. Resolver los incidentes que se suscitan o promuevan dentro de los procedimientos judiciales de su competencia; las solicitudes de libertad, a excepción de aquéllos cuya resolución corresponda a otra autoridad judicial conforme a esta Ley y al Código de Justicia Militar.

04. Dictar cuando proceda, auto motivado de detención o de libertad.

06. Informar al Consejo sobre el resultado de la instrucción, haciendo una exposición clara con referencia a las piezas de autos, en las causas que no tengan potestad de fallo.

07. Elevar en consulta las sentencias que dicte”.

En el marco de la justicia militar y policial, existen otros órganos que operan en la dinámica de los procesos de instrucción y que resultan imprescindibles: la Policía Militar, el Cuerpo Jurídico Militar, los Auditores, el Ministerio Público, y el Ministerio de Defensa. Veamos, *grosso modo*, cada uno.

#### E) La Policía Militar.

Es una organización auxiliar de la administración de justicia militar, su competencia es la investigación de los delitos y faltas, y descubrir a los responsables para ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente con los elementos de pruebas. Lo investigado por la Policía Militar tiene que ser enviado directamente a la autoridad judicial con el atestado y todos los datos del caso. En los establecimientos penales militares o de simple detención, la custodia lo cubre la Policía Militar. En tiempo de guerra, la Policía Militar ejerce la función de prebostazgo.

#### F) El Cuerpo Jurídico Militar.

Es una institución conformada por abogados con grado de militar y policial, unidos bajo un sólo estamento tanto para las Fuerzas Armadas como de la Policía Nacional. Está conformado por dos especialidades: la judicial y la administrativa.

La *especialidad judicial* a cargo de los Oficiales con el grado previsto en la ley prestan servicios en los organismos judiciales de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y en las Procuradurías de la República encargadas de los asuntos de los Institutos Armados y Policiales.

La *especialidad administrativa* la integran los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, con los grados previstos en los cuadros de organización, y que prestan servicios en las diversas reparticiones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; esto es, cubren las asesorías y consultorías estrictamente legales de los Comandos Policiales y Militares, en las Asesorías Legales de los Estados Mayores Generales, en los Comandos de Fuerza, en los Estados Mayores de las Regiones Militares, de las Grandes Unidades y en las Asesorías Legales de las diversas reparticiones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.



La jerarquía militar que corresponde al Cuerpo Jurídico Militar es la siguiente:

a) General de Brigada del Ejército, Contralmirante de la Armada o Mayor General de la Fuerza Aérea: el Fiscal General y el Auditor General del Consejo Supremo de Justicia Militar; b) Coronel o Capitán de Navío: el Secretario del Consejo Supremo de Justicia Militar y los Auditores de los Consejos; c) Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante de la Fuerza Aérea: Jueces Instructores Permanentes; el Relator y el Defensor del Consejo Supremo de Justicia Militar; el Secretario de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar; los Secretarios del Fiscal General, del Auditor General del Consejo Supremo de Justicia Militar; y, los Fiscales y Defensores de los Consejos; d) Mayor o Capitán de Corbeta: los Relatores-Secretarios de los Consejos; y e) Capitán o Teniente Primero: los Secretarios de los Juzgados de Instrucción y de los Auditores de los Consejos.

Por otro lado, se debe destacar que los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar de la especialidad jurídica (abogados asimilados), sólo están impedidos de ejercer defensa ante los jueces y tribunales penales militares o comunes. No rige esta prohibición para los defensores de oficio, por la naturaleza de su cargo. Igualmente, está prohibido que los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar puedan ejercer acción judicial y administrativa contra el Estado, salvo en causa propia.

### G) Los Auditores.

Son los asesores legales de los Consejos y los integran con las mismas prerrogativas que sus demás miembros. De acuerdo a su régimen legal, tienen voz pero no voto, salvo en los asuntos de carácter administrativo en los que tienen voz y voto. La Auditoría de la Justicia Militar se encuentra integrada de la manera siguiente: un Auditor General en el Consejo Supremo de Justicia Militar; y, un Auditor en cada uno de los Consejos que la LOJM señala.

Entre las atribuciones que le corresponde al Auditor General, tenemos las siguientes:

a) Dictaminar en todas las causas que se elevan al Consejo; b) Participar en las deliberaciones; c) Proponer las resoluciones que, a su

juicio, proceda dictar; d) Redactar las resoluciones que el Consejo acuerde; e) Emitir dictamen en todos los asuntos de justicia, administrativos y en los que el Consejo le solicite opinión; f) Ejercer vigilancia sobre los Auditores de los Consejos; g) Actuar en la Sala Revisora; y, h) Ejercer las demás atribuciones que le confieren la Ley Orgánica y el Código de Justicia Militar.

Las atribuciones que le corresponde a los Auditores de los Consejos son:

- a) Dictaminar en toda denuncia acerca de la procedencia o improcedencia de la apertura de instrucción.
- b) Dictaminar en las instrucciones concluidas conforme al Código de Justicia Militar.
- c) Asesorar al Consejo emitiendo opinión en todos los asuntos de justicia, administrativos y en los que el Consejo les solicite opinión.
- d) Asistir a las audiencias públicas que para el juzgamiento celebren los Consejos, tomando parte en sus deliberaciones, proponiendo las cuestiones de hecho y redactando las sentencias que el Consejo pronuncie; y,
- e) Ejercer las demás atribuciones que le confiere la Ley Orgánica y el Código de Justicia Militar.

#### *H) El Ministerio Público.*

Es la institución que promueve de oficio o a petición de parte la acción de la Justicia Militar, a fin de que exista una pronta y oportuna sanción de los delitos militares; exige el cumplimiento a los fallos consentidos o ejecutoriados y defiende la competencia jurisdiccional militar. El Ministerio Público es parte en el proceso penal y, como tal, le corresponde una serie de atribuciones.

El Ministerio Público, en el marco de los tribunales militares, es ejercido por el Fiscal General en el Consejo Supremo de Justicia Militar; y, por un Fiscal en cada uno de los Consejos. Los Fiscales integran los tribunales a que pertenecen con las mismas prerrogativas de sus demás miembros; empero, no intervienen en sus deliberaciones, salvo en las de

carácter administrativo, en las que tienen voz y voto. Es obligación que, al informar oralmente en el acto de la audiencia pública, motiven los fundamentos de la acusación o el retiro de la misma.

El Ministerio Público, adscrito a la justicia militar, no forma parte del Ministerio Público para la justicia común; sin embargo, a tenor de lo que expresa la Constitución Política (art. 159) le corresponde promover de oficio, o a petición de parte, la acción de la justicia en la defensa de la legalidad y de los derechos humanos, la Ley Orgánica del Ministerio Público (Dec. Leg. N° 052) le otorga una preeminencia especial al Fiscal de la Nación cuando expresa en su artículo 64: "Los Fiscales de la Justicia Militar no están comprendidos en las disposiciones de la presente Ley; pero deberán informar al Fiscal de la Nación cuando sean requeridos por él sobre el estado en que se encuentra un proceso o sobre la situación de un procesado en el Fuero Privativo Militar". Este precepto tiene, como *ratio legis*, precisamente velar por la legalidad en los procesos que son objeto las personas, sin distinción por razones de condición jurídica civil o militar, pues forma parte de los intereses públicos tutelados por la ley.

### 1) El Ministerio de Defensa.

El Ministerio de Defensa está integrado por los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar que tienen a su cargo la defensa de los encausados, representándolo en el juicio. Cualquier procesado ante los jueces y tribunales militares nombrará libremente a su defensor, quien será abogado u oficial. Al procesado que rehusare o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial le nombrará defensor de oficio. En este caso la defensa es acto de servicio y no podrá excusarse de ella ningún oficial de graduación inferior a Coronel o Capitán de Navío, cualquiera que sea el Instituto a que pertenezca, salvo los casos previstos por la ley.

La LOJM establece también que habrá un defensor de oficio en el Consejo Supremo de Justicia Militar, y uno en cada Consejo.

## 2. LA JUSTICIA MILITAR EN TIEMPO DE GUERRA

De acuerdo con la concepción que hoy (se habla de tres fases: la del *bellum justum*, la de la *raison d'état* y la de la guerra como crimen) se

tiene sobre la guerra, ésta no tiene por consecuencia un enfrentamiento armado general entre todos los ciudadanos de los Estados adversarios. Los actos de hostilidad tienen lugar de un modo directo sólo entre fuerzas militares. En consecuencia, a estas fuerzas se aplican las normas especiales del derecho de guerra, relativas a las tropas beligerantes. Sin embargo, aquellas personas que sin formar parte de las fuerzas regulares cometan actos de hostilidad, caen igualmente bajo la justicia militar, con las agravantes establecidas por la *ley marcial* durante el estado de guerra. En suma, pues, la justicia castrense se aplica, por principio, a los militares y, eventualmente, a las personas civiles por causas que la propia ley de justicia militar reserva.

A) *La guerra: nociones preliminares.*

La noción clásica del Derecho Internacional en torno a la guerra es que la entienden como la lucha a mano armada entre dos o más Estados que tratan de obtener del adversario, por la fuerza de las armas, aquello que no pudo alcanzar por procedimientos pacíficos<sup>123</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, la guerra constituye “una lucha armada entre Estados que tienen por objeto hacer prevalecer un punto de vista político utilizando medios reglamentados por el Derecho Internacional”<sup>124</sup>.

Disgregando tal noción, Charles Rousseau señala que, entre los elementos objetivos, están los siguientes:

- a) La guerra constituye una lucha armada entre Estados. Este elemento marca distancias y diferencias con otros fenómenos de violencia política que ocurren dentro de un Estado. Así, una *guerra civil* <sup>125</sup>,

---

(123) DIENA, Julio: *Derecho Internacional Público*, trad. de la 4ta. edic. italiana por J. M. Trías de Bes, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1948, p. 492.

(124) ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 541.

(125) La guerra civil constituye una forma generalizada de enfrentamiento en el interior de un país. Supone la existencia de un considerable fortalecimiento militar de la insurrección, de manera que los combates se traban en condiciones relativamente igualitarias. Pone de manifiesto una considerable incapacidad del gobierno para controlar la situación y adquiere los caracteres de un enfrentamiento violento entre grandes

una *guerrilla*<sup>126</sup> una *revolución*<sup>127</sup> u otras formas de manifestaciones de *violencia política*, suponen una lucha armada entre la autoridad estatal –a través de sus ejércitos regulares– y el adversario, contrario al régimen político. Este tipo de luchas no son interestatales, lo que sí ocurre con una guerra propiamente dicha o convencional que la relación de conflicto es entre Estados.

- b) La guerra utiliza medios reglamentados por el Derecho Internacional. En efecto, las partes en conflicto, denominados Estados beligerantes, deben ajustar su conducta de acuerdo con los pactos y procedimientos establecidos por las normas internacionales.

Como se podrá apreciar, la guerra convencional sólo opera entre Estados y, en ese marco, la legislación le da un tratamiento específico cuando existen infracciones cometidas por los militares y, eventualmente, por los civiles.

Recapitulando, la noción “tiempo de guerra”, como muy bien lo ha delimitado el actual Código Penal Militar de España en su art. 14, comprende “el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas”<sup>128</sup>. Ahora bien, no se debe

---

sectores de la población. Cfr. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo: *Introducción a la Ciencia Política*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1983, p. 216.

(126) Es otra forma de manifestación de violencia proveniente de un grupo organizado y permanente de personas, cuya actuación se expresa a través de grupos instruidos con todas las técnicas militares y que realizan ataques eventuales, intermitentes contra efectivos militares del gobierno o, con cierta frecuencia, contra zonas o lugares estratégicos para la prestación de servicios públicos.

(127) Sobre la revolución puede verse el trabajo de PARAMIO, Ludolfo: “*La revolución como problema teórico*”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 7, setiembre - diciembre, Madrid, 1990, pp. 151-172. También VILLENA, Luis: “*Sobre el concepto de revolución*”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 11, enero-abril, Madrid, 1992, pp. 277-290.

(128) Vid. la edición de Antonio MILLÁN GARRIDO: *Código Penal Militar y Legislación Complementaria*, citado en la nota 87.

confundir la guerra auténtica con situaciones puramente jurídicas y convencionales, como el llamado “estado de guerra”, que puede ser declarado sin que exista una guerra real. Es más, dejando de lado la declaratoria interna de una guerra a secas, en el plano de una, inclusive, guerra convencional, el concepto de “tiempo de guerra” no siempre abarcará situaciones de conflicto armado, ni jurídico ni fáctico. Así, como anota Conde-Pumpido: “la movilización para una guerra inminente puede ser una situación prebélica que nunca desemboque en una efectiva confrontación, si por cualquier razón el conflicto se resuelve por otras vías –las diplomáticas, por ejemplo– y la supuesta guerra inminente no llega a estallar”<sup>129</sup>.

La Ley Orgánica de Justicia Militar (LOJM) prevé distintas situaciones en que una autoridad militar asume jurisdicción. Puede, entre otras cosas, procesar, investigar y arrestar a personas, en tanto juzgan los delitos y faltas esencialmente militares o cometidos por militares. Como no podía ser en otra normatividad, es en la LOJM en la que se da todo un tratamiento orgánico de la justicia militar en tiempo de guerra.

En principio, la norma puntualiza que la jurisdicción penal militar en tiempo de guerra está en manos de los órganos competenciales siguientes: a) Los Comandantes de los Teatros de Operaciones; b) Los Comandantes de Región, de División, Cuerpos, Buques y Fuerza Aérea con mando independiente; c) Los Consejos de Revisión; d) Los Consejos de Guerra Especiales; y, e) Los Prebostes.

El ordenamiento jurídico militar peruano, igualmente, contempla que en tiempo de guerra podrán funcionar los juzgados y tribunales de tiempo de paz, cuando sea posible y lo permitan las necesidades de guerra. Sin embargo, esta norma debe admitirse en forma excepcional y contingente. La regla es que, declarado el país en estado de guerra, se impone que los altos jefes militares asuman los *poderes de guerra*, propio de las razones de *estado de necesidad* y porque existe la imposibilidad fáctica de que los jueces realicen un debido proceso, aun en la propia justicia militar. El carácter sumarisimo del proceso se hace indispensable, y sin que esto justifique una actitud siniestra al amparo de un estado de guerra, existen

---

(129) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *Estado de Sitio y Tiempo de Guerra*, op. cit., p. 438.

los principios de *razonabilidad* y *constitucionalidad* que deben permanecer incólumes.

Veamos en forma panorámica las potestades y facultades competenciales que tienen los órganos que ejercen jurisdicción militar en tiempo excepcionalmente de guerra.

*B) El Comandante del Teatro de Operaciones.*

Es el que ejerce la jefatura en campaña y en el mismo lugar donde se realizan las acciones bélicas. De acuerdo con la Ley Orgánica de Justicia Militar (art. 48), el Comandante del Teatro de Operaciones impartirá la justicia militar en el territorio de su mando. Significa que el radio de acción para aplicar la justicia castrense no debe exceder del territorio a su mando. Al respecto, algunos autores distinguen entre *zona de guerra* (espacio en que los beligerantes pueden preparar y desarrollar las hostilidades) y el *teatro de operaciones* (el espacio donde efectivamente tienen lugar los enfrentamientos bélicos).

Aunque estas dos zonas generalmente coinciden, en algunos casos no puede ocurrir así; sin embargo, a raíz de la no muy lejana experiencia del Golfo Pérsico<sup>130</sup> la guerra moderna es de carácter totalitario, en virtud del cual pocos espacios escapan a la beligerancia misma, pese a que existen ciertos límites convencionales en el teatro de operaciones. Con todo, la administración de la justicia en tiempo de guerra le asiste al Comandante en Jefe de cada Teatro de Operaciones. En tal virtud, tiene las atribuciones siguientes:

- a) Nombrar Consejos de Guerra Especiales y Jueces Instructores;
- b) Nombrar al personal jurídico y al de empleados de tales Consejos y juzgados, cuando su personal no pudiere ejercer sus funciones;
- y,
- c) Ejercer las demás atribuciones señaladas por la ley.

---

(130) Desde una perspectiva del Derecho Internacional, MARIÁTEGUI GARCÍA, Juan: *El Golfo o el belicismo de Occidente*, Centro Latinoamericano de estudios sobre el No-Alineamiento y Africa, Lima, 1992.

Estas atribuciones que ostenta el Comandante del Teatro de Operaciones, sin embargo, las puede delegar, en caso necesario, total o parcialmente, a los Comandantes Generales de Región, los Jefes de Fuerzas, División o Buques bajo su mando.

*C) Los Comandantes de Región, de División, Cuerpos, Buques y Fuerza Aérea con mando independiente.*

Son los Jefes de Grandes Unidades del Ejército, Marina y Aviación que tienen a cargo las Unidades Aéreas, Buques y Comandantes de Tropa o Buque con mando independiente y los Jefes de las plazas aisladas por sitio o bloqueo. Estos altos militares tienen en sus propios comandos o fuerzas de su mando las mismas atribuciones que para el Comandante del Teatro de Operaciones.

*D) Los Consejos de Revisión.*

La Justicia Militar prevé que en las zonas donde se ejecutan las acciones bélicas (teatro de operaciones) debe existir un Consejo de Revisión que servirá de instancia de apelación y consulta. El nombramiento de estos organismos jurisdiccionales procede del Comandante de dicho lugar. Este Consejo está compuesto de cinco Jefes más caracterizados; un Fiscal General y de un Auditor General Letrado. El Consejo Supremo de Justicia Militar es el que determina la oportunidad en la que procede hacer el nombramiento de dicho Consejo de Revisión. Cuando no existe Fiscal letrado, es decir un abogado, el Consejo de Revisión debe nombrar a un Oficial de grado igual al de cualquiera de los miembros de dicho Consejo. A falta de Auditor General, la ley prevé que se puede actuar sin él.

El Consejo de Revisión tiene las mismas atribuciones que detenta el Consejo Supremo de Justicia Militar.

*E) Los Consejos de Guerra Especiales.*

Estos Consejos se forman por los tres oficiales más antiguos en los grados que les corresponda, a fin de que ejerzan igualmente la judicatura castrense, en tiempos de guerra, en el mismo teatro de operaciones. Son competentes para juzgar hasta el grado de Coronel o Capitán de Navío.



La composición de los Consejos de Guerra es la siguiente:

i) Para juzgar Coroneles, se constituye por un Oficial General y dos Coroneles; ii) Para juzgar Tenientes Coroneles y Mayores, se constituye por un General o Coronel y dos Oficiales de grado superior o igual al del enjuiciado; iii) Para juzgar oficiales subalternos, se constituye mediante un oficial superior y dos oficiales de grado superior o igual al del enjuiciado; y iv) Para juzgar a la tropa y civiles, se constituye mediante un Teniente Coronel o Mayor y dos Oficiales Subalternos.

La Presidencia de estos organismos de jurisdicción especial recae en el Oficial de mayor grado y, si todos fueran del mismo, lo ejerce el más antiguo.

#### *F) Los Prebostes.*

Son los encargados de juzgar las faltas que cometen en la zona de operaciones el personal civil que integran los institutos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Tienen competencia sobre todas las personas que se encuentran o sean aprehendidas en la zona de operaciones y puede exceder de la renta que percibe el infractor por igual término. Estas sanciones pueden ser objeto de recurso de apelación ante el Jefe más caracterizado del lugar. Igualmente los prebostes tienen competencia respecto a los militares que cometan faltas o infrinjan las disposiciones de los reglamentos o bandos; empero, con el parte respectivo, se someten a disposición del jefe de quien dependa el infractor.

Como se podrá apreciar, en “tiempo de guerra” la competencia del fuero militar se amplía en el sentido de que sin dejar de conocer, investigar y sancionar los delitos que normalmente conoce la justicia militar en “tiempo de paz”, legalmente asumen del conocimiento otros organismos jurisdiccionales. Es más, como ocurre en otros sistemas jurídicos comparados, pueden conocer un elenco adicional de materias. Es verdad que en los hechos se prevé que: “en tiempo de guerra funcionarán los Juzgados y Tribunales de tiempo de paz, cuando sea posible y lo permitan las necesidades de la guerra” (art. 2º de la Ley Orgánica de Justicia Militar). Pero, la incriminación de determinado delito o faltas militares ya no sólo serían los que eventualmente estén tipificados en el Código de Justicia Militar, sino en otras disposiciones complementarias que surgen precisamente del “estado de guerra”. Esto es lo que se colige del art. 2º, 2da. parte del

referido Código de Justicia Militar, cuando sostiene que son delitos y faltas militares, no sólo los que se preven en el Código de Justicia Militar, sino que: “lo son igualmente en estado de guerra, las contravenciones a las disposiciones del Poder Ejecutivo y a las órdenes de los Comandos Militares dictados con arreglo a sus facultades”<sup>131</sup>.

## CAPITULO V

### VIGENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL FUERO PRIVATIVO MILITAR

En el marco de la vigencia del Derecho Procesal Constitucional y en particular de la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, se presentan algunos casos judiciales que a partir del 5 de abril de 1992 en que se produce el autogolpe de Estado de Fujimori, han sido resueltos por el fuero privativo militar. En particular se analizan: 1) el caso de la detención-desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle” (en adelante La Cantuta); 2) el proceso contra varios generales en retiro por delito de opinión; 3) el caso de rebelión de los militares del 13 de noviembre, y; 4) el caso del Ingeniero Ruiz-Conejo procesado por delito de terrorismo. Con ellos se trata de poner en evaluación los principios, procedimientos y sentencias de la justicia militar, a la luz de los standards propios del Derecho Constitucional.

#### 1. CASO DE LOS DESAPARECIDOS DE LA CANTUTA

##### 1.1. Antecedentes

El 18 de julio de 1992 nueve estudiante y un profesor de la Universidad La Cantuta fueron secuestrados de su residencia universitaria, por un comando militar. Con la labor de investigación de periodistas, básicamente de la revista *SI*, la Fiscalía de la Nación inicia investigaciones en relación a los hallazgos de fosas comunes en Cieneguilla y Huachipa –en las afuera de Lima– donde se encontraron enterrados algunos de los

---

(131) Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz”, en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, ob. cit., p. 229.

restos humanos y pertenencias de los desaparecidos, con huellas de haber sido torturados, ejecutados e incinerados parcialmente sus cuerpos.

Los primeros implicados constituían un grupo paramilitar que se hacía llamar "Colina"; sin embargo, el Comandante General del Ejército Nicolás de Bari Hermoza, niega identificar a los militares encargados de vigilar La Cantuta la noche del secuestro y confirma que por dichos sucesos el Ejército no ha detenido a ningún civil.

Ante estas circunstancias, Raida Córdor, madre de unos de los estudiantes desaparecidos, interpone un Habeas Corpus a favor de los nueve estudiantes y el profesor universitario, contra el Presidente Alberto Fujimori, el Consejo de Ministros, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el jefe militar de La Cantuta, entre otros, demandando que se ha vulnerado la libertad individual, seguridad e integridad de los detenidos-desaparecidos. Posteriormente, Jaime Oyague interpone otro Habeas Corpus por su sobrino desaparecido, contra las mismas autoridades.

En ambos casos, las acciones investigadoras de las fiscalías penales fueron insuficientes y los fallos judiciales, incluidos los de la Corte Suprema, declararon improcedentes los habeas corpus, porque "no está probado con prueba alguna, el secuestro material de los mismos..." y "tampoco se ha verificado la existencia física de los ciudadanos suspuestamente menoscabados en sus garantías constitucionales, que la comprobación del hecho y la consecuente verificación física son elementos sustanciales para determinar la existencia de actos violatorios de las garantías constitucionales".

Inmediatamente después de estas sentencias, la minoría parlamentaria del Congreso Constituyente Democrático, logra nombrar una comisión investigadora para el caso de los desaparecidos de La Cantuta, pese a la inicial oposición de la mayoría oficialista (Cambio 90-Nueva Mayoría). Se cita a militares para que den su testimonio ante la Comisión Investigadora del Congreso, lo que no se produjo, debido a que el Gral. de Bari Hermoza no les autorizó a declarar.

## **1.2. Análisis**

Descubierto el crimen y los supuestos responsables, el fuero común aperturó la correspondiente instrucción; pero la justicia militar también

inicia instrucción contra los que resulten responsables por las detenciones-desapariciones mencionadas, que causaban estupor en la opinión pública con los hallazgos de mayores restos humanos calcinados y pruebas que llevaban a identificar personalmente a paramilitares del grupo "Colina". La Comisión investigadora del Congreso le solicita información sobre dichas denuncias al Consejo Supremo de Justicia Militar, quien rechaza el pedido al amparo que nadie puede avocarse causas judiciales pendientes ante ese órgano jurisdiccional militar.

El Gral. de Bari Hermoza es citado por la mencionada Comisión Investigadora del Congreso y señala que de acuerdo con la investigación administrativa realizada por el Ejército, ninguno de sus miembros ha tenido participación alguna con la detención-desaparición de los agraviados de La Cantuta.

Iniciado el proceso penal ante el fuero común y habiéndose aperturado otro proceso judicial ante el fuero militar, contra los militares implicados por los delitos de desaparición y homicidio calificado de los nueve estudiantes y el profesor de La Cantuta, se presenta un típico caso de contienda de competencia, entre ambos fueros judiciales que reclamaban para sí el derecho de procesar a los militares inculpados.

Al presentarse la contienda de competencia, la Sala Penal de la Corte Suprema no pudo alcanzar el número de votos necesarios para emitir una resolución, que son cuatro votos según dispone el art. 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Los vocales Pantoja, Iberico y Montes de Oca se pronunciaron a favor de la jurisdicción militar, mientras que los vocales Almenara y Sivina sostuvieron la competencia de la justicia ordinaria. La Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en su art. 144 que cuando no se obtiene los cuatro votos para emitir una resolución, se produce una "discordia", que debe ser tramitada siguiendo un procedimiento de dirimencia, por el que se llama a votar a los vocales menos antiguos de la Corte Suprema, hasta lograr el número de cuatro votos. El llamado fue el vocal Giusti Acuña, conocido por la defensa del fuero judicial y su trayectoria como independiente.

Sin embargo, estando próximos a realizar una segunda votación en el seno de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con la asistencia del mencionado magistrado, para determinar si se quedaban los militares procesados en la jurisdicción militar o en la jurisdicción civil, la mayoría

oficialista del Congreso aprueba la Ley N° 26291, mediante la cual la contienda de competencia se resolvería con la mayoría que se obtuviese en una única sesión, modificando así el artículo 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que exigía una votación calificada de cuatro votos. Además la mencionada Ley establecía que la nueva regla se aplicaría a las contiendas de competencia en trámite.

De esta manera el gobierno al dictar esa Ley para resolver una votación en trámite, asegurando la decisión de la mayoría existente, es decir de tres votos contra dos, para que el caso pase a la justicia militar, daba por concluida la contienda de competencia del caso La Cantuta, eliminando el procedimiento de solución de la “discordia” y disponiendo que la causa pase a manos de la justicia militar.

La reciente nombrada Sala Penal de la Corte Suprema por el Tribunal de Honor de la Magistratura, resolvió con los votos de los tres vocales antes mencionados, aplicar la Ley N° 26291, pasando al fuero militar el crimen de los militares de la Cantuta. Se creó un ambiente de indignación por la obsecuencia y sumisión de los poderes *de iure* –Congreso, el Poder Ejecutivo y finalmente del Poder Judicial– al poder militar; que subordinaba una vez más a los poderes constitucionales del Estado. En vez de preferir el principio de la supremacía constitucional que consagran los artículos 51 y 138 de la Constitución de 1993.

De esta manera, a mediados de 1994, de los quince militares procesados por abuso de autoridad, secuestro, desaparición forzada, asesinato y contra la administración de justicia, fueron sentenciados por el fuero militar, dos mayores; y dos suboficiales, por el asesinato de los estudiantes y del profesor de La Cantuta, siendo condenados los mayores a veinte años y los suboficiales a quince años, en una prisión militar.

De lo expuesto, se evidencia que para la justicia militar, secuestrar, asesinar, quemar los cuerpos de diez personas y enterrar sus restos, constituye un delito de función militar a ser juzgado por la justicia militar. Pero, el delito de función tiene que derivarse directamente de una acción militar concreta, de ahí que el asesinato ya sea premeditado, con alevosía y ventaja, pero sobre todo cuando se queman los cadáveres y se trata de esconder los restos humanos, constituye en cualquier parte del mundo un delito común que debe ser juzgado por el fuero común.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Decreto Ley N° 25592 tipifica a la detención-desaparición que realiza un funcionario como un delito común; en consecuencia, es materia de juzgamiento, por parte del Poder Judicial. Por derivado que sea de un enfrentamiento militar o circunstancia similar, los actos preparatorios, comisorios y la reveladora intencionalidad con el ocultamiento de los restos humanos quemados, constituye un delito común etiquetado asesinato, sean militares o civiles los autores del crimen; y deben ser juzgados por el Poder Judicial, de acuerdo con los códigos penales sustantivo y procesal.

En consecuencia, con este caso se viola lo dispuesto en el art. 173 de la Constitución de 1993 –que repite lo enunciado por la Constitución de 1979–, que asegura excepcionalmente que sólo los delitos de función de los militares serán procesados por la justicia militar y según su propia ley. Asimismo, la detención de los agraviados fue ilegal, por cuanto no hubo operativo militar alguno, ni menos orden judicial o flagrante delito; es decir se realizó totalmente fuera de los marcos establecidos por el art. 2º, inc. 20, g) de la Constitución de 1979, ahora en el art. 2º, inc. 24, f) de la Constitución de 1993.

De otro lado, la actuación jurisdiccional militar interfirió claramente con el ejercicio de las funciones que venía desempeñando el Poder Judicial; es decir que se desvía a los autores del delito de asesinato de la jurisdicción civil natural a la justicia militar. De esta violación son responsables los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema que aceptaron obsecuentemente ceder jurisdicción, como los militares del Consejo Supremo de Justicia Militar por demandar y aceptar la misma; esa responsabilidad se haría efectiva ante el Congreso, mediante la acusación constitucional y denuncia penal, respectivamente contra los magistrados civiles que encontrándose en votación la contienda de competencia, aplicaron retroactivamente la Ley N° 26291, con la finalidad de someter el caso civil a la justicia militar, violando así los arts. 103 y 139, incs. 2 y 3 de la Constitución de 1993.

## **2. CASO DE LOS DELITOS DE OPINION DE GENERALES EN RETIRO DEL EJERCITO**

### **2.1. Antecedentes**

A fines de 1992 y a comienzos de 1993, los generales en retiro Luis Cisneros Vizquerra, Alberto Arciniega Huby, Germán Parra Herrera, y

Jaime Salinas Sedó, entre otros, realizaron declaraciones y escribieron artículos críticos en los medios de comunicación escrita (*La República*, *Expreso* y *Oiga*) con relación al Decreto Legislativo N° 752, es decir, la Ley de Situación Militar; tratando temas relativos a la situación del Ejército y vertiendo opiniones sobre la permanencia en el cargo del Comandante General del Ejército, rompiendo la tradición militar. Motivo por el cual fueron procesados ante el fuero militar por los delitos de ultraje a los institutos armados, e insulto al superior, en agravio del Estado y del Comandante General del Ejército Gral. Nicolás de Bari Hermoza.

El contenido de los artículos periodísticos se pueden resumir en que la ratificación del Gral. Nicolás de Bari Hermoza, como Comandante General del Ejército, rompiendo la larga tradición de relevo anual en dicho cargo, tendría consecuencias nefastas para la institución, más aún, constituiría un ente disociador. Por otro lado, se crearía un malestar institucional y podría darse una situación de tormenta política, si el Gral. de Bari Hermoza y el asesor militar del Presidente Fujimori, el ex-capitán Vladimiro Montesinos, continuaban al mando del Ejército. Finalmente, señalaban que se había producido una división entre la alta jerarquía y el resto de las Fuerzas Armadas y que estas habían sido subordinadas por el poder político.

Dadas estas declaraciones, los generales mencionados fueron denunciados individualmente ante la justicia militar, imputándoles que dichas declaraciones por su contenido y forma eran agraviantes al Ejército peruano y a su Gral. Nicolás de Bari. Les incriminaron que haciendo uso del grado militar de generales que poseían, habían prestado declaraciones con el ánimo de crear un enfrentamiento entre los mando militares, provocando el resquebrajamiento de la disciplina castrense. Más aún, les imputaron que el grado militar de general que tenían les impedía dar declaraciones en contra o acerca de las instituciones armadas.

Por tales consideraciones fueron condenados los generales retirados Cisneros Vizquerra, Alberto Arcinega (asilado del gobierno de Fujimori en Argentina y paradójicamente integrante del Consejo Supremo de Justicia Militar que condenó a Abimael Guzmán a cadena perpetua en 1992) y Germán Parra, imponiéndoles la pena de sesenta días de prisión, cuya ejecución suspendieron por concedérseles el beneficio de la condena condicional, "sujeto a las reglas de conducta previstas en el artículo 66 del

Código de Justicia Militar, abstenerse de ofender al Superior de palabra o mediante publicaciones de cualquier índole, bajo apercibimiento de hacerse efectiva la pena impuesta”.

En el caso del Gral. Jaime Salinas Sedó en cambio se resolvió así: que la pena de noventa días de prisión por los delitos de opinión se hiciese efectiva, habida cuenta que purga una condena por delito de rebelión, como se estudia más adelante.

De otro lado, cabe mencionar el proceso militar que se aperturó al Gral. Robles Espinoza por los delitos de falsedad, desobediencia y otros, por la denuncia pública que formuló en mayo de 1993 ante los medios de comunicación, sobre la organización y perpetración de delitos contra los derechos humanos contra un profesor y nueve estudiante de la Universidad La Cantuta, por parte de un grupo de militares de alta y mediana graduación, a quienes identificó plenamente, Gral. Rivera Lazo, Coronel Navarro Páez, mayores Martín Rivas, Pichilingue Guevara, entre otros. En esas circunstancias, el Gral. Robles y dos de sus hijos también militares del ejército, recibieron el asilo del gobierno de la Argentina. Un año después, a mediados de 1994, dichos militares fueron procesados y encontrados culpables de los delitos de función –abuso de autoridad– como ya se ha visto; quedando pendiente el mandato de detención si regresa al territorio peruano.

En lo que va del año de 1995, el fuero privativo militar continúa proscribiendo judicialmente el derecho a la libertad de expresión. Así, a raíz de las declaraciones del Gral. de Brigada en retiro Walter Ledesma Rebaza a la revista *Caretas*, del Gral. de División en retiro Carlos Mauricio Agurto y del Capitán de Navío en retiro de la Marina de Guerra Luis Mellet Castillo en un canal de televisión, en calidad de expertos sobre asuntos de seguridad y defensa, por haberse pronunciado sobre el reciente conflicto militar fronterizo con el Ecuador, han recibido la orden de detención definitiva por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Supuestamente, en el primer caso por “haber vertido declaraciones empleando un lenguaje que ofende a nuestras Fuerzas Armadas, pretendiendo con ello socavar su prestigio, moral y disciplina, al desvalorizar su actuación en la conducción de las operaciones militares con el Ecuador”, al haber “exaltado la figura del General ecuatoriano Moncayo”. En el



segundo caso, por opinar sobre el conflicto con el Ecuador, afectando el prestigio y la disciplina de las Fuerzas Armadas, de manera que se tipifica el delito de infidencia y de ultraje a la nación y a las Fuerzas Armadas. En el tercer caso, el marino Mellet opina sobre posibles procedimientos que deberán seguir las Fuerzas Armadas peruanas en caso de desatarse una guerra con el Ecuador. Los dos militares del Ejército constituyeron parte del equipo de asesores del ex-candidato presidencial Javier Pérez de Cuellar, más aún el Gral. Mauricio Agurto fue candidato al Congreso en las pasadas elecciones políticas del 9 abril.

