

Artículo Científico

COORDENADAS DIVERGENTES: perspectiva ecléctica del principio del juez penal natural ecuatoriano frente a la jurisdicción militar versus la ordinaria.

DIVERGING COORDINATES: eclectic perspective of the principle of the ecuadorian natural criminal judge against the military jurisdiction versus the ordinary

Luis Andrés Crespo-Berti ^a

^a PhD en Ciencias Jurídicas, mención penal, Docente - Investigador de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Extensión Ibarra. Ecuador. Email: crespoberti@gmail.com

RESUMEN

El artículo en ciernes tiene su epicentro en la comisión de los delitos militares cuando son cometidos por el personal profesional o especialista de tropa *Re militari* activo en lugares específicos y circunstancias establecidas. Actualmente, en el Estado ecuatoriano existe una bifurcación entre la reforma y la subsistencia subyacente con relación al rol del juez natural que debe juzgar los delitos comunes cometidos por militares. A los efectos de esta, el objetivo general del estudio quedó circunscrito al examinar el delito militar en la jurisdicción penal ordinaria. Como resultado principal figura que el Estado ecuatoriano a través de los factores incidentes en la praximetría judicial, promuevan por vía de enmienda constitucional la restitución de la Jurisdicción especial militar. La principal conclusión se empodera en que el Derecho militar no debe verse como un privilegio, sino como un derecho de los oficiales de las Fuerzas Armadas de ser juzgados por sus jueces naturales.

Palabras clave: Cuerpos castrenses, delito militar, fuerzas armadas, jurisdicción penal ordinaria.

ABSTRACT

The budding article has its epicenter in the commission of military crimes when they are committed by professional personnel or troop specialist *Re militari* active in specific places and established circumstances. Currently, in the Ecuadorian State there is a bifurcation between the reform and the subsistence underlying in relation to the figure of the natural judge who must judge the common crimes committed by the military. For the purposes of this, the general objective of the study was circumscribed when

examining the military crime in the ordinary criminal jurisdiction. The main result is that the Ecuadorian State, through incidents in judicial praximetry, promote by way of constitutional amendment the restitution of the Special Military Jurisdiction. The main conclusion is that the military law should not be a privilege, but as a right of the officers of the Armed Forces to be judged by their natural judges.

Keywords: Armed forces, military bodies, military crime, ordinary criminal jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

Las Fuerzas Armadas en lo adelante (FFAA), son entendidas desde enfoques conceptuales diversos que explican, definen y justifican su diversa forma de actuar. Debido a las singularidades que comprenden sus componentes, se requiere de capacidades cognitivas específicas que comprendan su equilibrada intervención en asuntos de conservación de la soberanía nacional; defensa de la integridad, la unidad y la independencia del Estado y; la garantía del ordenamiento jurídico y democrático del Estado social de derechos, sin llegar a la pérdida de estas entidades. Obsérvese que los distintos enfoques se podrían delimitar en aquellos estáticos, clásicos, verticales, rígidos, cerrados y sobretodo burocráticos y otros dinámicos, contemporáneos, flexibles, abiertos y adaptables a circunstancias. En el primer caso, se aborda desde una perspectiva patriótica como objeto de una estructura jerárquica institucional en que las expresiones culturales son susceptibles de estigmatizar, historiar y conservar; mientras que el segundo enfoque, el abordaje se da desde los procesos y las prácticas, su creación, interpretación y funcionalidad. (Allí Trujillo, 2000; Blanquer, 1996; Borjas, 1979).

Independientemente del enfoque, tres han sido los estamentos castrenses categorizados en igual número de componentes; Fuerza Terrestre (Ejército), Fuerza Naval y la Fuerza Aérea; a saber:

1. Social que permite la cohesión grupal, la generación de identidades y sentido de pertenencia y su práctica la entendemos como un deber;
2. De naturaleza política, que busca la diferencia del otro componente con sus fortalezas y riesgos y;
3. La altruista que vincula unos valores específicos a actividades o grupos de naturaleza y actitud vocacional de servicio.

Con base en la argumentación expuesta, para que tales modalidades cumplan con la honrosa tarea de fortificar las necesidades y demandas actuales y futuras de toda una nación, es menester potenciar sus capacidades formativas de tipo transdisciplinar,

relativas a su identificación, interpretación y gestión; y otras multidisciplinarias relativas a la conservación y capacitación continua.

En lo tocante al punto nodal del problema se traslada bajo la perspectiva creciente sobre el delito militar en la jurisdicción penal ordinaria ecuatoriana. En este contexto se pretende abrir un espacio de debate y análisis sobre la actualidad de las infracciones militares a partir de algunas interrogantes: cómo se ha construido, entendido, aprovechado y difundido la justicia militar; desde qué perspectivas ha evolucionado su concepto; cuánto han influido los postulados en la definición, identificación y valoración del derecho penal militar; qué ha pasado y hacia dónde debería apuntar la gestión del conocimiento, los procesos formativos o la definición de perfiles profesionistas frente a las necesidades sociales; cuáles pueden ser los roles que juegan otras áreas del conocimiento al tener como objeto la obediencia y disciplina militar; qué ocurre, cómo se ajusta o cómo se adapta la identidad militar frente a la realidad y a las nuevas perspectivas. Reflexiones alrededor de tales conjeturas permitirán construir un constructo situacional del derecho penal militar, si es que aún se le puede identificar así, en virtud del principio de unidad jurisdiccional, ya que con la puesta en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (2014), que derogó tanto al Código Penal Militar como al Código de Procedimiento Penal Militar, queda sometido a un régimen común. En lo adelante (COIP/CPM y CPPM) respectivamente.

