

**EL DEBIDO PROCESO,
LA SEGURIDAD CIUDADANA Y LA
«JURISDICCION MILITAR» EN EL PERU
(A PROPOSITO DE LA DACION DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 895)**

Ricardo Brousset Salas

Magister en Derecho Penal. Catedrático de Derecho
Procesal Penal y Criminalística UNMSM

SUMARIO: Introducción: 1. Integralidad del debido proceso. 2. Tendencia Reduccionista del Debido Proceso: El Debido Procedimiento. 3. Ambito de la «Jurisdicción Militar» en el Perú. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía Consultada.

INTRODUCCION

En el marco de una coyuntura social signada por el deterioro de la situación económica de amplios sectores de la ciudadanía que incrementa las estadísticas de la extrema pobreza en el país y el consecuente incremento de la criminalidad en todas sus manifestaciones; se produce la irrupción de bandas organizadas con gran cantidad de miembros, en algunos casos verdaderas corporaciones de bandas.

Las características principales de estas bandas son: a) en lo organizativo: el compartimentaje¹ y la notoria participación en las mismas de ex-miembros de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, sinó de efectivos policiales y militares en actividad, secuela de la situación de violencia subversiva que conmovió al país durante la última década, que originó se involucre a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en la lucha contra-subversiva y antidrogas, abonada por la pauperización de los ingresos económicos de los servidores públicos entre ellos miembros policiales y militares; y, b) en lo operativo: La utilización de armas de guerra, explosivos de uso militar², así como de estrategias sofisticadas en su *modus operandi*.

Estas bandas perfeccionadas en niveles organizativos y operativos, por la adopción de métodos tomados tanto de la subversión como de la

¹ Organización celular copiada de las organizaciones subversivas, en especial de la llamada «Sendero Luminoso».

² No siendo exclusivo su utilización por estas «bandas de nuevo cuño», pues también se ha reportado frecuentemente el uso de granadas de guerra por «pandilleros juveniles» y delinquentes no necesariamente insertados a organizaciones criminales.

contrainsurgencia, vienen produciendo criminalidad calificada por los niveles de eficiencia delictiva y afflictividad que la conjugación de sus especiales características les permiten.

Ante ésta situación y respondiendo, a nuestro criterio, más que a una situación de real convulsión social generada por esta ola delincencial, al interés periodístico coyuntural que la misma despertó en los medios de comunicación masiva; el Poder Ejecutivo argumentando razones de Seguridad Ciudadana solicitó al Congreso Nacional y obtuvo de éste³ la delegación de facultades para legislar sobre «seguridad ciudadana» y «erradicar el factor peligroso, de perturbación generado por la situación de violencia ocasionado por las acciones de la delincuencia común organizada en bandas utilizando armas de guerra y explosivos».

Al amparo de la delegación de facultades legislativas el Ejecutivo volvió a recurrir a la implementación de una política criminal «de emergencia» desproporcionada, excediéndose incluso al legislar sobre materias que no fueron estricto tema de la delegación de facultades y desnaturalizando la esencia misma de éste mecanismo constitucional. Así tenemos que se dictaron los Decretos Legislativos: N° 895 «contra el terrorismo agravado», N° 896 «contra los delitos agravados», N° 897 «procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados», N° 898 «contra la posesión de armas de guerra», N° 899 «contra el pandillaje pernicioso», N° 900 «modificatorias de las acciones de habeas corpus y amparo», N° 901 «de beneficios por colaboración»; y N° 902 «normas complementarias a la ley de beneficios por colaboración».

En el presente trabajo, a propósito de la expedición del Decreto Legislativo N° 895 (y específicamente de las normas de carácter procesal penal⁴ contenidas en el referido Decreto Legislativo), pretendo una primera aproximación al análisis del debido proceso en su real naturaleza: y del ámbito de la «Jurisdicción Militar» en el Perú.

1.- INTEGRALIDAD DEL DEBIDO PROCESO

El Debido Proceso como todas las garantías del derecho moderno, paso por un proceso evolutivo que tuvo su germen en el precepto «audiatur altera

³ Mediante la dación de la Ley N° 26950.

⁴ Y las que sin serlo formalmente están destinadas a producir efectos procesales.

pars» del derecho Romano clásico, obteniendo significación política en la Carta Magna de 1215, bajo la fórmula⁵ que podemos resumir en «nadie puede ser privado de su libertad o derechos sinó por un juicio legal impartido por el Juez Natural aplicando la Ley de la Tierra (Ley pre-existente)», fórmula que en tiempos modernos dió lugar al «LAW OF THE LAND» o Ley de la Tierra, entendida como aquel conjunto de inmunidades, tanto sustantiva como procesales, que el individuo ha generado como derecho propio, perteneciente a él, establecidas en el derecho de la Tierra, que el soberano no solo no puede alterar, sinó que está obligado a proteger⁶; y luego más contemporáneamente al «DUE PROCESS OF LAW», debido proceso de Ley, como actualmente lo conocemos.