## **2.2. Análisis**

De acuerdo a la Constitución de 1979, art. 2º, inc. 20, f) y a la Constitución de 1993, art. 2º, inc. 3, no hay delito de opinión; pero sí reconocen el delito cometido por medio de la prensa que se tipifica en el Código Penal y se juzga en el fuero común, según el art. 2º, inc. 4 de la Constitución de 1993. Ahora, estos derechos y eventuales sanciones corresponden a todas las personas, ya que son derechos fundamentales de los hombres; más aún, la propia Constitución no ha establecido excepción o limitación específica alguna en relación a los militares. Entonces, mal puede una ley, llámese Código de Justicia Militar o Reglamento Militar desconocer dichos derechos constitucionales.

En efecto, el Reglamento de Servicio General en Guarnición del 29 de abril de 1963, señala que los oficiales en disposición o retiro no podrán declarar a la prensa, radio o televisión a nombre de las Fuerzas Armadas, sin previa autorización de las autoridades militares. Este Reglamento viola así, no sólo el art. 2º inc. 4 de la Constitución de 1993, sino también los arts. 51 y 138 de la misma Constitución, que consagra el principio de la supremacía constitucional y el de la preferencia de la norma constitucional sobre la norma legal, y así sucesivamente.

De modo que las normas estatutarias militares y la aplicación que se hace de ellas, no son autónomas del control jurisdiccional constitucional difuso y concentrado; por el principio de la supremacía constitucional que subordina inclusive a la legislación, administración y jurisdicción militares. En tal sentido, la Ley de Situación Militar, Dec. Leg. N° 752, señala en su art. 12 que: “los oficiales en situación de actividad y/o disponibilidad están

sujetos al Código de Justicia Militar”, mientras que los oficiales en situación de retiro: “ejercerán sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú sin limitación alguna”, según el art. 70 del mencionado Decreto Legislativo. Asimismo, el art. 53 de esta norma, define la situación de retiro, como “la situación del oficial que se encuentra fuera de las situaciones de actividad y de disponibilidad, apartado definitivamente del servicio”. Se desprende que los delitos de función no son cometidos por los militares en retiro.

De otro lado, es del caso señalar que los militares retirados denunciados no ejercieron sus derechos de libertad de expresión en nombre de las Fuerzas Armadas, sino que opinaron a título personal sobre ellas, lo cual es muy diferente. Algo más, en un ejercicio de lógica elemental, un militar una vez retirado tiene derecho de gozar y ejercer sus derechos políticos como cualquier ciudadano, es decir podría ser un candidato al Congreso —como en los casos de los generales Cisneros Vizquerra, Carlos Mauricio o Gastón Ibáñez O’Brien— o a la Presidencia de la República por ejemplo, cómo no va a poder gozar y ejercer del derecho a la libertad de expresión para hacer su campaña política, y luego si es elegido cómo no va a poder expresarse libremente en cualquier medio de comunicación, para deliberar sobre la mejor organización de una institución constitucional como las Fuerzas Armadas. Aquí hay una ignorancia de lo que significa el sufragio activo y el sufragio pasivo de los paisanos y de los militares.

Ahora, un tema realmente preocupante es que la justicia militar viene asumiendo una errada opción subjetiva, para determinar a partir del Código de Justicia Militar y un reglamento militar de guarniciones pre-constitucional, su competencia jurisdiccional sobre el personal militar que ha servido a las Fuerzas Armadas, y no a partir de la Constitución Política del Perú.

En el presente caso, los jueces militares han realizado una ficción legal absolutamente innecesaria al considerar como militares a oficiales que al ser retirados por límite de edad o cualquier otra condición, se han convertido en civiles con todos los derechos políticos de rango constitucional de cualquier ciudadano peruano, entre otros el de gozar del derecho de opinión y la libertad de expresión, de conformidad con el art. 70 del Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de 1991. Ahora, si bien los militares retirados tienen grados y honores de por vida, no por ello

están sujetos a la jurisdicción militar, por lo actos civiles y políticos que realizan.

En tal sentido, las declaraciones de los generales retirados Cisneros Vizquerra, Germán Parra, Alberto Arciniegas, Jaime Salinas Sedó y en particular las denuncias de Rodolfo Robles posteriormente probadas por el propio fuero militar en el caso La Cantuta, así como las últimas declaraciones de los generales en retiro Ledesma Rebaza, Mauricio Agurto y el marino Mellet Castillo, no pueden constituir delito alguno, por cuanto en el Perú no hay delito de opinión y en el supuesto de que en virtud del derecho a la libertad de expresión se haya violado la ley –delito de prensa– los juicios son siempre ante el fuero común y no ante el fuero militar, según el art. 2º, inc. 4 de la Constitución.

Finalmente, el hecho de que hubiese estado de emergencia la provincia de Lima en la época en que se realizaron dichas declaraciones, no implicaba que estuviese suspendido el derecho a la libertad de expresión, porque el art. 231, inc 1 de la Constitución de 1979 –al igual que la actual Constitución, art. 137, inc. 1– que regulaba dicho estado de excepción, no alcanzaba a la suspensión de la libertad de expresión; sino, taxativa y limitadamente a los derechos relativos a la libertad y seguridad personal, inviolabilidad de domicilio, derecho de reunión pacífica y libertad de tránsito.

### **3. CASO DEL DERECHO DE INSURGENCIA DE LOS MILITARES DEL 13 DE NOVIEMBRE**

#### **3.1. Antecedentes**

Producido el autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992 por Alberto Fujimori con el apoyo de la cúpula militar, básicamente del Ejército, se quebrantaba el orden constitucional que había costado tanto recuperar al pueblo peruano en 1980. Desde el autogolpe de Estado, las Fuerzas Armadas quedaron sometidas a un proyecto político neoliberal camuflado detrás de las banderas de la lucha contra la subversión.

A partir de la ruptura de la disciplina de las Fuerzas Armadas en relación al poder constitucional, se apoderó la politización de las instituciones militares a través de sus altos mandos, asumiendo posturas deliberantes

en asuntos políticos –como el comunicado de apoyo que emiten al “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”– y ejerciendo un poderoso poder informal del Servicio de Inteligencia Nacional, a través de personajes como el ex-capitán Vladimiro Montesinos; creando la discordia entre las distintas armas y en particular en el seno del Ejército.

La postura deliberante de los miembros de las Fuerzas Armadas, se va incorporando indirectamente, en virtud de la lucha antisubversiva llevada a cabo por el Estado. Así, mediante Ley N° 24150, en 1985 se crearon los controvertidos comandos político-militares, transfiriéndoles funciones políticas propias de las autoridades electas y de los funcionarios del gobierno; facultándoles a conducir las acciones de desarrollo en la zona de emergencia bajo la jurisdicción, donde controlaban el orden interno.

Producto de estas circunstancias nacionales e institucionales, el Gral. Jaime Salinas Sedó y otros militares en actividad y en retiro son detenidos la noche del 13 de noviembre de 1992, por realizar actos preparatorios para el restablecimiento del orden constitucional, de conformidad con el art. 82 de la Constitución de 1979, que señalaba que: “el pueblo tiene derecho de insurgir en defensa del orden constitucional”. Mientras que el Presidente Alberto Fujimori y su familia se refugiaban, preventivamente durante dicha madrugada, en la casa del Embajador del Japón.

La imputación general del gobierno contra los “militares constitucionalistas” fue por el planeamiento del delito de rebelión, y la imputación específica fue por el delito de tentativa de homicidio contra el Ing. Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos en su condición de asesor presidencial en asuntos militares. Las pruebas era la delación de uno de los iniciales conspiradores.

De otro lado, se les incriminó el delito de negligencia a militares que sin participar en lo hechos del trece de noviembre, supuestamente tuvieron conocimiento de ello sin dar parte a sus superiores; asimismo, a algunos militares se les denunció también por los delitos contra la administración de justicia e insulto al superior.

### **3.2. Análisis**

La Sala de Guerra condena a los reos de una manera genérica imponiéndoles penas estandarizadas –altas o bajas– sin atender necesi-

riamente a la responsabilidad en cada caso particular. Asimismo, se les condena bajo un supuesto criterio de responsabilidad objetiva, sin las evidencias que hubiesen demostrado la culpabilidad y la tipicidad de la comisión de un delito.

De esta manera se llega a condenar a los militares por haber realizado actos preparatorios del ejercicio del derecho de insurgencia y de defensa de la Constitución, previstos en los arts. 82, 278 y 307 de la Constitución de 1979. Otros militares son condenados por estar vinculados tangencial y accidentalmente con los hechos, como ser superiores de algunos de los insurgentes, aún cuando aquellos no hubiesen tenido ninguna participación en la elaboración de las hipótesis preparatorias para el restablecimiento del orden constitucional. En efecto, no basta para la sanción penal militar la simple invocación de los motivos que la justifiquen, sino el razonamiento y las evidencias que justifiquen la sanción.

El proceso militar puso en evidencia la falta de independencia y competencia de los jueces militares; por cuanto, tuvo un carácter marcadamente punitivo, es decir buscaba sancionar a los inculpados por la tentativa del ejercicio legítimo del derecho de insurgencia. De otro lado, se sancionan los delitos imputados con reparación patrimonial a favor del Ejército, constituyendo al mismo tiempo juez y parte en el proceso. Vinculado con esto, aparece como cuestionable la imparcialidad de los juzgadores.

En definitiva, en el presente caso entró en colisión el presunto delito de rebelión militar que reprime el Código de Justicia Militar con los actos preparatorios para el ejercicio del derecho de insurgencia que garantizaba el art. 82 de la Constitución de 1979: "... el pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional", pero sólo en los casos en que existiese un gobierno usurpador *-de facto-* como ocurría con el gobierno de Fujimori a partir del 5 de abril de 1992. Cabe recordar, por otro lado, que el art. 307 de la Constitución de 1979 señalaba que: "Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone...". Mandato de acción popular que la Constitución de 1993 ha eliminado.

Los militares-jueces prefirieron aplicar la ley penal-militar sobre la Constitución. De ahí que el intento frustrado del restablecimiento del orden

constitucional, puso a los militares constitucionalistas a merced de la justicia militar vindicativa, sin posibilidad alguna de revisión de dicha sentencia por parte de un tribunal o sala civil encargada de asuntos constitucionales, que hubiese actuado de acuerdo con: a) la naturaleza constitucional de los actos preparatorios para el restablecimiento del Estado de Derecho, b) el carácter cívico de las obligaciones o deberes constitucionales y, c) la subordinación del bien jurídico tutelado por la norma penal-militar a la norma constitucional.

La defensa judicial de los militares ha sido complementada con los pedidos ciudadanos y de representantes al Congreso para que se les otorgue amnistía o indulto, habiéndose logrado el indulto para nueve de los condenados; pero, persiste la negativa de otorgar libertad al Gral. Jaime Salinas Sedó y a otros militares institucionalistas, debido a la presión del poder político y militar sobre la justicia militar, pese a las demandas ciudadanas por la libertad de los militares constitucionalistas.

#### **4. CASO DEL DELITO DE TERRORISMO DEL INGENIERO RUIZ-CONEJO**

##### **4.1. Antecedentes**

Durante el gobierno *de facto* de Alberto Fujimori, en 1992, se dictaron un conjunto de decretos leyes, conocidos como la legislación penal de emergencia, que otorgó a las Fuerzas Armadas la responsabilidad de administrar justicia en los delitos de terrorismo que eran tipificados como de traición a la patria. A partir de esta legislación de emergencia, la práctica militar y policial se volvió altamente autónoma para aplicar dichas disposiciones, contrarias a los principios y derechos constitucionales expresamente garantizados para todos los procesados, en la Constitución de 1979.

Así, dicha legislación vulneraba el derecho a no ser detenido más de quince días en el caso de presuntos delitos de terrorismo para luego ser derivado al juez, el derecho a comunicarse desde la detención con un abogado; una vez que la policía presentaba los cargos contra el detenido por traición a la patria, se obligaba al fiscal militar a formular necesariamente denuncia y el detenido era enviado a un tribunal militar para su juzgamiento; se prohibía apelar ante el Consejo Supremo de Justicia Militar las sentencias condenatorias, a menos que fuese de treinta años o

más; se prohibió el derecho de recusar a los jueces militares, debido a que eran jueces anónimos conocidos como jueces "sin rostro".

De otro lado, se creó la posibilidad de condenar por delito de terrorismo a menores de quince hasta dieciocho años, se penalizó el delito de apología del terrorismo realizado en territorio de otros países por peruanos; asimismo, se consagró la hostilidad y desconfianza en la defensa legal prohibiendo a un mismo abogado defender más de un procesado por delito de terrorismo, y finalmente se permitía el juzgamiento y la condena en ausencia, entre otras disposiciones de emergencia.

Con este marco normativo del gobierno *de facto*, la ofensiva militar y policial logra detenciones a importantes líderes de Sendero Luminoso; sin embargo, el avance y los éxitos en la lucha antiterrorista dio lugar a que se cometan una serie de excesos, que no fueron o son la excepción. Así, el 12 de setiembre de 1992, el Ing. Miguel Ruíz-Conejo fue detenido en Lima por la Dirección contra el Terrorismo (DINCOTE), incautándosele dos computadoras, dos impresoras, una camioneta y una videograbadora.

El proceso penal contra Ruíz-Conejo dura quince días y se le imputó el delito de traición a la patria, por ser miembro de la organización terrorista Sendero Luminoso, con responsabilidad dirigencial; en particular, se le acusa de tener a su cargo la red de enlace entre la dirección de esa organización y los dirigentes de las diferentes instancias de apoyo organizativo. La prueba para ello fue que Ruíz-Conejo había otorgado una garantía bancaria a pedido de su amigo el Arquitecto Carlos Incháustegui que no llegó a utilizarla, pero que este con Maritza Garrido-Lecca habían alquilado una casa en Lima, que se prestaba de guarida del líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán y su entorno principal. Todos ellos fueron capturados también el doce de setiembre de ese año. Asimismo, que en una de las computadoras incautadas a Ruíz-Conejo se encontró información sobre la organización subversiva, pero el descargo fue que esa máquina era usada exclusivamente por Incháustegui.

La detención policial duró quince días y sólo se permitió la presencia de su abogado durante su manifestación y luego estuvo diez días absolutamente incomunicado y sin paradero conocido. La policía pasa el atestado a la justicia militar naval que se inhibe a favor de la justicia militar del Ejército, quien remite el expediente y el detenido a Arequipa el 1º de

octubre, al día siguiente se inicia el proceso y el detenido es trasladado al cuartel Manco Cápac en Puno. Su abogado es notificado de la apertura de instrucción el día 5 de octubre y al día siguiente recibe otra notificación en la que se solicita su presencia para tomarle la instructiva a su defendido.

El día 7 de octubre el juez militar condena a Ruíz-Conejo a cadena perpetua, siendo confirmada la sentencia por el Consejo de Guerra de Arequipa el 9 de octubre. La Sala Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar, el día 15 en Lima, declara haber nulidad, reformando la pena de cadena perpetua por la condena privativa de la libertad a treinta años.

#### **4.2. Análisis**

En este proceso militar a un civil se viola flagrantemente el derecho constitucional al juez natural al ser desviado de la competencia del juez de Lima para ser juzgado en Arequipa, y por haber estado detenido en un cuartel militar de Puno, en razón a consideraciones y directivas del alto mando militar; es decir que la justicia militar se convierte en un instrumento más de las operaciones militares estratégicas, vulnerando el principio de independencia de la función jurisdiccional militar, más aún si se juzgan a civiles.

La defensa legal de Ruíz-Conejo también se vulneró debido a que recibe en Lima una primera notificación judicial luego de diez días de estar desaparecido, en tanto se indica en forma inexacta el paradero del detenido, primero señalando Arequipa cuando estaba en Puno. Considerando el término de la distancia, de cientos de kilómetros entre dichas ciudades y desconociendo el paradero exacto del patrocinado, así como la extrema celeridad de las diligencias judiciales militares, se le vulneró el derecho de defensa mediante abogado en la primera instancia donde fue condenado a cadena perpetua.

Posteriormente, el derecho a defenderse en forma adecuada aportando pruebas que fundamenten su inocencia también le fue restringido, convirtiendo en nula toda posibilidad de una auténtica defensa. Al punto que en los considerandos de la sentencia de primera instancia se señala que "... las pruebas ofrecidas, en esta instancia, por el denunciado M.F. Ruíz-Conejo M. aparte de ser extemporáneas, resulta materialmente imposible de actuar en esta etapa del proceso de carácter sumarísimo...". Por otro lado, el Consejo de Guerra que confirma la sentencia de cadena perpetua,



hace mención también en los considerandos a los objetivos políticos del gobierno de Fujimori en la lucha antisubversiva, menciona los derechos fundamentales de todo procesado y algunos decretos leyes, pero no realiza una sustentación racional de su decisión, basada en los fundamentos de hecho y de derecho que motive la decisión judicial condenatoria.

En tal sentido, resultan violatorios los elementales principios constitucionales del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva –art. 139, inc. 14–, que dada la gravedad de la acusación y de la pena pedida (cadena perpetua), no se le otorgase al acusado la oportunidad de que se defienda aportando pruebas de su inocencia. Asimismo, se viola el derecho a la certeza judicial, es decir a la motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales, garantizada en el art. 139, inc. 5 de la Constitución.

Por otra parte, la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar fundamentaba su resolución condenatoria a treinta años, en la existencia de “contactos subversivos” entre Ruíz-Conejo e Incháustegui, que no era otra cosa que relaciones de trabajo y la existencia de un archivo con información senderista en la computadora de su propiedad, pero manejada absolutamente por el Ing. Incháustegui que resultó ser miembro de Sendero Luminoso. Estas fueron las evidencias claves para declarar haber nulidad de la sentencia de cadena perpetua pero, reformándola por la de pena privativa de la libertad por treinta años.

Sin embargo, en noviembre de ese año, habiendo sido trasladado Ruíz-Conejo al penal de Yanamayo en Puno, donde estaban reclusos los altos mandos senderistas (SL) y emerretistas (MRTA), el propio Fiscal General Militar interpone de oficio recurso extraordinario de revisión a favor de Ruíz-Conejo ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, donde fue absuelto los primeros días del mes de diciembre, logrando así la absolución por el delito de traición a la patria. Pero, sin que exista requisitoria judicial alguna contra él, es puesto a disposición de la justicia penal ordinaria por delito de terrorismo sin aportar prueba alguna, para que ahí nuevamente sea juzgado, violándose el principio constitucional del *non bis in idem*, es decir que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, y el de la presunción de inocencia. Aquí se presumió lo contrario, es decir su eventual culpabilidad, salvo que demuestre su inocencia. En tal sentido, la Fiscalía Provincial penal no formalizó denuncia

penal y la Fiscalía Superior confirmó dicha resolución en enero de 1994, por considerar que no había mérito para la denuncia penal. Recobrando así, Ruíz-Conejo su libertad conculcada arbitrariamente luego de casi año y medio de injusta detención, procesamiento y condena.

## CONCLUSIONES

La justicia militar somete inconstitucionalmente los delitos comunes —como el asesinato— cometidos por sus miembros a su jurisdicción, asimismo procesa inconstitucionalmente a ciudadanos —militares en retiro— que ejercitan de sus derechos constitucionales a la libertad de expresión. De otro lado, procesa y condena a los militares que realizaron actos preparatorios para ejercer el derecho a la insurgencia contra un gobierno usurpador, y finalmente enjuicia y condena a un profesional civil —sometiéndolo un año y medio en prisión— por supuesto delito de terrorismo, demostrándose luego su inocencia absoluta.

El ámbito de la jurisdicción militar, en estricto, no debe ser lo militar, sino lo castrense; es decir que se debe hacer una estricta referencia al cuartel, campamento militar o a las relaciones de trabajo militares; de modo que las vinculaciones extrañas a ellas no deben estar sometidas a la justicia militar, salvo que cometan los delitos de traición a la patria y de terrorismo, de conformidad con el art. 173 de la Constitución. En tal sentido, las disposiciones legales con que se atribuyen asuntos o materias a la jurisdicción castrense deben ser interpretados restrictivamente.

Muchas de las regulaciones de las relaciones militares están bajo un *status* apartado y contrario a disposiciones jurídico supremas del Estado democrático de derecho, como es el caso del Reglamento General de Servicio en Guarnición de 1963, entre otros. En consecuencia, debe revisarse el contenido normativo del Derecho militar y subordinarlo al Derecho Constitucional, en tanto que como sub-ordenamiento jurídico constitucional, debe estar integrado al ordenamiento constitucional y, en definitiva, hay que interpretarlo de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional.

Bajo los estados de excepción se rechaza la aplicación de la justicia militar a los civiles; debido a que si los militares están encargados de diseñar y ejecutar la lucha antisubversiva, no es razonable que también se constituyan en jueces de sus enemigos. En todo caso, las condenas

deberían ser revisadas por una Sala de la Corte Suprema de Justicia, integrada por magistrados constitucionalistas, penalistas y castrenses, siendo únicamente estos últimos magistrados militares; con el título de abogado lo cual requerirá de una reforma constitucional<sup>131 bis</sup>.

Apoyados en Héctor Fix-Zamudio diremos que: "La misma intranquilidad políticosocial..., ha provocado la intervención de la justicia militar en las situaciones de emergencia, afectando de manera evidente el derecho fundamental al juez natural, pues sin existir propiamente un estado de guerra, se somete a los civiles a los propios tribunales castrenses, cuando han incurrido en ciertos delitos de tipo político, especialmente los de rebelión o de trastornos al orden público, y en esta dirección advertimos nuevamente el ejemplo doloroso de Latinoamérica, aun cuando no sea el único"<sup>131 ter</sup>.

Finalmente, los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso legal fueron violados en estos procesos judiciales militares, de la siguiente manera: derecho a ser informado de la acusación, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho al juez natural, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la certeza judicial, derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito y finalmente derecho a la igualdad de las partes en un proceso. Por de pronto, auguramos un cambio para los efectos que los paisanos no sean juzgados en el fuero militar, el mismo que está compuesto, básicamente, por profesionales de las armas. Hay fuerzas y voluntad para acometer tal empresa<sup>132</sup>. De esa forma, la jurisdicción militar no se encontrará en situaciones embarazosas, ni mucho menos afrontará ataques incendiarios.

---

(131 bis) Véase las reflexiones que realiza Jorge Reinaldo VANOSI, en su artículo: "El sometimiento de los civiles a los tribunales militares", *El Derecho*, N° 5237, Bs. As., 2 de junio de 1981, pp. 1-6.

(131 ter) Cfr. *Protección jurídica de los derechos humanos (Estudios comparativos)*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 1991, p. 51.

(132) Pensamos que con motivo de la creación del "Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, como organismo dependiente de la Presidencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, con la finalidad de preparar y perfeccionar al personal del Cuerpo Jurídico Militar", (Ley N° 26677, art. 7°) se garantizarán los derechos de los justiciables, sean civiles, policías o militares.



# Las Fuerzas Armadas en la Constitución del Uruguay

MIGUEL ANGEL SEMINO

*Universidad de la República Oriental del Uruguay  
(Uruguay)*

**SUMARIO:** 1. Preliminares. 2. Estatuto Jurídico. 3. La Jurisdicción Militar. Apéndice.

## 1. PRELIMINARES

De manera sintética expondremos en este trabajo cuál es el “estatuto jurídico” de los integrantes de las Fuerzas Armadas, según está regulado por la Constitución uruguaya vigente (1967). A su vez, formularemos algunas breves consideraciones referidas a la Justicia Militar, también desde la perspectiva del Derecho Constitucional. Trataremos, en lo posible, de atenernos a los textos de derecho positivo, sin desviarnos hacia los aspectos predominantemente doctrinarios de la materia en cuestión, habida cuenta del simple carácter de divulgación jurídica –sin pretensiones de erudición académica– que deseamos imprimirle a estas páginas, en homenaje al Dr. Domingo García Belaunde.

## 2. ESTATUTO JURIDICO

A) En primer lugar, debemos señalar que los militares son ciudadanos con iguales derechos cívicos que los demás del país, salvo determinadas y específicas restricciones a los mismos que se derivan de su peculiar carácter profesional y que alcanzan también a otras clases de ciudadanos

por similares razones (por ejemplo jueces, policías). Por ello es que los militares tienen el derecho –y la obligación– de votar. No siempre fueron así las cosas, sin embargo.

La Constitución de 1830 suspendía la ciudadanía por la condición de “simple soldado de línea”, y aunque permitía votar a los oficiales les vedaba ser electos diputados o senadores si estaban en actividad. La Constitución de 1934 –en forma curiosa, pero con la intención de evitar “filtraciones” legislativas– mantenía la suspensión con el siguiente texto: “Por la condición de soldado de línea, sea distinguido, músico, corneta, trompa, tambor, apuntador o de cualquier otra denominación, de carácter inferior a la de cabo, con excepción de los alumnos de las academias militares”.

Recién con la Constitución vigente es que los militares de línea (la tropa) se ven libres de la “*capitis diminutio*” sancionada en 1830 (los oficiales siempre pudieron votar). Sin embargo, es obvio que por su carácter de integrantes de un cuerpo obediente, jerarquizado y armado no pueden ejercer sus derechos políticos con la misma libertad o amplitud que un ciudadano común. Atento a ello es que la Constitución les prohíbe cualquier tipo de actividad partidista y proselitista (art. 77, inc. 4°). Solamente pueden votar, que es lo fundamental.

Ahora bien, para el caso de que los militares en actividad decidan presentar su candidatura al Parlamento (lo que les está permitido desde la Constitución de 1918) deberán renunciar y cesar en sus cargos con tres meses de anticipación al acto electoral. Si son electos, conservarán el grado, pero mientras duren sus funciones legislativas no podrán ser ascendidos, estarán exentos de toda subordinación jerárquica y no se les computará el período de legisladores a los efectos de la antigüedad para el ascenso (arts. 91, inc. 20., 92, 99 y 100). La racionalidad de estas disposiciones no requiere, nos parece, mayores explicaciones.

B) Los militares, cualquiera sea su rango, son funcionarios estatales y, por tanto, están sometidos a un régimen estatutario, como los demás servidores públicos. Sin embargo, las mismas razones tenidas en cuenta para limitarles el goce de ciertos derechos constitucionales –a las que antes hemos aludido– inciden para que se les exceptúe –junto con los jueces, los diplomáticos y los policías– de las normas generales establecidas por el denominado “Estatuto del Funcionario”, que se aprueba mediante una ley (art. 59).

Todo lo que se vincule con la carrera militar, obligaciones, derechos y responsabilidades está regido por las leyes orgánicas de cada arma y por los respectivos códigos penales (sustancial y adjetivo). Sin perjuicio de ello, la Constitución se ocupa específicamente del modo de ascender a las más altas jerarquías de las FF.AA. El Poder Ejecutivo necesita, para conceder los ascensos a partir del grado de coronel –o su equivalente– la venia del Senado o en su receso, de la Comisión Permanente (art. 168, inc. 11).

C) Por último, la Constitución se ocupa de disponer acerca de algunas actividades propias de las fuerzas armadas pagando tributo a un reglamentarismo excesivo que suele crear frecuentes problemas interpretativos. Por ejemplo, los incisos 8, 11 y 12 del artículo 85 –sobre la competencia del Poder Legislativo– dicen, respectivamente: “Designar todos los años la fuerza armada necesaria. Los efectivos militares sólo podrán ser aumentados por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”. “Permitir o prohibir que entren tropas extranjeras en el territorio de la República, determinando, para el primer caso, el tiempo en que deban salir de él. Se exceptúan las fuerzas que entran al solo efecto de rendir honores, cuya entrada será autorizada por el Poder Ejecutivo”. “Negar o conceder la salida de fuerzas nacionales fuera de la República, señalando, para este caso, el tiempo de su regreso a ella”. Cualquiera se da cuenta que estas disposiciones –heredadas del siglo pasado– son de muy difícil aplicación literal en los tiempos que corren. Pero, tampoco puede ignorarse que están totalmente vigentes.

### 3. LA JURISDICCION MILITAR

Inspirado en la Constitución española de 1931, el artículo 253 de la Constitución establece: “La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra.

Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria”.

Este texto ha suscitado numerosas controversias doctrinarias y jurisprudenciales acerca del verdadero alcance de la jurisdicción militar. No es del caso exponerlas en este trabajo donde, principalmente, plantharemos algunas cuestiones relacionadas con su hermenéutica (*Vid.* Apéndice).

Antes que nada es bueno poner de relevancia que la jurisdicción militar es de carácter excepcional: el giro “queda limitada” así lo demuestra. Dicha excepcionalidad deberá ser tenida muy en cuenta por el intérprete y –a los efectos prácticos– por el legislador. También, conviene resaltar que la Constitución prevé exclusivamente dos hipótesis de aplicación de las normas y tribunales castrenses: el caso de los delitos militares y el caso del estado de guerra.

¿Qué son los “delitos militares”? En nuestro país, mayoritariamente, se sostiene que configuran tales delitos aquellas conductas o actos que solamente pueden ser cometidos por militares. Por ejemplo, desertar, insubordinarse. Es claro que un civil está inhabilitado, por su propia condición, para incurrir en esas actitudes. Por tanto, no alcanza con que el delito esté tipificado en los códigos militares. Si puede también ser cometido por un civil (por ejemplo homicidio, hurto) no deberá ser considerado delito militar.

Del texto constitucional se desprende que los militares pueden ser sujetos activos de delitos militares y de delitos comunes (inc. 20.) Por el contrario, los civiles nunca podrán cometer delitos militares. A su vez, los delitos comunes cometidos por militares en “tiempo de paz” habrán de ser juzgados por los tribunales ordinarios (civiles). Adviértase que para la Constitución no interesa que dichas infracciones penales se hayan cometido en recintos o zonas militares (cuarteles, bases navales o aeronáuticas) para substraer su conocimiento a la justicia civil: ésta será siempre competente en la especie.

Estas conclusiones –aceptadas por lo común sin mayores discrepancias– pueden sufrir variantes en la hipótesis de que se haya decretado “el estado de guerra”. Para el caso de los militares, la novedad se vincularía a la comisión de delitos comunes: ¿quién debe juzgarlos? El artículo pertinente permite que una interpretación “a contrario” nos lleve a sostener que en el caso planteado también serían competentes los tribunales militares. La misma solución creemos que se impondría mediante una interpretación teleológica.

En cuanto a los civiles, el asunto es más complejo porque, como hemos señalado, no pueden cometer delitos militares. Entonces, la interrogante –grave, por cierto– se planteará cuando un civil sea agente activo de



un delito común en una situación de “estado de guerra” (por ejemplo rapiña, violación). En tal caso ¿caerá bajo la jurisdicción militar? Si la respuesta es afirmativa ¿no estaremos aplicando un régimen de “ley marcial” que, en principio, no tiene asidero constitucional?

El tema ha sido muy discutido, especialmente durante los años en que para enfrentar a un movimiento subversivo el Parlamento decretó un “estado de guerra interno” de harto discutible constitucionalidad. Analizar aquí la polémica doctrinaria –y obviamente política– excedería los precisos y modestos límites que nos hemos trazado al escribir estas líneas.

## APENDICE

Sentencia Nro. I-320

Ministro Redactor:  
Dr. Nelson García Otero

Montevideo, veinte de junio de mil novecientos noventa y uno

Vistos:

para sentencia estos autos caratulados: “GODOY OVIEDO Víctor” Su muerte.- Contienda de competencia, Ficha 133/90.-

Resultando:

1º. Que el 26 de mayo de 1989, el soldado de primera Daniel Alcoba Espinosa, estando en servicio en el Batallón de Infantería N° 13, al manipular un fusil, arma de reglamento, se le disparó un tiro que ocasionó la muerte de su compañero el soldado de primera Víctor Godoy Oviedo.-

2º. Que habiendo dado cuenta la autoridad militar al Juzgado Militar de Instrucción de 3er. turno, éste, por resolución de fs. 49 a 51 del acordonado, F. 27/89, dispuso el procesamiento de Alcoba Espinosa por los delitos de homicidio culpable y desobediencia por incumplimiento de una orden. Concluido el sumario, se elevaron los autos al Juzgado Militar de Primera Instancia de 2do. turno, que el 12 de diciembre de 1989 dispuso la excarcelación del imputado, autos agregados F. 37/89.-

3º. Que por su parte la Dirección de Seguridad de la Jefatura de Policía de Montevideo, comunicó lo ocurrido al Sr. Juez de Primera Instancia en lo Penal de 8o. turno, que, por resolución de fs. 15 vto., solicitó a la sede militar

la remisión de los autos a su conocimiento y que se inhibiese de seguir conociendo en la causa.-

4º. Que el Sr. Juez Militar de Primera Instancia de 2o. turno, entendiendo que en el caso el delito mayor, homicidio culpable debe ser considerado delito militar, con arreglo al art. 59 Na1. 3o., Código Penal Militar, no hizo lugar a lo solicitado por el Juez Penal de 8o. turno.-

5º. Quedó así formalizada la contienda de competencia, elevándose los autos a la Suprema Corte de Justicia, fs. 24 y 25, la que, debidamente integrada por los Sres. Conjuces Militares, con arreglo al art. 59, Código del Proceso Penal, luego de oír al Sr. Fiscal de Corte, que aconsejó declarar competente al Sr. Juez en lo Penal de 8o. turno, acordó por mayoría legal la presente sentencia.

Considerando I.-

Que el objeto de la presente decisión refiere en exclusividad al tema competencial, y, por tanto, no supone ningún pronunciamiento respecto a la eventual responsabilidad penal del encausado Alcoba Espinosa.

Considerando II.-

Que la contienda de autos debe resolverse en función del alcance que se otorgue al concepto de delito militar, en función de lo que dispone el art. 253 de la Constitución, que expresa: "La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra".-

"Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria".-

Que la mayoría de la Corte integrada, reiterará la tesis que expusiera en sus fallos 464 de 19/11/1986; 486 de 26/11/1986;; 487 de 26/11/1986 y 218 de 28/7/1986.-

Se dijo en este último: "El art. 168, de la ley Nº. 15750, de 24 de junio de 1985 estableció expresamente que el *Poder Judicial se regulará por lo dispuesto en la sección XV de la Constitución.*- En consecuencia la Corte, integrante de ese Poder, resolverá necesariamente el presente caso por aplicación de las disposiciones constitucionales referidas.