En el marco de las consideraciones anteriores, los temas pasados y las perspectivas futuras en nuestra región, permite consolidar la coyuntura procesal, por cuanto las infracciones militares anteriores debido al cambio de normativa por imperio de la Constitución del Ecuador (2008), con base al principio de igualdad suprimió la jurisdicción penal militar *per se*, dado que antes le correspondía la administración de justicia a la Corte de Justicia Militar, los Consejos de Guerra, los Jueces de Derecho y los Jueces Penales Militares *ad-hoc* quienes ejercían las funciones de Jueces de Instrucción. Hoy día todo depende de la misma Función Judicial, adscrita al Consejo de la Judicatura.

La metodología ensayada en el tópico se sujeta al tipo aplicada a propósito de aportar una solución a una situación problemática concreta e identificada, en este caso, respecto al delito militar en la jurisdicción ordinaria. En este propósito, se precisa el paradigma crítico social inserto en el orden cualitativo y de ordinario el deductivo, el analítico, el sintético, el exegético, el crítico inferencial, el hermenéutico y el lógico-histórico, lo que favoreció en la investigación la siguiente hipótesis: ¿Cuál es el punto divergente entre la justicia y el fuero militar en la jurisdicción penal ordinaria? A los

efectos de esta, el objetivo general del estudio quedó circunscrito al examinar la divergencia del delito militar en la jurisdicción penal ordinaria.

El momento histórico en que fue creada la justicia militar en el Ecuador es a raíz de los movimientos revolucionarios independentistas y más recientes cambios ideológicos a fines del siglo XIX y, principios del presente. De allí que el Derecho penal militar surcara por una fenomenología que le hiciera incrementar por un lado y suprimir por el otro los tipos delictivos tipificados por el Estado en el ejercicio de la función legislativa para encuadrar las conductas insurgentes.

Como considerandos, luego de la contextualización y delimitación del problema avizorado, surge en el siguiente orden cronológico las siguientes variables: origen de la justicia militar; el código penal militar y sus reformas; la tipología delictiva militar; los delitos comunes; los delitos de naturaleza militar; entre otros; en aras de encontrar la intención que tuvo el constituyente, para separar la jurisdicción en la comisión de los ahora delitos comunes cometidos por militares en el ámbito de sus competencias.

MÉTODO

Para la realización del análisis comparado, se han seleccionado únicamente los documentos generales del Estado y los Reales Decretos y las Órdenes del Ministerio de la Defensa. El motivo de esta criba se ha debido a que se han considerado los cuerpos normativos como codificaciones principales para el sistema procesal penal ecuatoriano y más de cerca los principios generales a la luz del Juez Natural y de Unidad Jurisdiccional, de los cuales derivan el resto de los documentos que organizan y estructuran el establecimiento del marco constitucional. En estas leyes, se recogen las principales disposiciones aplicadas a los cuerpos castrenses, lo axiológico de las Fuerzas Armadas ecuatorianas y de otro lado, las competencias que deba tener el juzgador frente a la Jurisdicción Militar en lo atinente a las infracciones penales concretadas y especificadas en el desarrollo de la presente investigación.

Proceso de análisis de la documentación

Se ha optado por una lectura analítica y una posterior comparación para conseguir una comprobación más exhaustiva de los resultados respecto al objetivo planteado. El análisis comparado de documentos legislativos permitió conocer los cambios que se han producido a raíz de la reforma legislativa; pudiéndose cuantificar y comprobar la variedad de éstos.

En cuanto a la calidad de los cambios legislativos hallados en las referencias analizadas comparadamente, ésta sólo podrá cuantificarse a partir de la importancia otorgada a cada concepto clave promovido y reflejado en la legislación penal ecuatoriana so pena de haber unificado con base a la Unidad Jurisdiccional, las jurisdicciones militar con rango de ordinaria producto de la reforma penal de 2014; pese a la especialidad del fuero castrense en detrimento del principio del juez natural que debe imperar en el contexto del pluralismo jurídico.

DISCUSIÓN

En el presente artículo intitulado: *Coordenadas divergentes: perspectiva ecléctica del principio del juez penal natural ecuatoriano frente a la jurisdicción militar versus la ordinaria*, deviene a recoger lo establecido en la Constitución Política del Ecuador (1998). Se debate que el constituyente patrio al disponer el traslado de la justicia militar que estaba a cargo de los jueces y magistrados militares a la justicia ordinaria. Aspecto que se ratificó en la Constitución de 2008 y recogido por ende en el Código Orgánico Integral Penal (2014), retrotrae el punto nodal en desacuerdo.

En el mismo orden y dirección conviene precisar que los delitos de naturaleza militar comprenden las acciones u omisiones tipificadas que atenten contra los bienes jurídicos tutelados por Estado en el ejercicio del *ius Puniendi*, en tanto que integra a la justicia ordinaria el juzgamiento de las infracciones perpetradas por el personal militar en el ejercicio de sus funciones. Todo de conformidad con el principio constitucional de unidad jurisdiccional (Doig, 2003; Milán, 2012).

A lo largo de éstas últimas décadas, los delitos militares cometidos por el personal militar en instalaciones militares o en circunstancias propias del servicio como: comisiones, actos de servicios, entre otros; eran sustanciados, procesados y condenados por los Tribunales Militares a nivel nacional, es decir con competencia en todo el territorio.

A raíz de la reforma de la Ley Fundamental en su artículo 160 *in fine*; trae como consecuencia la transferencia de la jurisdicción ordinaria, la competencia del conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares, obviamente en instalaciones castrenses como: batallones, oficinas administrativas, cuarteles, compañías aisladas y en general; o en circunstancias propias del servicio como: comisiones, actos de servicios, entre otros; según prevé el Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014), con la finalidad de armonizar con las disposiciones de este último cuerpo legal que se halla vigente.

Sin embargo, existen marcadas diferencias con respecto a un delito militar versus uno no militar o civil, debido a que el delito militar adquiere su propia tipología y elementos plausibles en sinopsis con sus funciones propias de seguridad y resguardo del territorio nacional y por antonomasia de los puntos fronterizos del Estado, tal es el caso de la cualidad tanto del sujeto activo como del hecho punible e incluso puede ser perpetrado en tiempos de paz o en tiempos de guerra.

