

LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA Y LA ESPECIALIDAD DEL DELITO MILITAR

JUAN CARLOS SANDOVAL

Sumario: **I.** Introducción al panorama de la emergencia. **II.** Delitos de función. **III.** Los delitos especiales. A propósito de los delitos militares. **IV.** Algunos problemas de autoría y participación. **V.** Comentario final.

I. INTRODUCCIÓN AL PANORAMA DE LA EMERGENCIA

1. En 1980 el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL) inició una escalada de terrorismo en el Perú y, a partir de 1984 se le sumó el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). El Estado peruano respondió, principalmente, con una serie de disposiciones¹ sobre las que se construyó un sub-sistema penal de emergencia antiterrorista².

La legislación de emergencia afectó gravemente al sistema de garantías procesales y sustantivas, cuya vigencia es indicativa de un poder punitivo que debe legitimarse y limitarse esencialmente en la función de protección de derechos

1 Desde 1980 se dictaron más de 22 antiterroristas sobre derecho penal material, procesal y penitenciario Vid. Secretaría Técnica de la comisión Ad Hoc creada por ley No. 26655, «La labor de la comisión Ad Hoc a favor de los inocentes en prisión. Logros y perspectivas (agosto de 1996-diciembre de 1999)», mimeo, Lima, 2000.

2 Vid. SAN MARTÍN CASTRO, vol. 2, 1999, p. 989

fundamentales, así como en el control de las desviaciones de la administración de justicia³.

2. En esta primera sección sólo se hará una presentación de uno de los cambios involutivos antes mencionados, el mismo que se acentuó a partir de la ruptura del orden constitucional y el inicio del denominado «Gobierno de emergencia y reconstrucción nacional» (abril-diciembre de 1992), pero que continuó a lo largo de casi toda la década pasada, como parte de un proceso de concentración de poder⁴. Nos referimos a la ampliación de la competencia de los tribunales militares.

La nota más importante de esta expansión fue el D.L. No. 25659, de 12 de agosto de 1992, norma que reguló el delito de «traición a la patria» o terrorismo agravado, dentro del cual se incluyó posteriormente la apología al terrorismo por docentes, mediante el D.L. No. 25880, de 24 de noviembre de 1992.

La falta de correspondencia entre el *nomen iuris* de dicho delito y su función político criminal⁵, respondió a la decisión política de juzgar en sede militar a los civiles involucrados en hechos catalogados como terrorismo y, habilitar la imposición de la pena de muerte para los responsables de dicho delito.

Así se explica que se recurriera a una burda ficción legal: denominar a supuestos de terrorismo agravado como «traición a la patria», única hipótesis en que los arts. 282° y 235° de la CP de 1979 admitían los objetivos políticos antes expuestos⁶. No obstante ello, no prosperó la imposición de la pena capital para los casos de terrorismo.

Con tales medidas se buscaba «pacificar el país dentro de un marco jurídico que garantice la aplicación de sanciones drásticas a los terroristas, a fin de que, dentro de un clima de paz y orden interno nuestra sociedad se desarrolle

3 Sobre la legislación de emergencia en el Perú, vid. PRADO SALDARRIAGA, 1990; AZABACHE CARACCILO, 1999; GAMARRA, 1995; DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 1998.

4 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2001.

5 El delito de «traición a la patria» previsto en el D.L. No. 25659, no suprimió las figuras penales agrupadas con igual nombre tanto en el CPP (arts. 325-333°), como en el CJM de 1980 (arts. 78°, 80°, 84°, 106°, 140°, 323° y 327°).

6 Según el art. 282° de la CP de 1979, los jueces militares también eran competentes para juzgar a civiles por la infracción a la obligación de prestar el servicio militar. Cabe añadirse que este último supuesto fue sugerido en 1989, por el entonces presidente Alan García Pérez, para incorporar al terrorismo a la competencia judicial militar. Vid. IDL, 1989, p. 138-139, cit. ETO CRUZ Y OTROS, p. 376-377.

adecuadamente»⁷. Dicho marco de emergencia fue plasmado previamente en el D.L. No. 25475, de 05 de mayo de 1992 y normas complementarias, mediante las cuales se reformó drásticamente la persecución del delito de terrorismo.

3. Las modificaciones introducidas por la emergencia en materia penal militar, fueron recogidas en la CP de 1993, aprobada mediante un referéndum en octubre y vigente desde el 31 de diciembre de ese año. Así, se entregó a los jueces militares el conocimiento de los casos de terrorismo y traición a la patria en caso de guerra exterior imputados a civiles, dependiendo de una ley autoritativa conforme a la fórmula del art. 173°. A su vez, la pena de muerte fue incorporada en el art. 141° para los mismos casos, «conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada».

Cabe precisar que durante la elaboración de la nueva carta política, mediante la ley constitucional de 06 de enero de 1993, se ratificó la vigencia y constitucionalidad de los D.L. Nos. 25475 y 25659, así como otras normas de emergencia.

Sin embargo, la intervención de la judicatura militar y la aplicación de la legislación de emergencia, tanto antes como después de la promulgación de la nueva carta constitucional, se mantuvo muy lejos de los estándares internacionales del debido proceso legal. Así lo advirtió la CIDH al declarar responsable al Estado peruano hasta en dos oportunidades, por violar diversas garantías previstas en la CADH⁸. Ambos pronunciamientos estaban vinculados al delito de «traición a la patria».

En ese sentido, «está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero [consideró la CIDH] por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercer sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Existe un reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer sin violentar»⁹. Adicionalmente, la CIDH dispuso que el

7 Vid. D.L. No. 25418, «Ley de Bases del Gobierno de emergencia y reconstrucción nacional», de 05 de abril de 1992.

8 Vid. CIDH, Casos Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de setiembre de 1997, Serie C N° 33 y, Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52.

9 Cfr. CIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, párr. 204 (nota 8).

Estado peruano debía «tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos Leyes 25475 (delito de terrorismo) y 25659 (delito de traición a la patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos»¹⁰.

4. Sin embargo, al igual que sucedió con las políticas de emergencia desarrolladas en otros países, las normas antiterroristas peruanas devinieron de *transitorias* a *permanentes*. En efecto, si bien algunas de las leyes de excepción fueron derogadas o modificadas en algunos de sus aspectos más autoritarios, no ocurrió otras en materia de investigación policial, procesamiento penal y régimen de ejecución de penas¹¹ que se siguen aplicando¹². A este panorama se suma, según lo declaró la CIDH, la afectación al principio de legalidad en la configuración de los supuestos de terrorismo y «traición a la patria»¹³.

Los problemas que dejó la emergencia antiterrorista no se limitaron al escenario legislativo, sino que trascendieron a las personas condenadas en procesos irregulares. En un intento de paliar este problema, mediante la ley No. 26655, de 17 de agosto de 1996, se creó una Comisión Ad Hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes fueron condenados con elementos probatorios insuficientes. Gracias a esta instancia consultiva, sobre un universo de 3,225 solicitudes se recomendó la libertad de 535 personas, concediéndose tal beneficio a 502¹⁴.

10 Vid. sentencia de reparaciones del caso Loayza Tamayo, de 27 de noviembre de 1998. A consecuencia de estas decisiones y la existencia de otros casos pendientes de trámite, el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa No. 27152, de 8 de julio de 1999, aprobó el retiro «...con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...». Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 1999.