"Toda otra norma -cualquiera fuere su rango- no es aplicable en esta sentencia en función de lo antes expuesto, pues la ley Nº 15.750 derogó leyes (lo que incluye códigos) que tuvieran otro alcance. Y la Constitución se aplica necesariamente para el Poder Judicial, con prescindencia de regímenes institucionales anteriores.-

“5- La Justicia Militar no sólo no integra el Poder Judicial, sino que aún con previsión constitucional, es un servicio de las fuerzas armadas, dependientes del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa Nacional, como lo estableció expresamente éste, en comunicado de fecha 8 de noviembre de 1985, al rechazar críticas fundamentales en la nominación para dicho servicio de personas de más de 70 años.-

“Esta tesis tiene el aval de nuestra mejor doctrina, y al respecto cabe remitirse a las enseñanzas de Vescovi, (*Derecho Procesal Civil*, tomo I, págs. 160 a 162), cuyas expresiones si bien no se transcriben por razones de brevedad, deben considerarse integrando los fundamentos de esta resolución.-

Considerando II. *El fondo del asunto.*-

“6- Por lo expuesto, la única norma aplicable para resolver la cuestión competencial en trámite es el art. 253 de la Constitución, ya que no están vigentes normas legales o de otro rango que puedan oponérsele.-

“Para investigar el alcance de ese precepto constitucional, como el de los demás del mismo tipo, nuestra tradición jurídica ha seguido dos caminos, no excluyentes, pero tampoco similares. Por uno, se intenta descifrar el alcance normativo de un texto constitucional a través de una investigación de tipo histórico sobre sus orígenes y propósitos. Por el otro, se procura un análisis sistemático del precepto, para determinar dogmáticamente su mandato normativo. Por las razones que se expondrán, en el presente caso los dos caminos arriban a la misma meta.-

“7- En materia de competencias personales siguiendo la tradición jurídica española, fuente históricamente primaria de nuestro ordenamiento, que la reforma Carolina limitó pero no excluyó, el país aceptó inicialmente sin reservas, la pluralidad de jurisdicciones, en especial, por razones que se verán, la eclesiástica y militar. Así los arts. 767 y 768 del Código de Procedimiento Civil, sancionado en enero de 1878 y los arts. 30 a 32 del Código de Instrucción Criminal aprobado en diciembre de ese año 1878, regulan los conflictos competenciales entre justicia ordinaria o común y las especiales como la militar y la eclesiástica. Lo que necesariamente suponía la derogación de la vieja ley de 6 de marzo de 1838, cuyo art. 1º, declaraba abolido todo fuero personal en las causas civiles y criminales.-

“Es un hecho histórico indiscutido que la colonización española se realizó por la fuerza armada y en nombre de la fe.- Por consecuencia necesaria, el poder fundamental, la Corona española, sólo ejercía aquí sus prerrogativas con apoyo militar y eclesiástico, lo que otorgaba a estos medios, distancias mediante, un poder absoluto. Cuando a principios del siglo XIX los

descendientes locales de los conquistadores buscan y logran la independencia respecto a España lo hacen necesariamente mediante la victoria militar, con lo cual este estamento sigue asumiendo rol decisivo en la vida del país.-

“Por aquella época, sólo el espíritu constructor de Artigas advirtió algunas negativas secuelas que ese predominio tendría para la soberanía popular único basamento legítimo de toda constitucionalidad y por eso instruyó a sus constituyentes de 1813 previniéndolos en los términos de su Instrucción N<sup>o</sup> 18.-

“La Carta matriz de 1830, pese a establecer en sus arts. 4<sup>o</sup> y 132 la radical soberanía popular y la igualdad ante la ley, consagrando principios que no se compadecían con el privilegio que suponía el fuero militar o eclesiástico, no prohibió o reglamentó estos.-

“El art. 10 de la ley de matrimonio civil obligatorio de 22/V/1885, dejó sin contenido la jurisdicción eclesiástica, pero la legislación penal y procesal militar siguió regulando una competencia especial a su respecto.-

“La Carta constitucional de 1918, repitiendo los principios de soberanía popular e igualdad ante la ley, arts. 4<sup>o</sup> y 148, no abordó tampoco el tema de la jurisdicción militar, lo que sí hizo el constituyente de 1934, al sancionar el art. 229 de la Carta de esa fecha.-

“Como enseña Jiménez de Aréchaga, (*La Constitución Nacional*, tomo II, págs. 155 y sgts.), el principio de igualdad ante la ley “En primer lugar importa la prohibición de que se establezcan fueros y leyes especiales para determinadas personas, salvo reserva contenida en la propia Constitución. La igualdad ante las leyes supone, desde este primer punto de vista, que todas las personas deberán ser juzgadas en aplicación de las mismas leyes y por medio de los mismos jueces, sin atención a calidades o circunstancias especiales, en cuanto la Constitución no haya hecho reserva especial. Debemos recordar que la Constitución, por el art. 226, previene la existencia de una jurisdicción militar. Fuera de este caso, fuera del caso especial de los militares, que están sometidos a leyes y jueces distintos, todos los demás habitantes de la República están sometidos a las mismas leyes y a los mismos jueces”.-

“Es bien conocido el proceso de sanción del art. 229 de la Constitución de 1934 para repetirlo ahora. Alcanza con remitirse a las lecciones de Jiménez de Aréchaga, tomo VIII, págs. 135 a 142. Comenzado con un proyecto de eliminación total de la jurisdicción militar, se llegó a la fórmula final, manteniendo, lo que es indiscutible, un concepto hartamente restringido de la misma, limitada sólo a los delitos militares y al estado de guerra, con aclaración expresa que los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz son sometidos a la justicia ordinaria con independencia del lugar de comisión.

“El nuevo precepto constitucional daba así forma definitiva al principio de igualdad ante la ley que regía desde 1830. Esta somera encuesta sobre el desarrollo histórico de los preceptos a aplicar conduce, necesaria y exclusivamente, a una noción muy estricta del delito militar, único reservado a la justicia militar en tiempo de paz.

“8-Si la visión histórico jurídico de la norma conduce a ese resultado, la investigación dogmática de la misma arriba a igual conclusión.

“La norma constitucional, ahora con el número 253, distingue delito militar de delito común. Para esta hipótesis de delito común, sólo rige la jurisdicción ordinaria, aunque el autor sea militar y aunque se haya cometido el mismo en sede militar, “cualquiera sea el lugar donde se cometan”, dice el texto.-

“*Esta aclaración constitucional es esencial para determinar el alcance del precepto.* El delito común cometido en lugar militar, o en cualquier otro, también es de jurisdicción ordinaria. Como en principio un militar, actuando en sede militar, debe estar ejerciendo funciones militares, lo que el precepto ordena con toda claridad es que un delito común, cometido por un militar en ejercicio de funciones militares queda regulado por la jurisdicción ordinaria. Lo cual demuestra que no se compadece con el ordenamiento constitucional la tesis que sostiene la existencia de delitos militares, aun siendo también comunes, cuando resultan de la ejecución de un acto funcional o de servicio. La Constitución aclara que el delito común cometido por militar, cualquiera sea el lugar de ejecución, por tanto también en sede militar, o sea en ejercicio de una función militar, queda sometido a la jurisdicción ordinaria.

“Como decían Arlas y Teitelbaum: “el delito militar supone la concurrencia de un doble ingrediente: un elemento subjetivo (el autor debe ser militar) y un elemento objetivo (el hecho u omisión debe consistir en la violación de un deber específicamente militar, en la que por consiguiente sólo puede recurrir quien reviste esa calidad” (*Estudios sobre la ley de seguridad del Estado y el orden interno*, págs. 24 y 26).

“Adela Reta y Ofelia Grezzi en su obra *Aspectos penales de la Ley de Seguridad del Estado*, pág. 106 y sgts. se pronuncian en términos coincidentes: “No nos cabe duda que el tema central del art. 253 de la Constitución es la jurisdicción. La solución que consagra surge del propio texto, de su ubicación sistemática y de sus antecedentes históricos que ilustran acerca de la “*ratio legis*”.-

“*La expresión “queda limitada”, indica que el Constituyente partió de una realidad –la existencia de la jurisdicción militar– y se propuso consagrar a nivel de Ley Suprema, su excepcionalidad y restringir el ámbito de sus atribuciones. En este sentido puso límites infranqueables a la libertad del legislador”.*

“La ubicación de la norma en el contexto de la Carta es otro elemento que conduce al intérprete a concluir que frente al Poder Judicial que asume esencialmente la función jurisdiccional, la jurisdicción militar constituye un ámbito excepcional impuesto por la necesidad, en el estado de guerra o por las características peculiares de uno de los servicios del Estado, la Institución Armada, en tiempo de paz”.

“Esta solución concuerda con la filosofía constitucional que responde al esquema demoliberal conforme al cual la persona humana es fin y fundamento del orden jurídico y que en el Derecho Patrio se expresa, entre otros mecanismos, por el de la separación de poderes, el sistema de garantías a los justiciables y el Derecho de éstos a ser juzgados por sus jueces naturales”.-

Y más adelante: “El legislador se encuentra condicionado por un doble mecanismo de contención: no puede considerar a la jurisdicción militar sino como jurisdicción de excepción y no puede concederle mayores atribuciones que las que resultan del texto de la Carta”.-

“Las atribuciones de la jurisdicción militar están referidas a su objeto específico o sea a la materia en la que entiende. Y es por ello que no puede admitirse que el constituyente haya dejado al legislador en absoluta libertad para decir qué conductas pueden ser calificadas de delito militar porque equivaldría a permitir la ampliación de sus atribuciones por vía indirecta”.-

“En este sentido la libertad de la potestad legislativa está reglada: puede el legislador tipificar delitos militares y someterlos a la jurisdicción militar pero en cuanto se ajusta a los cánones del art. 253. Todo otro delito considerado militar en función de criterios diferentes del constitucional no es materia de los excepcionales Tribunales Militares”.-

“Cuando la Constitución, en su citado art. 253 se refiere a delitos comunes, resuelve el problema de los delitos mixtos, ya que anteriormente a su vigencia, eran éstos los únicos delitos sometidos a la jurisdicción militar cuyo alcance el constituyente quiso limitar”.-

“El cercenamiento de atribuciones de la jurisdicción militar comprendió la totalidad de los doctrinariamente llamados delitos mixtos: o sea *rationae functionae*, *rationae loci* y *ratione personae*” (págs. 112 a 113).-

“La consecuencia de lo expuesto es que la jurisdicción militar queda, en tiempos de paz, exclusivamente limitada a los delitos militares, esto es, ciertas acciones u omisiones que no son punibles cuando el sujeto activo de las mismas es un civil. Lo que caracteriza al delito militar, en el ordenamiento constitucional, *relativo a la jurisdicción en tiempo de paz*, es que se trata de hechos que sólo son punibles cuando el autor es un militar y por su calidad de tal, por ejemplo la desertión o la insubordinación.-

“10-Esta interpretación lógico jurídico del texto constitucional tiene una larga tradición jurisprudencial en los fallos de la Suprema Corte de Justicia, que han establecido que no hay delito militar ni por la *calidad* del autor ni por el *lugar* de la comisión, lo que excluye también, como consecuencia lógica ineludible, que no puede ser militar un delito ordinario cometido en servicio. Para el ordenamiento constitucional, a los efectos de la jurisdicción y en tiempo de paz, sólo quedan sometidos a la jurisdicción militar los delitos ontológicamente militares, aquellos que sólo pueden cometer militares quebrantando preceptos exclusivos del ordenamiento militar, no del derecho común.

“Por la importancia del tema, y aun a riesgo de reiteración, se transcribirá lo que sentenció la Suprema Corte de Justicia en fallo N° 101 de 8 de octubre de 1956, manteniendo una decidida corriente jurisprudencial, (véase L. J. U. casos 739, 1620, 3090 y 3493).-

“Que la Suprema Corte, en casos análogos dijo : “II.- Que el art. 253 de la Carta vigente (art. 226 de la de 1942 y art. 229 de la de 1934) establece: La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria”. III.- Que es opinión de la Corte, en mayoría, que el contenido de la norma constitucional transcrita es preciso y terminante; su enunciado traduce claramente su propósito. Por el primer apartado mantiene la jurisdicción militar, pero circunscribiéndola en su competencia; las expresiones que usa el constituyente definen su alcance, son de un manifiesto e inequívoco sentido restrictivo, queda limitada a los delitos militares, es decir, conocerá de aquellas transgresiones que al decir de la Comisión redactora del Código Penal Militar “no provocan duda alguna, en cuanto a su filiación, se trata de normas especiales destinadas a asegurar la eficiencia del Ejército y la Armada, de tal modo extrañas en absoluto al derecho represivo, que si no se hallaran previstas por las leyes militares, no existiría el medio legal de imponer su cumplimiento con sanciones de orden punitivo (pág. XVIII, Edición Oficial). El que después generalice o amplíe esa competencia, por razones obvias, derivadas del estado de conmoción provocado por el estado de guerra, no tiene relevancia para el caso. En el segundo apartado se torna más manifiesto el propósito restrictivo de que se ha hecho referencia, cuando expresa que los *delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz* cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria. Luego pues, entiende la Corte, en mayoría, sin ninguna duda, que lo que el Constituyente quiso y estampó en la norma mencionada es que en tiempo de paz, todos los delitos comunes cometidos por militares, serán siempre de la competencia de la justicia ordinaria, y por ende, todo texto legal que contravenga ese firme y claro designio, vulnera la norma y así debe declararse.- IV.- Que la Corte no reputa legalmente

procedente que por la vía de la interpretación se amplíe el alcance del texto constitucional, ni tampoco estima eficaces para ese objeto las consideraciones de los señores Fiscales y ello por lo siguiente: A) Porque como ya tuvo ocasión de expresarlo, "el artículo 226 no define el delito militar ni el común porque no es necesario; basta que la transgresión se halle incluida en el Código Penal ordinario o en las leyes ordinarias, para que el delito sea común". Y si ese delito común el Código Penal Militar lo incluye como militar, su inclusión carece de eficacia porque frente a él se levanta el Código Penal ordinario que al prever y castigar esa transgresión ha declarado que ella es común. "El delito militar dentro de nuestro sistema constitucional sólo puede ser cometido por militares y, por consiguiente, sólo puede estar contemplado en el Código Penal Militar. Si además de este Código lo reprime el Código Penal ordinario, el delito es común, puesto que tanto puede cometerlo un civil como un militar. La ley no puede declarar que un delito común cometido por un militar debe ser juzgado por la Justicia Militar, porque la Constitución ha dicho que los delitos comunes cometidos por militares estarán sometidos a la justicia ordinaria", (sentencia de 8 de abril de 1949 dictada en la contienda de competencia suscitada en la causa seguida a Tolentino Ramos Rodríguez y Juan Domingo Morales)".-

"Este proceso de elaboración evidencia sin lugar a dudas, que se quiso limitar el ámbito de la jurisdicción militar a los delitos exclusiva y específicamente militares. Y que todos los delitos comunes cualquiera sean las circunstancias y lugar de su comisión son de competencia de la justicia ordinaria. La frase "cualquiera que sea el lugar donde se cometan", fue agregada con el manifiesto propósito de hacer más terminante la limitación consignada en el primer apartado y ratificada en el segundo. Y en manera alguna puede interpretarse, porque se contraría la intención de los constituyentes, reiteradamente expresada, en el sentido de que se quiso con ella excluir los delitos comunes que son asimilados a los militares por razones del lugar en que se cometen.

"Y por último, cabe destacar que la solución que proclama la Corte para el caso es la que preconiza también la doctrina y la cátedra. El Dr. Moretti, catedrático de nuestra Facultad, así se ha pronunciado. Y en igual forma lo hace el profesor de Derecho Constitucional Dr. Justino Jiménez de Aréchaga, cuando expresa: "Yo considero que la única diferencia que existe en cuanto al alcance de la jurisprudencia de los Tribunales Militares entre el tiempo de guerra y el tiempo de paz está dada por el hecho de que, en tiempo de guerra, los Tribunales Militares pueden juzgar a los militares por delitos comunes, mientras que, en tiempo de paz, los Tribunales Militares sólo pueden juzgar a los militares por delitos militares". "Por lo demás pienso que esta materia siempre debe tenderse a las interpretaciones restrictivas". "El régimen de los Tribunales Especiales es, para nuestro derecho, un régimen de excepción; y las excepciones deben siempre



interpretarse restrictivamente, tanto más en este caso, por cuanto el régimen excepcional de los Tribunales Militares representa para los presuntos infractores de las leyes, su sometimiento a jueces que ofrecen menos garantías que los jueces civiles y a un sistema procesal que indudablemente es menos protector de la libertad personal que el instituido por las leyes comunes”.- (*La Constitución Nacional*, Tomo VIII, pág. 141).-

Considerando III.-

Que aun invocándose la concurrencia entre un delito común (homicidio culpable) y uno militar *strictu sensu* (desobediencia por incumplimiento de una orden), siendo de mayor gravedad el homicidio culpable, es el que determina la competencia, con arreglo al propio art. 5° del Código Penal Militar.-

Por todo lo cual y los fundamentos acordes del Sr. Fiscal de Corte, la Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por mayoría legal Falla:

Declarar competente respecto a los hechos de autos al Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 8º turno, al que se remitirán las actuaciones con noticia del Sr. Juez Militar de Primera Instancia de 2º turno.

Dr. NELSON GARCIA OTERO  
Ministro de la Suprema  
Corte de Justicia

Dr. ARMANDO TOMMASINO  
Presidente de la Suprema  
Corte de Justicia

Dr. RAFAEL ADDIEGO BRUNO  
Ministro de la Suprema  
Corte de Justicia

Dr. LUIS TORELLO  
Ministro de la Suprema  
Corte de Justicia

Dr. JORGE A. MARABOTTO LUGARO  
Ministro de la Suprema  
Corte de Justicia

Tte. Gral. MANUEL E. BUADAS  
Miembro Integrante Militar de la  
Suprema Corte de Justicia

Discorde: Según explica la Comisión redactora del Código, para integrar el delito en el caso del inciso 3° del a.59 se

requieren cuatro elementos: “calidad de militar, vinculación funcional, lesión de un derecho individual militar, y que el hecho tenga por causa u origen el desempeño

del servicio". - Entiende que los delitos cometidos por militares en servicio contra la propiedad, domicilio y demás derechos individuales que preserva el Código Penal ordinario, pertenecientes a otros militares y realizados con motivo o por razón del servicio son delitos militares.-

- En la especie se dan los cuatro (elementos) extremos señalados por el codificador; existe la lesión de un derecho individual al tener éste la calidad de militar, en razón de pertenecer a un militar el derecho menoscabado la aplicación de la norma contenida en el inciso 3° del a.59 del Código Penal Militar se torna aplicable.-

- En principio la Constitución no ha definido el delito militar, sino que ha establecido simplemente que la jurisdicción alcanza a los delitos militares.-

Por consiguiente la determinación del concepto del delito militar es materia de la Ley Ordinaria.- La potestad del Poder Legislativo para legislar es de principio; sólo puede estar limitada esa facultad si media un texto constitucional claro y preciso.- En uso de esas facultades el legislador estima que son delitos militares no sólo los estrictamente militares, sino también los objetivamente militares que suponen la violación de un deber primordialmente militar o fundamentalmente militar.-

El categorizar ciertos delitos (de derecho común como delitos militares) se debe básicamente a la relevancia atribuida a la lesión del orden jurídico militar, lo que determina a someter a sus autores a la jurisdicción militar.-

El criterio respecto al concepto de delito militar, diferenciándolo del delito común es que el primero supone dos elementos: el subjetivo representado por la condición militar del agente, y el objetivo consistente en la violación de un deber militar, en la cual sólo puede incurrir quien reviste esa calidad.-

De suyo el acusado cometió los delitos de desobediencia, en la hipótesis prevista por el numeral 2° del a.37 del Código Penal Militar en concurrencia fuera de la reiteración, con homicidio culposo (artículos 56 y 314 del Código Penal ordinario), siendo a la vez de aplicación el a.45 del Código Penal Militar numeral 1° que establece: "Cuando la *desobediencia*, la irrespetuosidad, insubordinación, el motín o la rebelión fuesen acompañados de lesiones, *homicidio*, (figura a título expreso) o tentativa de homicidio, el hecho se castigará con la pena del delito más grave, pudiendo el aumento oscilar de la mitad a la unidad". - Es evidente que las normas citadas encierran una figura delictiva que sólo puede ser cometida por un militar, ya que se trata del quebrantamiento de preceptos exclusivos del ordenamiento militar, normas del derecho positivo vigente y por lo tanto aplicables, destinadas a asegurar la seguridad y eficiencia de las FFs. AAs., que si no se hallaran previstas por las leyes militares no existiría el medio legal de

imponer su cumplimiento con sanciones de orden punitivo.-

El hecho en sí no trata de una persona que involuntariamente por imprevisión, negligencia, ligereza, desconocimiento del manejo de un arma hiere a otro, dándole muerte.- Se trata sí de un militar que desobedeciendo las normas estrictas y puntuales que rigen el manejo de las armas en servicio, provoca un suceso mortal como el que contempla la causa.-

- Como dice el codificador, la regla suprema de las Fuerzas Armadas es la subordinación (disciplina y obediencia); sin ese principio no existe ni cohesión, ni orden, ni prestigio, ni espíritu de cuerpo, ni eficiencia técnica o material.

La obediencia debe revestir casi la fuerza de un dogma.-

- Por los fundamentos y las consideraciones expuestas entiendo que la contienda positiva de jurisdicción en trámite, debiera ser desestimada, declarando competente al Juzgado Militar de Primera Instancia de Segundo Turno.-

Cnel. (R) MANUEL PAGOLA  
Miembro Integrante Militar de la  
Suprema Corte de Justicia

Discorde: En consideración a lo siguiente:

- Se trata de determinar la competencia relacionada con los delitos cometidos por el Soldado de 1ra. Angel Daniel Alcoba Espinosa, planteada por el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Octavo Turno.-

- Del estudio de las actuaciones surge, que los delitos cometidos son de origen casual, pudiéndose descartar la más mínima intencionalidad y que fueron cometidos en concurrencia, fuera de la reiteración, pues la ejecución de uno, facilitó, o mejor aún, provocó la producción del otro.- En efecto, queda perfectamente comprobado, que ambos soldados, no cumplieron las más elementales normas reglamentarias para revistar sus armas, así como tampoco cumplieron las órdenes particulares expresas existentes, en cuanto a lugar y procedimientos a fin de realizar los requisitos necesarios, para ocupar su puesto de "Refuerzo de la Guardia", para la que estaban designados.

- Este hecho, pone en evidencia, que ambos soldados se hallaban: en lo que respecta a lugar, dentro del alojamiento de una Compañía de la Unidad Militar a que pertenecían, y en lo relacionado a motivo, cumpliendo un acto del servicio, emanado de una orden del mismo.-

- La Justicia Militar realizó las actuaciones correspondientes, procesando al autor del hecho, Sdo. Angel Daniel Alcoba Espinosa, por los delitos de "Homicidio Culposo (Código Penal ordinario Art. 314) en relación con

el Art. 59 numeral 3ro. del Código Penal Militar y “Desobediencia por incumplimiento de una orden sin intimación personal, Código Penal Militar Art. 37 numeral 2do.; por cuyos hechos, el Fiscal Militar de 1er. Turno, aconseja una pena de 12 meses de prisión.-

- El art. 5to. del Código Penal Militar, establece, que cuando un mismo sujeto, en casos de reiteración, tenga que responder por delitos comunes y militares, la jurisdicción se determina, por el delito más grave.- El Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Octavo Turno, determina, que el “Homicidio culpable, imputado al procesado, es más grave, que el delito militar acriminado en reiteración, al estar ese delito previsto en el Código Penal ordinario, por lo que atendiendo a lo establecido en el Art. 253 de la Constitución y 314 del Código Penal ordinario, promueve la “Contienda de Competencia”.-

- La Justicia Militar tuvo en cuenta lo establecido en el referido Art. 5to. del Código Penal Militar, lo que queda perfectamente demostrado, cuando en todas sus actuaciones, relacionadas con la “competencia”, se refiere al homicidio culposo.-

- Así mismo debe considerarse, que ambos delitos fueron cometidos en concurrencia y están ligados, de tal forma, que puede afirmarse, que uno es consecuencia del otro, así como también, la total falta de intencionalidad y la circunstancia especial, que ambos sujetos -de estado militar- actuaban dando cumplimiento a una orden y desempeñando su función del servicio.-

- Es de estimar, como de fundamental importancia, para tomar decisión en el presente caso, la determinación de si ambos actores, se hallaban de servicio o no, pues no pueden haber dudas con respecto a su estado militar y que actuaban en cumplimiento a una orden del servicio.-

- Además de lo ya expresado, es oportuno tomar en consideración, que la Guardia de Prevención, de la que formaban parte estos soldados en calidad de “refuerzo”, es el principal servicio interno, que cumplen las Unidades Militares; todos sus actos: toma del servicio, apostamientos, relevos, recibo de los refuerzos, etc., obedecen a un ceremonial perfectamente establecido, por disposiciones generales reglamentarias y particulares en cada Unidad, que significan un serio y formal acto del servicio.-

El Reglamento General de Servicio (para el Ejército) N° 21, cuando se refiere a la Guardia de Prevención, en el Capítulo III, la denomina “Servicio de Guardia”.-

- Con respecto a la actuación del occiso y del imputado, como se expresó anteriormente, obraron por su cuenta, sin respetar las normas reglamentarias, ni las particulares existentes, para la realización del acto del

servicio, para el que estaban designados, pero es de estimar, que ello significa una incorrección, pero no la inhibición del mismo.-

- El numeral 3ro. del Artículo 59 del Código Penal Militar establece, que se consideran delitos militares, "los delitos cometidos por militares en servicio, con detrimento de la propiedad, del domicilio, y de los demás derechos que protege el Código Penal ordinario, de otros militares, con motivo o por razón del servicio, salvo que se tratare de ataques a la integridad física, el honor o la libertad personal de un superior, en cuyo caso no requiere este último requisito".-

- Resumiendo el caso en estudio y en lo que tiene relación con el "Homicidio culposo" cometido por el Soldado Alcoba Espinosa, de acuerdo con lo expresado anteriormente, tenemos, que referente a ello, se dan las siguientes condicionantes: los delitos imputados, fueron cometidos inintencionalmente, en forma casual y concurrente; por un agente, que tiene la calidad de militar, que se hallaba de servicio y que lesionó un derecho individual, como es la vida, de otro militar.-

Todas estas circunstancias, llenan los requisitos exigidos, para que se ubique el citado delito, dentro de las condicionantes expresadas, en el anteriormente citado Artículo 59 inciso 3ro. del Código Penal Militar.-

- Por las consideraciones anteriormente expresadas, estimo, con respecto al conflicto de "Contienda Positiva de Competencia" planteada, que la resolución del mismo, corresponde resolverla a favor de la Justicia Militar.

Dr. JORGE T. LARRIEUX  
Secretario Letrado



# El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Universidad Central de Venezuela  
(Venezuela)

**SUMARIO:** Introducción. I. El sistema difuso de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. 1. Aproximación general al sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes. 2. La compatibilidad del sistema con todos los sistemas jurídicos. 3. La nulidad de los actos estatales inconstitucionales como garantía constitucional que fundamenta el control difuso. 4. El carácter incidental del método difuso y los poderes *ex-officio* de los jueces. 5. Los efectos de las decisiones en materia de control difuso de la constitucionalidad. A. El efecto *inter partes* de las decisiones judiciales. B. Los efectos declarativos de las decisiones judiciales. II. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela. 1. Aproximación general al sistema concentrado de control de constitucionalidad. 2. El carácter expreso del sistema concentrado de control de la constitucionalidad como garantía de la Constitución. 3. La anulabilidad de los actos estatales como garantía constitucional que fundamenta el control concentrado. 4. El carácter previo o posterior del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. A. El control preventivo de la constitucionalidad de las leyes. B. El control a *posteriori* de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango o valor de ley. 5. El carácter principal del sistema colombo-venezolano de control concentrado de la constitucionalidad y la acción popular. A. La situación general en el derecho comparado. B. La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela. C. La acción popular en Colombia. 6. El poder de iniciativa del control concentrado de la constitucionalidad y los poderes *ex-officio* del juez constitucional. 7. Los efectos de las decisiones en materia de control concentrado de la constitucionalidad. A. Los efectos *erga omnes* de la decisión anulatoria. B. Los efectos constitutivos de la decisión anulatoria del juez constitucional. a. La situación general del sistema. b. La situación en Colombia y Venezuela. Conclusiones.

## INTRODUCCION

Dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad que existen en el mundo, el sistema mixto de control de constitucionalidad que existe en Colombia y Venezuela, se configura como un modelo de justicia constitucional en sí mismo, mixto o integral, que combina el llamado sistema difuso con el sistema concentrado de control de constitucionalidad, y que se consolidó en nuestros países mucho antes de que este último se hubiese comenzado a implantar en Europa<sup>1</sup>. También funciona en Guatemala, Perú, Brasil y El Salvador<sup>2</sup>.

En efecto, en Venezuela, en la Constitución de 1858 se previó la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de la *acción popular* de inconstitucionalidad de los actos de las Legislaturas Provinciales, al atribuírsele en el artículo 113, ordinal 8º competencia para:

“Declarar la nulidad de los Actos Legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a *petición de cualquier ciudadano*, cuando sean contrarios a la Constitución”.

Esta atribución de la Corte Suprema se amplió, a partir de la Constitución de 1893, respecto de las leyes, decretos y resoluciones inconstitucionales (art. 110, ord. 8º).

Este control concentrado de la constitucionalidad se estableció, en paralelo, con el control difuso desarrollado durante el siglo pasado por la previsión expresa de la garantía objetiva de la Constitución (nulidad de los

---

(1) El modelo colombo-venezolano fue analizado con el espíritu crítico que lo caracterizó, por Manuel Gaona Cruz, en las Primeras Jornadas Venezolano-Colombianas de Derecho Público que organizamos en Caracas en 1983, en su trabajo “El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el Derecho Comparado” en *Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Caracas 1986, pp. 39 a 114; y en el Simposio organizado por la Universidad Externado de Colombia en 1984, recogido en el libro *Aspectos del control constitucional en Colombia*, Bogotá, 1984, pp. 67 a 89.

(2) Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge 1989, pp. 183 y ss.



actos inconstitucionales) a partir de 1811<sup>3</sup>, el cual encontró consagración legal expresa a partir del Código de Procedimiento Civil de 1897, en una norma que se ha conservado desde entonces en todos los Códigos posteriores, en la cual se estableció:

“Art. 10. Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia”.

En el caso de Colombia, la competencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de control de constitucionalidad se estableció por primera vez en la Constitución de 1886, respecto de los actos legislativos, en forma limitada y preventiva cuando hubiesen sido objetados por el Gobierno (arts. 88, 90 y 151, ord. 4<sup>o</sup>).

Posteriormente, en 1887, el artículo 5 de la Ley 57 estableció que:

“Art. 5<sup>o</sup>. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.”

La norma consagraba el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, pero lamentablemente, no por mucho tiempo, pues la Ley 153 del mismo año (art. 6<sup>o</sup>) eliminó toda posibilidad de que los jueces pudieran desaplicar leyes dictadas con posterioridad a la Constitución de 1886 que considerasen inconstitucionales en la resolución de casos concretos, exigiéndoles al contrario, aplicarlas “aún cuando parezca contraria a la Constitución” (art. 6<sup>o</sup>). El control difuso sólo quedó entonces vigente, respecto de leyes pre-constitucionales<sup>4</sup>, lo que en realidad consistía en un ejercicio interpretativo sobre el poder derogatorio de la Constitución respecto de las leyes precedentes.

---

(3) Véase Humberto J. La Roche, “La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia” en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, pp. 503 y ss. Véase sobre el sistema venezolano, Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1977; *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1987, pp. 25 y ss.; y “La Justicia Constitucional en Venezuela” en *Revista de la Universidad de Colombia*, N<sup>o</sup> 3, Bogotá, 1986, pp. 527 y ss.

(4) Véase Manuel Gaona Cruz, “El control constitucional...”, loc. cit., p. 91.

Posteriormente, sólo fue mediante el Acto Legislativo N° 3 de 31-10-1910 (reformatorio de la Constitución Nacional), que el sistema colombiano de justicia constitucional adquirió plena consagración, de carácter mixto, al establecerse en los artículos 40 y 41, la *acción popular* de inconstitucionalidad, en paralelo con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la forma siguiente:

“Art. 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Art. 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella *por cualquier ciudadano* como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”

De lo anterior resulta que la *acción popular* de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tiene su antecedente en la Constitución venezolana de 1858<sup>5</sup> y en la Constitución colombiana de 1910; y que en el derecho positivo, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes se consagró formalmente en Venezuela a partir de 1897 y en Colombia en un breve período en 1887 y luego, a partir de 1910.

Las reformas constitucionales que se han efectuado durante el presente siglo no han variado el modelo colombo-venezolano de control de la constitucionalidad, a la vez difuso y concentrado; siendo la única modificación la efectuada, en Colombia, de carácter orgánico, al atribuirse los aspectos del control concentrado, en 1979, a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y a partir de 1991, a la Corte Constitucional, pero sin variarse, afortunadamente, el modelo mixto o integral, que se erige como un tercer género frente al modelo de control concentrado exclusivo, europeo o latinoamericano; y al modelo americano o difuso.

---

(5) Contrariamente a lo que afirma César A. Quintero, “La jurisdicción constitucional en Panamá”, en Jorge Fabrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional Panameño*, Panamá, 1987, p. 826.

Este sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, colombo-venezolano, con razón lo calificó Manuel Gaona Cruz, a pesar de todas las críticas que se le han hecho<sup>6</sup>, como:

“el sistema de control constitucional más eficiente, completo, experimentado, avanzado y depurado de Occidente y por lo tanto del orbe, pues aglutina la organización, los mecanismos y la operancia de todos los existentes<sup>7</sup>”.

Por ello, ante las propuestas que se habían formulado en Colombia para el establecimiento de un sistema de control exclusivamente concentrado (en la orientación del sistema panameño, más que del modelo europeo), el mismo Manuel Gaona finalizaba su exposición en el Simposio de 1984, advirtiendo:

“Francamente, entonces, no nos dejemos influir por manías doctrinarias extranjerizantes, que como no nos conocen, nos interpretan mal; ni menos por intereses ocasionales y pasajeros, siempre constantes y siempre distintos, de estirpe política o de efímero lucimiento personalista. Conozcamos y defendamos lo que tenemos y no sustituyamos por prurito imitativo lo que ya hemos perfeccionado y logrado con mayor experiencia y solidez llevar a un grado superior de avance y completud, como aporte al mundo de nuestro genio jurídico nacional<sup>8</sup>”.

Afortunadamente, el modelo no ha variado, y como se dijo, la diferencia fundamental entre el sistema colombiano y el venezolano es de carácter orgánico, en el sentido de que las competencias anulatorias de leyes inconstitucionales en Colombia, corresponde a la Corte Constitucional, integrada en el Poder Judicial; y en cambio, en Venezuela, como antes sucedía en Colombia, a la Corte Suprema de Justicia, situada en la cúspide del Poder Judicial.

En todo caso, sobre este sistema de justicia constitucional que existe en Venezuela y Colombia, de carácter mixto, la propia Corte Suprema de

---

(6) Véase Luis Carlos SÁCHICA, *El control de constitucionalidad*, Bogotá, 1980, pp. 58 y 59; y *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá, 1993, pp. 24 y ss.

(7) Véase en el libro de la Universidad Externado de Colombia, *Aspectos del control constitucional en Colombia*, cit., p. 67.