Actualmente el Debido Proceso en materia penal dejó de ser un derecho subjetivo, como certeramente lo apunta el profesor José Henrique Pierangelli⁷, para convertirse en una MACRO GARANTIA conglobante de todas aquellas garantías indisponibles constituidas no sólo en las Constituciones Nacionales, sino también las consensualmente acordadas por las normas supranacionales vinculantes, para el ejercicio de la punición, el desarrollo del proceso y la ejecución de la pena; de esto deriva el aspecto formal de su enunciada integralidad. Pero su aspecto operativo es el que permite su trascendencia social y sustenta cabalmente su integralidad político-jurídico-social. El debido proceso se cumple fácticamente con la necesaria interacción de todas las garantías en el desarrollo del proceso, esto es tanto las garantías procesales como las garantías personales frente al poder punitivo del Estado limitativas de este (en ello estriba su diferencia con el Debido Procedimiento que se reduce únicamente al aspecto procedimental formal), sólo cuando esta interacción se produce el proceso y su resultado se entenderán como «debidos» o legales, podemos entonces señalar sin temor a equivocarnos que la sinonimia «debido proceso o principio de legalidad procesal» a que refiere el profesor colombiano Fernando Tocora⁸ se da perfectamente excediendo el ámbito de la mera formalidad procedimental.

⁵ «Nullus liber homus capiatur, vel imprisonetur aut disseisiatur, aut utlagetur, aut uxuleter, aut aliquo modo destruat. nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legel terre». Eduardo J. Couture «Estudios de Derecho Procesal Civil» Pag. 47.

⁶ Mc. Ilwain «Select Enssays on Constitucional Law» Tomo I, pag. 196. Compilado y Editado por el Comité de la Asociación de Escuelas Americanas de Derecho. Chicago 1938.

⁷ «Devido Processo Legal, continencia e crime culposo» en la Revista Brasileira de Ciencias Criminais. pag. 107.

⁸ En su artículo «Los procedimientos garantistas: el debido proceso o el principio de legalidad procesal» Tomado de Política Criminal en América Latina, Edit. Librería del Profesional, Bogotá 1990.

El Debido Proceso se cimienta primariamente sobre tres pilares imprescindibles: La Legalidad tanto penal sustantiva como procedimental, El Juez Natural y el Derecho de Defensa; descansando a su vez cada uno de estos elementos garantistas en un conjunto de principios-garantía que les dan contenido, tales como: la presunción de inocencia, la tipicidad, la irretroactividad de la ley penal, la retroactividad benigna, la prohibición de la analogía en mala parte, el principio de favorabilidad, la Cosa Juzgada, la igualdad ante la Ley, el Juez independiente e imparcial perteneciente a un órgano único, la exclusividad y unidad del proceso penal, la libertad de declaración entendida como cláusula de no incriminación, la proscripción de la tortura, la prohibición de condena en ausencia, la legalidad y judicialidad de la detención, la excepcionalidad de la detención, el derecho a recurso efectivo contra el mandato de detención, el derecho al uso del propio idioma durante el proceso, el derecho a ser dotado de intérprete gratuito, el derecho a ser asistido por Defensor Letrado, el derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, el derecho al tiempo y medios adecuados para preparar y formular su defensa; y la instancia plural entre otros.

Así tenemos que sólo cuando todos ellos se conjugan perfectamente producen «EL DEBIDO PROCESO». No es posible entonces, vía una disposición legal que expresamente señala el cumplimiento del Debido Proceso, pretender curar en salud los procesos a sustanciarse, como lo pretende el primer párrafo del Art. 7 del Decreto Legislativo N° 895, máxime cuando como en el caso del Decreto en mención sus normas afectan casi en toda su integralidad esta macro-garantía. Resulta evidente que la norma glosada lejos de «purificar» sus disposiciones procesales (las que como vamos a establecer contrarían no sólo el derecho, sino también la racionalidad elemental) y legitimar los procesos sustanciados bajo su vigencia, no producen sino el efecto de íntimo reconocimiento de su ilegitimidad.

