Exp. N°: 18-2004
CONTIENDA DE COMPETENCIA
CASO: Indalecio Pomatanta Albarrán
SUMILLA: Informe de amicus curiae

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ronald Gamarra Herrera, ciudadano peruano, mayor de edad, identificado con DNI Nro. 08725115, en mi carácter de abogado de profesión; en la contienda de competencia entre el Poder Judicial y la Justicia militar, derivada del proceso seguido contra Jorge Rabanal Calderón y otros por la comisión del delito de lesiones graves seguidas de muerte en agravio de Indalecio Pomatanta Albarrán; ante usted se presenta y como en Derecho mejor procede dice:

Petitorio

Que, solicito a la Sala de vuestra presidencia tenerme como "amicus curiae" para someter a consideración elementos de derecho de (eventual) relevancia para la resolución de la cuestión planteada en esta contienda de competencia.

La institución del "Amicus Curiae"

El maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, hoy miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ha señalado sobre la institución del "Amicus Curiae" (literalmente, "amigo del tribunal") lo siguiente:

> "Es el objeto de presentaciones de este tipo que terceros ajenos a una disputa judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.
>
> La institución del "Amicus Curiae" es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano, siendo paulatinamente incorporada la práctica judicial de los países de tradición anglosajona... Desde esta tradición anglosajona, el "Amicus Curiae" se ha extendido en forma notoria. En un primer momento la institución pasó a ser moneda corriente en las más diferentes instancias internacionales, siendo hoy un lugar común que presentaciones de este tipo se hagan ante la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como ante sus similares de Europa y África. De la mano del derecho internacional, esta institución ha dado en los últimos años un gran salto al convertirse también en una costumbre en el derecho interno de los países que antes no la acogían. En esos casos se trata de causas en las que se debe decidir judicialmente la vigencia de algún Derecho Humano, o cuando el litigio es fundamental para la existencia del Estado de Derecho. Esto lleva a organizaciones civiles y académicos a presentarse espontáneamente, con el objeto de asegurar que no se restringirá indebidamente ningún derecho fundamental" (Amicus Curiae, memorial en Derecho presentado por Eugenio Raúl Zaffaroni en los autos "José Luis González en representación de Juan Gelman, ficha N° P/462/02)

Por cierto, la intervención del "Amicus Curiae" se encuentra comprendida dentro de los alcances del artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 54.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé de forma expresa la posibilidad de presentarse en calidad de "Amicus Curiae" ante dicho tribunal.

En América Latina, particular y pioneramente en la Argentina, se ha reconocido que la institución del "Amicius Curiae" forma parte de una tradición jurídica universal. Y no sólo ha sido aceptada por los tribunales locales, sino que incluso ha logrado un mayor desarrollo. De tal suerte que,

incluso, por acción de los propios jueces su naturaleza ha sufrido una transformación:

> "(inicialmente) enderezada a colaborar neutralmente con el tribunal, en tiempos más recientes ha abandonado definitivamente esa imparcialidad, transformándose en una especie de interventor interesado y comprometido" (Eugenio Raúl Zaffaroni, en el ya citado Amicus Curiae)

Debe recordarse, además, que el "Amicus Curiae" es un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de personas o grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales (Véase, Carlos Santiago Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional)

En otras palabras, que el "Amicus Curiae" constituye un instrumento para reforzar el principio republicano de gobierno y se vincula a la exigencia de fundamentación de las sentencias judiciales.

<u>Interés del "Amicus Curiae" en el caso</u>

En mi condición de ciudadano, demócrata, abogado, persona comprometida con la defensa de los derechos humanos, y con estudios de Maestría en Derecho Penal Militar por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, hago público mi interés en el tema que en la presente contienda de competencia se debate.

Por lo demás, motiva la elaboración del Memorial en Derecho la trascendencia del crimen perpetrado –cuya crueldad está fuera de toda discusión-, la circunstancia cierta que éste es el primer caso de violaciones a los derechos humanos presentado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) que será de conocimiento de la Corte Suprema, y que lo aquí se debatirá y resolverá servirá de guía para la solución de ulteriores contiendas de competencia en materia de violaciones a los derechos humanos, y particularmente para la eventual definición de "La desaparición forzada de autoridades en Chuschi" y el "Caso Huanta: el asesinato de evangelistas en Callqui" (crímenes denunciados por la CVR y sobre los que la justicia militar ha asumido competencia de forma indebida).

La cuestión a decidir

El hecho a decidir por la Corte Suprema radica en la determinación de los límites objetivos competenciales de la justicia militar. O si se prefiere, en la afirmación de que corresponde al Poder Judicial de forma única y exclusiva el conocimiento y la resolución de las violaciones a los derechos humanos.

Esta es una cuestión fundamental a decidir por la judicatura.