A renglón seguido dentro de la jurisdicción ordinaria en el ordenamiento jurídico penal positivo vigente ecuatoriano, surge la justicia militar; basada en la otrora jurisdicción penal militar hoy día parte integrante de la Función Judicial. A propósito del tema de investigación, se ha hecho escaso conseguir cifrados relacionados debido a la escasa producción científica comparada frente al tópico de cara a que el Constituyente ecuatoriano en el 2008, transfirió la competencia del conocimiento en delitos militares a la jurisdicción penal ordinaria por imperativo de la Ley Fundamental al preceptuar en su artículo 188 lo siguiente: “En aplicación del principio de unidad jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas (...) serán juzgados por la justicia ordinaria” (...).

En otro orden de ideas en la esfera del delito militar; se precisa como único indicador dentro de la estructura básica de los tipos penales (precepto normativo) cuando el legislador patrio califica al sujeto activo determinándolo. Por lo que se infiere de naturaleza militar a tenor de lo tipificado en el COIP (2014), como los siguiente delitos: (a) hurto de bienes de uso militar; (b) hurto de lo requisado; (c) comercialización de bienes de uso militar hurtados o robados; (d) delitos contra los bienes institucionales de las FFAA; (e) elusión de responsabilidades de la o los servidores de las FFAA; (f) extralimitación en la ejecución de un acto o servicio; (g) abuso de facultades; (h) destrucción de bienes; (i) usurpación y retención ilegal de mando; (j) sedición; (k) insubordinación; (l) abstención de la ejecución de operaciones en conmoción interna; (m) instrucción militar ilegal; (n) traición a la patria; (o) espionaje; (p) omisión en el abastecimiento; (q) atentado contra la seguridad de las operaciones militares; (r) desertión y; (s) omisión de aviso de desertión.

Precedentemente los movimientos revolucionarios independentistas y más recientemente con los cambios ideológicos a fines del Siglo XIX y más recientemente a inicios del presente, el Derecho penal militar surca por una etapa fenomenológica en simbiosis con la sociedad civil, al moldear sus tipos delictivos direccionados por el Estado para encuadrar como delictivas las conductas

insurgentes originadas por la influencia de doctrinas políticas y económicas revolucionarias, que han tratado de justificarse en atención al cambio de paradigma crítico social (conservadurismo y reduccionismo social) y por ende en una sola unidad dialéctica lo teórico y lo práctico que por adición le correspondió a la creación de su principal *leit-motiv*.

Pareciera entonces que el fuero militar estuviera en una metamorfosis involutiva, que tiende a apartarla de su espíritu primigenio que la creó y dio origen para un fin estrictamente militar, por lo que fue colocada dentro de un contexto específico en las normas del Derecho militar.

Por ello es evidente que la evolución del elemento donde surte su efecto, es decir las FFAA, la sometan dualmente para que siga cumpliendo el fin que le dio origen y la justifica dentro de ese contexto. (Peñarubia, 2000).

Al respecto (Rial 2012):

Consideraban a la justicia militar como una jurisdicción especial, partían entonces de la concepción que sostiene que los militares son parte de una institución con valores propios, que no comparten con el resto de la sociedad. Al igual que la Iglesia (la cual también considera la necesidad de existencia del Derecho Canónico dada la peculiaridad de su organización y de sus integrantes) Sic [...] (p. 22).

En adición, si bien es cierto la Constitución no consagra la exigencia de una jurisdicción penal especial (fuero militar); por ende, la supresión *ex ante* de los instrumentos legales existentes y la concreción en un cuerpo normativo especial *per se*, como lo es el COIP.

Esta concepción conlleva a que los militares adopten decisiones y tengan ámbitos jurídicos autónomos respecto al Estado. Pero también, en ciertas circunstancias, y por situarse por sobre la sociedad, donde terceros enjuiciables se les pueda aplicar las normas penales a quienes no son parte de la corporación militar llegado el caso de conductas lesivas percibidas por la organización militar como atentatorias contra sus valores.

En este caso se comprende personas nacionales como extranjeras. El considerado ataque a la moral de las FFAA es una de las figuras típicas que ilustran esta situación.

La justicia militar se instaura por primera vez como uno de los servicios auxiliares del Ejército. Fue durante la administración del expresidente provisional Dr. Isidro Ayora

(1929-1935), la puesta en marcha de la Ley Orgánica Militar del 7 de noviembre de 1927, por disposición del artículo 37. Pero no fue sino el veintiocho de enero de 1953, cuando se resuelve mediante decreto ejecutivo considerar a la ley *up-supra* al servicio de la justicia militar.

Desde otra óptica bajo el mismo hilo conductor, Simón Bolívar militar y político venezolano, la representación más emblemática de la Emancipación Americana frente al imperio español junto al argentino José de San Martín, favoreció decisivamente en la independencia de Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela para que le fuera concedido el título honorífico de *El Libertador de América* por conducto del Cabildo de Mérida en Venezuela, posteriormente ratificado en Caracas con cuya solemnidad le queda ofrendado su nombre. Las adversidades para alzar sus propósitos fueron tan elocuentes que se llegó a afirmar a través de una epístola dirigida al General Francisco de Paula de Santander en 1825, ser “El hombre de las dificultades”.

Gracias a su tesón de héroe disciplinar, las ordenanzas y las Cédulas Reales en los siglos XVII y XVIII, puede hablarse de Justicia Militar, cuando en el Cuartel General de San Félix, el 7 de junio de 1817, El Libertador dictó el Reglamento sobre el modo de conocer, proceder y determinar en las causas militares, en cuya exposición inicial expresa:

Con el objeto de establecer un orden general de juicios que se observe en todos los ejércitos y guarniciones de la República, y que bajo un método sencillo y breve conozca de todos los delitos que puedan cometer los militares, he tenido a bien decretar el establecimiento y formación de un Consejo de Guerra permanente en todo ejército, división y brigada que operen separados a cuyo juicio estaban sujetos todos los individuos militares de cualquier clase y arma que sean, bajo las reglas que se establecen sucesivamente (Decretos de El Libertador 1813-1815).