2.- TENDENCIA REDUCCIONISTA DEL DEBIDO PROCESO: EL DEBIDO PROCEDIMIENTO

Así como las garantías constitucionales (entre ellas el debido proceso) y las establecidas en las normas supranacionales de carácter vinculante, establecen parámetros infranqueables para el diseño de la política criminal en un Estado democrático de derecho, entiéndase una sana política criminal. El Debido Proceso, dado su carácter conglobante de estas y por ende integral, no sólo opera como un parámetro subjetivo, sino básicamente como exigencia fáctica de legitimidad del quehacer penal objetivizado.

La incomodidad que representa, especialmente para regímenes de características autoritarias, el doble parametraje que impone el Debido Proceso concebido en su real dimensión; ha generado una tendencia a reducir su ámbito, sea a una esfera predominantemente subjetiva que permita su existencia en el discurso normativo y a la vez su inexistencia real; o sea restringiéndolo a un aspecto exclusivamente procedimental-formal, lo que permite que, como lo advierte el profesor Fernando Tocora⁹, al incentivarse la interpretación formalista gramatical, meramente literal, de la norma de procedimiento; el proceso penal paulatinamente vaya perdiendo su sentido garantista, distorsionándose de esta manera la garantía del debido proceso, reduciéndose a un conjunto de garantías inconexas que terminan convirtiéndose «...en formalismos sin proyección, rituales legitimadores de una parodia judicial «mise en scene» de una justicia burocrática...»¹⁰.

Esta tendencia reduccionista manifiesta en el discurso procesal oficial, ha cobrado expresión normativa, en el caso del primer párrafo del Art. 7 del Decreto Legislativo N° 895, de forma realmente grotesca, pues en el mismo expresamente se declara el cumplimiento del Debido Proceso, como si esta declaración por si misma tuviere efectos legitimadores de despropósitos legislativos y de «procesos» envilecidos.

3.- AMBITO DE LA «JURISDICCION MILITAR» EN EL PERU

La «jurisdicción militar (diferenciada de la Judicial e independiente de esta), sólo tiene habilitación constitucional para conocer los delitos de función imputados a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; y excepcionalmente los de terrorismo y traición a la patria imputados a civiles lo cual ya constituye un cuestionable exceso constitucional que desnaturaliza la esencia de la «justicia militar» y colisiona con la normatividad supranacional vinculante¹¹, pudiendo aplicar para ello única y exclusivamente el Código de Justicia Militar; por esta razón la «jurisdiccionalidad» especial que le acuerda la Constitución la habilita constitucionalmente sólo para impartir «Justicia Militar», la cual administra (a diferencia de la Jurisdicción propiamente dicha, entendiéndose la Judicial que se ejerce a nombre del Pueblo¹²), a nombre de los

⁹ Ob. cit. pag. 78.

¹⁰ Cita textual. Fernando Tocora, Ob. cit. pag.78.

¹¹ Inc. 1 del Art. 8° de la Convención Americana de DD. HH. de San José de Costa Rica.

¹² Art. 138° de la Constitución.

Institutos Castrenses y por ende del Estado como se colige del texto Constitucional¹³, una expresión de ello es que a sus operadores no les alcanza el deber-facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad¹⁴ de las normas a aplicarse en los procesos de su conocimiento, dada su condición de dependencia orgánica y funcional de los Institutos Armados.

La inaptitud de la «jurisdicción militar» para administrar justicia penal no militar resulta consustancial a su propio origen y naturaleza, pues esta, la «jurisdicción militar», constituye propiamente un fuero especializado militar, al que si bien el 2do. acápite del inc.1 del art.139 de la Constitución le acuerda «jurisdicción», establece el carácter independiente y distinto de esa jurisdicción con respecto a la Jurisdicción Judicial, como independiente y distinta de ésta son también la «jurisdicción» Arbitral y la «jurisdicción» Electoral¹⁵.

Preferimos el término «inaptitud» al de «incompetencia» con fines de coherencia explicativa, pues la «jurisdicción militar» es una jurisdicción impropia, sui generis, por lo absolutamente especializado y restringido de su ámbito; y por ende no esta habilitada constitucionalmente PARA ADMINISTRAR JUSTICIA PENAL PROPIAMENTE ENTENDIDA, pues esta potestad emana del Pueblo y es ejercida exclusivamente por el Poder Judicial¹⁶, mandato y adscripción con las que ella no cuenta.

Siendo esto así su «competencia» no resulta homologable en términos cualitativos con la «Competencia Jurisdiccional»; razón por la que el uso de la categoría de «incompetente» para explicar la absoluta improcedencia de su avocamiento al conocimiento de causas penales (entiéndase fuera del caso textualmente previsto en el Art. 173 de la Constitución) lo consideramos inapropiado.