(8) *Idem*, p. 89.

Justicia de Venezuela, al insistir sobre el ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes, ha señalado que está encomendado:

“no tan sólo al Supremo Tribunal de la República, sino a los jueces en general, cualquiera sea su grado y por ínfima que fuere su categoría. Basta que el funcionario forme parte de la rama judicial para ser custodio de la Constitución y aplicar, en consecuencia, las normas de ésta prevalectivamente a las leyes ordinarias... Empero, la aplicación de la norma fundamental por parte de los jueces de grado, sólo surte efecto en el caso concreto debatido, y no alcanza, por lo mismo, sino a las partes interesadas en el conflicto; en tanto, que cuando se trata de la ilegitimidad constitucional de las leyes pronunciadas por el Supremo Tribunal en ejercicio de su función soberana, como intérprete de la Constitución y en respuesta a la acción pertinente, los efectos de la decisión se extiende *erga omnes* y cobran fuerza de ley. En el primer caso, el control es incidental y especial; y en el segundo, principal y general; y cuando éste ocurre, vale decir, cuando el recurso es autónomo, éste es formal o material, según que la nulidad verse sobre una irregularidad concerniente al proceso elaborativo de la ley, o bien que no obstante haberse legislado regularmente en el aspecto formalista, el contenido intrínseco de la norma adolezca de vicios sustanciales<sup>9</sup>”.

En todo caso, además, tanto en Venezuela como en Colombia, el sistema mixto de control de la constitucionalidad, que combina el control concentrado con el control difuso, está concebido en paralelo con la consagración de garantías judiciales para la protección de los derechos constitucionales a través de las acciones de amparo o de tutela, cuyo conocimiento corresponde a todos los tribunales, generalmente de primera instancia.

Debe aclararse que algunos autores han calificado como mixto el sistema de control de constitucionalidad que mezcla el control concentrado exclusivo con la consagración de las acciones de *habeas corpus* y amparo, cuyo conocimiento corresponde a todos los tribunales ordinarios<sup>10</sup>. En

---

(9) Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 19-6-53, en *Gaceta Forense*, N° 1, 1953, pp. 77 y 78.

(10) Como lo indica A. Hoyos, “El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá”, *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, N° 75, UNAM, México, 1992, p. 790.

realidad, debe decirse que la existencia de garantías judiciales de los derechos constitucionales mediante las acciones de *habeas corpus*, amparo (tutela o protección), *habeas data* o los medios judiciales ordinarios (*writs*, *référé*s, procedimientos de urgencia)<sup>11</sup>, es un signo de nuestro tiempo, por lo que todos los países con régimen de Estado de Derecho las consagran.

En general, la competencia para conocer y decidir las acciones de amparo o *habeas corpus* corresponde a los tribunales ordinarios, siendo excepcional su conocimiento exclusivo por Tribunales Constitucionales (es el sistema europeo de Alemania, Austria, España) o por la Corte Suprema de Justicia (es el caso excepcionalísimo en América Latina, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica). Lo normal y común, se insiste, sobre todo en los países anglosajones, en Francia e Italia y en América Latina es la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de estas acciones. En todo caso, al decidir las, por supuesto, los jueces resuelven como jueces constitucionales cuestiones de inconstitucionalidad, pero limitadamente en relación a la protección de los derechos constitucionales.

El sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, en cambio, es mucho más amplio, y opera no sólo cuando se le plantea al Juez una cuestión de constitucionalidad en relación a la protección de derechos constitucionales, sino básicamente, cuando en un caso judicial ordinario que no tiene por objeto una cuestión constitucional, los jueces actúan como jueces constitucionales en todo caso en el cual deban aplicar una ley, que juzguen inconstitucional, aplicando preferentemente la Constitución.

Por ello, en realidad, el sistema mixto de control de constitucionalidad responde al modelo de Colombia y Venezuela, donde además del sistema de control concentrado existe el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y donde además, como es natural, se prevén garantías judiciales (*habeas corpus*, tutela y amparo) de los derechos constitucionales cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios.

---

(11) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, pp. 21 y ss., Caracas, 1994; Véase parte de este estudio en Manuel José Cepeda (ed), *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá, 1993, pp. 21 a 65.

A continuación nos limitaremos a exponer los aspectos más importantes de los sistemas concentrado y difuso de control de la constitucionalidad, conforme al modelo colombo-venezolano.

## I. EL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y VENEZUELA

### 1. *Aproximación general al sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos*

La Constitución de Colombia de 1991, siguiendo la tradición establecida a partir de la reforma constitucional de 1910, y que se había plasmado en la Ley 57 de 1887, de efímera vigencia, establece en su artículo 4 el principio de la supremacía de la Constitución y la base del sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, así:

“Art. 4º. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

En Venezuela, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, con redacción similar a la norma prevista desde 1897, establece:

“Art. 20. Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia”.

Estas normas, que regulan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, confieren a cualquier Juez de cualquier nivel en la jerarquía judicial, el necesario poder para actuar como juez constitucional. En consecuencia, conforme a dicha norma, todos los jueces, al aplicar la ley en un caso concreto sometido a su consideración, están autorizados a juzgar la constitucionalidad de dicha ley y, en consecuencia, a decidir su inaplicabilidad a dicho caso concreto cuando la consideren inconstitucional, dando aplicación preferente a la Constitución<sup>12</sup>.

---

(12) Véase en general sobre el sistema difuso, Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, cit., pp. 127 y ss. En Venezuela, véase Allan R. Brewer-

Desde el punto de vista lógico y racional, este poder general de todo Juez de actuar como juez constitucional es la obvia consecuencia del principio de la supremacía constitucional, por lo que si la Constitución se considera como la Ley Suprema del país, o como lo dice la Constitución colombiana la “norma de normas”, en todo caso de conflicto entre una Ley y la Constitución, ésta debe prevalecer, considerándose por lo demás, como un deber de todo juez, el decidir cual es la ley aplicable en un caso concreto. Como lo señaló el Juez William Paterson en una de las más viejas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre la materia, en el caso *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* (1795) hace doscientos años:

“... si un acto legislativo se opone a un principio constitucional el primero debe dejarse de lado y rechazarse por repugnante. Sostengo que es una posición clara y sonora que, en tales casos, es un deber de todo tribunal el adherirse a la Constitución y declarar tal acto nulo y sin valor<sup>13</sup>”.

O como fue definitivamente establecido por el Juez Marshall en el conocido caso *Marbury v. Madison* (1803), decidido por la misma Corte Suprema:

“Aquellos que aplican las normas a casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar aquella regla... de manera que si una Ley se encuentra en oposición a la Constitución... la Corte debe determinar cual de las reglas en conflicto debe regir el caso: Esta es la real esencia del deber judicial. Si en consecuencia, los tribunales deben ver la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la Legislatura, es la Constitución, y no tal acto ordinario, la que debe regir el caso al cual ambas se aplican<sup>14</sup>”.

En consecuencia, la supremacía constitucional y el poder de todo juez de controlar la constitucionalidad de las leyes, son conceptos que están

---

Carías, “La Justicia Constitucional en Venezuela”, *loc. cit.*, pp. 533 y ss. No entendemos cómo en Colombia, ante la norma constitucional del artículo 4, Luis Carlos SÁCHICA niega la existencia del control difuso. Véase en *La Corte Constitucional...*, *cit.*, p. 26.

(13) *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dallas 304(1795). Véase el texto S.I. Kutler (ed), *The Supreme Court and the Constitution, Readings in American Constitutional History*, N.Y., 1984, p. 8.

(14) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803). Véase el texto en S.I. Kutler (ed), *op. cit.*, p. 29.

esencialmente unidos en el constitucionalismo moderno. Por ello debe recordarse que en relación a las Constituciones y a las Leyes de los Estados Miembros de la Federación Americana, se estableció expresamente en la Constitución de 1787 la muy conocida “Cláusula de Supremacía” contenida en el artículo VI, Sección 2, el cual dispone:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema Ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario, que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

Esta “Cláusula de Supremacía” se recogió en el artículo 227 de la Constitución venezolana de 1811, que estableció en una forma más amplia lo siguiente:

“La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los Tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán la Ley Suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las Provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella *no tendrán ningún valor*, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción”.

Se destaca, en efecto, que el artículo 227 de la Constitución venezolana de 1811 iba más allá de lo establecido en el artículo VI, 2 de la Constitución Americana de 1787, en el sentido de que no sólo estableció el principio de la supremacía, sino su consecuencia, es decir, la nulidad –“no tendrán ningún valor” dice la norma– de toda ley que contrarie la Constitución.

Es decir, la Constitución de 1811 estableció la garantía de la supremacía constitucional, con la sanción de la nulidad de toda ley contraria a la Constitución. Ello, incluso, se estableció todavía más expresamente en relación a los derechos fundamentales al establecer, el último de los artículos del Capítulo relativo a los derechos del hombre, lo siguiente:

“Art. 199. Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos están exentas y fuera del alcance del



Poder general ordinario del gobierno y que, conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellas que se expida por la legislatura federal, o por las provincias será absolutamente nula y de ningún valor”

En todo caso, fue precisamente la “Cláusula de Supremacía” de la Constitución Americana, limitada en su formulación respecto a las Constituciones y Leyes de los Estados Miembros de la Federación, la que en el caso *Marbury v. Madison* (1803) fue extendida a las leyes federales, a través de una interpretación y aplicación lógica y racional del principio de la supremacía de la Constitución, el cual, como se ha visto, en Colombia y Venezuela encontró expresión formal en el derecho positivo.

## **2. La compatibilidad del sistema con todos los sistemas jurídicos**

En consecuencia, el sistema difuso de control judicial de la constitucionalidad de las leyes puede decirse que no es un sistema peculiar a los sistemas jurídicos anglosajones o del *common law*, y que pudiera ser incompatible con los sistemas jurídicos de tradición civil o de derecho romano. Al contrario, el sistema de control difuso ha existido desde el siglo pasado en casi todos los países de América Latina, todos pertenecientes a la familia de tradición del derecho romano. Es el caso de México, Argentina y Brasil que siguieron el modelo norteamericano y el de Colombia y Venezuela donde coexiste con el sistema concentrado de control de la constitucionalidad.

También ha existido en Europa, en países con una tradición de derecho civil, como Suiza y Grecia. En Suiza, el sistema difuso fue establecido por primera vez en la Constitución de 1874, aún cuando en forma limitada, lo que se confirma en el sentido de que si bien el sistema suizo actualmente permite que los tribunales decidan sobre asuntos constitucionales, ello es sólo en cuanto a la inaplicabilidad de actos legislativos de los Cantones, pero no de las leyes federales<sup>15</sup>. En Grecia donde se ha adoptado, también un sistema mixto de control de constitucionalidad, la

---

(15) Véase en H. Fix-Zamudio, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, México, 1980, pp. 17, 84; A. Jiménez Blanco, “El Tribunal Federal Suizo”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Cortes Generales, 6, Madrid, 1981, p. 477.

Constitución de 1975 atribuye a todos los tribunales competencia para desaplicar una disposición cuyo contenido consideren contrario a la Constitución<sup>16</sup>. Así el artículo 95 de dicha Constitución establece:

“Los Tribunales están obligados a no aplicar leyes cuyo contenido sea contrario a la Constitución”.

En consecuencia, el método difuso de control judicial de constitucionalidad existe y ha funcionado en sistemas jurídicos tanto con tradición de *common law* como de derecho romano. Por ello, no estamos de acuerdo con Cappelletti y Adams, cuando señalan que existe una incompatibilidad fundamental entre el método difuso de control judicial de la constitucionalidad y los sistemas jurídicos basados en la tradición del derecho romano<sup>17</sup>, ni con lo que el mismo Mauro Cappelletti ha señalado en otra parte, al referirse a la experiencia de Italia y Alemania Federal antes de la creación de sus respectivas Corte y Tribunal Constitucionales, y señalar que esos países “revelaron completamente la desadaptación del método descentralizado (difuso) de control judicial para los países con sistemas jurídicos de derecho civil<sup>18</sup>”.

En nuestro criterio, los argumentos en favor del método concentrado de control judicial que se ha adoptado en Europa Continental, no pueden resolverse en base a su supuesta adaptabilidad o no con un sistema jurídico particular, sino en realidad, con el sistema de garantía constitucional que

---

(16) Art. 93. Véase H. Fix-Zamudio, op. cit., p. 162; L. Favoreu, *Le control juridictionnel des lois et sa légitimité, Developpements recents en Europe Occidentale*. Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d'Uppasala, 1984, (mineo), p. 14. Publicado también en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed), *Le controle juridictionnel des lois. Légitimité effectivité et développements récents*, París, 1986, pp. 17-68.

(17) M. Cappelletti, and J.C. Adams, “Judicial Review of legislation: European Antecedents and adaptations”, *Harvard Law Review*, 79 (6), 1966, p. 1215.

(18) M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indiannapolis, 1971, p. 59. En sentido similar M. Fromont considera que es “difícil admitir el método difuso de control de constitucionalidad en países con tradición de derecho romano”. Véase “Preface” en J.C. Béguin, *Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois en Republique Federale d'Allemagne*, París, 1982, p. V.

se adopte en relación a la supremacía de la Constitución. Entonces si se adopta el principio de la supremacía constitucional, la consecuencia lógica y necesaria es la atribución dada a todos los jueces del poder decidir cual norma debe ser aplicada cuando existe una contradicción entre una ley particular y la Constitución, estando entonces obligados a dar prioridad a la Constitución, como un verdadero deber, independientemente del sistema jurídico de tradición de *common law* o de derecho romano del país en particular.

Por supuesto, otra cuestión es la relativa a los efectos prácticos que puede tener la adopción del método difuso de control de la constitucionalidad. Así, en ausencia de método alguno de control de la constitucionalidad, en Europa, antes de los años veinte y con el marco tradicional del principio de la separación de poderes basado en los principios de soberanía del Legislador, de la supremacía de la Ley y de la desconfianza en los tribunales como órganos de control de la acción legislativa, las críticas al método difuso de control de la constitucionalidad formuladas en Europa, son tan antiguas como la existencia del mismo "modelo europeo" de control. Por ejemplo, Hans Kelsen, el creador del modelo austríaco hizo referencia a los problemas que originaba el método difuso de control para justificar "la centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales", subrayando "la ausencia de unidad en las soluciones" y "la incertidumbre legal" que resultaba cuando "un tribunal se abstenia de aplicar una ley considerada irregular, en tanto que otro Tribunal hacía lo contrario"<sup>19</sup>. En sentido similar, Mauro Cappelletti y John Clarke Adams insisten en que el método difuso de control constitucional, "puede llevar a una grave incertidumbre y confusión, cuando un tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional"<sup>20</sup>.

Pero en realidad, estos problemas existen tanto en los sistemas del *common law* como de derecho romano que han adoptado el método difuso, no pudiendo considerarse como esencialmente peculiares a los

---

(19) Véase H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)" *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, 1928, p. 218.

(20) *loc cit.*, p. 1215.

países con tradición de derecho romano que lo hayan adoptado. Sin embargo, lo contrario pretenden demostrarlo Cappelletti y Adams basando su argumento en los efectos correctivos respecto de esos problemas, que tiene la doctrina del *stare decisis*, que es peculiar a los sistemas del *common law* y extraña a los sistemas de tradición de derecho romano. Su argumento, básicamente, es el siguiente:

“Conforme a la doctrina angloamericana del *stare decisis*, la decisión del más alto Tribunal en cualquier jurisdicción es obligatoria para todos los tribunales inferiores de la misma jurisdicción, por lo que tan pronto el Tribunal Supremo ha declarado una ley inconstitucional, ningún otro tribunal puede aplicarla. La Corte no necesita que se le confiera un especial poder para declarar una ley inválida, ni debe decidir otros aspectos más allá de la aplicabilidad de la ley cuestionada al caso concreto; el principio *stare decisis* hace el resto, al requerir de los otros tribunales el seguir el precedente en todos los casos sucesivos. Por lo que aun cuando la ley inconstitucional continúe en la Gaceta Oficial, es una “ley muerta”.

Por ello, concluyen estos autores su argumento señalando:

“...*stare decisis*, sin embargo, no es normalmente un principio de los sistemas jurídicos de derecho romano, donde los tribunales generalmente no están obligados por las decisiones de los más altos tribunales<sup>21</sup>”.

El argumento ha sido luego desarrollado por el mismo Cappelletti, al señalar:

“por cuanto el principio de *stare decisis* es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos de derecho civil, un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una ley pueda ser inaplicable por algunos jueces, por inconstitucional y ser considerada aplicable, por otros jueces en sus decisiones. Aún más, el mismo órgano judicial, que puede algún día haber desaplicado una ley, puede luego, al día siguiente, considerarla aplicable, cambiando su criterio acerca de la legitimidad constitucional de la Ley. Además, entre diferentes tipos o grados de tribunales podrían surgir diferencias, por ejemplo, entre un tribunal de la jurisdicción ordinaria y tribunales de la jurisdicción administrativa, o entre jueces jóvenes y más radicales de los tribunales

---

(21) *Idem*, p. 1215.

inferiores y jueces mayores de conciencia tradicional de los tribunales superiores... El resultado extremadamente peligroso de ello, puede ser un grave conflicto entre órganos judiciales y una grave incertidumbre respecto de la Ley aplicable<sup>22</sup>.

Sin embargo, insistimos en que esos problemas derivados del principio de la supremacía constitucional existen tanto en países con tradición de sistemas de *common law* como de derecho romano, y si bien es cierto que la doctrina *stare decisis* es una corrección a los problemas anotados, dicha corrección no es absoluta, pues no todos los casos en los cuales los tribunales inferiores decidan cuestiones de constitucionalidad, por ejemplo, en los Estados Unidos, llegan a la Corte Suprema, la cual decide discrecionalmente los casos que conoce<sup>23</sup>.

Por otra parte, y aún cuando la doctrina *stare decisis*, tal como es conocida en los países del *common law*, no se aplica en países con sistemas jurídicos de la tradición del derecho romano, aquellos en los cuales se ha adoptado un método difuso de control de constitucionalidad han adoptado, paralelamente, sus propios correctivos a los problemas planteados, con efectos similares. Por ejemplo, en el sistema de amparo mexicano, la Constitución establece el principio de que la Ley de Amparo debe establecer los casos en los cuales la "jurisprudencia", es decir, los precedentes judiciales de las Cortes Federales, debe ser obligatoria<sup>24</sup>. Por ello, la Ley de Amparo establece los casos en los cuales las decisiones de la Corte Suprema e incluso, de las Cortes de Circuito, deben considerarse como precedentes obligatorios, lo que sucede sólo cuando se hayan dictado cinco decisiones consecutivas, que no sean interrumpidas por alguna decisión incompatible, con el mismo efecto.

Los efectos de esta "jurisprudencia", incluso parcialmente, han sido considerados como equivalentes a los que resultan del principio *stare decisis*. Incluso, en el sistema de amparo mexicano, el llamado "amparo contra leyes" ha sido desarrollado también como una acción extraordinaria

---

(22) M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 58.

(23) 28 U.S. Code, Secc. 1254, 1255, 1256, 1257. Véase también Rule N° 17 of the Supreme Court.

(24) Art. 107, Sección XIII, parágrafo 1 de la Constitución (Enmienda de 1950-1951).

de inconstitucionalidad de leyes auto-aplicativas, que afecten directamente derechos de un individuo, y que pueden ser impugnadas ante las Cortes Federales, permitiéndoles juzgar la inconstitucionalidad de la ley sin relación alguna con un proceso concreto<sup>25</sup>.

En sentido similar, en Argentina y Brasil, países que también siguen de cerca el modelo norteamericano en el sentido del poder otorgado a todos los tribunales de decidir no aplicar las leyes basados en consideraciones constitucionales, se ha establecido la institución procesal denominada "recurso extraordinario de inconstitucionalidad" que puede formularse ante la Corte Suprema contra decisiones judiciales adoptadas en última instancia en las cuales se considera una Ley federal como inconstitucional e inaplicable al caso concreto<sup>26</sup>. En estos casos, la decisión adoptada por la Corte Suprema tiene efectos *in casu et inter partes*, pero siendo dictada por el Tribunal Supremo, tiene de hecho efectos obligatorios respecto de los tribunales inferiores<sup>27</sup>. En igual sentido, otros países con tradición de derecho romano que han adoptado el método difuso de control de constitucionalidad, han establecido mecanismos judiciales especiales para superar los problemas que se puedan derivar de decisiones contradictorias en materia constitucional de tribunales diferentes. Es el caso de Grecia, donde la Constitución de 1975, estableció una Corte Suprema Especial con poderes para decidir sobre materias de inconstitucionalidad de las leyes, cuando se adopten decisiones contradictorias, en la materia, por el Consejo de Estado, la Corte de Casación o la Corte de Cuentas. En esos casos, las decisiones de la Corte Suprema Especial tienen efectos absolutos

---

(25) R.D. Baker, *Judicial Review en México. A. Study of the Amparo Suit*, Austin, 1971, pp. 164, 250-251, 256, 259.

(26) H. Fix-Zamudio, *Veinticinco años de Evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*, México, 1968, pp. 26, 36; J. Carpizo y H. Fix-Zamudio, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52, 1985, p. 33; también publicado en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed), *Le controle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, París, 1986, pp. 119 y 151.

(27) Véase J.R. Vanossi and P.E. Ubertone, *Instituciones de defensa de la Constitución en la Argentina*, UNAM, Congreso Internacional sobre la Constitución y su Defensa, México, 1982 (mimeo), p. 32.

y generales en lo que concierne al control de la constitucionalidad de las leyes<sup>28</sup>.

Finalmente, en los otros países con tradición de derecho romano donde se ha adoptado el método difuso de control de la constitucionalidad, debe tenerse en cuenta, particularmente en materia de casación, el valor de las decisiones de la Sala de Casación de la Corte Suprema para los Tribunales de instancia.

En Venezuela, el Código de Procedimiento Civil establece que "los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en los casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia" (art. 321). En tal sentido, en un reciente caso (4-10-89) decidido por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, la Corte creyó haber ejercido el control difuso en relación al artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, que regula los lapsos y términos procesales, y al declarar con lugar un recurso de casación, dictó una sentencia de enorme significación e importancia, no sólo porque estableció una interpretación abiertamente *contra legem* de una norma del Código de Procedimiento Civil, sino porque, al dictarla además, no desaplicó norma alguna, sino que pretendió dictar una norma, extinguiendo otra<sup>29</sup>. Pero en todo caso, si en su sentencia, la Sala de Casación hizo uso del poder de control difuso de la constitucionalidad, esa doctrina, en principio, debe ser seguida por los jueces de instancia. Pero en los casos en que los asuntos no lleguen a la Sala de Casación, los sistemas de tradición de derecho romano con método difuso de control de constitucionalidad, han establecido correctivos a los problemas originados por la incertidumbre y conflictividad de decisiones judiciales, mediante el establecimiento de un sistema mixto de control de constitucionalidad, que combina el método difuso con el método concentrado. En América Latina es

---

(28) Véase E. Spiolotopoulos, "Judicial Review of Legislative Act in Greece", *Temple Law Quarterly*, 56, (2), Philadelphia, 1983, pp. 496-500.

(29) Véase nuestro prólogo a la obra de Humberto Briceño León, *La acción de inconstitucionalidad en Venezuela*, EJV, Caracas, 1990. Véase además, Allan R. Brewer-Carías "La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de Derecho Público*, N° 40, Caracas, 1989, pp. 157 a 175.

el caso de Guatemala, Colombia y Venezuela, donde como hemos dicho, paralelamente el método difuso de control de constitucionalidad, expresamente previsto en el derecho positivo, también existe un método concentrado de control de constitucionalidad, que autoriza a la Corte Suprema de Justicia o a la Corte Constitucional, para anular formalmente las leyes inconstitucionales, con efectos *erga omnes*, cuando es requerida mediante el ejercicio de una *actio popularis*, que puede ser interpuesta por cualquier habitante del país. En consecuencia, en estos países, paralelamente al poder atribuido a cualquier tribunal para considerar en un caso concreto una ley como inconstitucional y desaplicarla, la Corte Suprema de Justicia o la Corte Constitucional tiene el poder de anular con efectos generales las leyes impugnadas por inconstitucionales<sup>30</sup>.

En igual sentido, otros países europeos con tradición de derecho romano que han adoptado el método difuso de control de la constitucionalidad, también han adoptado paralelamente un método concentrado de control, asignando a la Corte Suprema del país, el poder de anular leyes inconstitucionales. Es el caso de Portugal y antes de Suiza, donde a pesar de que no exista control judicial de constitucionalidad en relación a las leyes federales, la Corte Federal tiene poder para declarar la inconstitucionalidad de leyes cantonales, con efectos *erga omnes*, cuando se requiera su decisión a través del denominado "recurso de derecho público" en casos de violación de derechos fundamentales<sup>31</sup>.

En consecuencia, en el mismo sentido en que se han desarrollado la doctrina *stare decisis* en los países con sistemas jurídicos del *common law*, para resolver los problemas de incertidumbre y posible conflictividad entre las decisiones judiciales adoptadas por los diferentes tribunales en materia de inconstitucionalidad de las leyes que un método difuso puede

---

(30) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, pp. 44 y ss, y 88 y ss., 90 y ss, Caracas, 1994. Véase este trabajo en el libro *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, tomo II, Bogotá, 1993, pp. 705 a 845.

(31) E. Zellweger, "El Tribunal Federal Suizo en calidad de Tribunal Constitucional", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. VII(1), 1966, p. 119; H. Fix Zamudio, *Los Tribunales Constitucionales... cit.*, p. 84.



originar, también los países con sistemas jurídicos de tradición de derecho romano que han adoptado el mismo método, también han desarrollado diversos mecanismos legales particulares para prevenir los efectos negativos originados por los mencionados problemas, sea otorgando carácter obligatorio a los precedentes, o sea asignando los poderes necesarios a una Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con carácter general y efectos obligatorios.

Los eventuales problemas originados por la aplicación del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, en consecuencia, son comunes a los países que lo han adoptado, sea que pertenezcan a sistemas jurídicos con tradición de derecho romano o de *common law*, por lo que la adopción del método difuso no puede conducir, en sí mismo, a considerar el método difuso como incompatible con los sistemas jurídicos de derecho romano, por el solo hecho que no exista en ellos la regla del *stare decisis*.

En nuestro criterio, el único aspecto de compatibilidad que en este respecto es absoluto, es que cuando existe el principio de la supremacía de la Constitución, la consecuencia lógica del mismo es el poder de todos los jueces que tienen a su cargo la aplicación de la ley, de decidir sobre la inaplicabilidad de la legislación cuando ésta contradice la Constitución, dando preferencia a la Constitución en sí misma. Este fue el sistema original de control de la constitucionalidad, después del triunfo de la Constitución sobre el Legislador.

Sin embargo, en los países europeos con tradición de sistema jurídico de derecho romano, la tradicional desconfianza en relación al Poder Judicial ha sido la que ha abierto el camino al establecimiento de un sistema exclusivamente concentrado de control de la constitucionalidad que, en cierto sentido ha provocado el “redescubrimiento” de la supremacía constitucional a través de otros medios judiciales. Pero esto no puede conducir a que se considere el método difuso de control de la constitucionalidad de la legislación como incompatible con los sistemas jurídicos de derecho romano.

### ***3. La nulidad de los actos estatales inconstitucionales como garantía constitucional que fundamenta el control difuso***

Como hemos señalado, la esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional, en el

sentido de que si la Constitución es la Ley Suprema de un país y que, como tal, prevalece sobre las otras leyes, ningún otro acto del Estado que sea contrario a la Constitución puede ser una Ley efectiva, y al contrario debe ser considerado como nulo. En palabras del Juez Marshall, si la Constitución es “la ley fundamental y suprema de una nación... un acto del legislador que repugne a la Constitución es nulo”<sup>32</sup>. En este sentido, la efectiva garantía de la supremacía de la Constitución es que tales actos que colidan con la Constitución son, en efecto, nulos, y como tales, tienen que ser considerados por los Tribunales, los cuales son, precisamente, los órganos estatales llamados a aplicar las leyes.

En consecuencia, el primer aspecto que muestra la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad, es el principio de la nulidad de los actos estatales y particularmente de las leyes que colidan con la Constitución.

Ahora bien, en principio, la nulidad de un acto estatal significa que si tal acto pretende existir jurídicamente, objetivamente, en realidad, no existe porque es irregular, en el sentido de que no se corresponde con las condiciones establecidas para su emisión por una norma de rango superior. Esto fue lo que Hans Kelsen llamó la “garantía objetiva de la Constitución”<sup>33</sup>, lo que significa que un acto estatal nulo no puede producir efectos, y no necesita de ningún otro acto estatal posterior para quitarle su calidad usurpada de acto estatal. Al contrario, si otro acto estatal fuera necesario, entonces la garantía no sería la nulidad del acto, si no anulabilidad.

En consecuencia, en estricta lógica, la supremacía de la Constitución significa que todo acto estatal que viole la Constitución es nulo, y por tanto teóricamente, cualquier autoridad pública, e incluso, los particulares, estarían autorizados para examinar su irregularidad, declarar su inexistencia y considerar el acto inválido como no obligatorio. Por supuesto, esto podría conducir a la anarquía jurídica, por lo cual normalmente, el derecho positivo establece límites respecto de este poder de examinar la regularidad

---

(32) *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch) 137, (1803). Véase el texto en S.I. Kutler (ed) op. cit., p. 29.

(33) H. Kelsen, loc. cit., p. 214.

de los actos estatales, y lo reserva a los órganos judiciales. En consecuencia, cuando un acto estatal viola la Constitución y es nulo, este sólo debe ser examinado por los jueces y sólo los jueces deben tener el poder para considerarlo nulo. Debe señalarse, sin embargo, que en Colombia, dada la amplitud de la norma constitucional del artículo 4 (que recoge la incorporada al texto fundamental en 1910), se ha considerado que además de los jueces, los funcionarios de la Administración tendrían el poder de desaplicar las normas que consideren inconstitucionales<sup>34</sup>, lo que sin duda, no sólo es inconveniente sino que no debería admitirse, por lo que ha sido rechazado por algunos autores<sup>35</sup>.

En todo caso, estimamos que, realmente, esta discusión es inadmisiblemente. Creemos que la única aplicación lógica y compatible con la seguridad jurídica del sistema difuso, es la que conduce a atribuir esta facultad de control, a los jueces y tribunales. En un Estado de Derecho, solamente los jueces pueden ser jueces de la constitucionalidad de la legislación; al contrario, la atribución del poder de controlar la constitucionalidad de las leyes a todos los funcionarios públicos, en especial del Poder Ejecutivo, quienes tienen como tarea el aplicar la ley, podría llevar a la anarquía, siendo ello inadmisiblemente en un Estado de Derecho

Pero sin embargo, a pesar de los límites impuestos por el derecho positivo respecto del poder de examinar la nulidad de los actos estatales, esto no significa que la garantía de la Constitución cese de ser la nulidad de los actos estatales y quede convertida en anulabilidad. Al contrario, la nulidad del acto inconstitucional persiste, pero con la limitación derivada de la reserva legal atribuida a los jueces para declarar, con exclusividad, su nulidad.

---

(34) Véase Manuel Gaona C., "El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el derecho comparado", *loc. cit.*, p. 69; Luis Carlos SÁCHICA, *La Corte Constitucional...*, p. 25; Carlos Medellín, en la obra colectiva *Aspectos del control constitucional en Colombia*, *op. cit.*, p. 27.

(35) Véase las distintas opiniones en A. Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Bogotá, p. 244; E. Sarria, *Guarda de la Constitución*, Bogotá, p. 78; Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Constitucional General*, Bogotá, 1985, p. 48; L.C. SÁCHICA, *La Constitución y su Defensa*, Congreso Internacional sobre la Constitución y su Defensa, UNAM, México, 1982, (mimeo), p. 44.

Así, hasta ese momento, el acto irregular debe ser considerado como siendo efectivo y obligatorio por cualquier autoridad pública, y especialmente, por las autoridades administrativas y por los particulares; pero una vez que el juez declara su inconstitucionalidad en relación a un caso concreto, entonces el acto deviene nulo y sin valor, en relación a dicho proceso.

En conclusión, en el método difuso de control de la constitucionalidad, el deber de todos los jueces es el de examinar la constitucionalidad de las leyes, y declarar, cuando ello sea necesario, que una ley particular no debe ser aplicada a un proceso específico y que el juez esté conociendo, en razón de que es inconstitucional, y por tanto, debe considerarse nula y sin valor.

Lo anterior nos conduce al aspecto central de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad, el cual es que el poder para declarar la inconstitucionalidad de la legislación es atribuido a todos los jueces de un país determinado.

En efecto, si la Constitución es la Ley suprema del país, y el principio de la supremacía es aceptado, entonces la Constitución se debe aplicar con preferencia sobre cualquier otra ley que sea inconsistente con la misma, sea que ello esté expresamente establecido en el texto expreso de la Constitución, o sea una consecuencia implícita de su supremacía. Consecuentemente, las leyes que violen la Constitución o en cualquier forma colidan con sus normas, principios y valores, son, como hemos dicho, nulas y sin valor, y no pueden ser aplicadas por los Tribunales, los cuales tienen que aplicar preferentemente la Constitución.

Todos los Tribunales deben en consecuencia decidir los casos concretos que están considerando, como lo decía el Juez Marshall, “conforme a la Constitución desaplicando la ley inconstitucional” siendo esto “la verdadera esencia del deber judicial<sup>36</sup>”. En consecuencia, en el método difuso de control de la constitucionalidad, este rol corresponde a todos los jueces y no sólo una Corte o Tribunal en particular, y no debe ser sólo visto como un poder atribuido a los Tribunales, sino como un deber de los mismos<sup>37</sup>,

---

(36) *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch), 137, (1803).

(37) Confróntese B.O. Nwabueze, *Judicial control of legislative action and its legitimacy. Recent development*. African regional report. International Association of

para decidir conforme a las reglas constitucionales, desaplicando las leyes contrarias a sus normas.

#### **4. El carácter incidental del método difuso y los poderes ex-officio de los jueces**

Este deber de todos los tribunales de dar preferencia a la Constitución y, en consecuencia, a desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales y por tanto nulas y sin valor, nos lleva al tercer aspecto de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, el cual es que este deber judicial solo puede ser cumplido *incidenter tantum*, es decir en un proceso concreto del cual el juez esté conociendo, y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo.

En consecuencia, en este caso, siempre debe iniciarse un proceso ante un Tribunal en cualquier materia, por lo que el método difuso de control de la constitucionalidad siempre es un sistema incidental de control, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, debe plantearse en un caso o proceso concreto (“cases or controversies” como lo ha precisado la jurisprudencia norteamericana)<sup>38</sup>, cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el Juez como relevante para la decisión del caso. En consecuencia, en el método difuso de control de constitucionalidad, el objeto principal del proceso y de la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino mas bien, la decisión de un caso concreto de carácter civil, penal, administrativo, mercantil o laboral, etc. La cuestión de constitucionalidad, en consecuencia, sólo es un aspecto incidental del proceso que sólo debe ser considerada por el juez para resolver la aplicabilidad o no de una ley en la decisión del caso concreto, cuando surgen cuestiones relativas a su inconstitucionalidad.