11 Vid. Secretaría Técnica de la comisión Ad Hoc.

12 Lori H. Berenson, ciudadana estadounidense, fue procesada por el delito de «traición a la patria» y condenada a prisión de por vida. En agosto de 2000, el gobierno peruano declaró nulo dicho proceso y dispuso su juzgamiento en sede común. El 21 de junio de este año, la Sala Corporativa Nacional de bandas y terrorismo del Poder Judicial, la condenó a 20 años de pena privativa de libertad, por la comisión del delito de terrorismo en la modalidad de colaboración y su posterior expulsión del país. Al margen de la finalidad política de este nuevo enjuiciamiento -mejorar las del entonces grupo gobernante peruano con el gobierno norteamericano-, este caso abre las puertas para en casos similares se declare la nulidad de los procesos seguidos ante los tribunales militares.

13 Cfr. CIDH, Caso Castillo Petrucci y otros, cit. párr. 119 a 122. (nota 8)

14 Vid. Secretaría Técnica de la comisión Ad Hoc.

Empero, el modelo penal de emergencia terrorista mostró también la vocación *expansiva* inherente a toda legislación de excepción, propagándose a través de normas penales especiales que demuestran su potencial aplicación, aún dentro de las formalidades del Estado de Derecho, a cualquier supuesto que requiera ser reprimido¹⁵.

5. La renuncia a la Presidencia de la República del gobernante que dictó la legislación de emergencia desde 1992, abre la posibilidad a una transición política que debe implicar, según Cotler, «la descomposición de las instituciones asociadas con el régimen autoritario y el ascenso, la emergencia de nuevas formas institucionales»¹⁶.

En ese sentido, la elaboración de una agenda de reformas democráticas debe considerar la revisión de la legislación antiterrorista, y dentro de ella, la discusión sobre los límites de la competencia judicial militar bajo reglas de independencia, imparcialidad, control de la legalidad de sus fallos y adecuación a los fines que la pueden justificar en un Estado democrático de Derecho.

Sin embargo, tal ambición señala un problema esencialmente político que trasciende a la necesaria modificación de la cláusula constitucional que adscribe al terrorismo a los jueces militares, la derogación de toda la legislación de emergencia antiterrorista y la promulgación de un nuevo CJM.

Se trata también, de que un proceso de reforma que toca, como explicara Azabache Caracciolo, las complejas relaciones de poder del estamento militar con la sociedad y el Estado, tema que atraviesa todo el derrotero político de la República¹⁷.

En lo que toca a estas páginas, baste recordar que la expansión de la legislación penal militar en clave de emergencia tiene antigua data en la República. Estuvo presente desde 1930 para perseguir supuestos tanto de

15 Cfr. SERRANO-PIEDecasas, pp. 106-108. Así sucedió con el D. Leg. No. 895, de 22 de mayo de 1998, mediante el cual se tipificó el delito de «terrorismo agravado». Al igual que con el delito de «traición a la patria», se apeló a este *nomen iuris* para habilitar la competencia penal militar sobre civiles, esta vez denominando como actos de terrorismo a casos de delincuencia común organizada en bandas y utilizando armas de guerra. Para la investigación policial, procesamiento e imposición de sanciones se previó un modelo similar al contenido en el D.L. No. 25475 y, se creó el *Habeas Corpus* militar. La ley No. 27235, de 20 de diciembre de 1999, cambió el nombre de esta figura penal a «terrorismo especial» y se restituyó la competencia a la justicia ordinaria. A la fecha, el TC debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta norma. Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO: Informe Defensorial No. 9, 1998.

16 «Transición y elecciones. Ojos bien abiertos», entrevista al politólogo Cotler, Revista «Caretas», ed. 1667 de 26 de abril de 2001.

17 Cfr. AZABACHE CARACCILO, 1994, p. 159 a 162.

disenso político como de criminalidad especialmente violenta, pero rotuladas como «subversión», «rebelión», «terrorismo» e incluso, «traición a la patria»¹⁸. En efecto, hasta la década de los setenta tanto gobiernos de facto como elegidos mediante sufragio, la emplearon como una herramienta de represión contra manifestaciones de alteración del «orden político vigente», ya sea provenientes de la oposición política partidaria o la violencia de guerrillas y actos terroristas.

Ello puede apreciarse en los considerandos de las normas de emergencia, en los que la protección del «orden político» es homologando a términos como la «estabilidad de las instituciones del Estado» e «integridad de los Institutos Armados» o, el «orden público» u «orden interno», entre otros.

Dados estos antecedentes, y como sostiene el autor que venimos citando, para un proceso de cambios democráticos, resulta necesario que el propio estamento militar asuma la necesidad de modificar su posición institucional y se haga cargo de las consecuencias históricas de la misma. En esa dirección debe encaminarse, en lo que corresponda a las instituciones armadas, la reflexión sobre la relación de sus mandos y tribunales con el régimen autoritario responsable de la emergencia.

Ese vínculo lo expresó el general Guido Guevara, ex presidente del CSJM, en declaraciones sobre el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos. «Cuando todo parecía gris, sin esperanza [sostuvo Guevara], cuando la vida era menospreciada por los terroristas (...), en esos momentos dramáticos (...) supo usted dar patriótico aporte de sus conocimientos profesionales, de su vocación de servicio y de su abnegación para contribuir a crear una legislación de excepción y una estrategia que permitiese erradicar el narcoterrorismo»¹⁹.

6. Las perspectivas de reforma del ámbito de aplicación de la ley penal militar antes expuestas, deben incorporar a su vez, el desarrollo del criterio de atribución de competencia fijado por las dos últimas constituciones: el delito de función. La naturaleza funcional o especial de los delitos militares es un tema dejado de lado sistemáticamente por la inercia de la emergencia. Sin embargo puede ser un mecanismo esencial de control político criminal democrático para no caer

18 En 1930 se desmontó un modelo competencial que restringía las facultades de la judicatura militar. Desde ese año hasta finales de los setenta, se dictaron tres «leyes de seguridad interior» y al menos 21 normas más con igual sentido. En este contexto debe tomarse también en cuenta los CJM de 1898, 1939, 1950, 1963 y 1980, así como las L.O. de estos dos últimos años.

19 Cfr. Diario «El Comercio», Sección Política, edición de 1 de setiembre de 2001, informando sobre la condecoración de Vladimiro Montesinos con la Insignia de la Justicia Militar, el 25 de setiembre de 1997.

nuevamente en la emergencia, al menos de tipo militar. A delimitar este problema nos abocaremos en la segunda sección.

II. EL DELITO DE FUNCIÓN

1. Tanto el art. 282° CP de 1979 como el 173° CP 1993 establecieron que los miembros de las fuerzas armadas y de la policía —unificada desde 1988—, estaban sometidos a tribunales militares o policiales respectivamente, por infracciones al CJM denominadas delitos de función. Se trata entonces de una competencia estrictamente penal. Asimismo, el art. 744° CJM reconoció la aplicación supletoria del CPP, invocación interpretada como referencia a las normas de la Parte general del código común.

Ambas constituciones también adscribieron a los jueces militares —como se vio al revisar la legislación de emergencia—, el juzgamiento a civiles por el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior y el incumplimiento del Servicio militar, tendiente a un modelo voluntario desde el año pasado, según la ley No. 27178, de 28 de setiembre de 1999. La CP de 1993 añadió el delito de terrorismo.