De *lege lata* en lo interno, la Gran Colombia como país fue un Distrito Militar, luego al separarse de ella en 1830, en su primera Constitución aparece dentro de las leyes que la desarrollan la ley militar conjuntamente con otras leyes de la propia Gran Colombia y españolas, especialmente en materia penal ordinaria y penal militar.

En ese entonces el Congreso Constituyente promulga la Ley del 9 de octubre de 1830, sobre “Tribunales militares, competencia y procedimiento”; adaptando esta normativa a la organización de la Milicia Nacional establecida en la Ley del 2 de octubre anterior y a la del veinticuatro de septiembre que había fijado y organizado las FFAA Nacionales.

En el mismo decreto se instituye la forma de instrucción castrense, declara la procedencia y aplicación de la Ordenanza española sobre esta materia y las leyes penales impuestas por los bandos del ejército, las leyes militares o reglamentos publicados por la Autoridad Suprema de la República y como supletorias de este derecho sustantivo, las normas penales de la Ordenanza española.

Así la Ordenanza española de 1768, mandatorio en observancia al artículo 1º de la Ley del trece de mayo de 1825, en *stricto sensu* hubiese seguido siendo la única ley dentro del contexto libertario con las reformas de rigor obviamente, en todo lo que pertenezca al fuero militar, delitos, penas y tribunales que han de conocer de ello, sin otras variaciones que las que estableció ese Decreto o las que pudieron establecer los gobiernos emancipados ulteriormente.

Del mencionado decreto se evidencia, que en épocas anteriores se había cedido a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos tanto comunes como de naturaleza militar, permaneciendo su competencia a tribunales penales militares por más de cien años, con muy pocas variaciones de competencia, que le otorgaban por un tiempo prudencial y luego nuevamente de acuerdo a las circunstancias reinantes, sobre todo, socio-políticas le retornaban la competencia nuevamente a la jurisdicción militar.

En aquel tiempo, la jurisdicción militar tuvo plena competencia en el conocimiento de los delitos de naturaleza militar como lo fue: la rebelión; el motín; la usurpación; la desertión; el ultraje al centinela, la bandera y a la propia fuerza armada, además se vino conociendo también los delitos comunes con matiz ordinaria, los cuales debían ser juzgados por los tribunales penales ordinarios; por no revestir de carácter militar.

Se infiere que con la influencia del contenido normativo codificado se fue perfilando el concepto de la Justicia Militar ecuatoriana, al irse adaptando progresivamente a las normas procesales del CPPM (1961), a las normas sustantivas del Código Penal (1971), así como a la naturaleza institucional de lo militar, lo cual culmina en el CPM de 1961, codificación ésta que introdujo una serie de normas que posiblemente respondían a la práctica guerrera de la Revolución Restauradora y su influencia europea, cuyas normas fueron transmitidas con pocas variantes al CPM de 1961, con sus subsecuentes reformas parciales (2005 y 2013), dedicado exclusivamente a la materia penal militar, de donde surgió la base conceptual del extinto CPM ecuatoriano.

Es interesante saber que, sobre el manto del mentado código, se han esgrimidos posturas de racionalidad por algunos tratadistas que sirven de base conceptual para el estudio. Siguiendo la línea más cercana a esta conceptualización en materia

jurisprudencial colombiana surge lo esgrimido por Zamudio (2015), quien entre otras cosas sostiene:

Es así como la jurisprudencia ha establecido inicialmente que la organización de la justicia castrense debe obedecer a los principios fundamentales constitucionales y a las características fundamentales de la administración de justicia, diferenciándose de la justicia ordinaria, en el sentido de estipularse un fuero especial, cuyo objetivo es que los miembros de la Fuerza Pública, en el marco de sus actividades, tengan un régimen jurídico especial, tanto sustantivo como adjetivo (Corte Constitucional, Sentencia C-1184, 2008). (p. 106).

Las variedades de disposiciones legales eran, sin embargo, atribuidas en su mayoría simplemente en un subnivel reglamentario para el desarrollo de un principio establecido con raigambre racional. El pensamiento general tanto en las nuevas disposiciones como en las que han sufrido reforma inspiradas para cada una de ellas, en una necesidad efectiva evidenciada más no justificada por la experiencia.

Es de interés destacar la circunstancia que los delitos como violación de la norma, son calificados de acuerdo con la materia jurídica que los tipifica, siendo en mayor proporción los delitos comunes, que son la generalidad de ellos.

En cuanto al delito militar, se considera como especial por su naturaleza, pues siendo como lo es el Derecho militar, un conjunto de normas con caracteres *sui generis*, será también especial la violación de estas normas con carácter delictivo.

La especialidad del Derecho militar como consecuencia de la infracción del ordenamiento respectivo fue analizada por Núñez (2007), al referirse en los términos siguientes: "El derecho penal militar se ha tratado de fundamentar tomando como base las consecuencias a que lleva la organización profesional". (p. 725).

De otro lado, la norma jurídica que tiende directamente a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la institución militar constituye un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del Estado. Concepto que se actualiza cada vez que la institución se especializa, se hace más técnica para el afianzamiento de la paz mundial. Tal necesidad, le da importancia a un ordenamiento específico militar que organice, modere, de seguridad y permita insertar esta Institución en la estructura nacional y, más allá de la nación, dentro de la comunidad internacional. (San Cristóbal, 1996).

Otra particularidad se la da la personalidad del autor. Como es de suponer; la

subjetividad es privativa en estos delitos. Las leyes militares rigen de manera general a los militares y de manera excepcional a particulares.

El procesalista venezolano Arminio Borjas, al referirse a las excepciones del principio *ratione personae*, expone la necesidad de la extensión de la competencia penal militar, en casos de delitos militares cometidos por civiles, fundamentándola en el carácter particular o la especial naturaleza de ciertos hechos delictuosos que reclaman la preferencia de este fuero.