Debe repararse que el Art. 173° de la Constitución no permite bajo ningún punto de vista el procesamiento penal de civiles por el Fuero Militar, por execrable y socialmente aflictivo fuere el delito de que se trate. Esta norma constitucional excepcionalmente, como lo tenemos señalado, sólo permite la aplicación a civiles de las disposiciones del Código de Justicia Militar, por el Fuero Militar, en el caso de delitos de traición a la patria y terrorismo¹⁷.

¹³ Art. 173° de la Constitución.

¹⁴ Que el Art. 138° in fine de la Constitución acuerda a los Jueces del poder Judicial.

¹⁵ Inc. 4 del Art. 178° de la Constitución.

¹⁶ Art. 138° de la Constitución.

¹⁷ Lo cual, como lo hemos señalado anteriormente, constituye una extensión funcional aberrante.

No obstante resulta claro el razonamiento antes exgrimido, existe en nuestro sub-continente, y especialmente en nuestro país, una tendencia que se ha manifestado históricamente en forma cíclica, tanto durante regímenes militares como durante regímenes civiles, a sustraer del ámbito de la Jurisdicción Judicial la investigación y juzgamiento de determinada infracciones penales imputadas a civiles, para posibilitar la aplicación de las normas del Código de Justicia Militar y por ende permitir el conocimiento de las mismas por el Fuero Militar. Este recurso, propio de regímenes autoritarios, si nos remitimos a la Historia del Proceso Penal, tiene su antecedente en la «Cognitio Extra Ordinem»¹⁸ establecida durante el Imperio Romano, por la cual el Emperador podía atribuirse competencia «extraordinaria» a su entera discrecionalidad para el conocimiento de los hechos que «consideraba de su incumbencia», los que juzgaba en un primer momento él directamente rodeado de su Consejo (*sacro consistorium*) o Tribunal Aúlico, constituido por senadores y juristas de su confianza y jefes militares, para luego delegar su juzgamiento extraordinario a «Tribunales» de igual conformación.

Analizando esta práctica en nuestro país y con la finalidad de apreciar la diversidad de los motivos que generaron «estos encargos» al Fuero Militar, nos basta remitirnos sólo a tres de las varias situaciones en que produjeron durante el presente siglo¹⁹: 1) Durante las primeras décadas del presente siglo se sometió a la Justicia Militar a las entonces denominadas «Bandas de Negros cimarrones» que saltaban a quienes transitaban por la entonces desolada vía Lima - Callao (hoy la Av. Colonial); 2) Durante el Régimen Militar que gobernó el país entre los años 1968-1979, se sometió a la «Justicia Militar» a los civiles imputados de victimar a miembros de las entonces fuerzas policiales, dándose durante este periodo el tristemente célebre caso USCUVILCA-MACHARE en el cual ante la duda respecto a cuál de los dos procesados victimó a un efectivo policial dentro de una balacera generada en su captura, se condenó a ambos procesados a la Pena de Muerte por el Fuero Militar (aplicándose el *indubio pro societate*, en contravención del mandato constitucional) siendo ejecutados; y, 3) Durante el presente régimen, a partir de 1992 se viene sometiendo a la Justicia Militar a los civiles imputados del delito de Traición a la Patria (entendida como figura agravada de terrorismo en tiempo de Paz). Resulta entonces que, no necesariamente razones de Seguridad Nacional vincula-

¹⁸ Julio B.J. Maier «Derecho Procesal Penal Argentino» Tomo 1b, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, pag. 48.

¹⁹ Entiéndase antes de la dación del D.L. N° 895.

das de algún modo con la Defensa Nacional, motivan la utilización impropia de la «Justicia Militar» para que juzgue a civiles, también se suelen esgrimir para tal efecto, como **justificativos formales**, razones de seguridad ciudadana.