---

Legal Sciences. Uppsala Colloquium 1984 (mimeo), pp. 2-3. También publicado en Favoreu y J.A. Jolowicz (ed), *Le controle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. París, 1986, pp. 193-222.

(38) Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review...*, cit., pp. 136 y ss.

Ahora bien, si se trata de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y desaplicar, para su decisión, la ley que consideren inconstitucional, debe señalarse que el otro aspecto de la racionalidad del método difuso, consiste en permitir a los jueces el considerar *de oficio* las cuestiones de constitucionalidad, a pesar de que ninguna de las partes en el proceso las haya planteado. De hecho, esta es la consecuencia directa de la garantía de la Constitución cuando se establece como “garantía objetiva”, lo que implica la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución, y lo que además produce como consecuencia, la reserva dada a los jueces para considerar la nulidad y la inaplicabilidad de una norma en un caso concreto. Por supuesto, en el caso de que la cuestión constitucional se formule, por una parte, en el proceso, efectivamente debe tratarse de una parte con la legitimación necesaria para actuar como tal, y el interés requerido para plantear la inaplicabilidad de la ley inconstitucional en el caso concreto.

En todo caso, en nuestra opinión, estimamos que la inconstitucionalidad de la ley en relación a los procesos particulares, no debe quedar a la sola instancia de las partes en el proceso, por lo que aún cuando las partes no planteen ante el Juez la cuestión de inconstitucionalidad, este tiene el deber de considerarla, y decidir, de oficio, sobre la inconstitucionalidad de la Ley. Debe advertirse, sin embargo, que aún cuando este aspecto de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad es seguido en muchos países como Venezuela y Grecia<sup>39</sup>, debemos admitir que, en general, las normas procesales de la mayoría de los países prohíbe a los Tribunales considerar de oficio, al decidir un caso concreto, cualquier cuestión, incluso las cuestiones de inconstitucionalidad<sup>40</sup>.

(39) E. Spiliotopoulos, “Judicial review of legislative acts in Greece”, *loc. cit.*, p. 479.

(40) Por ejemplo, B.O. Nwabueze ha dicho que “El hecho de que este deber sólo puede ser ejercido a instancia de parte agraviada por una violación de la Constitución, refuerza la legitimidad de la función. Esto significa que aún en presencia de una violación flagrante de la Constitución por el “legislador, la Corte no puede intervenir por su propia iniciativa, debe esperar a que alguien la inste”, *loc. cit.*, p. 3. Véase la discusión de J.R. Vanossi y P.E. Ubertone, *op. cit.*, p. 24, en G. Bidart Campos, *El Derecho Constitucional del Poder*, tomo II, cap. XXIX; y en J.R. Vanossi, *Teoría Constitucional*, tomo II, Buenos Aires, 1976, pp. 318 y 319.

En el caso de Colombia, si bien el texto de la Constitución no excluye los eventuales poderes *ex officio* que puedan tener los jueces para decidir, solos y sin que se lo requiera una parte, desaplicar una determinada ley, en el caso concreto, cuando la consideren inconstitucional tal como ocurre en Venezuela, todos los autores colombianos, sin excepción, entienden que lo que se establece en el artículo de la Constitución es una “excepción de inconstitucionalidad”, en el sentido de que, en todo caso, la cuestión constitucional debe plantearse por una de las partes en el proceso mediante una excepción relativa a la aplicabilidad de una ley<sup>41</sup>; parte que debe tener un interés personal y directo en la no aplicación de la ley en el caso concreto<sup>42</sup>.

En todo caso, el signo común de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad es que sólo puede ser incidental, en un proceso concreto. Sin embargo, con motivo del ejercicio de una acción de amparo constitucional en Venezuela podría identificarse un sistema de control difuso de las leyes y actos normativos por vía principal.

En efecto, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece:

“Art. 3. También procede la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión”.

En esta forma, en Venezuela se prevé la acción directa de amparo contra leyes o normas que violen o amenacen violar un derecho constitucional, en cuyo caso, estamos en presencia de un sistema de control difuso de la constitucionalidad por vía de acción.

---

(41) Véase J. Vidal Perdomo, *op. cit.*, pp. 47-48; L. Carlos Sáchica, *El control ...*, *cit.* p. 64; E. Sarría, *op. cit.*, p. 77; D.R. Salazar, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, 1982, p. 307; A. Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Bogotá, pp. 243-244.

(42) Véase A. Copete Lizarralde, *op. cit.*, p. 246.

En consecuencia, se trata de un control principal de la constitucionalidad de las leyes mediante una acción de amparo, pero con carácter difuso puesto que la acción no se intenta ante un solo órgano judicial, sino ante todos los jueces competentes en materia de amparo, que son los jueces de primera instancia con competencia, afín al del derecho o garantía constitucional violado o amenazado de violación. Sin embargo, cuando los hechos, actos u omisiones que originen las violaciones o amenazas de violación sucedan en lugares en los cuales no exista un tribunal de primera instancia, la acción de amparo se puede intentar por ante cualquier juez de la localidad (art. 9). En esta forma, el carácter difuso de la competencia judicial en materia de amparo convierte el amparo contra leyes y normas en un control principal y difuso de la constitucionalidad de las mismas.

En todo caso, tratándose de un control principal, por vía de acción, los poderes del juez de amparo en materia de control de la constitucionalidad se encuentran circunscritos a la cuestión planteada por el agraviado en lo que se refiere a la violación que denuncia de los derechos o garantías que podrían resultar lesionados por la ley o norma. Por lo tanto, el juez de amparo no tiene facultad alguna para actuar de oficio, ni tampoco para considerar de oficio otros vicios o violaciones de los derechos no denunciados por el agraviado.

Tal como lo establece el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el Juez de amparo, en los casos de amparo contra leyes o normas, “debe examinar la inaplicabilidad de la norma”, es decir que debe ejercer un control de la constitucionalidad parecido al control difuso clásico y decidir acerca de la inconstitucionalidad de la ley o norma sólo respecto del accionante.

### **5. Los efectos de las decisiones en materia de control difuso de la constitucionalidad**

El último aspecto de la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad se refiere a los efectos de la decisión que adopten los Tribunales en relación a la constitucionalidad o aplicabilidad de la ley en un caso concreto; y este aspecto de los efectos de la decisión judicial se relaciona con dos preguntas, primero, ¿a quién afecta la decisión? y segundo, ¿cuándo comienza a sufrir efectos?



A. *El efecto inter partes de las decisiones judiciales.*

En relación al primer interrogante, la racionalidad del método difuso es que la decisión adoptada por el Juez sólo tiene efectos en relación a las partes en el proceso concreto en la cual aquella se adopta. En otras palabras, en el método difuso de control de constitucionalidad, la decisión adoptada sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley en un caso, sólo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir en relación al caso concreto y exclusivamente en relación a las partes que han participado en el proceso, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares. Esta es la consecuencia directa del antes mencionado aspecto relativo al carácter incidental del método difuso de control de constitucionalidad.

En efecto, si la decisión judicial sobre la constitucionalidad y aplicabilidad de una ley sólo puede ser adoptada en un proceso particular desarrollado entre partes concretas, la lógica del sistema es que la decisión sólo se puede aplicar a este proceso en particular, y a las partes del mismo, y en consecuencia, no puede ni beneficiar ni perjudicar a ningún otro individuo ni a otros procesos.

En consecuencia, si una ley es considerada inconstitucional en una decisión judicial, esto no significa que dicha ley ha sido invalidada y que no es efectiva y aplicable en otros casos. Sólo significa que en cuanto concierne a ese proceso particular, y a las partes que en el intervinieron en el cual el Juez decidió la inaplicabilidad de la Ley, es que ésta debe considerarse inconstitucional, nula y sin valor, sin que ello tenga ningún efecto en relación a otros procesos, otros jueces y otros particulares.

Sin embargo, para evitar la incertidumbre del orden legal y las contradicciones en relación a la aplicabilidad de las leyes, como se dijo, se han establecido correcciones a estos efectos *inter partes*, a través de la doctrina *stare decisis* o mediante regulaciones de derecho positivo cuando las decisiones se adoptan por la Corte Suprema de un país<sup>43</sup>.

---

(43) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review...*, cit., pp. 151 y ss.

### B. Los efectos declarativos de las decisiones judiciales.

Ahora bien, los efectos *inter partes* de la decisión judicial adoptada conforme al método de control difuso de constitucionalidad, están directamente relacionados con otras cuestiones concernientes también a los efectos de la decisión, pero en el tiempo, es decir, respecto de cuándo comienza a ser efectiva la declaración de inconstitucionalidad y, por supuesto, también en relación a la nulidad como garantía de la Constitución.

En efecto, hemos señalado que el principal aspecto de la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad es el de la supremacía de la Constitución sobre todos los demás actos estatales, lo que lleva a considerar que las leyes contrarias a la Constitución son nulas y sin valor, siendo ésta la garantía más importante de la Constitución. En consecuencia, cuando un Juez decide sobre la constitucionalidad de una ley, y la declara inconstitucional e inaplicable a un caso concreto, es porque la considera nula y sin valor, tal cual como si nunca hubiera existido. Por ello, la decisión tiene efectos declarativos: declara que una ley es inconstitucional y consecuentemente que ha sido inconstitucional desde que se dictó. Así, la ley cuya inaplicabilidad se decida por ser contraria a la Constitución, debe ser considerada por el Juez como si nunca hubiera tenido validez y como si siempre hubiese sido nula y sin valor. Por ello es que se dice que la decisión del Juez en virtud de ser de carácter declarativo, tiene efectos *ex tunc, pro pretaerito* o de carácter retroactivo, en el sentido de que dichos efectos se retrotraen al momento en que la norma considerada inconstitucional fue dictada, evitando que pueda tener efectos, por supuesto, solamente en lo que concierne al caso concreto decidido por el Juez y en relación a las partes que intervinieron en el proceso. El acto legislativo declarado inconstitucional por un Juez conforme al método difuso de control de constitucionalidad, por tanto, es considerado, *ab initio*, como nulo y sin valor, por lo que no es anulado por el Juez sino que este sólo declara su nulidad preexistente<sup>44</sup>.

Por tanto, en estos casos de control constitucional difuso, los jueces no pueden anular la ley sino considerarla inconstitucional, no pudiendo los

---

(44) Véase estos principios en relación a Venezuela, en Allan R. Brewer-Carías, "La Justicia Constitucional en Venezuela", *loc. cit.*, pp. 538 y ss.

efectos de su decisión extenderse o generalizarse. Por el contrario, tal como sucede en todos los sistemas con control judicial difuso, el Tribunal debe limitarse a decidir la no aplicación de la ley inconstitucional en el caso concreto, por supuesto, sólo cuando ello resulta pertinente para la resolución del caso. Por ello, la ley cuya aplicación ha sido denegada en un caso concreto, sigue vigente, y otros jueces pueden seguir aplicándola. Incluso, el juez que decide no aplicar la ley en un caso concreto, podría cambiar de opinión en un juicio posterior<sup>45</sup>.

## II. EL SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y VENEZUELA

Como se ha dicho, paralelamente al sistema difuso de control de constitucionalidad, en Colombia y Venezuela existe un sistema concentrado de dicho control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango y valor de Ley, atribuido a la Corte Constitucional en Colombia y a la Corte Suprema de Justicia en Venezuela.

### ***1. Aproximación general al sistema concentrado de control de constitucionalidad***

En efecto, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, contrariamente al sistema difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a *un solo órgano estatal* el poder de actuar como juez constitucional, generalmente de ciertos actos estatales, es decir, este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad, de determinados actos estatales, particularmente de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar. Excepcionalmente, sin embargo, en algunos casos, como sucede en Panamá, el control no sólo se refiere a las leyes y demás actos de rango legal, sino materialmente a todos los actos estatales, lo que lo hace único en el derecho comparado. En todo caso, el sistema concentrado puede ser *exclusivamente* concentrado como el de Panamá, Honduras, Uruguay, Costa Rica o Paraguay, y el

---

(45) Cfr. L. Carlos SÁCHICA, *El control...*, cit., p. 65.

modelo europeo; o puede ser mixto combinado con el control difuso, como el colombo-venezolano.

Ahora bien, el órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, como es el caso de Venezuela; o una Corte Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional forma parte del Poder Judicial (art. 228 y ss.). En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, como jueces constitucionales.

Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aun cuando sea generalmente similar al "modelo europeo" de Tribunales constitucionales especiales<sup>46</sup>, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general, han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido; y en los casos en los cuales se ha atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, estos están integrados al Poder Judicial (Guatemala, Colombia, Ecuador y Bolivia) con la sola excepción del caso del Perú, cuya Constitución de 1993 creó el Tribunal Constitucional fuera del Poder Judicial.

En realidad, el sistema sólo implica la atribución a un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, del poder y del deber de actuar como juez constitucional. Esta es la esencia propia del sistema concentrado con relación al sistema difuso, sea que el órgano dotado del poder para actuar como juez constitucional sea el Tribunal más alto del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia) o un Tribunal especializado en materia constitucional, dentro del Poder Judicial; sea que se trate de un órgano constitucional especial, creado fuera de la organización judicial, aun cuando este último aspecto no resulte esencial para establecer la distinción.

---

(46) M. Cappelletti, *op. cit.*, 1971, pp. 46, 50, 53.

Ahora bien, en todo caso, desde un punto de vista lógico y racional, también puede afirmarse que el poder conferido a un órgano estatal que ejerce una actividad jurisdiccional para que actúe como juez constitucional, es una consecuencia del principio de la supremacía de la Constitución. Así, en todo sistema de justicia constitucional, siendo la Constitución la Ley suprema del país, es evidente que en caso de conflicto entre un acto estatal y la Constitución, ésta última debe prevalecer.

Sin embargo, las Constituciones no siempre confieren poderes a todos los tribunales para que actúen como jueces constitucionales. Cuando así lo hacen, como hemos señalado, se trata de un sistema de control difuso de la constitucionalidad, como el que existe en casi toda América Latina concebido sea en forma exclusiva (México, Brasil, Argentina, por ejemplo) o en forma mixta, mezclado con un sistema concentrado (Guatemala, Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, El Salvador).

Al contrario del sistema difuso, en muchos casos, las Constituciones reservan este poder a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional, sobre todo en lo que respecta a algunos actos del Estado, los cuales solamente pueden ser anulados por dicho órgano cuando contradicen la Constitución. En algunos casos excepcionales, como se dijo, como sucede en Panamá, el poder de la Corte Suprema para actuar como juez constitucional se refiere a absolutamente todos los actos estatales.

Al contrario, en casi todos los países en los cuales existe un sistema exclusivamente concentrado de control de la constitucionalidad, este sólo se refiere a las Leyes y actos de similar rango, por lo que todos los otros tribunales continúan teniendo plenos poderes para decidir sobre la constitucionalidad de las normas aplicables en cada caso concreto, salvo las de las leyes u actos dictados en ejecución inmediata de la Constitución<sup>47</sup>.

---

(47) Cf. M. García-Pelayo, "El 'status' del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, Madrid, 1981, p. 19; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 65. En particular en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, los tribunales dotados de funciones de justicia administrativa siempre tienen el poder para actuar como juez constitucional de los actos administrativos. Ver C. Frank, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, París, 1974.

En efecto, por ejemplo, en los sistemas exclusivamente concentrados de control de constitucionalidad europeos, atribuidos a Tribunales Constitucionales, el poder de éstos para declarar la nulidad de actos estatales sólo se extiende a las Leyes (o proyectos de Leyes), incluyendo las Leyes aprobatorias de Tratados, y demás actos de rango legal o dictados en ejecución directa de la Constitución, como los actos de gobierno y los *interna corporis* de las Cámaras Legislativas (es el caso, en general, con diferencias entre uno u otro país, de Alemania, Austria, Italia, España y Portugal). La misma orientación, en general, la tienen los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes en América Latina, sea atribuido a Tribunales Constitucionales (Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile) o a las Cortes Supremas de Justicia (El Salvador, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Brasil, Uruguay, Paraguay). En general, y con diferencias entre cada país, el poder anulatorio de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional, como juez constitucional sólo se refiere a las leyes o proyectos de leyes y a los actos dictados en ejecución directa de la Constitución, como los Decretos Leyes, los actos de gobierno y los actos parlamentarios sin forma de Ley; adicionalmente, en algunos países, a los reglamentos.

De resto, los otros actos estatales no están sometidos a control concentrado de la constitucionalidad y desde el punto de vista de su conformación al texto constitucional, están sometidos al control de los jueces respectivos, por ejemplo, los contencioso-administrativos, que conocen de la contrariedad al derecho (ilegalidad o inconstitucionalidad) de los actos administrativos, incluyendo los Reglamentos. Es la situación en Colombia y Venezuela. En efecto, en Venezuela, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene competencia para anular los actos administrativos individuales y normativos (estos últimos mediante acción popular) por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad, por lo que la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, como juez concentrado de la constitucionalidad con poderes anulatorios, sólo tiene por objeto las leyes y demás actos de rango y valor de las leyes y excepcionalmente, los Reglamentos dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros<sup>48</sup>. En Colombia, la

---

(48) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas tendencias en el contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 47 y ss.

jurisdicción contencioso-administrativa es el juez de la constitucionalidad de los actos administrativos en paralelo a los poderes de la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango o valor similar<sup>49</sup>. Por tanto, además de existir el control difuso de la constitucionalidad, en Venezuela y Colombia, ni la Corte Suprema de Justicia ni la Corte Constitucional monopolizan la justicia constitucional con poderes anulatorios.

En todo caso, debe recordarse que conforme a las orientaciones de Kelsen<sup>50</sup> los actos del Estado sometidos al control jurisdiccional de constitucionalidad pueden ser considerados actos subordinados a la Constitución de manera inmediata; por lo tanto, el control de la constitucionalidad aparece como la consecuencia de la expresión jerárquica del ordenamiento legal<sup>51</sup>. Por ello, el control de la constitucionalidad de los actos administrativos, normalmente subordinados a las leyes, generalmente también se confiere en Europa, a la jurisdicción administrativa y no a las Cortes Constitucionales.

No obstante, a pesar de estas directrices, el control jurisdiccional de los actos ejecutivos se confiere también, en Austria, al Tribunal Constitucional. Al respecto, Kelsen afirmaba:

“Tal vez estos reglamentos no sean ...actos inmediatamente subordinados a la Constitución; su irregularidad consiste inmediatamente en su ilegalidad y, de manera mediata solamente, en su inconstitucionalidad. A pesar de ello, si nos proponemos aplicarles también la competencia de la jurisdicción constitucional, no es tanto por considerar la relatividad ...de la oposición entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta, sino en razón de la frontera natural entre actos jurídicos generales y actos jurídicos particulares”<sup>52</sup>.

Por consiguiente, según Kelsen, sólo se deben excluir de la jurisdicción constitucional los actos del Estado con efectos particulares (adminis-

---

(49) Véase Luis Carlos SÁCHICA, *La Corte Constitucional...*, cit, pp. 64, 107 y ss.

(50) Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionnelle”, *loc. cit.*, p. 228.

(51) Cf. H. Kelsen, *loc. cit.*, pp. 228-231.

(52) *Idem*, p. 230.

trativos o judiciales)<sup>53</sup>; lo que implica que en Austria, las normas ejecutivas o los actos administrativos con efectos generales también están sometidos a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

## **2. El carácter expreso del sistema concentrado de control de la constitucionalidad como garantía de la Constitución**

Un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, el cual se basa en el principio de la supremacía de la Constitución, no puede desarrollarse como consecuencia de la labor pretoriana de los jueces en sus decisiones judiciales, como sucedió en el caso del sistema difuso de control de la constitucionalidad, por ejemplo, en los Estados Unidos y en Argentina. Al contrario, debe ser expresamente establecido en la Constitución. Por tanto, las funciones de justicia constitucional relativas a ciertos o a todos los actos del Estado, reservadas a la Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional, requieren texto expreso.

Por consiguiente, dadas las limitaciones que ello implica tanto al deber como al poder de todos los jueces de determinar, en cada caso, la ley aplicable, sólo se puede implantar un sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad en la medida en que está previsto, *expressis verbis*, por normas constitucionales. En esta forma, la Constitución, como Ley suprema de un país, es el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso; es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes, en lo referente a ciertos actos del Estado, a ciertos órganos constitucionales, sea la Corte Suprema o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional, como poderes anulatorios.

En tal sentido, el artículo 241 de la Constitución de Colombia atribuye a la Corte Constitucional “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, con poderes para anular por inconstitucionalidad los siguientes actos estatales: actos de reforma de la Constitución, por vicios de procedimiento; actos de convocatoria de referéndum o de asambleas constituyentes referentes a una reforma de la Constitución, por vicios de

---

(53) *Idem*, p. 232



procedimiento; los referéndum referentes a leyes, consultas populares y plebiscitos nacionales, solamente por vicios de procedimiento en la convocatoria o en su realización; leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su elaboración; decretos que tengan fuerza de ley dictados por el gobierno, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su elaboración; decretos legislativos gubernamentales, tratados internacionales y leyes de ratificación de tratados. En general, es un control concentrado respecto de las leyes y demás actos estatales de similar rango y valor<sup>54</sup>. Debe señalarse que con motivo de la reforma constitucional de 1991, fue superada la secular discusión sobre si las leyes aprobatorias de tratados podían o debían ser objeto de control de la constitucionalidad<sup>55</sup>. Ahora ello se admite pero no sólo contra dichas leyes aprobatorias de tratados, sino contra los tratados internacionales en sí mismos<sup>56</sup>.

En Venezuela, conforme a la Constitución de 1961, el control de la constitucionalidad de los actos del Estado por la Corte Suprema en Corte Plena, a través de la acción popular también está reservado, en general, a los actos de rango o valor legal, es decir, a los actos de ejecución inmediata a la Constitución. A nivel nacional, los actos del Estado de rango legal son las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos del gobierno; y a nivel de los Estados miembros de la Federación y de los Municipios, las leyes de las Asambleas Legislativas de los Estados miembros y las Ordenanzas dictadas por los Concejos Municipales<sup>57</sup>. En consecuencia en el nivel nacional, los actos promulgados por el Congreso y sus Cámaras Legislativas son los únicos que pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, así como los actos del Ejecutivo adoptados

(54) Véase Luis Carlos SÁCHICA, *La Corte Constitucional... op. cit.* pp. 16 y ss.

(55) Véase las diversas opiniones a favor de ello en la obra colectiva *Aspectos del control constitucional en Colombia...*, *op. cit.*, pp. 20, 48 y 57.

(56) Véase Luis Carlos SÁCHICA, *La Corte Constitucional...*, *op. cit.* p. 21, entiende que este poder de control sólo se aplica a los Tratados suscritos con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, pues la inconstitucionalidad sobrevenida, a su juicio, sólo se aplica a las normas de derecho interno.

(57) Las ordenanzas municipales tienen el carácter de leyes locales. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Régimen Municipal en Venezuela*, Caracas 1984, p. 162.

en ejecución directa e inmediata de la Constitución<sup>58</sup>. En cuanto a los Reglamentos, éstos también pueden ser objeto de acción popular, sólo si se trata de los Reglamentos dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros<sup>59</sup>. De resto, la Corte Suprema en Sala Político-Administrativa en ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene competencia anulatoria en relación a los otros actos reglamentarios.

En este sentido, de conformidad con la Constitución, los siguientes actos de Estado podrían ser objeto de una acción de inconstitucionalidad: 1) las leyes nacionales; 2) las leyes de los Estados Federados; 3) las Ordenanzas Municipales; 4) los actos del Congreso o de las Cámaras Legislativas Nacionales, dictados en ejecución directa de la Constitución, y los actos de las Asambleas Legislativas o de los Concejos Municipales promulgados en el ejercicio de la función normativa (es decir, que no sean dictados en el ejercicio de la función administrativa, pues entonces constituirían actos administrativos)<sup>60</sup>; 5) los actos de gobierno y los Reglamentos dictados por el Ejecutivo Nacional<sup>61</sup>.

---

(58) La Corte Suprema de Justicia enunció claramente este criterio en los términos siguientes: "El examen de una acción de inconstitucionalidad supone la confrontación entre el acto que se considera viciado y las normas de la Constitución presuntamente infringidas por éste. Si tales normas condicionan el acto, es decir, determinan, por ejemplo, la finalidad de éste, la autoridad competente para realizarlo, o los requisitos intrínsecos o extrínsecos cuyo incumplimiento puede afectar su validez, la acción o recurso dirigido a anularlo por colidir con la Constitución, es de inconstitucionalidad". Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 13/2/68, *Gaceta Forense*, N° 59, 1968, p. 83.

(59) La Corte Suprema ha reservado esta acción de inconstitucionalidad a los actos que tienen efectos *erga omnes* y que interesan a cualquiera. Véase sentencia de la Sala Político Administrativa de 14-3-60, G.O. N° 26222 de 1-4-60.

(60) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Control de la Constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1977.

(61) Artículo 215, apartes 3, 4 y 6 de la Constitución. Véase también el voto salvado del Magistrado J.G. Sarmiento Núñez en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29-4-65 publicada por la Imprenta Nacional, Caracas, 1965, p. 25; J.G. Sarmiento Núñez, "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes y de los Tratados", *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Caracas, 1984, tomo II, pp. 705-707.

En la Constitución no se enumera a los Tratados o a sus Leyes aprobatorias como objeto de control de la constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena. El tema se ha discutido ampliamente<sup>62</sup>, y ha habido contradicciones jurisprudenciales hasta que en 1989 la Corte Suprema admitió una demanda de inconstitucionalidad de la Ley que aprobó el Tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia, y si bien la declaró sin lugar, aceptó la tesis de la impugnabilidad por inconstitucionalidad<sup>63</sup>.

En todo caso, por el carácter expreso del sistema en el derecho constitucional positivo, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, también es compatible con todos los sistemas jurídicos, es decir, no es propio de los sistemas de derecho civil ni tampoco incompatible con la tradición del *common law*. En realidad, se trata de un sistema que debe establecerse en una Constitución escrita, y poco importa que el sistema jurídico del país sea de derecho civil o de *common law*, aun cuando es más frecuente en países de derecho civil<sup>64</sup>.

Por ello, la expresión de que “la práctica del *common law* siempre ha sido incompatible con la noción de Tribunal Constitucional especial según el modelo continental<sup>65</sup>” en materia de control de la constitucionalidad, debe entenderse como una referencia al modelo europeo de Corte, Consejo o Tribunal Constitucional especial, y no, a un sistema “en el que la jurisdicción está determinada y limitada a ciertas cuestiones<sup>66</sup>”. El

---

(62) Véase Allan R. Brewer-Carías, El control de la constitucionalidad de los actos estatales, *op. cit.* pp. 48 y ss; *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas, 1985, tomo I, pp. 490 y ss.

(63) Véase Allan R. Brewer-Carías, “El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana”, *Revista de Derecho Público*, N° 44, Caracas, 1990, pp. 225 y ss.

(64) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, *op. cit.*, pp. 186 y ss.

(65) E. Mc Whinney, “Constitutional Review in the Commonwealth”, en E. Mosler (ed.), Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches recht und völkerrecht, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Internationales Kolloquium, Heidelberg, 1961, Köln - Berlín, 1962, p. 80.

(66) *Idem*, p. 80.

sistema concentrado de control de la constitucionalidad no puede reducirse a los sistemas constitucionales exclusivamente concentrados ni a aquellos en los cuales existe una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional. Por esta razón, como hemos dicho, consideramos que es erróneo para estudiar el sistema, el enfoque que consiste en identificar el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes con el "modelo europeo" de Cortes, Consejos o Tribunales Constitucionales especiales<sup>67</sup>.

De hecho, aun cuando el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes se conozca también como el sistema "austríaco"<sup>68</sup> o "modelo europeo"<sup>69</sup> debido a la existencia de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial, encargado por la Constitución de actuar como juez constitucional fuera del Poder Judicial, debe recalcar el hecho de que la característica fundamental del sistema no es la existencia de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial, sino más bien, la atribución exclusiva a un solo órgano constitucional del Estado del poder de actuar como juez constitucional en lo que respecta algunos actos del Estado, trátase de la Corte Suprema de Justicia existente en el país o de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado.

La adopción del sistema es una elección constitucional, tomada en función de las circunstancias concretas de cada país, pero no necesariamente implica la creación de Tribunales Constitucionales especiales con el fin de garantizar la justicia constitucional, ni la organización de tales Tribunales fuera del Poder Judicial.

---

(67) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad...*, *op. cit.* pp. 16 y ss.

(68) M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, *op. cit.*, p. 50; J. Carpizo et H. Fix-Zamudio, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", *loc. cit.*, p. 36.

(69) L. Favoreu, "Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale", *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1985 (5), París, p. 1149. Publicado también en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, París, 1986, pp. 17-68.

En Europa, por ejemplo, la multiplicación de los Tribunales Constitucionales encargados de ejercer el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, debe considerarse como una consecuencia práctica de una tradición constitucional particular, vinculada al principio de la supremacía de la Ley, a la separación de los poderes y a la desconfianza hacia los jueces en lo que respecta al control de los actos estatales y particularmente de los administrativos<sup>70</sup>. Sin embargo, esto no puede llevar a considerar que el “modelo” del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes esté limitado a la creación de órganos constitucionales fuera del Poder Judicial, para que actúen como jueces constitucionales. Antes del “descubrimiento” europeo de la justicia constitucional a través de la creación de Cortes o Tribunales Constitucionales especiales después de la Primera Guerra Mundial, otros países con tradición de derecho civil habían implantado, a partir de mitades del siglo pasado, sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, atribuyendo a sus Cortes Supremas una jurisdicción exclusiva y original, con el fin de anular leyes y otros actos del Estado con efectos similares, cuando éstos contradicen la Constitución. Este es el caso de los sistemas constitucionales latinoamericanos, incluso si, con alguna frecuencia, han combinado el sistema concentrado con el sistema difuso de control de la constitucionalidad.

En efecto, puede decirse que los sistemas de control de la constitucionalidad que se han desarrollado en América Latina, se han ido orientando progresivamente hacia sistemas mixtos de control de la constitucionalidad, en los cuales coexisten el sistema difuso y el sistema concentrado. Este es el caso, por ejemplo, de Venezuela, Colombia, Brasil, Perú, El Salvador, y Guatemala. No obstante, algunos sistemas de América Latina, como el de Panamá, Uruguay, Honduras y Paraguay permanecieron exclusivamente concentrados, donde la Corte Suprema de Justicia tiene una jurisdicción exclusiva y original para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

---

(70) Cf. M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 54; M. Cappelletti y J.C. Adams, “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation”, *loc. cit.* p. 1211.

Debe destacarse, sin embargo, que la modalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad basado en la creación de un órgano constitucional especial, una Corte, un Consejo o un Tribunal para actuar como juez constitucional dotado del poder original y exclusivo para anular las leyes y otros actos de rango y efectos similares, ha marcado, por su carácter novedoso, la evolución de la justicia constitucional en las últimas décadas, desde la creación de las primeras Cortes Constitucionales en Austria y Checoslovaquia en 1920. El sistema fue adoptado más tarde en Alemania y en Italia después de la Segunda Guerra mundial, y hace menos de dos décadas en España y Portugal. También había sido adoptado, antes de 1990, en algunos países ex-socialistas (Yugoslavia, Checoslovaquia y Polonia) y se desarrolló bajo una forma particular en Francia. Bajo la influencia del modelo europeo pero de una manera incompleta, el sistema también se implantó en Guatemala, en la década de los sesenta, y en Chile hacia principios de los años 70, con la creación de un Tribunal Constitucional, y luego apareció en Ecuador y Perú donde fueron creados Tribunales de Garantías Constitucionales. En Perú, en 1993 dicho Tribunal fue sustituido por un Tribunal Constitucional. En 1991, la nueva Constitución colombiana, como se dijo, creó una Corte Constitucional, al igual que sucedió en Bolivia en 1994.

### ***3. La anulabilidad de los actos estatales como garantía constitucional que fundamenta el control concentrado***

Como se ha señalado anteriormente, la esencia del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, es la noción de supremacía de la Constitución. En efecto, si la Constitución es la Ley suprema de un país y, por lo tanto, prevalece ante todas las demás leyes, entonces un acto del Estado que contradiga la Constitución no puede constituir una norma efectiva; al contrario, debe considerarse nulo. Ahora bien, el principal elemento que aclara la diferencia entre los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad (difuso y concentrado) no es una posible concepción distinta de la Constitución y de su supremacía, sino más bien el tipo de garantía adoptada en el sistema constitucional para preservar dicha supremacía.

Como lo indicó Hans Kelsen en 1928, estas "garantías objetivas" son la nulidad o la anulabilidad del acto inconstitucional. Por nulidad se

entiende, como lo explicó Kelsen, que el acto inconstitucional del Estado no puede considerarse objetivamente como un acto jurídico; en consecuencia, no se requiere, en principio, de ningún otro acto jurídico para quitarle al primero su calidad usurpada de acto jurídico. En este caso, teóricamente, cualquier órgano, cualquier autoridad pública o cualquier individuo tendría el derecho de examinar la regularidad de los actos considerados nulos, con el fin de decidir su irregularidad y juzgarlos no conformes y no obligatorios. En cambio, si otro acto jurídico fuera necesario para establecer la nulidad del acto inconstitucional, la garantía constitucional no sería la nulidad sino la anulabilidad<sup>71</sup>.

Ahora bien, en principio, la nulidad de los actos inconstitucionales del Estado es la garantía de la Constitución que conduce al sistema difuso de control de la constitucionalidad, aun cuando la ley positiva restrinja el poder que podría tener cualquier persona para juzgar como nulos los actos inconstitucionales<sup>72</sup> y atribuya este poder de manera exclusiva a los tribunales, como se puede observar en forma generalizada, dado la necesidad de confiabilidad y seguridad jurídicas.

Por otra parte, la otra garantía de la Constitución, a saber la anulabilidad de los actos inconstitucionales del Estado es precisamente la que conduce, en principio, al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes. Este es el caso del sistema colombiano y venezolano.

En efecto, el aspecto fundamental que muestra la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, es el principio de anulabilidad de los actos del Estado, cuando contradicen la Constitución.

Contrariamente a la nulidad de los actos del Estado, la anulabilidad de dichos actos, cuando se considera como una garantía objetiva de la Constitución, significa que el acto del Estado, aun irregular o inconstitucional, una vez producido por una institución pública, debe considerarse

---

(71) H. Kelsen, *loc. cit.*, p. 214.

(72) *Idem*, p. 215.

como un acto del Estado y, como tal, válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue o revoque, o hasta que se decida su anulación por otro órgano del Estado, con los poderes constitucionales correspondientes. Este es precisamente el caso de los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, en los cuales la Constitución confiere el poder para anular, generalmente algunos actos del Estado, cuando se juzgan inconstitucionales, a un solo órgano constitucional, sea éste la Corte Suprema existente o un órgano creado especial y separadamente dentro o fuera del Poder Judicial, con funciones jurisdiccionales, que le permiten actuar como juez constitucional.

Sin embargo, debe señalarse que, en general en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, la anulabilidad de los actos del Estado no constituye la única garantía de la Constitución, puesto que siempre va acompañada de la nulidad. En cierta manera, se configura como una restricción a la regla de la nulidad que deriva de la violación de la Constitución.