En cuanto a la personalidad del sujeto activo en la comisión de un hecho punible por la legislación militar, es conveniente saber que en todo momento estaban sometidos a su propia jurisdicción; los oficiales generales o superiores, sub-oficiales profesionales de carrera, técnicos, especialistas, individuos de tropa (conscriptos) entre otros, sea cual fuere su jerarquía y la situación en que se encuentren, los discentes de las escuelas militares y navales de la República; los profesionales asimilados, los reos militares que cumplen condena en centros de rehabilitación como procesados sujetos a la autoridad militar; los empleados y operarios sin asimilación militar que presten sus servicios en establecimientos o dependencias militares por cualquier delito o falta cometida dentro de ellos.

Efectivamente, todos ellos susceptibles de ser enjuiciables por la jurisdicción penal ordinaria por el carácter civil de las infracciones en que incurran, *verbi gratia* al estar francos de servicios. (Énfasis añadido).

Existen además algunas consideraciones de personas que pasan a la jurisdicción militar en tiempo de guerra o suspensión de garantías (emergencia), tales como los prisioneros de guerra; las personas que por cualquier motivo acompañen a las fuerzas militares por delitos cometidos en el territorio comprendido dentro de los servicios de seguridad.

Así como también las personas ajenas a las fuerzas militares, que en la zona de operaciones cometan cualquiera de los delitos contemplados en el COIP y cualquier acto que los comandantes de guarnición prohíban y castiguen en órdenes dictadas con anterioridad a la comisión de tales hechos. De igual modo en el territorio del enemigo ocupado, toda persona que fuere acusada por cualquier delito.

El delito militar es también especial por su origen, por cuanto es especial también la norma provista del tipo penal. La acción u omisión infligida por un militar, solo o en connivencia con otros militares o civiles y; también en casos excepcionales,

perpetrada individualmente o en concierto por civiles; cuando se subsume en un tipo normativo penal militar, será un delito militar.

De *lege feranda* de cara al constituyente ecuatoriano con base a la aprobación popular vía *referéndum*; introdujo como materia reiterada, la disposición transitoria 10, la cual viene a considerar que la comisión de los delitos militares debería de ser juzgados por los tribunales penales ordinarios.

Por ende, la Asamblea Nacional, de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Constitución de la República y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, discutió y aprobó el COIP, por *vacatio legis* no fue necesario adecuarlo al CPM en algunos parámetros, sobre todo, en materia procedimental. Dispuso que el código entrara en plena vigencia el diez de agosto de 2014, fecha que quedó derogado el Código Penal, promulgado en octubre de 1971 hasta la última modificación producida en mayo 2010 (46 reformas); el Código de Procedimiento Penal de 1983 hasta el 2000 con catorce reformas y el Código de Ejecución de Penas, catálogo legal publicado por primera vez en 1982, reformado hasta en diez ocasiones y por ende el CPM de 1961, con sus subsecuentes reformas del veinticuatro de noviembre de 2005 e incorporación de la última actualización el diecisiete de julio de 2013.

En virtud de la entrada en vigor del enunciado cuerpo legal (COIP), este se comenzó a aplicar en la jurisdicción común, agregándosele la jerarquía jurídica de “Orgánico” con meridiana adaptación del derecho penal adjetivo o formal (Libro Segundo), contemplados en el también extinto CPPM (1961).

Proximidades conceptuales

- Subsistema penal militar:

Basado en normas que establezcan los principios constitucionales que rijan la comunidad. Es de vital importancia en cada sociedad contar con un ordenamiento jurídico específico y especial con el afán de regular todo tipo de reglamentación que vaya en beneficio de una colectividad, que lleve el control de lo que vaya en desmedro de la paz y la tranquilidad de cualquier Estado.

El derecho penal militar es un derecho especial aplicable a las personas en determinadas condiciones, es un derecho público, garantizador, represivo, sancionador y ejemplarizante, sin desconocerse en absoluto su regia connotación, cierto carácter profiláctico representado por la expansión en la ley del tipo de delito y

de la pena aplicable, no alcanza efectividad más que después de consumado el delito y cuando éste ha sido objeto de investigación y comprobación jurídica, así como de determinación de la culpabilidad de su comisor. (Mendoza 1976).

El Derecho penal militar es proclive al Derecho penal y constituye una de sus ramas más importantes, es un Derecho penal especial y excepcional que, de acuerdo con la Constitución, prevé y sanciona única y, exclusivamente a los delitos de naturaleza militar.

Al mismo tiempo el Derecho penal militar rige las relaciones que tienen lugar en un sector de la sociedad con características muy particulares, como es el prisma mundano militar, íntimamente vinculado con la seguridad y defensa nacional; obviamente en idéntica aplicación a los principios constitucionales regidos por el Derecho penal común.

Indudablemente que, en el marco de las consideraciones anteriores, el Derecho penal militar requiere estar en sintonía con la Constitución por lo que mal podría colidir con sus disposiciones, puesto que, aunque es un derecho excepcional, no puede constituirse tampoco en una excepción del Derecho, pues sería un exabrupto jurídico especular que el estamento jurídico tutele algún pasaje que no esté subordinado a él.

Se colige que el Derecho penal militar referencia la constitución de un método o procedimiento aplicable al sector castrense de mayor tensión en aras de regular acciones en cuanto a la justicia militar, en concordada relación con el ordenamiento jurídico y normas procesales que consagraban tanto en el CPM y la norma adjetiva penal como lo articulaba el CPPM (1961).

- Subsistema de delitos de naturaleza militar:

Es un delito militar toda acción u omisión que el *supra* mencionado Código tenga declarado como supuesto legal de hecho. Es de hacer notar que este concepto no está en la Constitución, tampoco lo define el COIP (2014):

La teoría clásica reputa dos categorías de delito militar, los que lesionan la seguridad del Estado y los que lesionan a la institución castrense.