¿Qué motiva al Estado a recurrir impropriamente para determinadas situaciones y coyunturalmente a la «Justicia Militar» para el juzgamiento de civiles? La respuesta no puede ser otra, que la misma finalidad que generó en la Roma Imperial la «*cognitio extra ordinem*» y el procesamiento especial por «tribunales Aulicos»; esto es permitir la ingerencia extrínseca del poder político en las decisiones penal²⁰ (El insigne Tratadista Italiano Francesco Carrara reconocía la posibilidad de ingerencia política extrínseca en materia penal, pero limitada, cuando señalaba: «...Pueden haber causas políticas (extrínsecas) para disminuir la pena pero no pueden admitirse para aumentarla. La política nunca puede vencer a la justicia con el fin de castigar más, pero si puede vencerla con el fin de castigar menos...» Pag. 164-Parte General Vol. II. Tomo II. «Programa de derecho criminal» Editorial Temis. Bogotá - Colombia. 1991) respecto a situaciones que se consideran de prioritario e inmediato control (no necesariamente por criterios político criminales puros) con la finalidad de tornar mas drástica la represión penal, recurriendo para ello no solo a la sobre-criminalización de las conductas, sino **básicamente** a permitir su investigación y juzgamiento apartándose del sistema de garantías y derechos pre-establecidos y por ende del debido proceso, lo que implica la utilización distorsionada del proceso para fines de prevención especial, cuando su función material más importante es la protección de la persona y el establecimiento de limitaciones al Poder Estatal en cuanto a su facultad punitiva legítima. Pero el apelar a la percepción que generalmente tiene la ciudadanía de la «Justicia Militar», asociándola con actitudes de drasticidad, la restricción severa a los derechos del procesado (características estas, que en honor a la verdad, no necesariamente caracterizan su accionar dentro del ámbito de su «competencia» natural) y la sumariedad de los procesos; si bien inicialmente pueden generar una falsa sensación de «seguridad» en la ciudadanía frente al fenómeno criminal sometido a su «competencia», terminan por generar en muchos casos en la ciudadanía igual o más temor que la actividad criminal enfrentada por ella, dada la sensación de indefensión y la consecuente inminencia de la condena para

²⁰ El tratadista Italiano Francesco Carrara señalaba que «pueden haber causas políticas extrínsecas para disminuir la pena, pero no pueden admitirse para aumentarla, la política nunca puede vencer a la Justicia con el fin de castigar más, pero si puede vencerla con el fin de castigar menos» Programa de Derecho Criminal- Parte General - Volumen II. Tomo II Pag. 164, editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1991.

cualquier ciudadano que enfrente una imputación de ese tipo. La conjugación de ambos efectos sociales, parece ser, desde la época del «sacro consistorium» Romano, la finalidad de esta práctica.

4.- A MODO DE CONCLUSION:

En primer término debe repararse en la vital importancia del debido proceso, concebido en su integral dimensión connatural a su real naturaleza, en el diseño de estrategias político criminales sanas, esto es eficientes y seguras no sólo a partir de la evaluación de sus resultados cuantitativos, sino básicamente por la legitimidad proveniente del respeto de los derechos y garantías pre-establecidos, lo que va a cualificar los resultados y dotar de seguridad jurídica a sus efectos.

En segundo término, la manipulación del proceso penal y justicia militar, a que cíclicamente se recurre en nuestro país en fases políticas de tentación autoritaria, excede el ejercicio de una adecuada y sana política criminal, pues privilegia el doble simbolismo tendiente a vender a la ciudadanía, por un lado, una falsa sensación de «seguridad» frente a determinada criminalidad y de otro lado, una real sensación de «indefensión» frente a la punición del Estado; todo esto en desmedro PRINCIPALMENTE de la seguridad jurídica real, que se ve afectada por la vulnerabilidad legal del proceso y su resultado (aún cuando se hubiere arribado a una decisión justa); y como EFECTO SECUNDARIO de la imagen pública de la «Justicia Militar» que en estas coyunturas asume el gasto operativo y el costo político de la decisión.

Consideramos que en la medida que la modernización de la justicia militar (tendiendo a que prime la profesionalización jurídica de sus operadores y se produzca la reforma sustancial del Código de Justicia Militar) se plasme, la posibilidad de su utilización para fines distintos a los que constitucionalmente le corresponden podrá reducirse.

5.- BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- «ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL» Tomos I y II, Eduardo J. Couture. Bs. As.- Ediar S.A. Editores.
- «SELECT ESSAYS ON CONSTITUTIONAL LAW» Tomo 1 - Compilado y editado por el Comité de la Asociación de Escuelas Americanas de Derecho. Chicago 1938 (Traducción del inglés).

- «DEBIDO PROCESO LEGAL, CONTINGENCIA Y CRIMEN CULPOSO» Jose Enrique Pierangelli - en Revista Brasileira de Ciências Criminas (Traducción del portugués).
- «LOS PROCEDIMIENTOS GARANTISTAS: EL DEBIDO PROCESO O EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL» Fernando Tocora - Tomado «Política Criminal en América Latina» Editorial Librería del Profesional, Bogotá 1990.
- «DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO» Tomo I-B, Julio B.J. Maier - Editorial Hamurabi, Buenos Aires.
- «PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL - PARTE GENERAL» Volumen II Tomo II, Francesco Carrara, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1991.
- «INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL» Alberto M. Binder, Buenos Aires, 1ra. Edición 1993.
- «LINEAMIENTOS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERU», Defensoría del Pueblo - Serie Informes Defensoriales, Informe N° 6, Lima 1998.