El ámbito de esta competencia de carácter sancionatoria se completa con el conocimiento de faltas. Los arts. 274° CP 1979 y 168° CP 1993 autorizaron a las leyes y reglamentos correspondientes regularan la disciplina de los militares y policías. A su vez, el art. 725° CJM reserva la sede judicial a las denominadas faltas disciplinarias, imputables a los miembros de la judicatura militar. En cambio, las llamadas faltas militares o contravenciones al deber militar o la disciplina y, en general, las extrañas a la función judicial, son materia del ejercicio de función de mando. Es decir, son conocidas directamente por los mandos militares, conforme a un sistema gubernativo de aplicación de sanciones disciplinarias.

En este contexto y partiendo del art. 173° CP de 1993, San Martín Castro construyó acertadamente un concepto constitucional de delito de función, cuyo tipo objetivo tiene a un militar o policía como sujeto activo y, la conducta debe estar vinculada a la función militar o policial. Asimismo, el sujeto pasivo debe ser las fuerzas armadas o Policía Nacional como instituciones reconocidas por al Constitución, a las cuales se les ha reconocido un conjunto de funciones y finalidades²⁰.

Pese a la solidez dogmática de la propuesta de San Martín Castro, una revisión histórica de la legislación infraconstitucional y la jurisprudencia, permiten

20 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, vol. 1, p. 103.

afirmar que desde hace más de un siglo y en gran medida, un delito es catalogado como militar, dependiendo del momento en que se comete.

2. La definición de lo que puede entenderse como delito militar siempre se reguló en las leyes penales militares y, desde la promulgación del primer CJM en 1898, pasando por la legislación de emergencia hasta el CJM vigente, ha primado un criterio denominado por Eguiguren Praeli y otros, como de *ocasionalidad*²¹. Este criterio hasta ahora está integrado en las reglas para delimitar la competencia de los tribunales militares: por razón de la materia, persona o lugar²².

Según el criterio de *ocasionalidad* si el hecho punible es cometido por un militar en circunstancias calificadas como acto de servicio o nociones análogas vinculadas a la función militar, estaremos siempre frente a un delito militar. Así lo refrendó la Corte Suprema de la República, al resolver algunas contiendas de competencia entre los tribunales comunes y militares a favor de los segundos, pese a tratarse de delitos de lesa humanidad²³.

En igual sentido pueden encontrarse ejecutorias supremas en las cuales desarrolla la propia *ocasionalidad* bajo un razonamiento de *causalidad*. Así, el delito es militar en tanto exista un nexo causal entre éste y la ejecución de la función militar o el acto de servicio²⁴. En buena cuenta estamos frente al mismo criterio de *ocasionalidad*, ya que la relación causal está determinada por el momento en que se consuma el delito de función.

3. Dejando de lado que jurisprudencia suprema antes citada no está exenta de bandazos²⁵, el criterio de *ocasionalidad* no resiste la menor crítica desde una perspectiva que incida en la naturaleza del delito militar. Así, desde esta última lectura el delito de militar se compone de dos elementos básicos: (i) un

21 Vid. EGUIGUREN PRAELI Y OTROS, 1986.

22 Vid. arts. 12° y 13° CJM de 1898; art. 12° CJM de 1939; arts. 333° y 334° CJM 1963 y, art. 324° CJM de 1980. También el art. 10° de la ley No. 24150, de 06 de junio de 1985 «Normas que deben cumplirse en los estados de excepción», y el art. 1° de su reglamento, el D.S. No. 171-90-PCM, de 23 de diciembre de 1990.

23 Vid. las ejecutorias supremas de 10 de abril de 1985, Exp. No. 5-85, Lima; 22 de agosto de 1986, Exp. No. 24-86, Lima; de 18 de julio de 1997, Exp. No. 12-97, Lima.

24 Vid. la ejecutoria suprema de 11 de febrero de 1994, Exp. No. 7-94.

25 La jurisprudencia suprema se ha pronunciado en algunos casos a favor de la competencia ordinaria, según RUBIO CORREA, 1987, p. 12, cuando los delitos involucraban a policías. Así sucedió con la matanza de Soccos, el asesinato del líder sindical Jesús Oropesa Chonta y, la desaparición del periodista Jaime Ayala.

sujeto activo cualificado en tanto tiene la condición de militar o de policía (ii) la vulneración de un deber fundado sobre un valor de trascendencia institucional, a cuya protección se encuentra obligado el agente cualificado por su pertenencia a los cuerpos militares o policiales.

Dicho de otro modo, la cualificación del agente sólo tiene importancia para efectos penales militares, si la puesta en peligro o lesión de un deber configurado como bien jurídico militar, afecta a las fuerzas armadas o policía como instituciones previstas en la Constitución.

Fuera de este razonamiento, el sentido militar del hecho punible y el cumplimiento de la función o deber militar, nociones empleadas en la argumentación de la *ocasionalidad* en cualesquiera de sus formas, pueden ser fácilmente manipulados para distorsionar el contenido funcional del delito militar.

En efecto, el hecho punible tendrá un carácter militar no porque sea cometido durante o con ocasión de una orden o acto de servicio, sino por «la índole militar del hecho violado; si el deber violado es común, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aún cuando sea perpetrado por un militar»²⁶.

Igualmente el cumplimiento de las funciones o deberes militares, bajo amenaza de sanción penal, no pueden entenderse fuera de un sistema especial basado en la calificación de ciertas situaciones como asuntos de interés exclusivo para las corporaciones militares o policiales²⁷.

Lo contrario llevaría a incorporar dentro de la noción de delito militar un abanico desproporcionado de valores e intereses, comunes o militares, que dependiendo de la ocasión, podrían ser puestos en peligro o lesionados por la conducta de un militar o policía. De darse este caso, los tribunales militares se apartarían de una concepción de «fuero real, de causa o materia», en el cual sólo se puede proteger bienes jurídicos de específica y estricta naturaleza militar²⁸.

III. LOS DELITOS ESPECIALES. A PROPÓSITO DE LOS DELITOS MILITARES

1. La cualificación del sujeto activo y su particular relación con el bien jurídico-penal militar, nos lleva a considerar que los delitos militares son por definición

26 Cfr. DI VICO, 1971, p. 112, en ASTROSA HERRERA, 1971, p. 55.

27 Cfr. AZABACHE CARACCILO, 1994, p. 163.

28 Cfr. BIDART CAMPOS, p. 49. En igual sentido, vid. ZAFFARONI Y CABALLERO, 1980, pp. 27-28.

delitos especiales. Empero, el CJM recoge delitos especiales, aunque carentes de una naturaleza estrictamente militar o funcional.

2. Según la descripción de los sujetos activos, la doctrina clasifica a los tipos penales de diversas formas. En una de ellas distingue entre delitos comunes y especiales. En primeros, la definición típica de los posibles autores se realiza de manera impersonal y generalizada, de modo que el delito puede ser ejecutado por cualquier persona.

En los segundos, el sujeto activo debe tener determinadas características personales o jurídicas para completar la previsión típica. Tal es el caso de los militares y policías conforme a la noción de delito de función.