En efecto, se ha afirmado que en lo que respecta a la nulidad de los actos inconstitucionales del Estado, en el sistema difuso de control de la constitucionalidad, la ley positiva, con miras a evitar la anarquía jurídica, limita el poder teórico general de las autoridades públicas y los individuos para considerar como inexistente e inválido un acto inconstitucional del Estado, reservando dicho poder a los jueces. Esto significa que, de hecho, el acto inconstitucional del Estado sólo puede ser examinado por los tribunales, los cuales son los únicos en tener el poder para considerarlo nulo; lo que significa que, hasta ese momento, el acto irregular debe considerarse efectivo y obligatorio para las autoridades públicas y los individuos. Por ello, en el sistema difuso de control de la constitucionalidad, una vez que un tribunal ha apreciado y declarado la inconstitucionalidad del acto estatal en relación a un juicio particular, el acto se considera nulo con relación a dicho juicio.

En todo caso, esta misma situación también se presenta en los sistemas constitucionales dotados de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, con relación a todos los actos del Estado distintos de aquellos que sólo pueden ser anulados por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema. En efecto, como se ha señalado, en lo que respecta a



los actos del Estado de rango inferior en la jerarquía de las normas, por ejemplo, los actos administrativos normativos, todos los jueces, en un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, tienen normalmente el poder de considerarlos nulos cuando son inconstitucionales, con relación al juicio particular en el cual fueron cuestionados. En estos casos, la garantía de la Constitución es la nulidad del acto inconstitucional del Estado, aun cuando solamente los tribunales estén habilitados para examinarlo.

En consecuencia, la particularidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad reside en el hecho de que la ley positiva establece un límite adicional a los efectos de la inconstitucionalidad de los actos, a saber que respecto de algunos de éstos, el poder para declarar su inconstitucionalidad y su invalidez, y por lo tanto, para considerarlos sin efectos, ha sido reservado exclusivamente a un solo órgano constitucional: la Corte Suprema existente o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial. En estos casos, y con relación a tales actos, tratándose normalmente de actos legislativos y otros actos del Estado de rango o efectos similares en el sentido en que están inmediatamente subordinados a la Constitución, la garantía de la Constitución ha sido reducida a la anulabilidad del acto del Estado considerado inconstitucional.

En conclusión, en los sistemas constitucionales que poseen un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, el deber de todos los jueces y tribunales consiste en examinar la constitucionalidad de los actos del Estado. Sin embargo, cuando el acto cuestionado es una ley u otro acto inmediatamente subordinado o de ejecución directa de la Constitución, los tribunales ordinarios no pueden juzgar su inconstitucionalidad, puesto que dicho poder está reservado a un Tribunal Constitucional especial o a la Corte Suprema de un país determinado, el cual puede anular el acto. En este caso, la garantía de la Constitución es la anulabilidad y entonces el acto queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general.

Salvo esta excepción jurisdiccional particular, la cual es propia del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, todos los demás tribunales o jueces pueden, en un juicio concreto, decidir la inaplicabilidad de los actos normativos del Estado no contemplados por esta excepción,

considerándolos nulos cuando los juzguen viciados de inconstitucionalidad. En estos casos, la garantía de la Constitución es, sin lugar a dudas, la nulidad.

#### **4. El carácter previo o posterior del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes**

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad puede tener un carácter previo o posterior, o ambos; según que los órganos encargados de ejercer su poder jurisdiccional de control lo hagan antes de que la Ley entre en vigencia, es decir antes de su promulgación, o una vez en vigencia. Por ello se distingue el control *a priori* del control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes.

En general, puede decirse que los sistemas concentrados de control jurisdiccional que conforman al modelo europeo se caracterizan por la utilización de varios medios de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes vigentes, es decir, una vez promulgadas y después de que se hayan iniciado sus efectos normativos jurídicos. Sólo excepcionalmente algunos sistemas concentrados europeos prevén un medio de control preventivo sobre algunos actos del Estado, como por ejemplo en Francia, en relación a las leyes; en Italia, con respecto a las leyes regionales, y en España, en cuanto a las leyes orgánicas y los tratados internacionales.

En todo caso, el fundamento de la existencia de un sistema de control jurisdiccional *a posteriori* reside en la superación del dogma de la soberanía del Parlamento y de la ley, así como en la flexibilización del principio de separación de los poderes. El control jurisdiccional implica la existencia de una Constitución escrita y rígida, dotada de un carácter normativo directamente aplicable a los individuos; de manera que sus límites se imponen a todos los órganos constitucionales, incluyendo al legislador cuyas actividades deben estar en conformidad con su texto y, por lo tanto, sujetas a un control jurisdiccional.

De lo anterior se deduce que en general, puede decirse que lo característico del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, sin duda, es el control posterior, que permite anular actos estatales efectivos inconstitucionales. Sin embargo, algunos sistemas de control concentrado sólo prevén un control previo de la constitucionalidad de las

leyes, es decir, respecto de proyectos de ley, o de leyes sancionadas, antes de su promulgación, como sucede en Francia y Chile, por ejemplo. En cuanto al modelo de control mixto de la constitucionalidad de las leyes en Colombia y Venezuela, el control concentrado que ejerce la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, es tanto previo como posterior.

*A. El control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.*

La Constitución de Colombia, a partir de 1886, ha previsto un método de control preventivo de la constitucionalidad en virtud del poder de veto a la legislación, atribuido al Presidente de la República (art. 167 y 241,8 de la Constitución de 1991).

En efecto, cuando una ley es objeto de un veto por causa de inconstitucionalidad, si las Cámaras Legislativas insisten en su promulgación, el Presidente de la República debe enviar el proyecto de ley a la Corte Constitucional la cual debe decidir en un lapso de seis días. En caso de que la Corte declare inconstitucional el proyecto de ley, éste debe ser archivado.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 2067 de 4-9-91 por el cual se dictó el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban seguirse ante la Corte Constitucional, si la Corte considera que el proyecto es sólo parcialmente inconstitucional, así lo debe indicar a la Cámara en que tuvo origen para que, con audiencia del Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas. Si por el contrario, la Corte rechaza las objeciones constitucionales presentadas por el Presidente de la República, éste está obligado a promulgar la ley (art. 167). En tal sentido, el artículo 35 del Decreto N° 2067 establece que la sentencia surtirá efectos de cosa juzgada respecto de las normas invocadas formalmente por el gobierno y consideradas por la Corte, y obliga al Presidente de la República a sancionarlo.

Debe señalarse, además, que en Colombia existe un sistema de control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de leyes, de carácter obligatorio, es decir, sin que sea necesario el veto presidencial. Esto sucede respecto de las denominadas leyes estatutarias por el artículo 152 de la Constitución (las destinadas a regular los derechos fundamenta-

les, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos políticos, instituciones de participación ciudadana y estados de excepción). En tales casos, conforme al artículo 153 de la Constitución y 39 del Decreto 2067, los proyectos de Ley, inmediatamente después de haber sido aprobados en segundo debate deben ser enviados a la Corte Constitucional para su revisión, lo cual se hará con la posibilidad de participación de cualquier ciudadano para defender o impugnar el proyecto.

En Venezuela, sólo fue a partir de la reforma constitucional de 1945, la Constitución estableció expresamente la posibilidad de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes nacionales, incluyendo las leyes de aprobación de tratados internacionales y de contratos de interés público, correspondiendo su ejercicio a la Corte Suprema de Justicia a petición del Presidente de la República, como consecuencia de su poder de veto respecto de leyes sancionadas por las Cámaras Legislativas (art. 91).

En la actualidad, la Constitución de 1961 preve, en el procedimiento de “formación de leyes” esta misma posibilidad del veto presidencial contra las leyes sancionadas, en la forma siguiente:

El Presidente de la República debe promulgar las leyes sancionadas por las Cámaras Legislativas en un plazo de 10 días contados a partir del momento en que las recibe del Presidente del Congreso. Sin embargo, durante ese lapso, el Presidente puede pedir al Congreso, con el acuerdo del Consejo de Ministros, que se reconsidere la ley, mediante una exposición razonada con el fin de poder modificar ciertas disposiciones de la misma o levantar la sanción de toda la ley o parte de sus disposiciones.

Cuando la decisión de las Cámaras de ratificar la Ley sancionada se adopte por los dos tercios de los miembros presentes, el Presidente de la República debe proceder a promulgar la ley en el transcurso de los cinco días siguientes a partir de su recepción, sin poder formular nuevas observaciones. Sin embargo, en caso de que la decisión sea adoptada por mayoría simple, el Presidente de la República puede escoger entre promulgar la ley o devolverla al Congreso, en el mismo período de cinco días, para un nuevo y último examen.

La subsiguiente decisión de las Cámaras en sesión conjunta es definitiva, aun cuando se adopte por mayoría simple, y por consiguiente,

la ley debe ser promulgada por el Presidente en los cinco días subsiguientes a su recepción.

Sin embargo, si la objeción del Presidente de la República se basó en motivos de inconstitucionalidad, este puede solicitar a la Corte Suprema de Justicia, en los plazos señalados para la promulgación de la ley, que resuelva la inconstitucionalidad alegada, suspendiéndose la promulgación.

En esos casos, la Corte debe decidir en un plazo de diez días contados a partir del día en que reciba la comunicación del Presidente de la República. En caso de que la Corte rechace la inconstitucionalidad invocada, o si no toma su decisión en el plazo previsto, el Presidente de la República debe promulgar la ley en un lapso de cinco días contados a partir de la decisión de la Corte o del vencimiento del plazo para que esta decida (art. 173).

Si por el contrario, la Corte decide la cuestión y declara la inconstitucionalidad de la ley sancionada, ello impide su promulgación (art. 175), debiendo las Cámaras modificar el texto sancionado, aplicando la decisión de la Corte, que es de carácter obligatorio.

Pero además del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes derivado del veto presidencial, también ello puede lograrse a través de la acción de amparo. En efecto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo procede contra toda amenaza de violación de derechos o garantías constitucionales proveniente de todo acto, hecho u omisión de particulares o de entes públicos. Por tanto, es incuestionable que si durante el procedimiento de formación de las leyes, que implica su aprobación en dos discusiones en cada una de las Cámaras Legislativas, éstas aprobasen un proyecto de norma que de sancionarse la ley, violaría un derecho o garantía constitucional, ello configuraría una amenaza cierta e inminente de violación de los mismos, que podría dar lugar a la protección constitucional consagrada en la Ley Orgánica de Amparo.

En esos supuestos, la persona amenazada de ser lesionada podría intentar una acción de amparo por ante la Corte Suprema de Justicia, contra tal amenaza de violación de su derecho o garantía constitucional para impedir que esa violación se produzca, mediante la obtención de un mandamiento judicial de amparo contra las Cámaras Legislativas para que

se abstengan de sancionar la norma inconstitucional. Existiendo esta vía del amparo constitucional contra la amenaza de violación de los derechos constitucionales, no tendría sentido obligar al agraviado amenazado a que espere la sanción de la ley y por tanto que se apruebe y promulgue la ley inconstitucional, para que pueda ejercer la acción popular de inconstitucionalidad.

*B. El control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango o valor de ley.*

Además del control preventivo de la constitucionalidad, en Colombia y Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad se realiza al igual que en Panamá, El Salvador y Nicaragua, mediante el ejercicio de una acción popular. Sin embargo, en Colombia, además del control a *posteriori* mediante acción popular que ejerce la Corte Constitucional, la Constitución prevé dos casos de ejercicio de control obligatorio de la constitucionalidad por la Corte Constitucional. En efecto, en primer lugar, el artículo 241, ord. 7º, prevé que los decretos legislativos que emanen del Presidente de la República como consecuencia de un estado de sitio, declarado por causa de una guerra, crisis interna, o cuando el orden económico y social del país esté gravemente alterado (arts. 213, 214 y 215), deben ser sometidos en forma obligatoria a control de la constitucionalidad, para lo cual, al día siguiente de su promulgación, el Presidente de la República debe remitir estos decretos a la Corte Constitucional, a la cual corresponde decidir “definitivamente sobre su constitucionalidad” (art. 121). Cualquier ciudadano, puede intervenir en el procedimiento de revisión de los mencionados Decretos Legislativos, para defender o impugnar la constitucionalidad de los mismos (art. 37, Decreto 2067).

La Constitución también prevé en su artículo 241, ord. 10º, que la Corte Constitucional debe decidir definitivamente sobre la inconstitucionalidad de los Tratados internacionales y de las Leyes que los aprueben, a cuyo efecto, el Gobierno debe remitirlos a la Corte dentro de los 6 días siguientes a la sanción de la Ley. En el procedimiento, igualmente, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad del Tratado o la Ley. Sólo si la Corte los declara constitucionales, el gobierno puede efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados.

Por último, aún cuando no se trate de leyes también se prevé un control previo obligatorio de la constitucionalidad de la convocatoria a un Referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, y sólo por vicios de procedimiento en su formación, antes al pronunciamiento popular respectivo (art. 241, ord. 2º); así como de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización (art. 241, ord. 3º). En estos últimos casos no se excluye la acción popular, pero la misma conforme al artículo 379 de la Constitución y al artículo 43 del Decreto 2067, sólo procede dentro del año siguiente a su promulgación.

### **5. El carácter principal del sistema colombo-venezolano de control concentrado de la constitucionalidad y la acción popular**

#### *A. La situación general en el derecho comparado.*

Contrariamente al sistema difuso de control de la constitucionalidad, el cual siempre tiene un carácter incidental, el sistema concentrado puede tener bien sea un carácter principal o un carácter incidental, en la medida en que las cuestiones constitucionales relativas a las leyes lleguen a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional en virtud de una acción directa intentada ante la misma, o cuando un tribunal inferior donde se planteó, a instancia de parte o *ex officio*, la cuestión constitucional, remite el asunto a la Corte. En Panamá, Uruguay, Honduras y Paraguay, donde sólo existe un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, este es a la vez principal e incidental.

En consecuencia, otro aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, en el cual el poder para anularlas se confiere a la Corte Suprema o a una Corte especial, que no se produce, por supuesto, en los sistemas mixtos, es que la cuestión constitucional puede alcanzar la Corte de manera directa o principal mediante una acción contra la ley o el acto estatal concreto o de manera incidental cuando la cuestión constitucional se plantea en un tribunal inferior con motivo de un juicio particular y concreto. En este caso, el juez debe remitir su decisión a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional para luego poder adoptar la resolución final del caso, en conformidad con la decisión tomada por la Corte. En ambos casos, el control de la

constitucionalidad es de tipo concentrado, porque un solo órgano está autorizado para juzgar la constitucionalidad de la ley.

Este sistema exclusivamente concentrado de control de la constitucionalidad, que se ejerce por vía principal y por vía incidental, es el propio del modelo europeo (Austria, Alemania, Italia, España). Por supuesto, no existe el método incidental en Portugal, pues este país adoptó el sistema mixto de control de constitucionalidad<sup>73</sup>.

En todo caso, en el sistema exclusivamente concentrado, en el método principal de control, la cuestión constitucional relativa a una ley u otro acto estatal es "la cuestión principal" y única del juicio iniciado mediante acción directa que puede ser interpuesta por ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional, tanto por los ciudadanos mediante una *actio popularis* o regida por reglas de legitimación particulares, o por funcionarios o autoridades públicas específicas. En el método incidental, la cuestión constitucional puede ser planteada ante un tribunal ordinario como una cuestión incidental en el juicio o *ex officio* por el tribunal. Este tribunal es, entonces, el único que puede remitir la cuestión constitucional ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional, en cuyo caso se debe suspender la decisión del caso concreto hasta que la cuestión constitucional haya sido resuelta por la Corte Suprema o la Corte Constitucional<sup>74</sup>.

En los sistemas mixtos de control de la constitucionalidad, donde a la vez existe un control difuso y concentrado de la constitucionalidad, en general, este último sólo se ejerce por vía principal, mediante el ejercicio de una acción o demanda de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en el derecho comparado, el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad por vía principal, mediante una *acción popular* puede considerarse como el sistema más acabado, aún cuando no es tan frecuente. En efecto, lo normal es que se limite el ejercicio de la acción directa a determinados funcionarios u órganos del Estado (Presidente del Gobierno, Ministerio Público, miembros del Parla-

---

(73) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., pp. 265 y ss.

(74) Cf. *Idem*, pp. 186 y ss.



mento), como sucede en Europa, para acceder a los Tribunales Constitucionales, o se exija una legitimación activa determinada (interés personal, directo) en caso de que se permita el ejercicio de la acción a los particulares, como sucede en Uruguay, Honduras y Paraguay.

En Panamá, desde 1941 y, sin duda, en este punto, por influencia del sistema colombiano, se estableció la acción popular como medio procesal para acceder a la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Igual sistema existe en Venezuela. La diferencia, en todo caso, entre el sistema panameño y el de Venezuela y Colombia, radica en el objeto del control, que es más amplio en Panamá, donde no sólo las leyes y demás actos estatales de rango o valor similar pueden ser impugnados por inconstitucionalidad mediante la acción popular, sino todos los actos estatales; y en que el sistema panameño o de control es exclusivamente concentrado, en tanto que el colombiano y el venezolano es mixto.

Debe señalarse, en todo caso, que además de los casos de Colombia, Venezuela y Panamá, también puede identificarse una acción popular de inconstitucionalidad, en El Salvador y Nicaragua.

En efecto, el artículo 96 de la Constitución de 1950 de El Salvador, cuyo texto recoge el artículo 183 de la Constitución de 1992, establece la competencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional, como "único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a *petición de cualquier ciudadano*". Por su parte, el artículo 187 de la Constitución de Nicaragua establece "el Recurso por inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución política, el cual podrá ser instaurado por cualquier ciudadano".

Se observa, en todo caso, que una pequeña diferencia podría identificarse en cuanto a la legitimación amplia de la acción popular: en Venezuela se otorga a cualquier persona, al igual que en Panamá; en cambio en El Salvador y Nicaragua<sup>75</sup> al igual que en Colombia, se confiere

---

(75) Cfr. Luis López Guerra, "Protección de los Derechos Fundamentales por la Jurisdicción Constitucional en Centro América y Panamá", en Instituto de Investigaciones

a los ciudadanos, es decir, a quienes gozan de derechos políticos en los respectivos países. Por ello, en Colombia, los extranjeros y los nacionales menores de 18 años no pueden ejercer la acción popular<sup>76</sup> lo que no sucede en Venezuela, donde la legitimación es más amplia y se refiere a cualquier persona, aún cuando no sea nacional o no goce de los derechos políticos.

En otros países, si bien la legitimación para ejercer la acción de inconstitucionalidad está sometida a algunas restricciones, en definitiva podría identificarse una acción popular de inconstitucionalidad, como es el caso de Guatemala, cuya Constitución de 1985, reguló los poderes de control de la constitucionalidad ejercidos por la Corte Constitucional, cuando se ejerce un recurso de inconstitucionalidad, concebido como una acción directa (art. 272,a) que puede ser interpuesta contra “las leyes y disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad” (arts. 267 y 272,a). Conforme a la Ley de Amparo, Exhibición personal y de constitucionalidad de 1986, tienen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, la Junta Directiva del Colegio de Abogados, el Ministerio Público, el Procurador de Derechos Humanos y “cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos”(art. 134).

### B. La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela.

En efecto, en Venezuela desde 1858, la principal característica de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de sus poderes de control concentrado de la constitucionalidad, es que puede ser requerida por cualquier persona natural o jurídica, que goce de sus derechos<sup>77</sup>. Por

---

jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, *Justicia Constitucional Comparada*, UNAM, México, 1993, p. 86.

(76) Véase los comentarios de Luis Carlos Sáchica al criticar las disposiciones del Decreto 2067 de 1991, en *La Corte Constitucional... op. cit.*, p. 75.

(77) Véase la sentencia de la Corte Federal del 22/2/60, *Gaceta Forense*, Nº 27, 1960, pp. 107 et 108; así como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 3/10/63, *Gaceta Forense*, Nº 42, 1963, pp. 19 y 20, la del 6/2/64 *Gaceta Oficial*, Nº 27.373, 21/2/64, la del 30/5/63, *Gaceta Forense*, Nº 52, 1968, p. 109, y la del 25/9/73 *Gaceta Oficial*, Nº 1643 Extra, 21/3/74, p. 15.

consiguiente, el sistema concentrado de justicia constitucional en Venezuela siempre está concebido como un proceso de carácter principal que se desarrolla ante la Corte Suprema, cuando se introduce una acción popular. Dicha acción popular, tal como lo señaló la misma Corte en 1971, está abierta “a cualquiera del pueblo (de ahí su denominación)”, siendo su objetivo “la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien, por esta sola razón, no requiere estar investido de un interés jurídico diferenciado legítimo”. Por consiguiente, en Venezuela, la acción popular está consagrada “para impugnar la validez de un acto del Poder Público, que por tener un carácter normativo y general, obra *erga omnes*, y por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual”<sup>78</sup>. En consecuencia, conforme al artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte, la acción popular puede intentarse “en cualquier tiempo”.

En cuanto al carácter popular de la acción, cabe señalar que su “popularidad”, tradicionalmente muy amplia, fue de algún modo limitada desde 1976, por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual exigió un interés simple “particularizado” para poder introducirla. En efecto, el artículo 112 de dicha Ley exige que el acto impugnado debe lesionar, de algún modo, “los derechos e intereses” del recurrente. Por lo tanto, la amplia popularidad de la acción de inconstitucionalidad puede considerarse que ha sido objeto de una especie de restricción legal, sin que por ello haya perdido su carácter de “acción popular”.

En efecto, una restricción de este tipo podría considerarse razonable ya que en realidad sólo afectaría la legitimación necesaria en casos extremos. Por ejemplo, si se impugna una Ley de una Asamblea Legislativa de uno de los Estados de la Federación, sería lógico que se considere necesario que el recurrente, por ejemplo, al menos, resida en ese Estado, que tenga bienes en su territorio o que sus derechos e intereses puedan, de algún modo, resultar lesionados por dicha ley<sup>79</sup>.

---

(78) Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 18/2/71, *Gaceta Oficial*, N° 1472 Extra, 11/6/71, p. 6; ver también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 6/2/64, *Gaceta Oficial*, N° 27373, 21/2/64.

(79) Allan R. Brewer-Carías, *El Control de la Constitucionalidad...*, op. cit., p. 122.

De todos modos, la misma Corte Suprema de Justicia aclaró las dudas con respecto a la posible restricción de la popularidad de la acción<sup>80</sup>, y consideró que la exigencia del artículo 112 de la Ley Orgánica en el sentido de que la ley impugnada debe lesionar “los derechos e intereses” del recurrente, no significa que la acción popular haya sido eliminada, ni que se haya establecido una exigencia especial de legitimación activa para requerir de la Corte Suprema el ejercicio del control de la constitucionalidad. Según la Corte, el objeto de la acción popular es “la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía”, y si bien es cierto que la Ley Orgánica de la Corte Suprema requiere que los derechos e intereses del recurrente hayan sido afectados, dicha expresión no debe interpretarse de manera “rigurosamente restrictiva”<sup>81</sup>. Basándose en todo lo anterior, la Corte Suprema llegó a la conclusión de que cuando una persona ejerce la acción popular de inconstitucionalidad en virtud de los términos del artículo 112 de su Ley,

“debe presumirse, al menos relativamente, que el acto de efectos generales recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario<sup>82</sup>”.

Conforme a la Constitución de 1961, como se ha dicho, el control de la constitucionalidad de los actos del Estado a través de la acción popular está reservado a los actos de rango legal o normativo, es decir, a los actos de ejecución inmediata a la Constitución, y a los reglamentos dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

La consecuencia directa del carácter popular de la acción de inconstitucionalidad en el sistema venezolano, es el carácter objetivo del proceso que se desarrolla ante la Corte Suprema como consecuencia de la acción.

---

(80) Véase L.H. Fariás Mata, “¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?”, *Revista de Derecho Público*, Nº 11, EJV, Caracas, 1982, pp. 5-18.

(81) Sentencia de la Corte en Sala Plena del 30/6/82, ver en *Revista de Derecho Público*, Nº 11, EJV, Caracas, 1982, p. 138.

(82) En esta forma, la Corte reservó este recurso de inconstitucionalidad a los actos que tienen efectos *erga omnes* y que interesan a cualquiera. Véase al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 14/3/60, *Gaceta Oficial*, Nº 26.222, 1/4/60 pp. 154-225.

En efecto, en Venezuela, la acción de inconstitucionalidad no se interpone contra el órgano del Estado (por ejemplo, el Congreso o el Presidente de la República) que hubiese adoptado o promulgado la ley cuestionada por inconstitucionalidad. En realidad, esta acción sólo se dirige contra un acto de Estado, como por ejemplo, una ley. Por consiguiente, en el proceso de inconstitucionalidad no hay "partes" propiamente dichas, ni demandante ni demandados en el sentido estricto del término. En realidad, el proceso de inconstitucionalidad es un proceso contra un acto, que puede ser iniciado por cualquier particular o funcionario público.

Por otra parte, como en el proceso de inconstitucionalidad no hay demandado, no es necesario citar a nadie<sup>83</sup>, y una vez que la acción es admitida, la Corte, en realidad, sólo debe notificar por escrito al Presidente de la entidad o al funcionario que promulgó el acto, y solicitar la opinión del Ministerio Público, en caso de que este no haya sido el que hubiese iniciado el proceso, quien puede consignar su informe antes de que se dicte la sentencia (art. 116 de la Ley Orgánica de la Corte).

La Corte puede, sin embargo, ordenar el emplazamiento público de los interesados, cuando lo estime necesario. Por tanto, así como cualquier persona natural o jurídica lesionada en sus derechos e intereses puede ejercer la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes, también, toda persona, con el mismo simple interés, tiene derecho de presentar argumentos y alegatos durante el proceso, en defensa de la ley o del acto cuestionado (art. 137 de la Ley Orgánica de la Corte).

Para concluir, debe señalarse que el proceso de inconstitucionalidad debe comenzar mediante la introducción ante la Corte de un escrito de recurso en el que el recurrente debe identificar claramente el acto cuestionado<sup>84</sup>, e indicar con precisión las inconstitucionalidades denunciadas, es decir, tanto las razones del recurso como las normas constitucionales

---

(83) Véase la sentencia de la Corte Federal en Sala Político-Administrativa del 20/11/40, *Memoria* 1941, pp. 265 y 266.

(84) Artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 23/1/69, *Gaceta Forense*, N° 63, 1969, p. 95.

supuestamente violadas<sup>85</sup>. Sin embargo, tratándose de una acción popular que pone en juego la validez de una ley y la supremacía constitucional, estimamos que la Corte puede apreciar la inconstitucionalidad del acto cuestionado *ex officio*, por vicios no invocados por el recurrente<sup>86</sup>, sin tener que limitarse a conocer únicamente las denuncias formuladas en el escrito<sup>87</sup>.

Por consiguiente, si bien es cierto que la acción popular debe ser formulada por un recurrente por ante la Corte Suprema (art. 82 LOCSJ), la Corte no está totalmente sujeta a la voluntad del mismo en el juicio de inconstitucionalidad. Por ello, a pesar de que el recurrente puede desistir del recurso una vez que este haya sido intentado, la Corte tiene el poder de seguir conociendo dicho caso (art. 87 LOCSJ).

En cuanto a los motivos de la acción popular de inconstitucionalidad debe señalarse que este recurso puede ser interpuesto únicamente para invocar violaciones de la Constitución o colisiones con la misma, es decir, basado en motivos de inconstitucionalidad<sup>88</sup>. De allí surge la tesis que ha formulado la Corte Suprema de Justicia en relación a la necesidad de que exista una violación directa de la Constitución para que la acción popular

---

(85) Artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Véase sentencia de la Corte Federal del 14/12/51, *Gaceta Forense*, N° 6, 1950, pp. 46 y 47; y sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 11/8/64, *Gaceta Forense*, N° 45, 1964, pp. 185 y 186.

(86) En este sentido, la Procuraduría General de la República ha señalado que la constitucionalidad de los actos legislativos constituye una materia eminentemente pública. Por ello, en los juicios en los que son tratados tales problemas, las facultades del juez no están ni pueden estar limitadas por lo invocado y probado en actos. Véase *Doctrina PGR* 1963, Caracas, 1964, pp. 23 y 24.

(87) Al igual que la Corte Suprema lo sostuvo en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en CP. del 15/3/62, *Gaceta Forense* N° 760 especial, 22/3/62. En este sentido, J.G. Andueza sostiene que la decisión de la Corte no puede contener *ultra petita*, *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano*, Caracas, 1955, p. 37.

(88) En consecuencia, ningún motivo de ilegalidad puede ser alegado. Véase la sentencia de la corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 13/12/68, *Gaceta Forense*, N° 59, 1969, pp. 85 y 86.

sea procedente<sup>89</sup>. Según la Corte, la inconstitucionalidad no puede surgir de simples enunciados teóricos o de un posible conflicto entre la norma impugnada y otra norma cualquiera de la legislación ordinaria<sup>90</sup>, sino que debe ser el resultado de la violación directa de una norma constitucional.

En este sentido, la Corte Suprema sostuvo en una sentencia de 1983 lo siguiente:

“En efecto, el artículo 133 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al establecer que la sola denuncia de la infracción del artículo 117 de la Constitución<sup>91</sup> no podrá invocarse como fundamento de la acción y del recurso a que se refieren los artículos 112 y 121 *ejusdem*, sino que se requiere la denuncia de otra disposición de aquella que “haya sido directamente infringida por el acto cuya nulidad se solicita”, está señalando que la violación indirecta de una norma constitucional no podrá constituir fundamento del recurso de inconstitucionalidad... Afinando los conceptos expuestos ... podría agregarse que existe recurso por violación directa de la Carta Fundamental, cuando sea factible llegar a la solución positiva o negativa del problema planteado con la exclusiva aplicación de las normas constitucionales violadas<sup>92</sup>”.

La Corte Suprema ha señalado incluso que no todas las normas constitucionales pueden servir de base para la acción popular, y ha exigido que se trate de una norma directamente operativa, rechazando el recurso cuando las violaciones invocadas se refieran a normas programáticas<sup>93</sup>.

---

(89) Allan R. Brewer-Carías, *El Control de la Constitucionalidad...*, op. cit., p. 131.

(90) Véase la sentencia de la Corte en Corte Plena del 26/2/85, *Revista de Derecho Público*, Nº 22, EJV, Caracas, 1985, p. 164.

(91) El artículo 117 estipula lo siguiente: “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público cuyo ejercicio les debe estar sometido”.

(92) Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 28/6/83, *Revista de Derecho Público*, Nº 15, EJV, Caracas 1983, pp. 155-156.

(93) Véase las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena del 12/9/69, *Gaceta Forense*, Nº 65, 1969, p. 10, y en Sala Político-Administrativa del 27/4/69, *Gaceta Forense*, Nº 64, 1969, p. 23, así como la de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 13/2/68, *Gaceta Forense*, Nº 59, 1969, pp. 85-86.

Sin embargo, esta doctrina no quiere decir que el control de la constitucionalidad de las leyes no pueda realizarse basándose en principios constitucionales. Por ejemplo, el artículo 50 de la Constitución establece expresamente que "la enumeración de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella". Por consiguiente, la Corte Suprema podría ejercer sus funciones de control de la constitucionalidad basándose en la violación de los derechos inherentes a la persona humana, no enumerados expresamente en el texto constitucional.

Finalmente, debe señalarse que la declaración de inconstitucionalidad debe necesariamente plantear una relación lógica, como consecuencia de una motivación seria y necesaria, entre el acto impugnado y la norma supuestamente transgredida por dicho acto<sup>94</sup>. Esa es la razón por la que la Corte ha considerado formalmente insuficientes las denuncias de infracciones a normas constitucionales, cuando esa relación no surge de las denuncias. En todo caso, es evidente que puede ocurrir la violación de la Constitución cuando el acto objeto del recurso está en contradicción con el espíritu y propósito de una norma constitucional<sup>95</sup> y no sólo cuando existe una contradicción literal entre la norma y el acto cuestionado.

Por último, debe señalarse que en Venezuela, tradicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha rechazado sistemáticamente las solicitudes de suspensión de los efectos de los actos estatales de efectos generales impugnados por inconstitucionalidad. En una sentencia

---

(94) Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 21/12/67, *Gaceta Forense*, Nº 58, 1968, p. 68.

(95) Véase la sentencia de la corte Federal del 25-3-58, *Gaceta Forense*, Nº 19, 1958, p. 58. Al contrario, la Procuraduría General de la República sostuvo que la infracción de las bases de la constitución no puede constituir una causa de anulación de un texto legal. Véase *Doctrina PGR*, 1964, Caracas, 1965, p. 158. Sin embargo, la Procuraduría también sostuvo la tesis según la cual la Constitución es violada cuando la ley pretende alcanzar objetivos diferentes de aquellos fijados por la Constitución, y no solamente cuando existe una contradicción formal entre la norma constitucional y la norma legal. *Doctrina PGR*, 1969, Caracas, 1970, p. 11. De manera general, en cuanto a los distintos tipos de motivos de inconstitucionalidad de las leyes, ver *Doctrina PGR*, 1966, Caracas, 1967, pp. 170 a 174.



del 28 de julio de 1969, dictada con motivo de la impugnación de una ley de una Asamblea Legislativa, la Corte señaló que decretar la suspensión de los efectos de esa ley conduciría a una situación anormal según la cual bastaría con cuestionar ante la Corte, por inconstitucionalidad, un acto legislativo debidamente promulgado, concretamente una ley, para obtener por vía de sentencia previa, la suspensión de sus efectos, con el grave perjuicio de las facultades que corresponden al órgano legislativo<sup>96</sup>.

Sin embargo, esta doctrina fue modificada por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, la cual prevé expresamente, que cuando se trata de leyes o normas que violan los derechos o garantías constitucionales, y se formula al mismo tiempo, con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y otros actos normativos del Estado, una pretensión de amparo, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima pertinente para la protección constitucional, puede decretar la suspensión de la aplicación de la norma a la situación jurídica concreta cuya violación se ha alegado, mientras dure el procedimiento de nulidad (art. 3).

Se trata, aquí, de la posibilidad de suspender los efectos de la norma cuestionada por vía de acción popular cuando se formula conjuntamente una pretensión de amparo, únicamente mientras dura el procedimiento de nulidad, y con efectos estrictos con respecto a la situación jurídica concreta del recurrente que ha invocado la violación.

### C. La acción popular en Colombia.

En Colombia, como se ha dicho, conforme a la Constitución de 1991, todos los ciudadanos pueden interponer por ante la Corte Constitucional una acción popular para requerir la anulación, por inconstitucionalidad, de los siguientes actos estatales: actos de reforma de la Constitu-

---

(96) Véase las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de los 28 y 29/7/69, *Gaceta Forense*, N° 65, 1969, pp. 102-103 y 115-116. Asimismo, ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 25/2/70, *Gaceta Forense*, N° 67, 1970; del 21/6/71, *Gaceta Oficial*, N° 1478 especial, 16/7/71, p. 39; y del 31-1-74, *Gaceta Oficial*, N° 30322, 5/2/74, p. 227.

ción, por vicios de procedimiento; actos de convocatoria de referéndum o de asambleas constituyentes referentes a una reforma de la Constitución, por vicios de procedimiento; los referéndum referentes a leyes, consultas populares y plebiscitos nacionales, solamente por vicios de procedimiento en la convocatoria o en su realización; leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su elaboración; decretos que tengan fuerza de ley dictados por el gobierno, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su elaboración; decretos legislativos gubernamentales, tratados internacionales y leyes de ratificación de tratados (art. 241).