Sería lamentable, inadmisible, que la Sala de vuestra presidencia estableciese como línea jurisprudencial que un comportamiento como el que se atribuye a Jorge Rabanal Calderón y otros miembros de la Marina de Guerra: a saber, golpear a Indalecio Pomatanta Albarrán, rociar con gasolina su cuerpo, prenderle fuego y abandonarlo; constituye un "delito de función".

Oportunidad histórica para afirmación de principios

La Corte Suprema tiene la oportunidad de emitir un pronunciamiento histórico, en el que sostenga la competencia de la jurisdicción penal ordinaria respecto de hechos de naturaleza común como el perpetrado en agravio del ciudadano Indalecio Potanta Albarrán, el 2 de abril de 1995.

Le pedimos pues, a la Corte Suprema, que

a) retome la actitud asumida por este alto tribunal desde el momento mismo en que promulgado el primer código de justicia militar en 1898, planteó "la reducción de la jurisdicción privativa a sus racionales límites" y "sin mengua de las libertades públicas";

b) reasuma la postura que adoptó en la primera década del novecientos, cuando presentó al congreso tres proyectos de reforma de la justicia castrense, uno de los cuales versó precisamente sobre los límites de la jurisdicción militar, y otro reclamó para sí la decisión de las contiendas de competencia entabladas con los tribunales privativos, hasta ese momento facultad del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

c) insista en posturas como la que aparece en la circular de la Corte Suprema de septiembre de 1917, emitida por el Dr. Villa García, a la sazón presidente del Alto Tribunal, que recordaba a los presidentes de

las distintas Cortes Superiores que la extensión de la jurisdicción militar estaba encerrada dentro de tres términos infranqueables: delincuente militar, infracción en acto de servicio e infracción prevista por el Código de Justicia Militar.

d) descarte para siempre cualquier intento de recurrir a viejos y superados criterios de ocasionalidad (caso Alvaro Artaza Adrianzén, ejecutoria suprema de 1985) o causalidad (caso La Cantuta, ejecutoria suprema de 1994) para fundar la noción de "delito de función" y, en consecuencia, determinar el fuero competente.

e) participe de la nueva sensibilidad que existe en la región (recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y en el Perú (sentencias de la jurisdicción constitucional y ordinaria) para analizar el papel y los límites excepcionales de la justicia militar.

f) ratifique los argumentos que ya la Sala Penal Transitoria adelantó en agosto de 2001 al dirimir la contienda de competencia 13-2001 (caso Barrios Altos), y en agosto de 2003 al resolver la contienda de competencia 15/22-2003 (caso Edy Jhony Quilca Cruz), ambos en favor del Poder Judicial: la justicia militar es excepcional y limitada a la protección de bienes jurídicos de naturaleza castrense; y que,

g) sopese la importancia de la causa seguida en agravio de Indalecio Pomatanta Albarrán –el primero de los casos presentados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) en ser de conocimiento de la Corte Suprema- para la solución de contiendas de competencia en materia de violaciones a los derechos humanos, y particularmente para la eventual y ulterior definición de "La desaparición forzada de autoridades en Chuschi" y el "Caso Huanta: el asesinato de evangelistas en Callqui" (crímenes denunciados por la CVR y sobre los que la justicia militar ha asumido competencia de forma indebida).

En este caso, la decisión que instamos a asumir a la Corte Suprema debe afirmarse en los principios que regulan la actividad jurisdiccional en un Estado de Derecho, amparándose en la doctrina sobre la materia y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Particularmente, la resolución del Supremo Tribunal debe invocar aquellos principios que establecen que en un Estado de Derecho la actividad jurisdiccional se ejercita a través de los distintos órganos integrados al Poder Judicial; que en un Estado de Derecho tiene plena vigencia la presunción general de competencia de la justicia ordinaria para el conocimiento de los ilícitos perpetrados o atribuidos a todos los ciudadanos -de a pié o con uniforme; que sostienen que los delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos comunes – más aun tratándose de violaciones a los derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad- caen en el ámbito de la competencia de la jurisdicción ordinaria; y, que la jurisdicción militar es un orden jurisdiccional de excepción absolutamente limitado al conocimiento de delitos estrictamente militares, es decir, aquellos que lesionan bienes jurídicos propios de la institución castrense (disciplina, jerarquía, obediencia, etc.)

Establecimiento de línea jurisprudencial sobre límites objetivos competenciales de los tribunales castrenses

Se encuentra en la Sala Penal el cuaderno de contienda de competencia entablada por la jurisdicción militar contra la jurisdicción penal ordinaria. La base de la contienda radica en que, en su momento, los jueces castrenses han considerado que los hechos objeto de los procesos penales seguidos en ambos órdenes jurisdiccionales constituyen delitos de función militar.

En realidad, y para decirlo directamente, descubierto el crimen los responsables pretenden ser protegidos por una compleja estrategia de impunidad que supone el indebido avocamiento de la justicia militar, la instauración de un proceso con fraude a la ley y el inevitable sobreseimiento de la causa . Hoy en día, como en el pasado se pretende utilizar a la justicia castrense como un mecanismo de impunidad.