Mendoza 1976, ahonda cuando, trae a colación, esta vez a Merkel, quien señala dos clases de delitos militares, así:

1. Los puramente militares, que solamente pueden ser cometidos por militares, como la desertión y la cobardía, a las cuales únicamente pueden aplicárseles los principios generales de la legislación ecuatoriana.
2. Los militares calificados, hechos que, aunque aparecen cometidos por personas civiles, se hallan castigados como hechos independientes, tales como la traición en época de guerra, la inducción a desertar, entre otros. A estos hechos les son aplicables no tan sólo los preceptos generales sino también los supuestos que el mismo delito apareja. (p. 43).

- Subsistema de delitos comunes:

Se puede definir como delitos comunes, todos aquellos que están taxativamente descritos en el COIP (2014), en consecuencia, tales infracciones penales pueden ser perpetrados por cualquier persona sea natural o jurídica y en diversos ámbitos del sector nacional.

De allí que un homicidio intencional o culposo contra la integridad personal o contra la propiedad en todos sus tipos, hurto, robo, rebelión civil, traición a la patria, se consideran delitos de corte común y algunos son de naturaleza militar, como los ya precisados *ab initio* del contexto del presente artículo.

De acuerdo con la dogmática jurídico penal conteste con la inmensa mayoría de tratadistas incluso contemporáneos, delitos comunes se define como la conducta típica antijurídica y culpable. Supone una conducta infraccional del derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. (Crespo-Berti, 2017).

Divergencia entre delito común y de naturaleza militar

Los delitos comunes como esencia penal pueden ser cometidos por cualquier habitante o transeúnte de la República del Ecuador (ámbito de aplicación territorial), extensivo ahora por antonomasia a los miembros de las filas castrenses del país (punto de derecho refutable).

La experiencia profesional indica que la diferencia sustancial y procesal consiste en que los delitos militares son infrecuentes los que llegan a la fase procesal respecto a su consumación, lo que traduce que parte de tales conductas antijurídicas no pasan de la fase pre procesal (indagación fiscal previa), por diversas causas vinculadas con desistimientos o simplemente por abstención de no incoar la acción penal dada la naturaleza de la infracción, tales como: desertión, insubordinación, abandono del

servicio militar, ataque al centinela, rebelión militar, sublevación con armas, desobediencia militar, entre otros.

Se analiza que como característica primordial; además, el delito militar cometido perjudica y afecta la integridad castrense, superponiéndose a la etiología que deviene y da origen a las diferencias que marcan la disociación del Derecho penal material versus el Derecho penal formal en lo atinente al procedimiento penal.

Los delitos comunes también pudieran lesionar o conmover el ámbito militar; pero en la mayoría de los casos, aunque fueren cometidos por militares en servicio activo, vale decir, que no estén francos de servicios, indudablemente que el perjudicado *per se* sería el propio militar porque todos los efectos durante y después del proceso como la pena, recae sobre el *sub iudice* de autos (procesado).

Es factible que cuando un militar o su congénere comete un delito común dentro de un establecimiento militar, *verbi gratia*: robo o hurto, la acción recae directamente y proporcionalmente en efecto negativo en contra de las FFAA con el empleo de: municiones, fusiles, bayonetas, equipos militares, uniformes, entre otros, se requiere que tanto la jurisdicción militar como la ordinaria, realice un estudio profundo al caso en cuestión, para concluir si verdaderamente se trata de un delito de naturaleza netamente militar o por el contrario se puede considerar un delito común.

Noción de competencia:

Como institución jurídica, se aprecia que hasta el momento este tipo de concepto ha llevado a la confusión con respecto al concepto de jurisdicción y así varios uniformados le han dado innumerables interpretaciones. Se le cataloga como la capacidad jurídica otorgada a ciertos y especiales órganos jurisdiccionales del Estado, para el caso que ocupa por la materia (penal), por el territorio y por el grado.

Noción de jurisdicción:

Como concepto universal por su aforismo *Ius Puniendi* se define como, la potestad o facultad que tienen los jueces para administrar justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley; decidir las controversias y hacer ejecutar sus decisiones.

Conflicto de competencia por la jurisdicción:

Lo normal es que la jurisdicción civil atraiga a la militar. Así lo recogen los estándares jurisprudenciales. Aspecto que encarnaba el extinto CPM (1961); cuando en su

articulado sometía al personal de las FFAA a la jurisdicción ordinaria por los delitos comunes que se cometieran, dejando a salvo las excepciones que en él se establecían, donde se consideraba como delitos militares, los delitos comunes cometidos por militares en cuarteles, guarniciones, escuelas y establecimientos militares, almacenes de las FFAA, oficinas militares y cualquiera otro establecimiento militar, en funciones militares, en actos del servicio, en comisiones o con ocasión de ellas.

Quedaría así evidenciado el tratamiento del delito con relación a la personalidad del autor, es decir, a su condición militar, a la causalidad del hecho, la relación con el servicio y al lugar donde se ha cometido el delito. Es de observar que esta especialidad del delito asumido en la normativa del CPM (2013); fue derogada por las normas procesales en materia penal.

En la jurisprudencia ecuatoriana aparecían conflictos de competencia, donde la jurisdicción ordinaria atrae a la militar, específicamente en casos donde eran cometidos delitos pertenecientes a ambas jurisdicciones. Sin embargo, hubo fallos de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, donde ésta consideraba el conocimiento de casos por la jurisdicción militar por delitos cometidos por civiles, siempre y cuando no estuviera tipificado el hecho como delito en la jurisdicción ordinaria.

Al respecto existía indefinición e inseguridad jurídica en los que se presentaban conflictos de competencia que retardaban los procesos iniciados en una u otra jurisdicción, incluso en decisiones de la Corte Nacional de Justicia, que no eran coherentes y pareciera que sus fallos tuvieran alguna tintura caprichosa, por motivaciones personales o políticas.