La cualificación del autor —denominado *intraneus* en oposición a los no cualificados o *extraneus*— en los tipos especiales, es un presupuesto admitido por la mayoría de la doctrina²⁹. Cabe indicar que nos referiremos tanto a delitos como a tipos especiales, aunque lo segundo sea lo más estricto.

3. La doctrina clasifica mayoritariamente a los delitos especiales en propios e impropios, aunque existe una corriente que minoritariamente, los separa entre aquellos en sentido estricto y sentido amplio.

Empecemos por la clasificación «mayoritaria». Para Quintero Olivares, el delito especial es propio cuando la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que, faltando la misma el hecho sería atípico. En cambio, será impropio cuando la calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, que sería el comisible por cualquier otra persona que no tuviera aquella especial calidad³⁰.

En cuanto a la interpretación «minoritaria», Cobo del Rosal/Vives Antón sostienen que la distinción entre delitos especiales en sentido estricto y sentido

29 Vid. QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 636; MIR PUIG, p. 206; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, p. 357; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 294; ÁLVAREZ GARCÍA, p. 192; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, p. 49; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 304; ROXIN, 1997, p. 338; QUINTERO OLIVARES, 1974, p. 15; MAURACH/GÖSSELL/ZIPF, p. 325; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 269; JESCHECK, 1993, p. 240; CUELLO CONTRERAS, 1996, p. 401; JAKOBS, 1997, p. 214; GÓMEZ BENÍTEZ, p. 153; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 151; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1994, p. 152; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, p. 155; BACIGALUPO, 1997, p. 160, entre otros.

30 Cfr. Quintero Olivares, 1974, p. 31. Admiten esa diferencia entre delitos especiales propios e impropios, Gómez Benítez, p. 155-156; Quintero Olivares, 2000, p. 636; Berdugo Gómez de la Torre y Otros, p. 155; Mir Puig, p. 207; Luzón Peña, 1996, p. 304-305; Muñoz Conde/García Arán, p. 294 y Rodríguez Mourullo, 1978, p. 270, pero con otra clasificación. (todos ellos nota 29). También Gimbernat Ordeig, 1966, pp. 252-253;

amplio radica en el injusto. Así, delitos especiales en sentido estricto serán únicamente aquellos en los que las particularidades del sujeto activo pertenezcan al tipo de injusto de la infracción correspondiente, mientras que cabrá hablar de delitos especiales en sentido amplio o impropio cuando dicha condición del sujeto fundamente una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar su esencia³¹.

Según esta lectura, el tipo especial en sentido amplio no dependería de que el legislador penal decidiera crear o no, una figura penal igual o similar pero comisible por *extraneus*. Bien podría darse ese supuesto y estar frente a tipos, en principio parecidos, pero que tienen injustos diferentes. Por ello, Álvarez García añade a esta interpretación, que un dato clave para concluir sobre la semejanza de lo injusto del tipo común de referencia respecto al supuesto «delito especial impropio» lo constituye el bien jurídico protegido³².

4. A nuestro juicio y más allá de la clasificación que se adopte, el contenido del injusto es un criterio que permite determinar con mayor rigor, primero si un tipo penal es especial y segundo, si es propio e impropio, ya que no ubica el problema en la regulación legal, sino que traslada el análisis a la naturaleza del delito.

En realidad la especialidad propia del delito radica en que la cualificación del sujeto activo, tal como se define en el injusto, le proporciona respecto a la colectividad un diferente «camino de acceso» al tipo penal, como ya lo anunciara Quintero Olivares dentro de la corriente «mayoritaria»³³. Es decir, el *intraneus* tiene una posición que condiciona o ayuda a la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal.

La especialidad impropia tendría básicamente la misma concepción, con la peculiaridad de que la conducta del *intraneus* provocaría efectos distintos de los que se generarían si la conducta correspondiera a un *extraneus*.

Esta concepción no excluye, naturalmente, una valoración en sede legislativa, la misma que se traduce en dotar a determinadas personas —como los militares— de una especial responsabilidad frente a la integridad de ciertos bienes jurídicos. Empero y como puede apreciarse en el CJM —donde se prevé

31 Cfr. Cobo del Rosal/Vives Antón, p. 357.

32 Cfr. Álvarez García, p. 192. En el mismo sentido, Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, p. 50 y Cuello Contreras, p. 401. También Carrasco Andrino, p. 388-389.

33 Cfr. Quintero Olivares, 1974, p. 34. Con esta precisión advertimos que no es exacto sostener que la corriente «mayoritaria» predica necesariamente una postura legalista, sino en todo caso, con menor precisión.

delitos comunes—, las opciones tomadas por el legislador no siempre corresponden a la naturaleza de los delitos.

5. Luego de presentar nuestra posición sobre los delitos especiales, debemos pronunciarnos sobre la especialidad del delito militar. Ciertamente es un delito especial propio dentro de los alcances que asumimos. Pero también, interpretando a San Martín Castro, una lectura de dicha especialidad lleva a considerarlo como una forma de delito de infracción de deber³⁴.

Es un delito especial porque el universo de los posibles sujetos activos, se encuentra restringido a la calidad de militares o policías, y a partir de esa condición—naturalmente previa al delito—³⁵ de *intra-neus* se configuran tipos penales distintos de los comunes. Sin embargo, la cualificación de los sujetos activos se completa con una característica adicional: el contenido del injusto militar entraña la violación de deberes exclusivamente institucionales y por tanto, sólo exigibles a militares y policías. Esta es la diferencia esencial con los delitos comunes.

Hablamos de valores como la disciplina y la jerarquía, que a su vez se traducen en deberes a cumplirse bajo amenaza de sanción penal, como el cumplimiento de las órdenes impartidas regularmente por un superior y el respeto a la cadena de mando dentro de una unidad. Por ello Azabache Carracciolo sostiene que la sanción militar se funda en un principio de auto tutela institucional, y el derecho militar presupone una relación de subordinación castrense en la que hay un superior que ordena o reglamenta y un subordinado que incumple³⁶.

Conforme a dicho razonamiento, el delito de naturaleza militar se ubica en la esfera de los delitos de infracción de deber, categoría elaborada por Roxin. De acuerdo con este autor, en los delitos especiales, por *regla absolutamente general*, la cualificación del sujeto activo responde a «una posición de deber extrapenal», por lo que en estos casos es mejor hablar de delitos de infracción de deber. En ese sentido, en los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena, y en los impropios tal cualidad sólo agrava la sanción³⁷.

34 Cfr. San Martín Castro, vol. 1, pp. 103-104. No obstante asumir esta última posición, seguiremos refiriéndonos al delito militar como uno de corte especial propio, puesto que esta categoría nos permite sustentar la de infracción de deber.

35 Cfr. Quintero Olivares, 1974, p. 19.

36 Cfr. Azabache Caracciolo, 1994, p. 165.

37 Cfr. Roxin, 1997, p. 338 (las cursivas nos pertenecen). Sobre el deber infringido, añade Roxin, 2000, p. 386, que «el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que

No obstante compartimos con Luzón Peña y otros, que la categoría de los delitos de infracción de deber no puede generalizarse a todos los delitos especiales, no encontramos obstáculo para incluir dentro de este grupo a los delitos militares³⁸.