No debe olvidarse que los militares jueces, curiosamente, acuerdan avocarse al conocimiento de los hechos sólo una vez publicitada la intervención del Poder Judicial: el auto de apertura de instrucción del Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo es de fecha 26 de abril de 2004 (expediente 112-2004), mientras que el ilegal avocamiento de la justicia militar es de fecha 3 de mayo de 2004 (expediente 2004-0062-52000).

El conflicto de jurisdicción se ha planteado, pues, en esos términos y, frente al mismo, corresponde al Supremo Tribunal establecer una línea jurisprudencial que, de una vez por todas y en adelante, fije exactamente los límites objetivos competenciales de los tribunales castrenses, y la que corresponde a la jurisdicción ordinaria. El primer punto, y definitivo, es afirmar no sólo que los hechos materia del caso no constituyen delitos de función, sino adelantar los criterios constitucionales imprescindibles y necesarios para delimitar lo que debe entenderse por "*delito de función*" (vid.: Art. 173° Const.)

Adicionalmente, el pronunciamiento puede resultar útil para apreciar la validez constitucional de ciertas prácticas y comportamientos de órganos del Estado o de sus ámbitos de competencia, en tanto ésta tenga relevancia constitucional.

La naturaleza común del crimen perpetrado en agravio de Indalecio Pomatanta Albarrán

El crimen imputado a Jorge Rabanal Calderón y otros es de naturaleza común, tanto por la ferocidad con la que fue perpetrado, la indefensión de la víctima en el momento de su eliminación, el carácter general del bien jurídico ofendido: la vida humana, y la ausencia de relación con las funciones de las instituciones castrenses; cuanto por hallarse expresamente tipificados en el Código Penal vigente.

En un Estado de Derecho, en una sociedad democrática, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado, ejecutada por sus oficiales, puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz).

En suma: el asesinato siempre será un crimen atroz pero común, independientemente de quien sea el autor y quien la víctima; no importando el lugar donde el delito se haya consumado. Ante un asesinato no cabe análisis de sangre alguno, pues no se puede justificar el crimen en la condición o en el desmerecimiento de la víctima.

<u>Las lesiones graves seguidas de muerte en agravio de Indalecio Pomatanta Albarrán configuran un delito contra los derechos humanos, y por lo mismo deben ser de conocimiento del Poder Judicial</u>

El hecho imputado a Jorge Rabanal Calderón y otros en agravio de Indalecio Pomatanta Albarrán -y que, prima facie, ha sido considerado como lesiones graves seguidas de muerte- es un crimen tanto para el ordenamiento nacional cuanto para el internacional.

Por cierto,

> "Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas ius cogens) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. Como se ha dicho, la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un Estado no considera punibles a esas conductas. Cuando ese no sea el caso y los tipos penales vigentes en la ley local capten las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. Ello no sólo no contradice ningún principio del derecho internacional sino que, por el contrario, permite cumplir acabadamente sus fines, al hacer posible el juzgamiento y la sanción punitiva de los responsables de los crímenes contra la humanidad.
>
> (...) La persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley penal de cada Estado no es un criterio nuevo, dado que fue adoptado en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esta naturaleza. Así se ha procedido en los Estados Unidos de América en el caso "United States vs. Calley", en Israel con el caso Eichmann, y en Grecia en el juicio seguido contra la junta militar que gobernó ese país hasta 1974" (Sala I de la Cámara Federal de Buenos Aires, 23 de mayo de 2002, pronunciada en la causa Nº 33714, Videla, Jorge R. s/procesamiento).

Y es que en efecto, por su gravedad, el hecho acontecido en el Centro Poblado San Alejandro, del distrito de Irazola, provincia de Padre Abad, departamento de Ucayali, merece el calificativo de *crimen de lesa humanidad* (acto de barbarie condenado por el mundo civilizado, afrenta a la conciencia que el ser humano tiene hoy de su propia condición) y sus autores, el de verdaderos enemigos del género humano o enemigos comunes de toda la humanidad.

Pues bien, los delitos comunes, y *particularmente los delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad*, *per se* son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

En tales delitos el bien jurídico lesionado o puesto en peligro es uno de naturaleza ordinaria y general. Los atentados contra la vida, y en general aquellos que afectan los derechos humanos, están vinculados a bienes jurídicos personales, aunque de trascendencia social pues pueden llegar a afectar a la humanidad entera.

La investigación de las violaciones a derechos humanos corresponde, siempre, a la jurisdicción ordinaria y no a la militar, puesto que esta última está reservada para aquellos delitos que afectan bienes jurídicos castrenses, siendo el fuero común competente para todos aquellos ilícitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos comunes.