El carácter popular de la acción de inconstitucionalidad viene dado por el hecho de que ésta puede ser ejercida por todos los ciudadanos, incluso sin tener ningún interés en particular, por lo que el procedimiento que se desarrolla ante la Corte Constitucional es de carácter objetivo. En efecto, esta acción no se intenta contra el Estado o contra uno de sus órganos, sino contra una ley o un acto estatal que tenga fuerza de ley. Esa es la razón por la cual, en principio, un ciudadano cualquiera puede intervenir en el procedimiento, adhiriéndose a la petición del accionante, o como parte interesada en el mantenimiento de la ley impugnada (art. 242,2). Igualmente por este carácter popular, de conformidad con el artículo 242,2 de la Constitución, el Procurador de la República debe intervenir en todo caso de acción de inconstitucionalidad.

Finalmente, y como consecuencia del carácter popular de la acción, en principio, ningún plazo de caducidad está previsto para su ejercicio; por tanto, como es inextinguible, el ejercicio de la acción popular puede ser considerado como un derecho político de los ciudadanos. Sin embargo, debe señalarse que la reforma constitucional de 1991 estableció que cuando la acción se basa en vicios formales o de procedimiento de la ley impugnada, la acción está sometida a un lapso de caducidad de un año, contado a partir de la fecha de su publicación (arts. 242,3 y 379).

## **6. El poder de iniciativa del control concentrado de la constitucionalidad y los poderes ex-officio del juez constitucional**

Como viene de señalarse, en general, la cuestión de constitucionalidad referente a la validez de una ley normalmente se plantea en los

sistemas concentrados de control, ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional mediante una acción o por remisión de un tribunal inferior. En ambos casos, el juez constitucional debe decidir en derecho, sin considerar los hechos.

En ambos casos, como se señaló, la cuestión constitucional debe formularse ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional, por lo que ésta no tiene iniciativa propia para actuar como juez constitucional<sup>97</sup>. En esta forma, el principio *nemo iudex sine actore* se aplica, pero una vez que la cuestión constitucional ha llegado a la Corte como consecuencia de una acción o de su remisión por parte de un tribunal inferior, el principio *in iudex iudicet ultra petitem partis* ya no es operante. Esto significa que la Corte Suprema o la Corte Constitucional, como juez constitucional, una vez requerida por una parte o por un medio incidental, tiene poderes *ex officio* para considerar cuestiones de constitucionalidad distintas a las que han sido planteadas<sup>98</sup>.

En efecto, la acción popular en Venezuela pone en juego la validez de una ley y la supremacía constitucional, por lo que estimamos que, como ya hemos señalado, la Corte Suprema puede apreciar la inconstitucionalidad del acto cuestionado *ex officio*, por vicios no invocados por el recurrente, sin tener que limitarse a conocer únicamente las denuncias formuladas en el escrito. Por consiguiente, si bien es cierto que la acción popular debe ser formulada por un recurrente por ante la Corte Suprema (art. 82 Ley Orgánica de la Corte), ésta no está totalmente sujeta a la voluntad del mismo en el juicio de inconstitucionalidad. Por ello, a pesar de que el recurrente puede desistir del recurso una vez que este haya sido intentado, la Corte tiene el poder de seguir conociendo del caso (art. 87 de la Ley Orgánica).

---

(97) De manera excepcional, el Tribunal Constitucional Federal de la antigua Federación de Yugoslavia poseía poderes *ex officio* para iniciar un procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes. Ver artículo 4 de la Ley de la Corte Constitucional de Yugoslavia, 31-12-1963, en B.T. Blagojevic (ed.), *Constitutional Judicature*, Beograd, 1965, p. 16.

(98) Véase en Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado...*, cit., p. 58.

En el caso de Colombia la Corte Constitucional, como guardián de la Constitución, puede considerar vicios de naturaleza constitucional diferentes de los que fueron denunciados por el accionante o por los ciudadanos que hayan participado en el procedimiento y por consiguiente, puede declarar la inconstitucionalidad de la ley examinada por motivos diferentes a los expresados en la acción.

Así lo establece expresamente al artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 al señalar que “La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso”.

Los vicios de inconstitucionalidad contenidos en el escrito de la acción, por tanto, no limitan en absoluto los poderes de la Corte que, como guardián de la integridad de la Constitución, está autorizada para examinar *ex officio* el acto cuestionado y para someterlo a todas las condiciones constitucionales<sup>99</sup>. Por otra parte, el desistimiento de la acción por parte del recurrente no tiene efectos inmediatos, dado el papel atribuido a la Corte, y ésta, por consiguiente, puede continuar efectuando el examen constitucional del acto impugnado<sup>100</sup>.

En esta materia, la situación del modelo colombo-venezolano, puede decirse que se repite, en general, en el derecho comparado. En efecto, en Panamá, el Código Judicial es expreso, en el sentido de otorgar poderes a la Corte Suprema para apreciar de oficio cuestiones constitucionales distintas de las alegadas respecto de las normas impugnadas, al establecer:

“Art. 2557. En estos asuntos la Corte no se limitará a estudiar la disposición tachada de inconstitucional únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estimen pertinentes”.

Pero además, en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad en muchos casos, los jueces constitucionales tienen poderes

---

(99) L.C. Sábica, *El Control de la Constitucionalidad y sus mecanismos*, op. cit., p. 106; *La Corte Constitucional...*, op. cit., p. 84.

(100) A. Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 246.

de oficio para apreciar y declarar la inconstitucionalidad de otras normas de una ley distintas a las referidas en la acción<sup>101</sup>.

Es el caso del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, cuya decisión sobre la conformidad o no de una Ley con la Constitución, si bien, en principio, puede adaptarse al contenido de la petición, del recurso constitucional o de la remisión que haya hecho un tribunal inferior, según el método utilizado para los fines del control; al pronunciar su decisión, el Tribunal Constitucional no está vinculado a las denuncias efectuadas, en el sentido de que puede plantear *ex officio* cualquier otro asunto de orden constitucional vinculado con la ley cuestionada o con cualquiera de los artículos de la misma, y por lo tanto, decidir *ultra petita*. Esta es la razón por la cual el mismo artículo 78 de la Ley Federal que instituye el Tribunal Constitucional Federal estipuló que:

“En caso de que otras disposiciones de la misma ley no estén conformes a la Constitución o a cualquier otra norma de la ley federal, el Tribunal Constitucional Federal puede al mismo tiempo declararlas nulas”.

En Italia, en cambio, en todos los casos de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, la Corte Constitucional debe decidir, “dentro de los límites” de la acción o del planteamiento judicial de la cuestión constitucional (art. 27 de la Ley 87), cuáles son las normas consideradas “ilegítimas”, es decir inconstitucionales. En consecuencia, de conformidad con los términos de la Ley N° 87, se ha considerado que la Corte Constitucional no tiene poderes *ex officio* para analizar cuestiones constitucionales distintas de aquellas que le son sometidas mediante el método incidental o mediante la acción o recurso en el método directo o principal de control de la constitucionalidad. Al respecto, la Corte sólo tiene el poder para declarar “cuáles son las otras disposiciones legislativas cuya ilegitimidad es producto de la decisión adoptada” (art. 27), pero no puede declarar la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas diferentes de aquellas indicadas en la remisión efectuada por el juez ordinario o en la acción directa.

En España, como hemos dicho, el Tribunal Constitucional como juez constitucional e intérprete supremo de la Constitución, si bien no puede

---

(101) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado...*, cit. pp. 158 y ss.

plantear *ex officio* una cuestión de inconstitucionalidad, una vez que se haya sometido una cuestión al Tribunal, éste tiene poderes *ex officio* para plantear otras cuestiones de inconstitucionalidad con respecto a la norma cuestionada, es decir, que puede “basar la declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier disposición constitucional, haya sido o no invocada en el juicio” (art. 39,2 de la Ley Orgánica del Tribunal). Igualmente, el Tribunal puede ampliar la declaración de inconstitucionalidad a otras disposiciones de la ley a pesar de que se haya producido un cuestionamiento parcial, en casos afines o como consecuencia de la declaración relativa a las disposiciones cuestionadas.

### **7. Los efectos de las decisiones en materia de control concentrado de la constitucionalidad**

El último aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad se refiere a los efectos de las decisiones dictadas por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la ley. Este aspecto de los efectos de la decisión judicial también responde a dos preguntas: primero, ¿a quién afecta la decisión?, y segundo, ¿cuándo comienzan los efectos de la decisión?

#### **A. Los efectos erga omnes de la decisión anulatoria.**

En lo que a la primera pregunta se refiere, la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad implica que la decisión dictada por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional, actuando como juez constitucional, tiene efectos generales *erga omnes*. Este es el valor de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Venezuela y de la Corte Constitucional en Colombia, siguiendo, en este sentido, la situación general en el derecho comparado.

En Colombia, también cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo, esta decisión tiene efectos *erga omnes*. Además, conforme al artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 tiene un valor de *res judicata* constitucional, y su contenido es obligatorio para todos (autoridades y funcionarios) de forma tal que con posterioridad no puede presentarse otra acción de inconstitucionalidad contra el mismo acto. En particular, este valor de *res judicata* de las decisiones de la Corte

Constitucional rige tanto en los casos en los cuales la Corte rechaza la acción de inconstitucionalidad, como en los casos en los cuales declara la inconstitucionalidad del acto impugnado.

Por otra parte, en Colombia, además, conforme al mismo Decreto 2067 de 1991, “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia (art. 23)<sup>102</sup>.

Además en Colombia, si bien todos los Tribunales pueden ejercer el control de la constitucionalidad de leyes mediante el sistema difuso, sin embargo, en principio no pueden declarar la inaplicabilidad de la ley por el motivo de inconstitucionalidad que la Corte Constitucional hubiese rechazado. Sin embargo, el artículo 24 del Decreto 2067 de 1991 expresamente indica que la declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de los particulares derivadas de ella. Tampoco impide, que un juez no aplique la norma cuando por las circunstancias particulares del caso sea necesario proteger algún derecho constitucional que no fue considerado en la sentencia de la Corte Constitucional.

En el caso de Venezuela, la decisión de la Corte Suprema de Justicia al declarar la nulidad de una ley por inconstitucionalidad como consecuencia, de una acción popular, también tiene un valor general, es decir, *erga omnes* lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia de la misma Corte desde hace más de medio siglo. En efecto, en una sentencia fechada el 17 de noviembre de 1938, la antigua Corte Federal y de Casación expresó:

“La Corte Federal y de Casación está en el grado más alto de la jerarquía judicial; la cosa juzgada por ella establecida, aun suponiéndola errada en doctrina, es siempre la última palabra del Poder Judicial, contra la cual no pueden nada en derecho, ni ella misma ni los otros dos Poderes. Siendo una institución federal, con atribuciones exclusivas para anular *erga omnes* las leyes y los actos del Poder Público que violen la Constitución, esto la constituye en soberano intérprete del texto constitucional y de las Leyes

---

(102) Véase las críticas a esta disposición en Luis Carlos SÁCHICA, *La Corte Constitucional*, op. cit., p. 88.

ordinarias, y en único juez de los actos de los Poderes Públicos y de los altos funcionarios del Estado. Cualquier funcionario, por elevado que sea, o cualquiera de los otros Poderes Públicos que pretenda hacer prevalecer su propia interpretación de la ley, sobre la interpretación y aplicación que de la misma haya hecho esta Corte al decidir o resolver algo sobre el mismo asunto, usurpa atribuciones y viola la Constitución y las leyes de la República”<sup>103</sup>.

La antigua Corte Federal y de Casación se pronunció en el mismo sentido, mediante una sentencia del 21 de marzo de 1939, cuando calificó sus decisiones como “disposiciones complementarias de la Constitución y de las leyes de la República, y surten sus efectos *erga omnes*”<sup>104</sup>. Así mismo, por sentencia del 16 de diciembre de 1940, cuando señaló que sus decisiones “entran a formar una legislación especial emergente del Poder Constituyente secundario que en tales materias ejerce este Alto Tribunal”<sup>105</sup>. La antigua Corte Federal fue coherente con ese criterio y, por sentencia del 19 de junio de 1953, señaló que sus decisiones “cobran fuerza de ley”<sup>106</sup> porque tienen efectos *erga omnes*.

La Corte Suprema de Justicia, en época más reciente, a través de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, precisó su posición en la materia, por sentencia del 12 de diciembre de 1963, de la manera siguiente:

“El control absoluto de constitucionalidad lo ejerce la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, cuando declara la nulidad total o parcial de una ley nacional por inconstitucional. Tal decisión deja sin efecto la Ley o la parte de ella que sea anulada, y tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. Esta nulidad es pronunciada en virtud de la llamada acción popular.

---

(103) Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa del 17/11/38, *Memoria*, 1939, pp. 330 a 334.

(104) Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa del 21/03/39, *Memoria*, 1940, p. 176.

(105) Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa del 16/12/40, *Memoria*, 1941, p. 311.

(106) Véase sentencia de la Corte Federal del 19/3/53, *Gaceta Forense* Nº 1, 1953, pp. 77-78. Por otra parte, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 19/11/68, *Gaceta Forense* Nº 62, 1968, pp. 106 a 113, se sostuvo que “los efectos de las decisiones dictadas por Corte Suprema en el ejercicio de sus atribuciones, sólo son válidos mientras subsiste la aplicación del precepto constitucional en el que se basan”.



Una atribución similar, pero sólo en cuanto a leyes estatales y a ordenanzas municipales es ejercida por la Sala Política Administrativa de este Supremo Tribunal, también por acción popular y su declaratoria produce igualmente cosa juzgada *erga omnes*.

Quiere esto decir que la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una Ley, por acción principal (popular) es definitiva y surte efectos contra todos, pues tal presunta Ley deja de serla desde el momento de ser declarada inconstitucional. Lo mismo ocurre en los casos de Leyes estatales y ordenanzas municipales, cuya inconstitucionalidad sea pronunciada<sup>107</sup>.

En definitiva, según la doctrina establecida por la Corte, la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, que por consiguiente anula esta última, tiene efectos *erga omnes*, con carácter de cosa juzgada.

En El Salvador, como lo dice el artículo 183 de la Constitución, la sentencia anulatoria de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema se pronuncia “de modo general y obligatorio”, es decir, con efectos *erga omnes*.

Por otra parte, en los países europeos dotados de Cortes o Tribunales Constitucionales, los efectos de las decisiones de los mismos, son siempre *erga omnes*<sup>108</sup>.

Es la situación en Alemania con las decisiones del Tribunal Constitucional, las cuales siempre tienen fuerza obligatoria para con todos los órganos constitucionales de la Federación y de los Lander, así como para con todas las autoridades y los tribunales, y, naturalmente, para todos los particulares. Por tanto, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen efectos *erga omnes* (art. 31,1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Particularmente en los casos de control abstracto o concreto de las normas ejercido mediante petición o recurso por un órgano del Estado o remisión por un Tribunal inferior, en los casos en los que el Tribunal Constitucional declara la nulidad de una ley, la decisión reviste la misma fuerza que una ley (art. 31,2), en el sentido de que tiene un carácter obligatorio, *erga omnes*, inclusive para el propio Tribunal Constitucional.

---

(107) Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en SCCMT del 12/12/63, *Gaceta Forense*, N° 42, 1963, pp. 667 a 672.

(108) Véase Allan R. Brewer-Carias, *El Control concentrado...*, cit. pp. 86 y 185 y ss.

Una situación similar se observa en Austria, donde la decisión del Tribunal Constitucional en materia de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, de los decretos y otros actos del Estado, cuando anula una ley, tiene efectos *erga omnes*, es decir que es obligatoria para todos los tribunales, todas las autoridades administrativas (arts. 139, 6; y 140, 7) y los particulares.

En Italia, la decisión de la Corte Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de una ley también tiene efectos *erga omnes* y, como consecuencia, conforme al artículo 137 de la Constitución, el acto “no puede aplicarse a partir del día siguiente a la publicación de la decisión”.

En España, en lo que se refiere a las decisiones de anulación de una ley o de otras normas con fuerza de ley por cualquier medio de control jurisdiccional, sea cuando el Tribunal Constitucional decide un recurso de inconstitucionalidad, o cuando decide acerca de una cuestión de inconstitucionalidad planteada de manera incidental, el artículo 164,1 de la Constitución establece los efectos *erga omnes* de las decisiones, ya que tienen “plenos efectos frente a todos”. Además, en los casos de aplicación del método incidental de control jurisdiccional, el Tribunal Constitucional debe inmediatamente informar el tribunal respectivo encargado del juicio, el cual debe a su vez notificar las partes. En este caso, la Ley Orgánica del Tribunal prevé que el juez o el tribunal deberá cumplir la decisión a partir del momento en que se entere, y las partes a partir del momento en que sean notificadas (art. 38,3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

### *B. Los efectos constitutivos de la decisión anulatoria del juez constitucional.*

#### a. La situación general del sistema

Los efectos *erga omnes* de la decisión jurisdiccional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes antes señalados, están estrechamente vinculados a la cuestión de los efectos temporales de la decisión, en particular, como consecuencia del principio anulabilidad de algunos actos del Estado como garantía de la Constitución.

En efecto, tal como se ha señalado anteriormente, el más importante aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la

constitucionalidad, es que la supremacía de la Constitución con respecto a todos los demás actos del Estado, lleva a considerar que una ley contraria a la Constitución debe ser nula. También se señaló que, aun cuando la garantía de la Constitución en los sistemas de control de la constitucionalidad sea, en principio, la nulidad de los actos inconstitucionales del Estado, la Constitución ha restringido su propia garantía, en lo que respecta a algunos actos del Estado, como las leyes, reservando el examen y la declaración de su nulidad a un solo órgano constitucional: la Corte Suprema o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado, al cual se ha conferido el poder exclusivo de declarar la nulidad de dichos actos. En Panamá, como se ha dicho, el poder de la Corte Suprema de Justicia para controlar la constitucionalidad se refiere no sólo a las leyes, sino a todos los actos estatales.

En consecuencia, cuando un juez constitucional decide la anulación por inconstitucionalidad de una ley, la decisión jurisdiccional tiene efectos constitutivos: declara la nulidad de la ley debido a su inconstitucionalidad, habiendo ésta producido efectos hasta el momento en que se estableció su nulidad. De esta manera, la Corte considera, en principio, que la ley cuya nulidad ha sido declarada y establecida, ha sido válida hasta ese momento. Así sucede, por ejemplo, en Panamá, al establecer el Código Judicial en su artículo 2564, que:

“Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo.

En todo caso, en algunos países, como Costa Rica, expresamente se prevé, en el derecho constitucional positivo, que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y anulación de la ley por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, son *ex tunc* y, por consiguiente, declarativos y retroactivos, salvo en lo referente a los derechos adquiridos de buena fe (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), o respecto de situaciones consolidadas por prescripción, caducidad o en virtud de una sentencia judicial (art. 92 de la Ley).

#### b. La situación en Colombia y Venezuela

En Colombia, antes de 1991 el debate tradicional de los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las decisiones dictadas por la Corte al ejercer el control

de la constitucionalidad, también se había dado, aún cuando la mayoría de los autores tendían a atribuir a las mismas sólo los efectos *ex nunc*, pro futuro<sup>109</sup>. En 1991, el Decreto N° 2067 resolvió definitivamente la cuestión y estableció que:

“los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución”.

El supuesto de ese artículo 149 de la Constitución, es el de nulidad absoluta de los actos adoptados por miembros del Congreso en reunión efectuada fuera de las condiciones constitucionales.

En Venezuela, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976 no resolvió el problema planteado, sino que se limitó a señalar que la Corte debe determinar “los efectos de su decisión en el tiempo” (art. 119 y 131). Sin embargo, para precisar los efectos de las sentencias que anulan una Ley por inconstitucionalidad, debe recordarse que en Venezuela existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad, lo que implica el funcionamiento de dos sistemas de justicia constitucional en paralelo: por un lado, el sistema difuso, ejercido por todos los jueces, y por otro, el sistema concentrado, ejercido por la Corte Suprema. Por consiguiente, no deben confundirse los efectos de las decisiones en materia de control de la constitucionalidad en uno y otro sistema.

En efecto, en relación a los casos de control difuso de la constitucionalidad, está claro que la decisión judicial de no aplicar una ley inconstitucional, incluso si tiene sólo y exclusivamente efectos *inter partes*, equivale a una decisión simplemente declarativa, con efectos retroactivos, *pro praeterito* o *ex tunc*. Al ejercer este control difuso, el juez no anula la ley, sino que declara o constata únicamente una inconstitucionalidad preexistente; de forma que ignora la existencia de la ley (es decir, que la considera inexistente) y no la aplica en el caso concreto que corresponde el conocimiento del juez.

Ahora bien, los efectos del control difuso de la constitucionalidad de las leyes son completamente diferentes de los efectos producidos por el

---

(109) Cf. L.C. Sáchica, *El Control...*, op. cit., p. 68; E. Sarria, *Guarda de la Constitución*, cit., p. 83.

ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, cuando la Corte Suprema declara la nulidad de una ley por inconstitucionalidad. En esos casos, cuando la Corte Suprema, en el ejercicio de sus atribuciones previstas en el artículo 215, párrafos 3 y 4 de la Constitución, “declara la nulidad” de la ley, es decir anula la ley, ésta, en principio, es válida y efectiva hasta que se publique la sentencia de la Corte, habiendo producido todos sus efectos a pesar de su inconstitucionalidad, en virtud de la presunción de la constitucionalidad de las leyes<sup>110</sup>.

Como el control de la constitucionalidad de las leyes atribuida a la Corte Suprema por el artículo 215, ordinales 3 y 4 de la Constitución es un control concentrado, ejercido mediante acción popular, resulta claro que la sentencia que anula la ley tiene efectos constitutivos, por lo que los efectos de la anulación de la ley por inconstitucionalidad, al no existir una norma expresa constitucional o legal que disponga la solución, sólo pueden producirse *erga omnes* pero hacia el futuro, es decir que las sentencias son, en principio, constitutivas, *pro futuro* y con efectos *ex nunc*, que no pueden referirse al pasado (no pueden ser retroactivas). Se puede afirmar que ese es el criterio que sigue no sólo la doctrina venezolana<sup>111</sup>, sino también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aun cuando la Corte no haya sido siempre constante<sup>112</sup>.

---

(110) J.G. Andueza, *op. cit.*, p. 90.

(111) En su libro *La jurisdicción constitucional en el Derecho Venezolano* (op. cit.) José Guillermo Andueza demostró clara y abundantemente que la sentencia de nulidad por inconstitucionalidad tiene un carácter constitutivo. En efecto, señaló que “la presunción de constitucionalidad de que gozan los actos de los Poderes Públicos hace que produzcan todos sus efectos jurídicos hasta tanto la Corte no pronuncie su nulidad. En consecuencia, la sentencia de la Corte deberá necesariamente respetar los efectos que el acto estatal produjo durante su vigencia” (p. 93), pues ésta “realiza una modificación en los efectos del acto estatal. Es decir, la sentencia hace ineficaz un acto que antes era válido” (p. 94). Según Andueza, y según la doctrina más ortodoxa, “lo que caracteriza a las sentencias constitutivas, es la ausencia de efectos retroactivos. Ellas estatuyen siempre pro futuro, ex nunc; es decir, que la sentencia produce sus efectos desde el día de su publicación” (p. 94). Por lo tanto, no compartimos el punto de vista de Humberto J. La Roche, *El Control Jurisdiccional en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, 1972, p. 153.

(112) Véase en general al respecto Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, *op. cit.*, pp. 185 y sig.

En todo caso, a partir de 1976, el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia atribuye a la Corte el poder de determinar “los efectos de su decisión en el tiempo”. Por consiguiente, la Corte puede corregir los efectos desfavorables que podría engendrar el efecto *ex nunc* de sus decisiones, particularmente en el campo de los derechos y garantías constitucionales, y puede atribuir a sus sentencias efectos retroactivos, *pro praeterito, ex tunc*.

Por último, puede afirmarse que el conjunto de los sistemas de control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad de las leyes en Europa, ejercido por Cortes Constitucionales, confieren efectos generales a las decisiones de las Cortes Constitucionales que declaran la nulidad de una ley por su inconstitucionalidad, así como la eficacia *ex nunc* de éstas, es decir, únicamente hacia el futuro. Asimismo, se puede afirmar que ningún sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes atribuye en Europa, a la decisión de la Corte Constitucional, *efectos generales hacia el pasado*, es decir, *ex tunc, pro praeterito*. Dichas decisiones no son puramente declarativas sino que son solamente constitutivas y no acarrear efectos retroactivos. Cuando se atribuyen efectos hacia el pasado, como en los sistemas alemán e italiano, éstos se limitan fundamentalmente al ámbito penal. Por otra parte, ello es lógico; pues sería monstruoso, debido a las repercusiones respecto a la seguridad pública, pretender que las decisiones de anulación de una ley por ser inconstitucional, tengan efectos puramente declarativos y que, por esta razón, los actos realizados previamente a la declaración de nulidad de la ley, deban ser considerados como no habiendo sido dictados ni cumplidos.

Asimismo, sería injusto que, en asuntos penales, las decisiones adoptadas de conformidad con una ley posteriormente declarada inconstitucional, y por lo tanto, nula, no sean consideradas también como nulas. Esta es la razón por la cual existe la excepción respecto a los asuntos penales establecida en la legislación italiana, en relación los efectos de las decisiones de anulación de una ley por inconstitucional, que en principio sólo se refieren al futuro.

Igualmente, esta misma situación conflictiva que se puede presentar entre la seguridad pública y las decisiones en materia penal ha llevado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a formular

excepciones al principio contrario. En efecto, en los Estados Unidos, el control judicial de la constitucionalidad tiene un carácter difuso; de allí el carácter retroactivo de los efectos de las decisiones declaratorias de inconstitucionalidad que son puramente declarativas. Estas decisiones, en principio, tienen un ámbito de aplicación *inter partes*, pero sin embargo, en virtud de la técnica del precedente y de la regla *stare decisis*, dichas decisiones revisten un carácter general obligatorio. En todo caso, a pesar de ello, la jurisprudencia ha reducido el carácter retroactivo a las cuestiones penales, respetando en cambio los efectos producidos en materia civil y administrativa por una ley declarada inconstitucional<sup>113</sup>.

Ahora bien, en cuanto a las decisiones del Tribunal Constitucional en Austria, estas tienen efectos *constitutivos* en la medida en que anulan la ley o el decreto, *pro futuro, ex nunc*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional tiene plenos poderes para anular leyes o decretos ya abrogados, es decir sin validez formal (arts. 139,4 y 140,4), lo que, en principio, implica los efectos retroactivos del control jurisdiccional, o sea una excepción a los efectos *ex nunc*.

De acuerdo con la regla general de los efectos *ex nunc*, propuesta por Hans Kelsen como una cuestión de principio<sup>114</sup>, las situaciones de hecho o aquellas verificadas antes de la anulación de la ley o el decreto, siguen estando sujetas a ésta o éste, salvo en el caso considerado en la decisión, a menos que el Tribunal decida de otra manera (arts. 139,6 y 140,7). Por consiguiente, las consecuencias negativas eventuales de la regla *ex nunc* pueden ser compensadas por la decisión del Tribunal.

---

(113) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review...*, cit., pp. 201, 223, 233; y *El control concentrado...* cit., pp. 180 y ss.

(114) H. Kelsen, loc. cit., p. 242. Por ejemplo, en lo que se refiere al sistema austríaco, L. Adamovich declaraba en 1954: "No se puede atribuir un simple valor declarativo a la decisión del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley; no establece que una ley ha sido nula desde su origen y cuyos efectos deben ser nulos *ex tunc*, es decir, como si se tratara de un acto sin ningún valor jurídico desde su origen. Al contrario, la decisión del Tribunal Constitucional sólo anula el acto inconstitucional, es decir que destruye *ex nunc* su existencia jurídica, exactamente como si hubiese sido abolido por un acto legislativo posterior y como si la existencia jurídica de este acto hubiese terminado", en "Esperienza della Corte Costituzionale della Repubblica Austriaca", *Revista Italiana per la scienze giuridiche*, Milán, 1954.

Sin embargo, por lo general, los efectos de la decisión del Tribunal sólo comienzan el día de la publicación de la revocación del acto anulado por parte de la autoridad ejecutiva implicada, a menos que el Tribunal determine un plazo para la expiración de los efectos del acto anulado (arts. 139,5 y 140,5) no superior a un año. En este caso y sobre una base puramente discrecional, el inicio de los efectos *ex nunc*, derivados de la anulación de la ley puede ser pospuesto por el Tribunal.

En el caso de Italia, las decisiones de la Corte Constitucional también tienen carácter constitutivo ya que anulan la ley inconstitucional, y sus efectos son *ex nunc, pro futuro*. Sin embargo, esta regla ha sido objeto de numerosas discusiones habiendo interpretado la Corte Constitucional la norma constitucional del artículo 136, la cual establece que el acto inconstitucional anulado ya no puede aplicarse a partir del día siguiente a la publicación de la decisión de la Corte, de la manera siguiente:

“... la decisión relativa a la inconstitucionalidad, si bien es cierto que excluye todos los efectos irrevocablemente producidos por la norma declarada inconstitucional, produce en cambio efectos sobre las situaciones jurídicas que aún no han concluido y que pueden ser regidas de una manera distinta como consecuencia de la decisión. La declaración de inconstitucionalidad de una ley acarrea su inaplicabilidad a todas las relaciones jurídicamente cuestionadas ya que éstas aún no han sido objeto de una decisión con fuerza *res judicata*. La consecuencia es que, en cualquier fase del juicio, el juez debe tomar en consideración, incluso *ex officio*, dicha decisión de ilegitimidad constitucional cuando decide la relación jurídica concreta de un caso, de la misma manera y en la misma medida que si se tratase de *ius superveniens*<sup>115</sup>”.

En realidad, este criterio de la Corte Constitucional confirma el carácter constitutivo de los efectos de las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, cuyas excepciones establece la Ley N° 87 de 1953, en la cual los efectos retroactivos de la decisión sólo son aplicables en los casos penales, cuando se ha pronunciado una condena judicial sobre la base de una ley considerada luego como inconstitucional. En este caso, conforme al artículo 30 de la Ley N° 87, su ejecución y sus efectos penales deben cesar. Otra excepción indirecta de los efectos *ex*

---

(115) Decisión N° 3491, 1957, Citado en F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional Italiana*, Caracas, 1966, p. 30.



nunc de la decisión deriva de la posibilidad de anulación de leyes ya revocadas.

En el caso de español de conformidad con el artículo 164,1 de la Constitución, la “declaración de inconstitucionalidad” o “declaración de nulidad” de una ley significa la anulación de ésta, siendo la garantía de la Constitución la anulabilidad de los actos del Estado inconstitucionales más que su nulidad. Por lo tanto, la ley declarada inconstitucional es anulada y la declaración tiene efectos *ex nunc, pro futuro*. Por este motivo el artículo 161,1 de la Constitución establece expresamente que las decisiones ya adoptadas en los procedimientos judiciales no pierden su valor *res judicata* y el artículo 40,1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé lo siguiente:

“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley, no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales...”.

Como sucede en la mayoría de los sistemas concentrados de control jurisdiccional de la constitucionalidad en Europa, la excepción a los efectos *ex nunc* se establece en los casos penales, permitiendo efectos retroactivos limitados, lo que se ha ampliado a las decisiones de los tribunales contenciosos administrativos en el caso de sanciones administrativas. Al respecto, el artículo 40,1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé la posibilidad de revisar los juicios, en los casos siguientes:

“procesos penales o contencioso administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

Por último, en contraste con la situación en Austria, Italia y España y contrariamente a lo que afirmaba Hans Kelsen con respecto a los efectos de la decisión del juez constitucional en un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, cuando éste resuelve la nulidad de una ley<sup>116</sup>;

(116) H. Kelsen, loc. cit., p. 243.

según la tradición constitucional alemana<sup>117</sup>, en el caso de ejercicio de los controles abstracto y concreto de las normas y tratándose de una decisión acerca de un recurso constitucional contra una ley, cuando en la decisión se declara nula una ley, se entiende que dicha ley es declarada nula e inexistente *ab initio*, es decir que la decisión del Tribunal tiene efectos retroactivos, *ex tunc*. Esta doctrina tradicional sin embargo, fue mitigada por el Legislador, en la Ley federal que instituyó el Tribunal Constitucional, al limitar expresamente el alcance de la decisión estableciendo que cuando se declara una ley nula por inconstitucionalidad, sólo se pueden revisar las causas criminales en los casos en que la decisión judicial definitiva esté basada en dicha ley declarada nula (art 79,1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Todas las demás sentencias definitivas y no revisables, así como los actos administrativos basados en la ley declarada nula, deben quedar intactos; sin embargo su ejecución, en caso de que no se hubiese efectuado previamente, debe ser considerada ilegal (art. 79,2 de la Ley del Tribunal).

## CONCLUSIONES

Como resulta de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir, como lo señalamos al inicio, que el sistema de control de la constitucionalidad, de Colombia y Venezuela, se puede considerar como un modelo más dentro de los sistemas de justicia constitucional, de carácter mixto e integral, con características particulares que lo distinguen desde el punto de vista del derecho comparado.

En efecto, los sistemas de control de la constitucionalidad que muestra el derecho comparado se pueden clasificar de la manera siguiente:

1. Según el órgano a quien compete su ejercicio, se clasifican en difusos o concentrados. En el primer caso, corresponde a todos los jueces; en el segundo caso, sólo corresponde a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional.
2. Según el objeto del control, se clasifican en restringidos o amplios. El control difuso generalmente es restringido en el

---

(117) Cf. J.C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédéral d'Allemagne*, op. cit., pp. 209-228.

sentido de que se ejerce sólo sobre las leyes, reglamentos y actos normativos aplicables para la decisión de un caso. El control concentrado, generalmente también es de carácter restringido, en el sentido de que se ejerce sólo sobre las leyes y otros actos de rango legal por ser de ejecución directa de la Constitución. Un sistema amplio de control de constitucionalidad se refiere a todos los actos estatales.

3. Según el momento en el cual se ejerce el control concentrado, se clasifican en previos o posteriores, según que el control lo ejerza la Corte o el Tribunal Constitucional, antes o después de la promulgación de la Ley.
4. Según el método utilizado para obtener el control concentrado, se clasifican en control por vía principal o por vía incidental. En el primer caso, la acción de inconstitucionalidad puede ser atribuida a determinados funcionarios u órganos del Estado, a quien tenga interés personal, legítimo y directo o a cualquier persona o ciudadano (acción popular). En el segundo caso, la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por vía incidental, corresponde al juez ordinario, teniendo poderes *ex-officio* para ello.
5. Según la garantía objetiva que se establezca de la Constitución, se clasifican en controles que declaran la inconstitucionalidad de un acto estatal, con efectos *ex tunc*; y controles que anulan un acto estatal, generalmente con efectos *ex nunc*. En el primer caso las sentencias son declarativas; en el segundo caso constitutivas. En general, el primer caso coincide con el sistema difuso de control de constitucionalidad; y el segundo, con el sistema concentrado de control.