6. La Parte especial del CJM está muy lejos de seguir el criterio de especialidad antes descrito. En este cuerpo de leyes pueden encontrar casos que implican la infracción de deberes institucionales, pero también otros en los que pese a ser tipos especiales, no prevén la violación de dichas obligaciones. A modo de ilustración analizaremos brevemente partir de tres casos: el delito de violación de consigna (art. 206° CJM) y los delitos de rebelión (art. 101° CJM y art. 346° CPP).

El delito de violación de consigna, en cualesquiera de sus modalidades puede considerarse como un delito especial que tiene naturaleza militar. Esta afirmación podría sostenerse con que sólo puede recaer en un *intraneus* y no existe un tipo penal común correlativo. Pero ya vimos que este argumento es insuficiente.

Lo importante es que sólo un militar o un policía pueden realizar funciones de centinela en espacios de seguridad castrense, y los incumplimientos en los que puede incurrir —relevo irregular de guardia, abandono de puesto de vigilancia, omisión de alarma, entre otros—, son afectaciones a deberes institucionales. Esto justifica la aplicación de una sanción. Dicho de otra forma, la calidad de *intraneus* es inherente al tipo y sin la misma, no puede realizarse íntegramente la conducta típica: la afectación al interés específico del servicio, y, a través de él, a la eficacia de las Fuerzas Armadas, cuyo buen funcionamiento comprometen³⁹.

El delito de rebelión militar es un delito especial, pero carece de naturaleza militar. Además es especial propio, pese a que la ley penal ordinaria tiene prevista una figura básicamente similar en el art. 346°. Esta lectura no cambia no obstante a que la rebelión común y la de los militares, afectan al mismo bien jurídico-

están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas». Con matices respecto a problemas de autoría, siguen la teoría de los delitos de infracción de deber o «Pflichtdelikte»: Jeshceck, 1993, p. 240; Jakobs, 1995, p. 214; Gómez Benítez, p. 154-155 y López Barja de Quiroga, 1994, p. 152.

38 Cfr. Luzón Peña, 1996, pp. 305-306. Añade que habrá delitos de infracción de deber «cuando un tipo configure efectivamente en ese sentido la descripción típica, esto es, de tal modo que resulte indiferente que el sujeto realice una conducta u otra, se comporte activa o pasivamente, con tal de que infrinja su deber específico». Sobre las críticas a Roxin, vid. Quintero Olivares, 1974, p. 102-104 y López Barja de Quiroga, 1994, p. 171-173.

39 Cfr. Granados Castillo, p. 1679.

penal: el ordenamiento constitucional democrático⁴⁰. Todo esto tiene una sola explicación: son injustos diferentes.

Cabe indicar que se protege la mismo bien jurídico-penal, al margen de que el CJM ubique a la rebelión en un grupo de tipos denominados en parte como «delitos contra la seguridad del Estado». Eso sólo representa una grave incoherencia con los postulados jurídico-políticos de una sociedad democrática⁴¹, pues alude a una concepción totalitaria de protección a la personalidad del Estado⁴².

La diferencia de injustos radica en que el tipo penal del art. 101° CJM, se construye sobre la base de *intraneus* —sólo militares y policías— y esa condición les facilita el ataque al bien jurídico-penal. *Pero este ataque no afecta ninguna obligación exclusivamente castrense, motivo por el cual carece de relevancia militar para efectos funcionales*. Lo mismo no ocurre con cualquier civil o *extraneus*, cuya conducta se encuadrará en el art. 346° CPP. Por tanto, el art. 101° CJM tal y como está previsto, es un tipo especial propio, pero a la vez, un ejemplo claro de la desnaturalización del carácter funcional de los delitos militares.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. La identificación del delito especial con algunas clases de delitos, como los cometidos por militares y funcionarios, es bastante antigua. Considerando tales ejemplos, los seguidores de esta concepción sostenían que los *extraneus* no debían ser castigados por la falta de una relación de subordinación⁴³.

Esa conclusión fue superada ampliamente, puesto que la cualificación del *intraneus* sólo responde a una valoración del legislador para seleccionar supuestos en los cuales, un determinado individuo goza de una especial relación de protección frente a un bien jurídico-penal. El tipo penal especial no está

40 Cfr. García Rivas, 1990, p. 136 y ss. En igual sentido, Tamarit Sumalla, p. 1406. Vid. bibliografía citada.

41 El caso español presenta un matiz importante: la rebelión de los militares (arts. 79° a 84° CPM) está prevista para tiempos de guerra exterior. Pero igualmente en dicha figura se tutela la «normal y efectiva aplicación y funcionamiento, en tiempo de guerra, de la propia Constitución y, en suma, del aparato de poder en ella establecido» Cfr. Montull Lavilla, p. 916.

42 Cfr. García Rivas, p. 120 y ss.

43 Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 636.

dirigido sólo al *intra-neus*, sino que también contiene un mandato dirigido a toda la sociedad.

En lo que nos interesa, no cabe duda que fácticamente un *extraneus*, vale decir un civil, puede intervenir —en sentido lato— en la comisión de un delito militar. Pero no debe confundirse el deber jurídico del ciudadano de observar la prohibición de lesionar bienes jurídicos militares, con el deber jurídico militar de únicamente corresponde a militares⁴⁴. Este último deber —insistimos de naturaleza institucional— en relación con la cualificación del sujeto activo, definen la especialidad del injusto militar.

Los supuestos de una posible concurrencia de *extraneus* en el delito de naturaleza militar, genera diversos problemas, los cuales vistos desde la perspectiva de delitos especiales, suelen radicarse en sede de la teoría de la autoría y participación. En nuestro caso eso determina también, el orden de reparto de competencias para el procesamiento civiles.

No pretendemos presentar en la totalidad de supuestos problemáticos y tampoco resolverlos en lo que queda de estas páginas, pero sí dejar sentada brevemente nuestra posición frente a algunos de ellos desde la interpretación asumida en la sección precedente.

2. *Coautoría y extraneus*. La coautoría es la intervención material, objetiva aunque parcial en la realización del tipo⁴⁵, no el mero concurso de voluntades como se aprecia en parte de la jurisprudencia suprema española⁴⁶.

Así las cosas, consideramos que no es posible imputar a un *extraneus* la coautoría de un delito de especial propio, y tampoco de un delito de naturaleza funcional como el militar. La cualificación del sujeto activo militar es la condición necesaria para el acceso al deber que se violenta con el delito. Así lo explica Octavio de Toledo respecto del *extraneus* y el delito de prevaricación de funcionarios, al sostener que «el bien jurídico en relación al que surgiría resulta inalcanzable para tal sujeto en esas condiciones»⁴⁷.

44 Cfr. Zaffaroni/Caballero, p. 28.

45 Quintero Olivares, 2000, p. 618. Incluyen dentro de la coautoría todos aquellos partícipes que conjuntamente planearon la ejecución del delito, con independencia de cuál fuera su ulterior intervención material en el hecho.

46 Vid. Gimbernat Ordeig, 1966, p. 78 ss. y en ADPCP, 1966.

47 Cfr. Octavio de Toledo, 1980, p. 395. También Maurach/Gössell/Zipf, p. 326, pero extendiendo la restricción a la autoría mediata.