La Doctrina nacional e internacional sostiene de manera uniforme en un conjunto de trabajos de investigación que el juzgamiento de las violaciones de derechos humanos corresponde a la justicia penal ordinaria y no a la militar, puesto que esta última está reservada para aquellos delitos que afectan bienes jurídicos castrenses, siendo el fuero común competente para todos aquellos ilícitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos comunes, como es el presente caso (Germán Bidart Campos, Ricardo Núñez, Raúl Eugenio Zaffaroni).

El constitucionalista argentino Germán Bidart Campos, incluso, ha llegado a señalar que lo esencial y decisivo es que la ley militar que sanciona infracciones incluya en su categoría únicamente a los hechos que real y estrictamente dañan a la organización castrense, límite que no se guarda cuando, por ejemplo, se califican como infracciones militares los delitos

comunes que, aunque puedan ser conexos con el servicio castrense, pertenecen al campo general del derecho penal común.

La comunidad internacional de naciones y los organismos regionales de protección de derechos humanos sostienen de manera uniforme en un conjunto de informes, resoluciones y recomendaciones que el juzgamiento de las violaciones de derechos humanos corresponde a la justicia penal ordinaria y no a la militar.

Como sostiene el experto de Naciones Unidas, señor Joinet, en "La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)", Informe final elaborado y revisado en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión:

> En razón de la insuficiente independencia estatutaria de los tribunales militares, su competencia debe estar limitada a las infracciones específicamente militares cometidas por militares, y deben estar excluidas las violaciones graves de los derechos

Esta posición ha sido ratificada por la jurisprudencia y la doctrina de esos organismos internacionales:

- *Asamblea General de Naciones Unidas*, resolución contra la impunidad (principio 31)

> La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas contra la impunidad, en el principio 31 relativo a las "Restricciones a la competencia de los tribunales militares" refiere que para evitar que la justicia castrense contribuya a perpetuar la impunidad por su insuficiente independencia, su competencia deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios (Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1)

- *Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, que en diversas resoluciones ha instado a los Estados a llevar ante tribunales de la jurisdicción penal ordinaria a los militares responsables de violaciones de derechos humanos, y ha sostenido una y otra vez que la justicia militar es competente

para la determinación de asuntos internos de carácter disciplinario y similares, pero no para las "violaciones a los derechos de los ciudadanos" (CCPR/C/79/Add.2, 25 de septiembre de 1992)

La jurisprudencia del *Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas* como de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ha sido unánime en esta materia. Al definir el alcance y contenido de las obligaciones de los Estado en cuanto a garantizar un recurso efectivo a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a llevar a los responsables ante los tribunales de justicia, ambos órganos internacionales han insistido en que, a la luz de las obligaciones internacionales, los Estado deben garantizar que los militares autores de violaciones de derechos humanos sean llevados ante tribunales de la justicia penal ordinaria y no ante estrados judiciales castrenses.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos subraya que la competencia para investigar denuncias de violaciones de los derechos humanos, como la producida en agravio de Indalecio Pomatanta Albarrán, debe ser privativa de tribunales independientes e imparciales, criticando de manera especial la asignación de esa función a cortes militares.

Así fluye de su Informe 10/95, de septiembre de 1995, relativo al caso de la desaparición del ciudadano Manuel Stalin Bolaños Quiñónez tras haber sido detenido junto a otras tres personas en Isla Esmeraldas, Ecuador, por infantes de marina, el 14 de octubre de 1985; y de su Resolución 01/88 sobre el caso de maltrato y tortura de tres estudiantes que protestaban contra el gobierno chileno, ocurrido el 2 de julio de 1986.

Más recientemente, la Comisión añadió que

> "Las violaciones a los derechos humanos deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas conforme a ley, por los tribunales penales ordinarios" (Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, 2000).

En el caso de la masacre de varios pobladores de la comuna de Río Frío, en Colombia, cometida el 7 de abril de 1991 por miembros del Ejército en complicidad con un grupo de civiles armados, sostuvo el mismo criterio (Informe Nº 62/01, de abril del 2001); en el caso de la detención ilegal,

violación y tortura de las hermanas Ana, Beatriz y Celia González Pérez, indígenas tzeltales de Chiapas, México, cometidas por personal militar el 4 de junio de 1994,expresó la misma opinión (Informe Nº 42/02, de octubre del 2002).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que