Ahora bien, en cuanto al modelo colombo-venezolano de control de la constitucionalidad, puede señalarse lo siguiente:

1. Es un sistema mixto o integral, que a la vez es difuso y concentrado.
2. El sistema difuso aplicado en Venezuela y Colombia habilita a todos los jueces a desaplicar las leyes cuando las consideren

inconstitucionales, aplicando preferentemente la Constitución. Dichas decisiones, por supuesto, tienen efectos *inter partes* y *ex tunc*, siendo declarativas y retroactivas; y sólo están sometidas a los recursos de apelación o revisión ordinarios.

3. El sistema concentrado de justicia aplicado en Venezuela y Colombia es tanto *a priori*, como *a posteriori*, y sólo se ejerce por vía principal.

El control concentrado *a priori* de la constitucionalidad, referido a las leyes no promulgadas, se ejerce por la Corte Suprema o la Corte Constitucional a requerimiento del Ejecutivo, cuando éste objete un proyecto de ley emanado del Congreso por razones de inconstitucionalidad. En Colombia, sin embargo, se regulan diversos supuestos de control *a priori* de la constitucionalidad de carácter automático (leyes estatutarias).

El control concentrado *a posteriori* se refiere a las leyes y demás actos de igual rango y valor, y se ejerce por la Corte Suprema o la Corte Constitucional por vía principal, cuando se le requiere el ejercicio de dichos poderes de control, mediante acción popular. En Colombia, sin embargo, se regulan diversos supuestos de control de la constitucionalidad de carácter automático (Tratados internacionales y sus leyes aprobatorias), convocatoria a Asamblea Constituyente, por ejemplo.

## Un diálogo con Domingo García Belaunde (\*)

UBALDO CENTURIÓN MORÍNIGO

Universidad Nacional de Asunción  
(Paraguay)

Domingo García Belaunde, es un joven y brillante constitucionalista peruano. Abogado y Doctor en Derecho, es profesor de la Universidad Católica y de la Universidad de Lima.

Pertenece a una prestigiosa familia de intelectuales y de políticos, y está considerado un hombre estudioso, un inquieto animador de cultura, un genuino exponente de una valiosa generación de peruanos que, sin renunciar a las raíces nacionales profundas, se proyecta a una óptica universalista con una clara y lúcida percepción de las cuestiones mundiales.

García Belaunde, nacido el 13 de julio de 1944, vuelca espíritu batallador en el ejercicio de su profesión de abogado y consagra el más vivo entusiasmo a la docencia y a la investigación.

Está vinculado amistosamente a los más destacados constitucionalistas de América Latina y en su afán de estar al día con la marcha de los estudios referidos a la materia en la que es respetado especialista, viaja al

---

(\*) Publicado con el título "*García Belaunde, constitucionalista de la libertad*" en el libro misceláneo *Hombres de cultura y del derecho*, Asunción, 1993. Se ha eliminado la transcripción de numerosos textos del entrevistado y asimismo se han hecho algunas correcciones y *addendas*, con la autorización del autor. (Los coordinadores).

exterior tres, cuatro o más veces al año. Asiste a congresos, simposios, seminarios, en los que su palabra de científico del Derecho es respetada y frecuentemente pronuncia conferencias, en respuesta a invitaciones que recibe de países de América y de Europa.

Tiene publicados los libros que a continuación se mencionan: *“El constitucionalismo peruano y sus problemas”* (1970), *“El Habeas Corpus interpretado”* (1971), *“La Justicia en los orígenes de la filosofía del derecho”* (1975), *“El Habeas Corpus en el Perú”* (1979), *“Constitución y Política”* (1981), *“Conocimiento y Derecho”* (1982), *“Mar y Constitución”* (1984), *“Una democracia en transición”* (1985), *“Teoría y práctica de la Constitución peruana”* (2 ts., 1989-1993). Ha publicado asimismo numerosos ensayos y monografías en revistas especializadas.

Este distinguido exponente del Derecho peruano, sobrino de un estadista democrático y orador de palabra que entusiasma y emociona a las masas, el arquitecto Fernando Belaunde Terry, tiene escrita una utilísima monografía en la que se ocupa de los regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas.

El trabajo lo elaboró en el marco de un Programa Regional sobre Derechos Humanos en América Latina desde el punto de vista constitucional. Dicho programa fue patrocinado por el prestigioso Instituto Interamericano de Derechos Humanos. García Belaunde leyó su obra en agosto de 1983 en San José (Costa Rica), sede del Instituto.

La investigación se concretó mediante el generoso estímulo del entonces Director Ejecutivo del IIDH, Prof. Hernán Montealegre (siguen textos escogidos).

El profesor Carlos Torres y Torres Lara, al presentar el libro de García Belaunde *“Mar y Constitución”* en su carácter de Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, expresó que el trabajo *“constituye la primera obra orgánica que se ha escrito sobre los antecedentes y situación actual de la problemática de las 200 millas de soberanía marítima, como doctrina creada e impulsada desde el Perú hacia el mundo entero”*.

Este prestigioso constitucionalista de la patria de Toribio Pacheco estuvo en Asunción, participando en el Simposio Internacional *“Constitución: aná-*

*lisis y perspectivas*”, realizado en el Hotel Excelsior del 21 al 23 de agosto de 1991. García Belaunde, con sapiencia, sencillez y sentido de la amenidad, desarrolló el tema: “*Las garantías de la libertad. Los derechos humanos*”.

Se explayó sobre la larga lucha del hombre por la libertad, el significado de los derechos humanos y el valor del Habeas Corpus y el Amparo como seguridades brindadas a la persona humana. Al referirse a ambos institutos fue al derecho comparado, con especiales comentarios sobre las garantías que consagra la Constitución peruana de 1979.

García Belaunde nos comenta que es en el campo de la cultura donde se siente cómodo, que nunca tuvo excesivas aspiraciones de orden material, que le basta lo que gana para vivir decorosamente y para dedicarse con tranquilidad a sus fecundas reflexiones de intelectual comprometido con la suerte de la democracia.

### **¿Quiénes fueron sus maestros?**

– Debo distinguir dos tipos de maestros. Aquellos que me han enseñado con cálido trato personal y los que me han enseñado a través de los libros. Entre los primeros, recuerdo especialmente a Carlos Rodríguez Pastor, Raúl Ferrero Rebagliati, Ismael Bielich Florez, José Pareja Paz-Soldán, Roberto Mac Lean U., Héctor Cornejo Chávez, parlamentario diestro, especialista en Derecho Civil. Raúl Ferrero y José Pareja fueron mis profesores de Derecho Constitucional, pero frecuenté mucho más a Ferrero, con quien trabé una amistad muy sólida, aparte de mi respeto intelectual.

A la distancia, tenía maestros de la talla de Bidart Campos. Le felicito por el libro que Ud. publicó sobre el pensamiento constitucional de este ilustre argentino que para mí es el constitucionalista de América Latina, un verdadero creador. Hay muchos que han destacado en el campo del Derecho Constitucional demostrando buen acopio de informaciones, mucha erudición, pero Bidart Campos no se limita a exponer conceptos ajenos, sino a transmitir ideas propias y haciendo gala de una magnífica pluma. Otro maestro a la distancia, con quien luego me unió una buena amistad –al igual que Bidart– es Héctor Fix-Zamudio, de quien tanto hemos aprendido.

Entre los maestros europeos que más he leído, cito a Maurice Duverger y André Hauriou sin olvidar a un clásico como Jellinek o a un

jurista universal como Kelsen. Como maestro cercano menciono a Víctor Andrés Belaunde, diplomático y jurista, mi abuelo materno, quien me dio acceso a su rica biblioteca, y me alentó en mis estudios de Derecho y de Humanidades. El murió a los 83 años, yo tenía 22. Era una personalidad distinguidísima y le debo una paciente y valiosa orientación intelectual. La influencia de mi padre ha sido decisiva en mi formación, tanto humana como intelectual.

### ***¿Cuándo se inició en la cátedra de Derecho Constitucional?***

– Estuve vinculado a la docencia desde muy joven, primero en Letras y desde 1968, en Derecho, pero interinamente. Fue en 1969, que me llamó el entonces Decano Jorge Avendaño y me dijo: “*Incorpórese a la docencia en Derecho, pero primero vaya a Estados Unidos a acrecentar sus conocimientos*”. Y así sucedió. Estuve un año en el gran país del norte, donde estudié a fondo el sistema constitucional norteamericano y la metodología de la enseñanza.

Y por aquello de que “*cuando se comienza a comer viene el apetito*”, al iniciarme en la cátedra de Derecho Constitucional se me fue despertando extraordinaria pasión por la materia.

También he enseñado Filosofía del Derecho, pero los temas constitucionales han tomado casi todo mi tiempo libre.

### ***¿Qué opina de Luis Alberto Sánchez?***

– Como político prefiero no juzgarlo, pero es una de las preclaras figuras del Perú contemporáneo, el último gran humanista que nos queda. Ha sobresalido como biógrafo, como novelista, como ensayista e historiador de la literatura, ha brillado alto en el campo del periodismo. Es orador elocuente, político sagaz.

Gracias a él tenemos Constitución. El supo impulsar los trabajos para concretar la Ley Fundamental, asumiendo un papel decisivo, ya que había caído enfermo Víctor Raúl Haya de la Torre, Presidente de la Asamblea Constituyente.

Luis Alberto Sánchez ha aportado cosas novedosas al Derecho Constitucional Peruano. Fue constituyente en el 31 y en el 78. Cuando



hace poco tiempo lo visité para sugerirle que reuniese en un libro todos sus trabajos de carácter constitucional, como sus discursos, artículos periodísticos, exposiciones ante la Asamblea Constituyente, etc., me dijo: “*Excelente idea. Apruebo su sugerencia y le encomiendo a Ud. que revise su recopilación así como que se encargue del prólogo*”. Esto constituye para mí un alto honor. Y en eso estamos.

### ***¿Su concepto sobre Haya de la Torre?***

– Gran pensador político del Perú y de Latinoamérica.

### ***¿Cuál fue el tema de su tesis doctoral?***

– *El Habeas Corpus en el Perú*. El trabajo, revisado y ampliado, lo publicó la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en 1979.

### ***¿Cuáles son sus lecturas preferidas?***

– Temas de historia y ensayos políticos, filosóficos y sociológicos, aparte de los propiamente constitucionales.

Nos manifiesta García Belaunde que siente alta estima intelectual por Néstor P. Sagüés y por Jorge Reinaldo Vanossi, aunque lamenta que éste último se haya alejado de la cátedra y del libro para consagrarse de lleno a la política.

El joven jurista y escritor del Perú elogia también la obra de Pablo Ramella, manifestando que su manual de Derecho Constitucional es uno de los mejores que ha leído. Siente también respeto por González Calderón y Humberto Quiroga Lavié, cuyos libros conceptúa como altamente valiosos.

Andrés Townsend Ezcurra ha actuado con señorío, equilibrio, distinción y espíritu conciliador en el Parlamento Latinoamericano, honrando al Perú.

Es una persona honorable, un historiador prestigioso.

### ***¿Javier de Belaunde es tío suyo?***

– Efectivamente. Es una personalidad destacadísima. Ostenta 40 años de vida parlamentaria. Fue un diputado grandemente respetado. Es

un fervoroso demócrata y admirador de Bolívar, sobre cuya vida y proyección escribió un hermoso libro y numerosos ensayos, muy apreciados por los especialistas.

### **¿Hizo periodismo, García Belaunde?**

– Sí, bastante. En “*El Comercio*”, “*Expreso*” y en “*La República*”, influyentes diarios limeños aun cuando con más persistencia en el segundo. Fundé también varias revistas.

### **¿No piensa escribir un tratado sobre Derecho Constitucional?**

– No, no pienso. Sucede que los tratados envejecen rápido. Prefiero el libro o la monografía especializada y escribir un manual de Derecho Constitucional, pues preparar manuales es una obra de servicio a los estudiantes; es la manera como retribuimos lo que hemos recibido de otros...

El constitucionalista habla con legítimo orgullo de su familia, que siempre privilegió las cosas del espíritu. “*En mi familia, no hay empresarios*”, nos expresa.

### **¿Cuál fue el mejor consejo que le dio su padre?**

– Siempre me decía: No hay que angustiarse, porque cada día tiene su afán...

En nuestra grata conversación a la que García Belaunde le da el sello de su inteligencia, de su saber y de su amor a la cultura, volvemos al tema de la Constitución de 1979.

(Sigue una selección de textos).

### **¿Qué consejos les daría a quienes serán los integrantes de nuestra próxima Convención Nacional Constituyente?**

– Que le den la debida importancia al Derecho Constitucional Comparado y que hagan lo que más convenga al país, actuando con realismo y humildad...

Entendemos que también sería importante que los constituyentes trabajen con espíritu superior, simbolizando una poderosa voluntad de concordia. Con hombres que se pasan morbosamente escarbando en el ayer, no se pueden forjar las apasionantes epopeyas del porvenir, en el marco de la libertad y de una generosa vocación por la unidad nacional.

Ese eminente jurista y hombre de magnífica dimensión humana que es Jorge Luis Maiorano, al concluir su conferencia sobre el Ombudsman o Defensor del Pueblo, en el Simposio aludido, citó una frase de Cicerón que muchos deberían recoger como consigna, empapando el alma de sanas pasiones y bellas esperanzas: "El pasado no tiene remedio. El futuro, sí...".



## Los primeros años de Themis (\*)

Entrevista a Domingo García Belaunde  
Profesor de Derecho Constitucional  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Fundador de THEMIS

**THEMIS:** *En 1965, cuando usted y un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica fundan lo que después se ha llamado, “la primera época de THEMIS, ¿pretendían tan sólo construir una revista de Derecho o quizá, ya en los primeros momentos, vislumbraron la idea de aquello que después se convirtió en la Asociación Jurídica THEMIS”?*

**GARCIA BELAUNDE:** Lo que pretendí y que luego compartí con algunos amigos de entonces, fue que los alumnos se expresasen. En la época en que se fundó THEMIS, a mediados de los años 60, había una especie de separación entre las autoridades y los alumnos, muy cordial, pero una separación al fin y al cabo. Podría decirse que el ambiente era muy formal, muy distante; autoridades por un lado y alumnos por otro. La revista de la Facultad (Derecho) era entonces un mamotreto frío, rígido y denso.

En ese contexto, la idea era canalizar la voz de los estudiantes, con la colaboración de los profesores más amigos de los estudiantes y también

---

(\*) Publicado en THEMIS (2da. época) N° 30, noviembre de 1994, La entrevista fue realizada y editada por José Juan HARO SEJAS, miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho.

buscando algunas colaboraciones extranjeras. Ese fue el inicio. Y así lo hicimos, durante mucho tiempo, durante dos o tres años, hasta que al final quisimos darle una permanencia a esos esfuerzos y a nuestras reuniones de estudio, y de esa idea se originó la Asociación Jurídica THEMIS, que constituimos en el año de 1967, por escritura pública. Entonces, la constitución de una asociación jurídica fue la consecuencia del progreso de la revista, que tenía fines muy concretos. Pero lo que pensamos en un primer momento fue simplemente crear un espacio para el alumno en una Universidad muy tradicional, muy solemne.

**THEMIS:** *¿Usted piensa que las circunstancias en las cuales nació la primera época de THEMIS, fueron radicalmente distintas a las que rodearon el nacimiento de la segunda época de la revista, o es que tal vez nuevamente en la Facultad de Derecho no existía el espacio necesario para que los alumnos se expresaran?*

**GARCIA BELAUNDE:** Yo diría que la revista DERECHO, a raíz de haber dejado de aparecer THEMIS el año 69-70, inició un proceso de fusión con nosotros, de lo cual hay testimonio escrito y oral también. Hay personas que conocen directamente esta historia, particularmente el Decano, que en esa época era el doctor Felipe Osterling Parodi.

**THEMIS:** *Incluso la revista DERECHO ha publicado hace unos años una recopilación de su historia, en la que -como una de sus épocas principales- incluye la etapa de influencia de THEMIS<sup>1</sup>.*

**GARCIA BELAUNDE:** Así es, existe una historia escrita donde se presenta el acercamiento que hicimos entre ambas revistas, con la intención de integrar el elemento alumnado con el elemento profesorado, sobre la base no de la continuación de cualquiera de las dos revistas, sino sobre la base de la constitución de una nueva revista, que asumiese a ambas. El problema fundamental era que había que buscar un nuevo nombre y una

---

(1) Hacemos referencia al relato que se incluye en las primeras páginas de: RAMOS, Jorge Antonio. *Índice de la Revista DERECHO (1944-1986)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

nueva estructura. Eso lo tenían a su cargo los directivos de THEMIS en aquella época, que lamentablemente por motivos que yo no recuerdo o desconozco, no llegaron a concretar el proyecto. Como nosotros, o sea Baldo Kresalja y yo -miembros del grupo fundador de THEMIS- éramos ya profesores, nos parecía un poco delicado empujar esa cuestión, y eso se lo dejamos a la gente que estaba en actividad. Quizá por no hacer nada, al final la idea no prosperó. Así, la revista DERECHO siguió saliendo y retomó sus cauces. Pero ¿qué hizo en el camino? Se modernizó, cambió su estructura, se agilizó en su contenido e incorporó alumnos, que era justamente todo lo que habíamos pedido nosotros. Bien podría decirse que las cosas cambiaron radicalmente gracias a nosotros. THEMIS desapareció, pero DERECHO, en su versión rediviva, en el fondo superó lo esperado.

En tal sentido, pienso que la segunda época de THEMIS nace en condiciones más favorables, porque ya había antecedentes y un ambiente mucho más flexible, por así decirlo, en el claustro de Derecho. Nosotros tuvimos que romper con todo un ambiente muy tradicional, con tabúes. Si bien la revista en la segunda época ha superado largamente a la primera, en proyecciones, en presentación gráfica y en varias otras cosas más, el nacimiento de la primera -en sí misma- fue un desafío muy duro. Pero creo que cada época tiene sus propios méritos.

***THEMIS: Tenemos la impresión de que la historia de la revista DERECHO está muy ligada a la de THEMIS, no sólo en sus inicios, sino también como referente en la actualidad. Hoy la revista DERECHO es una revista anual, ágil, muy bien llevada, pero que tiene menos producción que las tres revistas jurídicas estudiantiles de la Pontificia Universidad Católica del Perú en conjunto. ¿No siente usted que la producción de las revistas estudiantiles en este momento es mucho más importante que la de la revista DERECHO?***

**GARCIA BELAUNDE:** En términos generales sí, y eso se debe a que no ha habido un interés de la Facultad en dar un nuevo “empujón” a la revista DERECHO para *aggiornarla*. El gran estímulo que tuvo la revista DERECHO fue en los años en que THEMIS salió en su “primera época”, cuando nosotros planteamos una fusión que al final no se concretó. En ese momento dio un gran salto, un salto cualitativo inmenso que significaba ir

mucho más lejos de lo que había sido en sus inicios, desde que fue fundada en 1944.

Luego de eso no se hizo ningún nuevo esfuerzo y hasta ahora continúa así. A mi modo de ver, lo que ha sucedido es que la aparición de nuevas revistas estudiantiles ha significado decididamente una competencia muy fuerte con la revista oficial de la Facultad que conduce a la larga a superarla, en periodicidad, en actividad, inclusive en la actualidad de sus artículos.

Eso se debe exclusivamente a que no ha existido interés específico en ella. No es que en el aparato administrativo de la Facultad no exista gente capaz de hacer una mejor revista, de hecho estoy convencido de que la hay; el problema es que no habido una preocupación especial. Imagino que los problemas curriculares, el dictado de clases o los problemas netamente administrativos han sido más urgentes. Pero lo objetivo es que DERECHO no ha avanzado y que las revistas estudiantiles la han superado, han tenido más éxito.

***THEMIS: Existe la concepción de que si bien recientemente se ha multiplicado la producción de libros en el Perú, la mayor parte de la doctrina nacional se hace a través de revistas. ¿Cree usted que esto que podríamos llamar “el movimiento de las revistas estudiantiles en el Perú” –que THEMIS inicia– ha empujado a la doctrina nacional, motivando a los profesores y a los propios estudiantes a investigar y escribir más?***

**GARCIA BELAUNDE:** Yo diría que es normal que las revistas condensen lo principal de la actualidad jurídica. Eso sucede en todas partes, porque a la larga el libro es una especie de precipitado de reflexiones, de investigaciones realizadas durante un tiempo más o menos extenso. Todos los grandes libros –por lo general– han aparecido primero en revistas, aunque ciertamente existen muchos artículos que se quedan en revistas y que nunca son recogidos en libros. Es normal que la revista lleve la última voz en materia de investigación jurídica y que eso sea el prolegómeno para el libro, en algunos casos; sea de que se amplíen los temas y el artículo se convierta en un libro, o sea de que los autores recopilen sus artículos y les den unidad a través del libro, que es un estilo



que se usa también mucho. Eso me parece normal y demuestra que estamos a nivel de los tiempos, que las revistas jurídicas se adelanten en la investigación. También me parece que es un síntoma de que la vida de las revistas jurídicas en nuestra Universidad es realmente vigorosa.

**THEMIS:** *Siendo nuestra Facultad de tradición tan fuertemente civilista, cuando se fundó THEMIS ¿por qué no se pensó en editar una revista especializada en el Derecho Civil, y más bien se creó una revista, por así llamarla, “interdisciplinaria dentro del Derecho”?*

**GARCIA BELAUNDE:** Bueno, porque nosotros traíamos una formación humanista, propia de los estudiantes de Derecho en la Católica. Esta es una formación de dos años que se imparte aún en Estudios Generales Letras.

Por otra parte, la idea que teníamos en esa época era que el abogado es el hombre que tiene una cultura jurídica general. Que en la vida diaria uno se incline por el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Tributario, eso no viene al caso, pues el abogado debe tener una visión de conjunto, porque a la larga el Derecho es uno solo, sus categorías son las mismas en todas partes. Lo que sucede es que las especialidades se van bifurcando y entonces se van creando características según las áreas. Básicamente tenemos el Derecho Civil y todo el resto se le parece un poco, y el Derecho Penal y todo el resto se le parece un poco, a nivel de Derechos generales. Igual los procesales, que son muy parecidos entre sí.

Nunca se nos ocurrió hacer una revista especializada. En nuestra época habían revistas especializadas en materia laboral y en materia tributaria, pero ellas eran publicadas por profesionales vinculados a entidades laborales, a entidades tributarias, dedicados a ello y que se desempeñaban profesionalmente en esos campos. Era normal que un profesional, ya especializado, estuviera cerca de una revista especializada. Pero eso no era normal para un muchacho que se estaba formando en todas las ramas jurídicas.

Fuimos conscientes de que primero necesitábamos la formación general integral, y luego la vida, las circunstancias o la vocación deberían ser las que nos fueran especializando. Por eso es que nunca pensamos en

una revista especializada. Así sucedió con nosotros y me imagino que lo mismo habrán pensado quienes iniciaron la segunda época.

**THEMIS:** *Cuando se funda la revista, el reto era romper con un ambiente tradicional. El reto, para quienes fundaron la segunda época era bien distinto. Sin embargo, no podemos olvidar que ya nos separan diez años del nacimiento de la segunda época, y -en consecuencia- también las circunstancias de vida en este lapso han cambiado. Esto nos obliga, tal como lo vemos, a definir claramente los nuevos desafíos a los que nos debemos enfrentar. Personalmente, ¿espera mucho de las revistas de estudiantes en la actualidad? ¿Cuáles son las nuevas metas que deben rebasar? ¿Qué futuro le aguarda a este tipo de publicaciones?*

**GARCIA BELAUNDE:** Yo diría que las revistas de estudiantes en el momento actual del Perú están llamadas a tener mucho más vida y más influencia que las revistas que son órganos estables de instituciones académicas.

La revista que es órgano estable de una institución académica, como puede ser la revista publicada por una Facultad de Derecho de cualquier parte del país, en el fondo tiende a ser órgano de expresión de su actividad (de sus profesores, de sus tesis, de los hechos que se suscitan en sus claustros) y un poco de las investigaciones que se manejan dentro de ellas, dando prioridad a ciertas áreas. Yo diría que las revistas editadas por las Facultades y por las Universidades tienden un poco a cierto inevitable burocratismo, lo cual no impide que tengan algunas cosas valiosas y que almacenen material importante.

La ventaja que tienen las revistas de estudiantes es que son dirigidas por muchachos que tienen mucho más tiempo disponible, no están atados por las especialidades, están abiertos a todas las áreas, están inquietos por formarse y eso los hace lanzarse más hacia la aventura, más a la novedad, más a la actualización, más al servicio.

Los jóvenes toman esto con un criterio muy creador, muy innovador, muy gerencial -por así llamarlo, en el sentido de crear, innovar, estar al día, ser competitivos-, mientras las revistas simplemente institucionales salen

de todas maneras, tienen un presupuesto fijo, dan cuenta de lo básico y tienen que salir por que tienen que salir.

Ahora, debo aclarar que esto no es una norma general. He tenido oportunidad de revisar algunas revistas europeas que son editadas por Facultades de Derecho y hay números muy buenos. Sin embargo, normalmente las revistas que son creadoras no son aquellas que son órganos de instituciones, sino aquellas que son editadas por consejos o institutos de investigación científica, organizaciones que en nuestro medio no existen.

**THEMIS:** *Usted valora mucho el aporte de la juventud y de los estudiantes. ¿Por qué se pensó desde un primer momento que THEMIS debía ser una revista editada exclusivamente por estudiantes?*

**GARCIA BELAUNDE:** Desde el primer momento la revista estuvo ligada al estudiante, porque nacimos justamente con el objetivo de ser un medio de expresión para ellos, en una Facultad muy tradicional, que en la práctica nos ignoraba.

Luego pensamos que la especificidad, que la personalidad de la revista, debía ser la de una revista editada por alumnos, porque ya existían revistas editadas por instituciones, existían revistas editadas por entidades privadas y fundaciones, existían revistas internacionales que eran editadas por grandes comités, pero no existían revistas editadas por estudiantes. Se planteó que desde el momento que dejáramos de ser estudiantes, deberíamos dejar la revista. Esa fue nuestra idea: dejar la revista en nuevas manos, para que otros se encargaran de ella y la posta se fuera retomando.

**THEMIS:** *En un número de la primera época, escribió usted: "Un día no lejano, el actual Consejo de THEMIS desaparecerá para dejar paso a las nuevas promociones. "Renovarse es vivir", dijo José Enrique Rodó, y THEMIS debe vivir<sup>2</sup>". ¿Se sintió un poco frustrado cuando ese paso no fue tan exitoso como se esperó y cuando la revista dejó de existir en su primera época?*

---

(2) GARCIA BELAUNDE, Domingo. "El significado de THEMIS". En: THEMIS, Año 3, No. 5, Lima, 1967.

**GARCIA BELAUNDE:** Evidentemente, dedicar muchas horas de esfuerzo en una época en que todo era adverso, en que a THEMIS no la conocía nadie, era un triunfo en el medio, porque había que mendigar papel, mendigar avisos, mendigar colaboraciones y escaparse de las clases para hacer esas gestiones, sobre todo porque en esa época las clases eran de lista obligatoria y nadie nos daba permiso para salir.

Todo este gran esfuerzo, de reunirse en las noches en nuestras propias casas, de corregir pruebas (en esa época no habían diskettes), de trabajar con los plomos de imprenta, todo ese trabajo se discontinuó e indudablemente nos dio pena. Era ver el fruto de mucho tiempo frustrado y quisimos remediarlo. No pudimos y ahí quedó el intento. Y después sucedió lo que siempre sucede en la vida: uno se embarca en otros proyectos y se va olvidando y le queda esto como una aventura juvenil de grato recuerdo y nada más. Pero, indudablemente, toda empresa que se frustra produce pena, eso no se puede negar.

**THEMIS:** *Y cuando los fundadores de la segunda época se acercan a usted para proponerle la idea de “resucitar” a THEMIS, ¿en qué pensó?*

**GARCIA BELAUNDE:** Fue una sorpresa, por cierto. Yo no me lo esperaba. A THEMIS lo tenía como un proyecto muy modesto, pero que había quedado grabado en la historia, en la pequeña historia. Me dio una gran sorpresa y una gran alegría que me vinieran a pedir permiso para usar el nombre, pues estaba registrado y además teníamos derecho sobre él. Me pareció una actitud muy cordial, muy honesta, muy generosa de parte de la gente joven y, como es natural, yo me reuní con todos los miembros de la primera época y les informé acerca del proyecto, comentándoles que me había permitido adelantar mi opinión favorable. Al mismo tiempo, les solicité su opinión, porque todos fuimos una hermandad de trabajo y debíamos continuar así, aun veinte años después, o más.

Posteriormente tuvimos unas reuniones sociales y de trabajo con la gente de la nueva y la antigua época, y quedó formalizado ese vínculo, de manera que cuando salió la revista fue una sorpresa gratísima, pues vimos que todo esto era realmente algo muy superior a todas nuestras expectativas. Así se los dije a los fundadores de la segunda época y aún hoy lo sigo pensando.

**THEMIS:** *¿Cuál cree usted que fue, más de veinte años después, el principal mérito de THEMIS, en su primera época?*

**GARCIA BELAUNDE:** Haber sido pionera. Nos faltó mucho, tuvimos muchas deficiencias, pero fuimos pioneros. Tuvimos todas las carencias y todos los méritos que tienen los pioneros. Sólo eso.

**THEMIS:** *De la segunda época, ¿qué rescataría usted?*

**GARCIA BELAUNDE:** Rescato el hecho de que se reúna gente joven, alumnos, gente con entusiasmo, que está en contacto con profesores extranjeros, que hace una revista más periódica, más estable, con un adelanto importante en su extensión, con una estructura mucho más compleja en su manejo interno, y con una capacidad de reto para las cosas del día, de actualidad, del momento...

**THEMIS:** *No eran ustedes veinte miembros, como ahora...*

**GARCIA BELAUNDE:** No, éramos menos. El proyecto al principio lo concebí yo solo y se lo confié a dos compañeros más que me ayudaron muchos: Luis Stucchi y Jaime Thorne. Después llegamos a cuatro y en el mejor de los momentos fuimos siete. Quizá contando a los exmiembros, en el último número de la primera época, hay diez personas cuando mucho.

**THEMIS:** *¿No siente usted un poco que las convocatorias abiertas y los concursos de admisión de nuevos miembros que todos los ciclos hacemos son la realización de la idea cuya, expresada en la frase "un día no lejano, el Consejo de THEMIS desaparecerá, para dar paso a las nuevas promociones"? ¿No siente que esta idea que usted tuvo en la primera época recién han podido cristalizarse en la segunda?*

**GARCIA BELAUNDE:** Así es, y superada. Porque indudablemente la renovación en la primera época, debo decirlo sin falsos escrúpulos, la hice yo a título personal. Tuve que hacerlo así; uno, porque no había otro sistema, y dos, porque tenía que recurrir a los amigos. En esa época, hubo gente que yo llamé y se negó. Había que pedir a la gente amiga que nos hiciese el favor de estar en THEMIS. Entonces, no había otra alternativa que yo buscase y llamase a mis amigos. Todos los que estaban en la revista

lo eran. Hubo muchos que no quisieron ayudar. Aunque parezca hoy día gracioso, hubo gente que no aceptó. Ustedes ya han institucionalizado el sistema de renovación. Han ido mucho más lejos.

**THEMIS:** *Para finalizar, la relación entre THEMIS y la Pontificia Universidad Católica del Perú es bastante estrecha, justamente porque todos sus miembros son de la Universidad Católica. Hace algún tiempo alguien propuso ampliar la convocatoria de la revista hacia gente de otras universidades. ¿Qué opina al respecto? ¿No siente que parte de lo que es THEMIS lo es justamente porque sus miembros son alumnos de la Universidad Católica?*

**GARCIA BELAUNDE:** Bueno, ésa es una pregunta muy difícil. Yo me siento unido a la Católica por muchas razones. Mi padre y mi abuelo fueron profesores de aquí, y yo lo soy también. Entonces, yo estoy unido tres, y hasta cuatro generaciones, a la Universidad. Con todos sus defectos y sus limitaciones, me siento unido a ella.

Sostengo a título personal -y siempre lo creímos los fundadores- que THEMIS era una revista de la Católica, pero no únicamente para la Católica: pensamos que también era una revista para los demás. Siento que si la revista amplía su marco y pone a gente que no es de la Católica, a mí, no digamos que me mortificaría porque la dirección actual es libre de tomar sus propias decisiones, pero me sorprendería.

Ahora, si THEMIS -por ejemplo- busca corresponsales en provincias, esto sí me parece atendible, porque si la Universidad está centrada en Lima no podemos pretender que un corresponsal de Trujillo sea de la Católica cuando allá no hay Universidad Católica. Sin embargo, el espíritu de la revista -en mi opinión- si quieren mantener lealtad a lo que siempre fue THEMIS, a la idea de los fundadores de la primera y de la segunda época, y a la característica de la revista, es el de ser órgano de expresión de los alumnos de la Católica, volcado hacia el exterior, con la colaboración del exterior, inclusive con el título de corresponsal en provincias o en el extranjero, pero creo que nada más.

## INDICE GENERAL

<i>Presentación</i> .....	7
<i>Bibliografía de Domingo García Belaunde</i> .....	17
<i>Adhesiones</i> .....	35
El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina.....	37
<b>GERMAN J. BIDART CAMPOS</b>	
La Jurisdicción Militar en Argentina. Revisión de sus decisiones por la justicia federal.....	59
<b>NESTOR PEDRO SAGÜES</b>	
Tribunal Constitucional.....	75
<b>BENJAMIN MIGUEL HARB</b>	
Noticia sobre la jurisdicción militar en el Brasil.....	85
<b>JOSE AFONSO DA SILVA</b>	
La Jurisdicción Militar y la Constitución de la República Federativa del Brasil.....	109
<b>LUIZ PINTO FERREIRA</b>	
La Jurisdicción Militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial.....	131
<b>FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO</b>	
El Estado Militar.....	233
<b>GIUSEPPE DE VERGOTTINI</b>	
Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano.....	253
<b>HECTOR FIX-ZAMUDIO</b>	

Poder Civil y Poder Militar en Panamá... ..	325
<b>CESAR QUINTERO</b>	
La Jurisdicción Militar en el Perú... ..	353
<b>GERARDO ETO CRUZ</b>	
<b>CESAR LANDA ARROYO</b>	
<b>JOSE F. PALOMINO MANCHEGO</b>	
Las Fuerzas Armadas en la Constitución del Uruguay... ..	465
<b>MIGUEL ANGEL SEMINO</b>	
El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela... ..	483
<b>ALLAN R. BREWER-CARIAS</b>	
Un diálogo con Domingo García Belaunde... ..	561
<b>UBALDO CENTURION MORINIGO</b>	
Los primeros años de Themis... ..	569
Entrevista a DOMINGO GARCIA BELAUNDE	



***Este libro se terminó de imprimir  
en los Talleres Gráficos de  
Laser Graf Alvarado,  
en el mes de junio de 1997,  
constando la edición de mil ejemplares,  
más sobrantes para reposición.***