En consecuencia, la supuesta coautoría del *extraneus* en los delitos especiales propios sería atípica⁴⁸, o para algunos autores, imputable como una forma de participación, como se verá en su momento. En cuanto a la coautoría del *extraneus* en los delitos especiales impropios, supuesto no aplicable a los delitos de naturaleza militar, no existe una respuesta uniforme⁴⁹. En resumen, sólo habría que admitir la coautoría de los sujetos comprendidos en la esfera de autores descrita en el tipo⁵⁰.

3. *Autoría mediata y extraneus*. La autoría mediata es una forma de ejecución de la conducta típica por medio de un tercero, denominado «instrumento» por la doctrina⁵¹. Según, la «teoría del dominio del hecho», la autoría mediata se basa en dominio de la voluntad, exigiendo una relación de subordinación⁵² entre el autor mediato y el inmediato.

Si bien el autor mediato, también llamado «hombre de atrás», no ejecuta la afectación directa al bien jurídico-penal, posee en cambio el dominio del hecho delictivo sobre la base de la instrumentalización del autor inmediato, por ausencia de conocimiento o libertad. Por ello, se suelen plantear como casos de autoría mediata al error, miedo insuperable y situaciones de inculpabilidad⁵³.

Si el instrumento no actúa inconscientemente de la plena significación fáctica o jurídica de lo que hace⁵⁴, como sucede con el empleo de inimputables —

48 Por mencionar algunos, López Barja de Quiroga, 1994, p. 175; Cobo del Rosal/Vives Antón, p. 753 y Gómez Benítez, p. 155, este último asumiendo la teoría de los delitos de infracción al deber.

49 A favor Cobo del Rosal/Vives Antón, p. 753, «pues la delimitación subjetiva, en la reprochabilidad no afecta el tipo del injusto, que puede ser llevado a efecto por el no cualificado. Naturalmente, éste responde conforme a la figura cuyo reproche le es atribuible. Ello no significa una «ruptura en el título de la imputación», como en ocasiones se ha afirmado: el título de la imputación, esto es, el injusto típico, continúa siendo el mismo». También, López Barja de Quiroga, p. 175 y Gómez Benítez, p. 156.

50 Cfr. Quintero Olivares, 1974, p. 79, señalando el caso de los magistrados miembros de un Tribunal que dictan conjuntamente y a sabiendas una sentencia injusta en perjuicio del reo. (nota 29).

51 Vid. extensamente tratado Hernández Placencia, pp. 303-318.

52 Berdugo Gómez de la Torre y otros, p. 290.

53 Cobo del Rosal/Vives Antón, p. 749, sostiene que tales circunstancias deben ser «de tal naturaleza que conviertan al que actúa bajo su influjo en un instrumento (Werkzeug) ciego: la realización del sustrato típico, que sigue al impulso del autor mediato, ha de hallarse presidida por la necesidad. No obstante, para que pueda hablarse de autoría mediata el instrumento ha de actuar: si no realiza una acción, cual sucede en las hipótesis de vis absoluta, entonces la autoría del «hombre de atrás» (Hintermann) no es mediata, sino inmediata.»

54 Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 620.

supuesto denominado «autor detrás del autor»—, será un supuesto de inducción, pese a que no tengan capacidad penal.

Aplicando lo expuesto a los delitos especiales, puede afirmarse que:

(i) La doctrina admite la autoría mediata de *intraneus* sobre un instrumento *intraneus*, en tanto este último intervenga sin dolo y cumpla con las exigencias del tipo penal especial⁵⁵, y entre éstas no figure la intervención personal. Esta conclusión puede extenderse tanto a delitos especiales propios como impropios.

La condición de militar o policía es la nota que cualifica al sujeto activo del delito de naturaleza militar. Aunque esta calidad es parte del tipo penal especial, puede requerirse además, la acción «personalísima» de un *intraneus*. Así sucede como el pasar a vías de hecho contra el superior jerárquico (art. 142º CJM), y que configura un supuesto de delito de propia mano⁵⁶. En ellos no cabría este tipo de autoría mediata.

(ii) Igualmente se acepta en los delitos especiales propios e impropios, la autoría mediata de *intraneus* con instrumento *extraneus*⁵⁷, salvo que el tipo requiera una actuación personal directa⁵⁸. A modo de regla se ha sugerido acertadamente «negar la posibilidad de autoría mediata en los delitos de propia mano, y admitirla, salvo declaración legal en contra, en los restantes supuestos»⁵⁹.

Esta hipótesis no tendría asidero en los delitos de función. No sólo en los tipos penales que exijan la ejecución «personalísima» de la conducta por un militar o policía, ya que sólo tales *intraneus* pueden, en tanto autores, cumplir con la previsión típica en el ámbito institucional. En el Derecho militar la restricción no deviene de la ley, sino del contenido del injusto que expresa la ley.

(iii) La autoría mediata de *extraneus* con instrumento *intraneus* es rechazada por la doctrina mayoritaria. Ello porque «su comportamiento no puede funcionar como motor determinante de la realización del hecho típico, es decir, no cabe su subsunción directa en el mismo»⁶⁰. Dicho en términos que nos atañen: el uso de

55 Vid. Maqueda Abreu, pp. 129-130 y Álvarez García, p. 198.

56 Vid. evolución de la justificación de delitos de propia mano en Maqueda Abreu, p. 68-69, quien admite la coautooría y, Hernández Placencia, p. 286-299. Para Juanatey Dorado, p. 232, lo esencial en los delitos es la realización de una conducta de carácter «personalísimo». Para nosotros, los delitos de propia mano pueden en algunos casos ser también delitos especiales, pero no existe una regla general al respecto.

57 Entre otros Cobo del Rosal/Vives Antón, p. 751 y Mir Puig, p. 381.

58 Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 640 y Álvarez García, p. 197.

59 Cfr. Quintero Olivares, 1974, p. 110 y Gimbernat Ordeig, 1966, p. 230.

60 Cfr. Quintero Olivares, 1974, p. 78. También Jescheck, 1993, p. 241 y Álvarez García, p.

un militar —instrumento *intraneus*— no convierte a un civil —*extraneus*— en *intraneus* en términos funcionales.

En todo caso, la conducta del *extraneus* deberá valorarse de acuerdo a los tipos que, eventualmente, realice por sí misma⁶¹, de lo contrario será atípica. Esta es una consecuencia directa del concepto de delitos especiales que venimos manejando, pero en el cual coinciden también otras interpretaciones.

El peligro de impunidad que se abre es serio, ya que el *extraneus* puede lesionar de alguna manera —no íntegramente, por eso no puede ser autor— el bien jurídico-penal previsto en el tipo especial. Ante ello, Quintero Olivares sostiene que la salida es la introducción ya en la parte general, ya en la parte especial, de normas previsoras de estos supuestos que establecieran en tal caso la punibilidad de los no cualificados. De no ser así no podrá encontrarse otra solución por la vía dogmática⁶².

La propuesta antes citada se formuló en el marco de la legislación penal común española, y en ese ámbito debe ser leída: como salida a vacíos de punición. Mas no podemos suscribirla en el ámbito de la competencia de los tribunales militares peruanos y permitir el castigo a civiles.