> "48. Otro factor que contribuye a la impunidad de que disfrutan los miembros de las fuerzas de seguridad es el hecho de que cuando se incoa un proceso judicial contra ellos por presuntas ejecuciones extrajudiciales, son oídos casi siempre sin excepción por tribunales militares (...) 51. ... "los tribunales militares deberían reservarse exclusivamente a los miembros de las fuerzas de seguridad que cometen delitos castrenses, categoría de la que deben excluirse de manera clara y explícitamente las violaciones graves de los derechos humanos, como son las desapariciones forzadas" (E/CN.4/1992/18, párr. 367). Esto se aplica igualmente a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Todos los delitos comunes, aun cuando sean cometidos por miembros del ejército o de la policía, corresponden al sistema de jurisdicción civil y han de ser juzgados de conformidad con el Código Penal. 52. Cuando exista conflicto entre los tribunales militares y civiles en cuanto a la jurisdicción adecuada, corresponde a la Corte Suprema decidir cuál es el tribunal que ha de ocuparse del asunto. Prácticamente en todos esos casos, la Corte Suprema ha remitido la cuestión a los tribunales militares. Se ha comunicado que, en muchos casos, los procesos en los tribunales militares se abren una vez que el asunto ha sido presentado a un tribunal civil con la finalidad clara de provocar un conflicto entre los tribunales en cuanto a la competencia y quitarle el asunto a la jurisdicción civil" .

<u>La Corte Interamericana de Derechos Humanos</u>

La Corte Interamericana ha señalado, por ejemplo, que en un Estado de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el encausamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de

delitos que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden castrense.

En ese sentido, la Corte ha declarado que

> "En el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no" (Durand y Ugarte vs. Perú, sentencia de fecha 16 de agosto del 2000).

En el Perú, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido un criterio similar. La citada resolución de la Sala Penal Transitoria, de fecha 3 de agosto de 2001, al dirimir la contienda de competencia en el caso Barrios Altos, ha señalado que

> “los hechos... constituyen atentados a los Derechos Humanos... y, por lo tanto, siempre correspondieron y corresponden ahora a la potestad jurisdiccional ordinaria, que prescribe la presunción general de competencia como fuero atrayente, al que están sometidos en principio todos los justiciables por ser el poder judicial integrante de la estructura del Estado”.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que tratándose de los llamados delitos de lesa humanidad,

> "el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo que no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la

> Fuerza Pública" (...) Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria" (Sentencia C-358/97)

No está demás indicar que

> "en la jurisprudencia y la literatura predomina un amplio acuerdo en que sólo son de competencia de la jurisdicción militar los delitos militares en sentido estricto. Los delitos comunes , especialmente las graves violaciones de derechos humanos, son del resorte de la jurisdicción penal ordinaria" (Kai Ambos. Impunidad y Derecho Penal Internacional).

La justicia militar no reúne las características de independencia e imparcialidad que exige el ejercicio de la función jurisdiccional

En el Perú, la justicia militar no llega a configurar un tribunal independiente, objetivo e imparcial, toda vez que dista de cumplir con el estándar mínimo tanto en materia orgánica (institucionalización del juez objetivo, independiente e imparcial) cuanto en materia propiamente procesal (características del procedimiento penal militar en orden al debido proceso).

Y es que, en realidad, la imparcialidad supone que los magistrados deban actuar con libertad plena, sin condicionamiento alguno, sólo sujetos a la ley, al derecho y las constancias probatorias de la causa y sin injerencias o influencias de los otros poderes del Estado. Situación que, definitivamente, no se presenta en la justicia castrense peruana, donde el militar juez se halla sometido al régimen jurídico, es decir depende del poder de mando y de la jerarquía propia de la institución (primer párrafo del artículo 6, inciso 15 del artículo 12, primer párrafo del artículo 22, segundo y cuarto párrafos del artículo 31, artículo 62 y artículo 66 de la Ley Orgánica de la Justicia Militar); donde existe una dependencia de los órganos judiciales inferiores respecto de los de mayor jerarquía (artículo III del Título Preliminar, incisos 6, 14, 19 y 20 del artículo 12, artículo 15 de la Ley Orgánica de la Justicia Militar); en la que

encontramos dependencia y jerarquía entre los militares jueces (artículo 7, segundo párrafo del artículo 8 e inciso 2 del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Justicia Militar); y en la que la propia justicia militar no es sino una unidad ejecutora del Ministerio de Defensa .

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido de manera reiterada y consistente que los tribunales militares carecen de independencia e imparcialidad para juzgar violaciones de derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tempranamente, la Comisión Interamericana declaró que

> "la independencia de los tribunales y jueces del poder político es una de las condiciones fundamentales de la administración de justicia. La inamovilidad de los mismos y su adecuada preparación profesional son requisitos que tienden a asegurar esa independencia y el correcto cumplimiento de las delicadas funciones que les son encomendadas" (Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la justicia penal militar no puede ser considerado como un verdadero sistema judicial independiente, ya que no forma parte del Poder Judicial sino que depende del Poder Ejecutivo; y que el hecho que los militares jueces sean miembros del ejército en servicio activo los coloca en posición de juzgar a sus compañeros de armas, lo que torna ilusorio el requisito de la imparcialidad:

> "La experiencia hemisférica señala que en los Estados en que se han producido violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, ha habido una tendencia a que estos crímenes queden en la impunidad. En algunos casos se trata de una impunidad de hecho, ya sea porque las autoridades no han hecho esfuerzos significativos para investigar, juzgar y sancionar a los responsables, o porque órganos del Estado que carecen de la independencia e imparcialidad necesarias, se encuentran a cargo de determinar las responsabilidades de sus propios integrantes, tal como ocurre con la justicia militar. 209). Como ha señalado la CIDH, el problema de la impunidad se ve agravado por el hecho de que la mayoría de los casos que entrañan violaciones de los

> derechos humanos por parte de los integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado son procesados por el sistema de la justicia penal militar. La Comisión ha expresado en forma reiterada y consistente que la jurisdicción militar no ofrece las garantías de independencia e imparcialidad necesarias para el juzgamiento de casos que involucran sancionar a miembros de las FFAA, con lo que se garantiza la impunidad."

También, ha cuestionado al juez que tiene la condición de oficial militar en servicio activo porque está

> "subordinado jerárquicamente a sus autoridades y carente por tanto de la independencia funcional, imprescindible" y porque "carece también de inamovilidad y, adicionalmente y por razones de su profesión, este oficial no posee la formación jurídica que es exigible a un juez" (Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto a la independencia de un magistrado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que ella

> "supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas" (caso Tribunal Constitucional vs. Perú);

también ha dejado sentado que

> "de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares" (caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999).

Asimismo, ha dicho que los

> "tribunales militares especiales, compuestos por militares nombrados por el Poder Ejecutivo y subordinados a los cánones de la disciplina militar, ... no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal" (caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, voto concurrente conjunto en disidencia de los jueces Cancado Trindade y Jackman)

En otro caso, la Corte ha referido que los tribunales militares no son órganos competentes, independientes e imparciales, porque forman parte

> "de acuerdo con la Ley Orgánica de Justicia Militar peruana [Decreto-Ley No. 23.201] del Ministerio de Defensa; es decir, se trata de un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo" (caso Durand y Ugarte vs. Perú, sentencia de fecha 16 de agosto de 2003).

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha emitido sentencia en el sentido que la justicia castrense no reúne las imprescindibles notas de independencia e imparcialidad que demanda el ejercicio de la función jurisdiccional y el principio de separación de poderes (expediente Nro. 0023-2003-AI/TC, sentencia publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de octubre de 2004)

La Corte Constitucional de Colombia, por su parte, ha concluido que

> "No se garantiza una administración de justicia independiente e imparcial, si quienes intervienen en el proceso de juzgamiento son oficiales en servicio activo, esto es, funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos, en virtud del ligamen del mando militar jerárquico" (sentencia C-141/95 de fecha 29 de marzo de 1995).

La justicia militar como justicia de excepción

Históricamente, con miras al mantenimiento de la disciplina, los jefes militares conservaron sobre sus subordinados el derecho de justicia y dado el carácter temporal de los núcleos armados se dictaron esporádicas normas penales castrenses, diferenciadas de la normativa penal ordinaria. Posteriormente, con la aparición de los ejércitos permanentes y la gravitación de ellos en la vida de los países, el establecimiento del Servicio Militar obligatorio y la formación del Estado de Derecho se despojó a tales jefes castrenses del ejercicio de la administración de justicia y se dio forma a una jurisdicción excepcional, destinada a mantener la disciplina en tales ejércitos.

Con la Revolución Francesa y la declaración de igualdad de los ciudadanos se comienza a dar al soldado la facultad de cuestionar la sanción y exigir un proceso imparcial para ser penado. Así pues, como resultado del establecimiento de un estado de derecho y de la sumisión del poder militar al civil, se restringe el poder del jefe militar, se incorporan los principios liberales de la legalidad de la infracción y sanción y se desarrolla y mantiene una jurisdicción especial militar.

En Europa, abolidos los fueros personales, superadas las experiencias traumáticas del fascismo, nacionalsocialismo y franquismo, y atentos a la subordinación de las FFAA al poder civil, la justicia militar se ha adaptado a los principios del Estado de Derecho, particularmente al de separación de poderes, unidad jurisdiccional e independencia judicial.

En países como los nuestros, en cambio, la preponderante posición y el rol de las Fuerzas Armadas en los sistemas políticos, la recepción de legislación atrasada sobre la materia así como la propia concepción de los aplicadores del Derecho que la han considerado poco menos que un fuero personal, han definido la justicia castrense como una jurisdicción independiente (del Poder Judicial, más no del Poder Ejecutivo), como un ordenamiento jurídico singular (particular incluso respecto de los principios constitucionales que animan la administración de justicia), un garante de la disciplina y la moralidad en las fuerzas armadas (se ha llegado a decir, que sin disciplina el ejército no es sino un grupo de gente armada; y hay quienes han hablado –y escrito- del principio in dubio pro disciplina en reemplazo del in dubio pro reo) y se le ha conferido un carácter fundamentalmente sancionador.