El CPM (1961); con sus consecuentes reformas contenía normas de Derecho sustantivo entre tanto el catalogo procesal penal también de 1961 (CPPM), establecía estructuras, lapsos y procedimientos, que diferían en algunos casos con el Derecho ordinario, estableciendo aquel la calificación de los delitos comunes que deben pasar a su jurisdicción, cuando se cumplieran los extremos de temporalidad, espacialidad y personalidad del sujeto activo en la comisión del delito.

Como es lógico pensar, existieron circunstancias, donde a *prima facie* era difícil definir el órgano competente para conocer de un delito que reunía algunas de las características contenidas en el CPM, y en tal caso, sin que se paralizara el proceso en sus fases procedimentales comunes con la incorporación de los elementos básicos necesarios para el proceso especial, surgía el conflicto de competencia que

debía ser dirimido por la extinta Corte Suprema de Justicia, quien decidía cuál era el juez natural competente, si no lo acordaren previamente las autoridades jurisdiccionales que conocieran del caso.

RESULTADOS

Históricamente se aprecia que fue a través de la Convención Nacional de 1836 celebrada en la ciudad capital de Ambato, provincia ecuatoriana de Tungurahua, donde se configuraron los llamados Mandos Locales y las Cortes Marciales como hito en los inicios de la justicia militar en el Ecuador, misma que había sido administrada en el tiempo por los Tribunales Militares y autoridades competentes en el ramo castrense. Hoy día es comprendido un régimen jurídico igualitario, todo de conformidad con el principio de igualdad que es de rango constitucional; pero en contradicción con el principio del juez natural. Todo ello enmarcado en la Disciplina, la Obediencia y la Subordinación, bases fundamentales donde descansa la organización como tal; la unidad entendida en el mando y la moral, en atención al empleo necesario y la misión asignada a las FFAA, tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Para (Rial 2010), “En países de América Latina se está llevando adelante un proceso que conlleva a un cambio fuerte en una vieja institución; la Justicia Militar” (p. 11). Esta figura viene a significar la facultad que tiene el personal militar a ser juzgado por la jurisdicción especial penal militar, conforme al procedimiento y por la autoridad que señale el respectivo ordenamiento jurídico; por tal sentido, en este estadio se le otorga derecho al sector militar a ser juzgados por los jueces militares en razón a la especialidad de la única institución castrense, pues en esas latitudes, existe un principio de rango constitucional de derecho que tienen sus ciudadanos de ser juzgados por los jueces naturales. (De León Villalba et. al 2017).

Ahora bien, unos de los motivos que motivó el presente trabajo de investigación, vino dado en la propuesta que realizó el Constituyente en el momento de la redacción de la exposición de motivos; en virtud que transfirió la competencia de los delitos comunes infligidos por militares a la jurisdicción penal ordinaria.

Es de hacer notar que el constituyente obvió la figura del juez natural. Figura jurídica que constitucionalmente viene a dar con el conocimiento necesario y suficiente para tener la competencia, sustanciación, proceso y decisión en la sentencia de un militar.

Ad ejusdem (a más de lo mismo), Huntington (1995, p. 27), también se pronuncia por la diferencia derivada de los militares versus los civiles en los siguientes términos:

Las imperativas funciones de seguridad dan origen a complejas instituciones vocacionales que moldean al cuerpo de oficiales hasta convertirlos en una unidad social autónoma. La entrada en esta unidad está restringida a aquellos que han cumplido con la necesaria educación y entrenamiento (...).

Salvo mejor criterio con base en la argumentación expuesta, el derecho militar debe preservar su jurisdicción primigenia y hegemónica no aplicable al resto de la sociedad, sin que esto traduzca trasgresión al principio de igualdad, por el contrario, asiste al principio de ser juzgados por sus jueces naturales, sin que irrumpa la misma unidad jurisdiccional.

Esta consecuencia jurídica viene a ser la base conceptual básica; en virtud que, (Cuenca 1981, en su obra titulada Derecho Procesal Civil, Tomo II. Éste tiene una concepción clara de la competencia en el momento que concatena la competencia con la jurisdicción, así:

Todos los problemas de la competencia se concentran en la determinación del juez que ha de dirimir el conflicto de intereses. Esta es una cuestión a priori que se plantea al actor al seleccionar el tribunal donde deba introducir su demanda (...) Si bien todo juez tiene en abstracto el poder de administrar justicia, es lo cierto, que en cada caso concreto tiene una esfera de actividad delimitada por la ley (...). (p. 3).

En realidad, nunca se ha podido aclarar mejor el concepto de la competencia sino en su distinción con la jurisdicción. Para aclarar la distinción entre jurisdicción y competencia, dos frases que son ya lugar común en esa materia: "La jurisdicción es el derecho y la competencia es la medida de ese derecho", y "la jurisdicción es el género y la competencia es la especie". Por último, es cierto que tanto la competencia como la jurisdicción tienen su fuente en la ley; pero mientras la jurisdicción siempre emana de ella, en cambio, la competencia puede nacer por voluntad de las partes, como ocurre en la elección de domicilio, donde existe una prórroga de la competencia territorial.

El referido autor concentra la competencia con base a la actuación que adopta el juez para conocer la materia. Mientras que, en el caso de los juicios civiles, cuando se interpone la demanda; se aprecia que el actor hace la escogencia del tribunal que conocerá a tal pretensión; por lo que el juzgador tiene su límite en el ámbito de su competencia.

Es por ello por lo que, en el ordenamiento jurídico positivo ecuatoriano, le concede al Poder Judicial la facultad de conocer diversas materias jurídicas.

Parafraseando la norma constitucional enuncia entre diversos conceptos lo siguiente: Ecuador es un Estado democrático, de derechos y de justicia, que propugna valores y principios trascendentales, como igualdad ante la ley, el derecho de ser juzgado por su Juez Natural, derecho a la defensa, debido proceso y así sucesivamente, establece un marco constitucional de derechos y garantías; por ello, es necesario la consecución de la verdad jurídica, el desarrollo constitucional por juristas, estudiosos del derecho y entes que la misma constitución les ordena por mandato, la interpretación del ordenamiento jurídico-político del país.