Siendo coherentes con lo expuesto en la sección anterior, el espacio en el que se cumplen los deberes institucionales se encuentra separado de la vida de la sociedad civil, y con ello no amparamos un criterio de competencia *ratio locci*, al cual suele equipararse como «el ámbito de lo castrense». Nos referimos al conjunto de relaciones jerárquicas en que desenvuelven las funciones institucionales, y en el cual no puede concurrir un civil como autor mediato⁶³,

A nuestra lectura puede oponerse casos concretos basados en la legislación nacional —como los delitos contra la hacienda—, e incluso extranjera que asume al delito militar como criterio único de delimitación de competencias.⁶⁴ Sobre la naturaleza militar de tales y otros delitos, guardamos prudente distancia.

También pueden cuestionarnos con argumentos fundados soluciones al déficit de reglas de un juicio justo en sede militar: no importa quién juzgue, lo fundamental es la vigencia del debido proceso. Nuestra respuesta es la misma: volver a la

198. Explicando la misma posición en la doctrina alemana, Gimbernat Ordeig, 1966, p. 229 y López Barja de Quiroga, 1994, p. 153.

61 Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, p. 751, quienes admiten el concurso ideal con la inducción.

62 Cfr. QUINTERO OLIVARES, 1974, p. 115.

63 Vid. AZABACHE CARACCILO, p. 165.

64 Vid. Los casos en los que la ley penal militar española admite el procesamiento de civiles y jurisprudencia suprema, HERNÁNDEZ MUNTIEL Y FERRER BARQUERO, pp. 94-98.

raíz del problema y determinar la naturaleza del delito. En conclusión, si un delito es de naturaleza militar no cabe la clase de autoría mediata comentada.

(iv) La autoría mediata sólo es viable en un delito estrictamente militar, cuando autor mediato e inmediato son militares, salvo los supuestos calificables además, como delitos de propia mano. Empero queda pendiente un tema desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, categoría a la que pertenece el delito de función⁶⁵.

La doctrina discute, en mayor o menor medida, la sanción del denominado «instrumento doloso» no cualificado para evitar lagunas de punición —como la mencionada en acápite anterior—, pero respecto de los delitos especiales propios⁶⁶.

Desde la teoría de los delitos de infracción de deber se admite este supuesto, basándose en una modificación del régimen de la accesoriedad. Así, la acción del partícipe no depende del dominio del hecho y del dolo del autor (en estos casos cualificado), sino de la infracción del deber del cualificado, cualquiera que sea la posición en la que éste actúe, dado que toda actuación que signifique infracción de deber es suficiente⁶⁷. Cabe indicar que la mayoría de la doctrina opina lo contrario⁶⁸.

Por otro lado, la regulación legal existente (art. 322° literal c, CJM) vuelve impensable la autoría mediata con «instrumento doloso» no cualificado —un civil—, toda vez que los *extraneus* que laboran en las fuerzas armadas y policía son reputados como miembros de estas instituciones.

La militarización de civiles es un problema que escapa a los límites de este trabajo, no obstante que ha sido tradicionalmente una forma de expansión de la

65 BACIGALUPO ZAPATER, p. 376, analizando un ejemplo del delito de administración desleal (art. 295° CPE) desde la categoría de los delitos de infracción a deber, sostiene que «la figura de la autoría mediata es innecesaria: el que infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro ya es autor (directo o inmediato), dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial.» Para nosotros el problema no sólo es la violación del deber, sino las condiciones que permiten hacerlo, el acceso al bien jurídico-penal, como se sostuvo. Por ello aceptamos la autoría mediata de *intraneus* con instrumento *intraneus*.

66 Según QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 640 y la mayoría de la doctrina, en los delitos especiales impropios, el instrumento será autor doloso de un delito común y el *intraneus* será a lo sumo inductor, posición que compartimos.

67 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, p. 376. También JESCHECK, 1993, p. 593.

68 Para QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 640, la teoría del instrumento doloso implica una concepción subjetivista de la autoría, para evitar la conclusión de que se trata de un comportamiento atípico. Además el *extraneus* actúa consciente y voluntariamente, por lo que ya no sería un instrumento.

ley penal militar, bajo razones de «seguridad y defensa nacional» y resulta razonable prever que se mantendrá. Pero tal situación no impide manifestar que la asimilación de civiles, debe operar de manera restrictiva, siempre atendiendo a la particular posición que tengan estos sujetos en su función dentro de las instituciones armadas y policiales.

Dicho de otra forma, la militarización es una ficción con efectos penales que resulta justificable, en tanto lo demande la entidad del bien jurídico-penal militar al cual pueden atacar. Nada puede justificar que los civiles deban someterse a la ley penal cuando se trata de intereses comunes cuya tutela está prevista en el CPP, o que se rijan por el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos.

4. *Participación y extraneus*. La participación es una forma de intervención en el hecho delictivo previsto en el tipo, pero sin llegar a cubrir todo el injusto como sucede con la autoría. En ese sentido, el fundamento de la sanción a los partícipes, tanto en los delitos comunes como en los especiales, es el mismo: la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal imputable al autor del delito conforme al tipo penal⁶⁹.

Asimismo, la construcción de la participación en función de la autoría permite afirmar la existencia del principio de accesoriedad de la participación. Los delitos especiales⁷⁰ y los comunes requieren un mismo tipo de accesoriedad: media, o también denominada limitada⁷¹. Es decir, la intervención del partícipe *extraneus* -aunque se discute si un *intraneus* también lo pueda ser-, deberá estar relacionada a una conducta típica y antijurídica correspondiente al autor.

En consecuencia, la concurrencia de causas de justificación en el autor principal, también excluyen la responsabilidad del partícipe, salvo en supuestos de inculpabilidad. En estos últimos casos, el partícipe no quedará impune si el injusto fue realizado por un inimputable. Añade Bacigalupo Zapater que en los delitos de infracción de deber, es preciso que el partícipe no haya estado obligado por el deber especial⁷².

69 Vid. entre otros QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 637 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, p. 150.

70 Vid. extensamente tratado PEÑARANDA RAMOS, p. 237 y ss.

71 Cada clase de accesoriedad ha recibido distintas denominaciones, las mismas que guardan diferencias dependiendo de la perspectiva finalista, causalista o fundada en los elementos negativos del tipo. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, p. 507-509.

72 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, p. 377.

La distinción entre delitos comunes y especiales en materia de participación no viene por la justificación de su sanción, sobre la cual existe consenso, sino la existencia de tres problemas:

(i) decidir si al *extraneus* que interviene en un delito especial propio se le puede perseguir como partícipe de dicho delito, (ii) imputar al *extraneus* que interviene en un delito especial impropio, el título de partícipe del delito cualificado o el de autor del común correlativo, (iii) determinar el título de imputación al *intraneus* que interviene en un delito común correspondiente al cualificado.

Por regla general cuando concurren varias personas en la puesta en práctica de una conducta delictiva, se afirma que si bien cada una responde de acuerdo con el tipo de intervención que haya tenido (autor o partícipe), todas lo hacen con referencia a un mismo título de imputación que es, precisamente, aquél que corresponde al tipo de lo injusto realizado por el autor en sentido estricto⁷³. A esta regla se le denomina como principio de unidad en el título de imputación.

Sin embargo, el mencionado principio no siempre ha sido aceptado para resolver los problemas de participación en los delitos especiales⁷⁴. Aunque las posiciones son diversas, pueden distinguirse dos grupos, los que defienden la unidad y los sustentan la ruptura del título de imputación. Un grupo de respuestas se orientaron a resolver la participación en los delitos especiales impropios: el *extraneus* era calificado como partícipe del tipo común correspondiente al cualificado, pero dejaban sin resolver el caso de los delitos especiales impropios⁷⁵.