En el Perú, desde el primer código de justicia militar promulgado en 1898 por Nicolás de Piérola, la Jurisdicción castrense ha abarcado campos y juzgado conductas bien ajenas a la invocada disciplina castrense y sí más cercanas a la disidencia política y a los conflictos de orden público. El protagonismo del Ejército, su imbricación en la Administración y en muchas ocasiones en el Gobierno, ha determinado un desbordamiento de la Justicia castrense, a la que se le han conferido misiones que nada tenían que ver con el ámbito estricto que podía justificar su existencia.

Nuestro "modelo" de justicia militar se ha caracterizado por su vastedad impresionante, por sus normas anacrónicas, y su incompatibilidad con el Estado de Derecho. Ha sido mirado como "un peligro para las garantías de los ciudadanos" uniformados y paisanos, como "un permanente estado de sitio" (Mariano Cornejo Centeno dixit) .

Ello ha hecho que perdamos de vista que, en realidad, la justicia militar no es sino una justicia especial o de excepción. Es una vía de control disciplinaria, limitada única y exclusivamente a los uniformados que perpetren delitos militares, es decir, aquellos ilícitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de naturaleza castrense. Como tal es un fuero real o de causa (César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal Tomo I) y no personal, restringido al conocimiento de los delitos militares, denominados en nuestro medio "delitos de función".

Repárese bien, delitos militares, no delitos de los militares.

La Constitución Política del Estado establece la existencia de la justicia militar en tanto una jurisdicción excepcional (artículo 139 párrafo 1), cuya competencia limita a exclusiva razón de la *materia* penal: delitos de función (artículo 173). De allí que resulte inconstitucional cualquier intento de prorrogar la competencia vía la sola condición militar del agente, el lugar de los hechos, o a través de expresiones tales como "con ocasión" del servicio o "como consecuencia" del mismo.

En el contexto constitucional, los delitos militares o de función se encuentran limitados por la <u>concurrencia de consideraciones objetivas y subjetivas</u>. A) El *límite objetivo* está dado por la condición de militar del sujeto activo del delito. Es militar aquel sobre quien la institución castrense tiene una disponibilidad jurídica en virtud de una relación que se concreta,

generalmente, en la debida obligación del servicio militar, vale decir, los miembros de la fuerza pública en servicio activo.

Es evidente que el sólo hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas no es un criterio válido ni suficiente para justificar el establecimiento de discriminaciones en el trato penal (resolución de la Primera Sala Penal de la Corte Suprema, de fecha 12 de octubre de 1999, Caso Raúl Andahua, que dirime la contienda de competencia en favor del Poder Judicial, causa 06-99).

B) *El límite subjetivo* se halla circunscrito al acto del uniformado que, en el desarrollo de las actividades castrenses orientadas al cumplimiento de su misión constitucional, excede la órbita propia de las funciones que le han sido asignadas y quebranta o afecta exclusivos bienes jurídicos militares. Contrario sensu, el concepto de función no puede ampliarse indebidamente a todo aquello que el agente efectivamente realice ; y dado que la función no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de las Fuerzas Armadas, la totalidad de los posibles actos ilícitos del militar no puede quedar comprendida dentro del ámbito de la justicia castrense (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-358/97, de fecha 5 de agosto de 1997).

Por lo mismo, son delitos militares aquellos cometidos por personal castrense que exclusivamente lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de carácter estrictamente militar, vale decir, los intereses propios de las Fuerzas Armadas en tanto instrumento de la defensa nacional.

El Tribunal Constitucional en el caso Carlos Alfredo Villalba Zapata, Exp. 585-96-HC/TC, mediante sentencia de fecha 19 de junio de 1998, ha definido los delitos de función como

> "conductas que afectan bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituyan la afectación de deberes de función".

La doctrina, en tanto, concluye que

> "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" (Gerardo Eto Cruz, César Landa arroyo y José palomino Manchego. La jurisdicción militar en el Perú).

A su vez, son bienes jurídicos castrenses que merecen protección penal, entre otros pocos, la disciplina, la jerarquía, la obediencia (debida) y el servicio de armas; sobre los que se erigen delitos militares tales como la insubordinación, el insulto al superior, la desobediencia, la deserción y el abandono de destino.

La Corte Suprema al dirimir la ya anotada contienda de competencia del caso Barrios Altos en favor del Poder Judicial ha dicho que

> "la jurisdicción militar es un orden jurisdicción de excepción absolutamente limitado al conocimiento de los delitos de función militar o policial, que se definen como delitos especiales propios, no sólo por el sujeto activo –cualificado de militar o policía- en actividad o funciones, sino por los bienes jurídicos que tutela como moralidad, orden, disciplina, jerarquía, obediencia, propios de las instituciones militares o policiales... así como por el objeto material vulnerado como los fines y funciones de las instituciones castrenses y policiales".

C) El delito de función importa, además, la consideración de un *sujeto pasivo militar* (Luis Sáenz Dávalos. Jurisdicción común vs. Jurisdicción militar (reflexiones sobre la controversia funcional); César San Martín Castro. Ob. Cit.; Contienda de competencia dirimida en favor del Poder Judicial, caso Barrios Altos, de fecha 3 de agosto de 2001).

Ahora bien, la doctrina sostiene que un criterio que se suministra para apreciar si un delito es de función militar es verificar si está o no previsto en la ley general (por todos, José María Moreno). Si la conducta está descrita en el Código Penal común el delito será ordinario, y no de función. Y, si excepcionalmente el delito se encontrara descrito tanto en el Código Penal común y el militar, obviamente prevalecerá la jurisdicción del primero (Ejecutoria suprema de 16 de julio de 1960).

En suma: es pacífico sostener que no son *per se* delitos de función:

- aquellos que dañan bienes jurídicos particulares (como la vida), es decir, no propios de la institución castrense;

- aquellos en los que "desde el inicio" el agente militar tiene propósitos criminales, utilizando su investidura para cometer el delito;

- aquellos en los que el delito adquiere una "gravedad inusitada" (La Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358/97, de fecha 5 de agosto de 1997, ha precisado que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En tales circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria).

La justicia militar en los estados de excepción

La militares jueces no pueden fundar su competencia en el caso de Indalecio Pomatanta Albarrán bajo el argumento que el hecho de sangre se produjo en una zona bajo Estado de Emergencia.

Al respecto, conviene precisar en principio que

> "la declaración de un régimen de excepción no importa la alteración de las competencias de los tribunales ordinarios ni permite automáticamente el juzgamiento por tribunales militares" (Defensoría del Pueblo. Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú).

Y que, a la luz de la promulgación de la Constitución de 1993, el artículo 10 de la Ley 24150, que establece normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sólo puede ser interpretado en el sentido que el fuero castrense se limita y agota en el conocimiento de los delitos de función.

Con San Martín Castro sostenemos que el Estado de Emergencia, institución de Derecho político destinada a conjurar riesgos relevantes contra el orden interno,

> "por referirse a una circunstancia externa de carácter general no vinculada a exigencias típicas concretas no determina que cualquier conducta contraria al ordenamiento punitivo que perpetren los militares y policías sea calificado de delito de

> función, pues es menester deslindar dos datos esenciales: a) la naturaleza del bien jurídico vulnerado por la conducta del militar o policía, que necesariamente ha de referirse al ámbito establecido en los arts. 165 y 166 de la Constitución; y, b) la tipicidad de los hechos en el Código de Justicia Militar" (Algunos aspectos de la justicia militar (a propósito del caso peruano)).

Por lo demás, es de anotar que mediante sentencia de 16 de marzo de 2004, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley 24150 al considerar que

> "condiciona la aplicación del Código de Justicia Militar y, por tanto, habilita la competencia del fuero privativo, por el simple hecho de tener la condición de miembro de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas policiales... (y) habilita la competencia del fuero privativo en atención al lugar en que se comete el delito (ratione loci); esto es, por establecer que un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional estará sometido al fuero militar y le será aplicable el referido Código, si es que se encuentra prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción" (Expediente 0017-2003-AI/TC, sentencia publicada en el diario oficial el Peruano el 24 de agosto de 2004)

Prórroga de la competencia de la justicia militar: mecanismo de impunidad y factor de condena internacional

La prórroga del ámbito de competencia de la justicia militar a delitos comunes no es sino, por lo general, la conversión de un fuero de excepción a un mecanismo de impunidad. Esto último, además, la convierte en un tribunal de aquellos que son prohibidos constitucionalmente, a la vez que violatorio de la garantía del juez natural.

Otrosí digo: Adjunto copia de mi Documento Nacional de Identidad, número 08725115, a fin de acreditar todos y cada uno de mis datos personales y el hecho cierto de haber sufragado en las comicios electorales.

POR TODO ELLO:

Solicito a la Sala de nuestra presidencia se me acepte como “Amicus Curiae” en la presente contienda de competencia.

Igualmente, solicito a la Sala de vuestra presidencia tener en cuenta los argumentos expuestos en el presente Memorial en Derecho al resolver la cuestión planteada, que se resumen en: a) Declarar que los delitos contra los derechos humanos, al lesionar o poner en peligro primordialmente bienes jurídicos individuales, siempre y en todo momento, son de competencia material de la jurisdicción ordinaria; y b) Reiterar que la justicia castrense está circunscrita al conocimiento de los delitos de función militar, esto es, delitos de sujetos determinados (militares o policías en actividad) que consiste en la realización de conductas que vulneran bienes jurídicos estrictamente castrenses, en los que el sujeto pasivo es de carácter institucional (las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, como tales), no las personas individuales.

Ronald Gamarra Herrera
DNI 08725115
CAL 13434