Desde otra postura, los partidarios de conservar la unidad en el título de imputación sostienen que los partícipes deberían responder penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor⁷⁶. En sentido opuesto se ubicarían los que sólo admiten la participación en los delitos comunes correspondientes a los especiales impropios, sobre la base de un agravante o una atenuante de pena⁷⁷.

73 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, p. 513.

74 Una propuesta alternativa distinta es la del «término medio», vid. GIMBERNAT ORDEIG, p. 276 ss.

75 Cfr. QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 637-638, aunque abandonada, vid. jurisprudencia suprema allí citada y en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1994, p. 176.

76 Cfr. QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 638. También MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 517, vid. jurisprudencia suprema allí citada; ÁLVAREZ GARCÍA, p. 199 como supuesto de inducción. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1994, p. 175 y COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, p. 757, salvo para los delitos especiales impropios.

77 Vid. la jurisprudencia en ese sentido citada por GÓMEZ BENÍTEZ, p. 502 y QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 638-639.

En cuanto a la intervención del *intra-neus* en el tipo de remisión común de los delitos especiales impropios, según Cobo del Rosal/Vives Antón, está habrá de entenderse referida a la figura especial, y no a la común aplicable al autor⁷⁸.

Interpretando a estos dos últimos autores se podría sostener que su solución no implica la ruptura en la unidad de título de la imputación. Es decir, tanto la aplicación de la figura común al *extraneus* -según se ha citado ya-, como especial a los *intra-neus* en los delitos especiales impropios, tendría como sustento el que son tipos que comparten el mismo ámbito de injusto, pero sancionados de diferente manera. No cabe duda que es una solución coherente con la naturaleza del delito, pero mantenemos dudas sobre los problemas de tipicidad del partícipe⁷⁹.

En este contexto debe añadirse que el debate sobre la unidad o ruptura del título de imputación, está determinada por la previa calificación de una conducta como delito especial propio o impropio. Para explicar esta precisión recurriremos al caso de la rebelión de militares.

Si asumieramos que el delito previsto en el art. 101º CJM es un delito especial impropio, en cuya ejecución interviene un *extraneus* o civil, a este se le podría considerar alternativamente: (i) partícipe del delito de rebelión de militares, conforme a la unidad en el título de la imputación⁸⁰, (ii) autor del delito de rebelión previsto en el art. 346º CPP, manteniendo la unidad de imputación, conforme a la posición de Cobo del Rosal/Vives Antón, (iii) partícipe del ya mencionado art. 346º CPP.

En cambio y como hemos venido sosteniendo, si la rebelión de militares tiene la naturaleza de un delito especial propio, sólo cabría calificarlo como partícipe. Esto último considerando que apoyamos la unidad en el título de imputación como expresión del principio de legalidad y el de accesoriadad⁸¹.

La consecuencia inmediata del razonamiento realizado, sería admitir la aplicación de la ley penal militar a civiles. Empero dicha situación, al menos en el caso de la rebelión, no provendría de la intervención -cualquiera sea la modalidad de la participación- de un *extraneus* en el incumplimiento de un deber institucional. Todo lo contrario es producto de la exacerbación de la competencia judicial castrense, esta vez por medio de incorporar en el CJM, tipos que no tienen naturaleza militar.

78 Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, p. 757.

79 Vid. PEÑARANDA RAMOS, p. 344-348.

80 Vid. jurisprudencia suprema en ese sentido, pero anterior a 1995 en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1994, p. 176

81 Vid. una reseña de la jurisprudencia suprema en tal dirección en MORENO Y BRAVO, p. 90 y ss.

El panorama resulta complejo y dudosamente podría resolverse con las reglas de concurrencia de competencia previstas en el CJM (arts. 340°-343°), esto es, en términos de evitar el procesamiento de civiles en sede militar por un delito común. Lo que nos interesa va más allá de que los militares juzguen a civiles, fuera de los supuestos constitucionales -previstos como límites materiales para la autoría-, conociendo además el grave déficit garantista existente.

El problema de fondo es resolver la incoherencia de un reparto de competencias realizado por la propia ley penal militar, fundado en la asimilación de bienes jurídico-penales comunes y ampliado todavía más, por el criterio de ocasionalidad, y como vimos, también por períodos de emergencia.

Quizá una fórmula que restrinja la competencia militar en razón del delito cuando intervengan civiles⁸², sería una solución a corto plazo siempre que se ubique dentro de un proceso democratizador. Sin embargo, seguiríamos teniendo una ley penal militar sobredimensionada y competente para seguir conociendo delitos comunes.

V. COMENTARIO FINAL

«La justicia militar ha sufrido en los últimos años un proceso de profundo deterioro...». Así comienza la Exposición de Motivos del proyecto de LOJM recientemente elaborado por el Ministerio de Defensa. Luego de lo expuesto en este trabajo, podría pensarse que la causa de esta crisis, ha sido su intervención en el modelo penal de emergencia antiterrorista todavía vigente a la fecha. Ello no es exacto. Los problemas de legitimidad de la judicatura militar son consecuencia de su propia concepción.

La ley penal militar y los órganos jurisdiccionales encargados de aplicarla, fueron a ciencia cierta desde la aparición de su primer CJM en 1898, la expresión de un fuero «de atracción» propio del protagonismo de los militares en la vida de la República. La historia de la mal llamada jurisdicción militar es la de los intentos por reformarla, e integrarla en un sistema racional y controlado de administración de justicia.

Las emergencias penales militares -en realidad fueron varias desde hace décadas-, sólo incrementaron en su momento la desproporción existente, hasta

82 Vid. Proyectos de LOJM y CJM elaborados por el Ministerio de Defensa, publicados en el diario oficial «El Peruano», separata especial de la edición de 01 de julio de 2001.

que una vez superada la coyuntura de violencia ordinaria o la simple disidencia política, se volvía a los parámetros tradicionales. Por ello es que el actual CJM sigue manteniendo luego de un siglo, reglas como la ocasionalidad.

Hasta ahora los intentos de reforma han tocado temas sumamente importantes, como las afectaciones a los derechos humanos en la lucha antisubversiva y la vigencia de las diferentes reglas del debido proceso, motivados por la alarmante deslegitimación de los tribunales militares.

En este contexto, los intentos de explorar la naturaleza del delito militar resultan más que explicables, pero también pueden proyectar la imagen de quien confunde el ser con el deber ser, es decir, juzgar el lenguaje de los hechos que brinda un CJM, con proposiciones teóricas.

Empero, esta imagen no es tan cierta. Si bien al menos formalmente, las justificaciones de la emergencia se han replegado ante el consenso y las expectativas que genera una transición política, todavía subsisten los problemas de institucionalidad democrática que la ampararon.

La interpretación de los fines, funciones y valores de las instituciones militares y policiales forman parte de este espacio, sobre todo en lo relacionado a su relevancia y merecimiento de protección penal en sede especializada. Ello implica crear un modelo político de control del poder, pero también una serie de definiciones no sólo de derecho material, sino también de política criminal que sólo puede hacerse desde la Constitución. En suma se trata de volver a discutir, como a inicios del siglo pasado, lo que es el delito militar.