Por otro lado, la discusión sobre los límites constitucionales de la competencia de los tribunales militares y el debate, en particular, respecto a qué conductas pueden considerarse delitos militares ha cobrado intensidad en el derecho comparado. Así lo demuestran las reformas que, si bien con distintas orientaciones, se han llevado a cabo en España (2015), Perú (2010), Argentina (2008) e Italia (2002).

En lo interno, de su discusión se desprende la importancia en considerar el COIP (2014), sus normas adjetivas para la aplicación en materia militar, que por disposición legislativa ha sido adecuado a los tribunales penales comunes cuando se requiera activar la jurisdicción y competencia en el cometimiento de delitos por parte de militares, pese a que su comisión sea en unidades militares y sus diferentes circunstancias del servicio.

Con tal preámbulo, los resultados objeto de esta investigación viene dada por su consistencia, desde la instauración y durante la vigencia del CPM desde el año 1961 con sus reformas necesarias y naturales hasta el año 2013, en ese tiempo le correspondió conocer los delitos comunes cometidos por militares en las Unidades Militares de los diferentes Componentes Militares, a la Jurisdicción Militar como legítima competencia.

En el año 2008; una vez redactada la Constitución de la República se ratifica que el Constituyente patrio hace la transferencia de la competencia a la Jurisdicción Penal Ordinaria en cuanto a la comisión de los delitos ahora de rango común perpetrados dentro o fuera de las Unidades Militares por militares y/o civiles, según se desprende a tenor del artículo 160 *In Fine* Constitucional; que dispone:

Los miembros de las Fuerzas Armadas (...) serán juzgados por los órganos de la

función judicial; en el caso de los delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar (...) pertenecientes a la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley.

La Jurisdicción penal militar de ordinario es ahora parte integrante de la común; pero obsérvese que del mismo precepto constitucional se desprende que “dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar”. (Subrayado propio). De tal forma, que pareciera que lejos de los vestigios que deja su integración, se mantiene una suerte de *status quo* dirimente dispensable.

De otro lado se mantiene la acertada disposición arbitral en que sus jueces o juezas sean seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el COIP. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, son juzgados por los tribunales ordinarios, competencia que se extiende a delitos de naturaleza militar a expensas de los altibajos que con seguridad sobrevendrán.

Queda claro que con la aprobación del COIP, se afianza la Unidad Jurisdiccional establecida por imperativo de la Constitución, vale decir, se incorporan a la jurisdicción penal común los delitos tipificados cometidos por el servicio militar, pese a que el grueso de delitos que ahora figuran en el COIP, tales como: desertión (véase Auto N° 0205-2009-1SP de ex 1ª Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia (2008), 3 de abril de (2009); quebrantamiento de servicios, bienes públicos o institucionales; lo que tengan que ver la soberanía e integridad territorial de la República; seguridad del Estado, entre otros, son insuficientes respecto a otras modalidades de infracción recogidos en el extinto Código Penal Militar, por lo que se deja por sentado la no justificación de su derogatoria por ser de *prima facie*.

CONCLUSIONES

El Derecho penal militar no debe verse como un privilegio en beneficio de los oficiales de las FFAA. Si en algo se vislumbra algún resquicio en términos profilácticos, es porque tiene su asidero en un fin jurídico concreto de amplio espectro y de sumo interés. Si los militares tuvieran algún privilegio en la esfera penal, entonces debieran ser juzgados con mayor severidad al tiempo de exigirles más el cumplimiento de sus frecuentes deberes heroicos y altruistas a los que están llamados.

El principio del Juez natural es concluyente para la Corte Constitucional (2013), cuando en extracto de sentencia que: (...) “es el elemento medular del debido proceso” (...). Buena parte de esta premisa mayor es concluyente a los efectos de la investigación, por cuanto se sostiene con características resolutorias que el fuero, la justicia o la jurisdicción penal militar todos parten de una misma arista coexistencia que debe retomar la senda para lo cual fue creada, sin que irrumpa el principio de unidad jurisdiccional porque sería la misma Función Judicial la que establezca la restitución de su estructura jurisdiccional.

Por lo tanto, se torna concluyente a los efectos de la investigación:

1. Que uno de los mecanismos para asegurar la defensa del país contra el adversario es sin contradicción, el restablecimiento del régimen jurídico militar con todo su rigor, pues de ello depende que la República cuente con unas FFAA no sumisas a las leyes.
2. Que las nuevas infracciones podrían obstaculizar el principio de celeridad procesal en la aplicación de las penas que de ordinario no producen escarmiento, si se hace cuando se ha velado la perpetua memoria del crimen.
3. Que teniendo en consideración el clamor del regimiento militar para que se le acuerden tribunales de su mismo seno que puedan con propiedad graduar sus infracciones y conocer el precio de sus servicios y por último;
4. Que se ponga coto a las disputas originadas en algunos cuerpos y oficiales militares que han teñido los lauros de las FFAA permanentes por actos de insurrección.

REFERENCIAS

- Blanquer, D. 1996. Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar. Madrid: Civitas.
- Código Orgánico Integral Penal (2014). *Registro Oficial Suplemento N° 180, del 10 de febrero de 2014.*
- Código Penal Militar, del 06 de junio de 1961. *Registro Oficial, Suplemento N° 356.*
- Constitución de la República del Ecuador (2008). *Registro Oficial Suplemento N° 449 del 20 de octubre de 2008.*
- Crespo-Berti, L. (2017). La acción nuclear del delito en el Código Penal peruano, en *Revista Jurídica In Crescendo Derecho y Ciencia Política. Universidad Católica Los*

Ángeles de Chimbote, Perú. Vol. 4 (1). Recuperado de: <https://tinyurl.com/ybflD2xl>.
Fecha de consulta: 17-04-2020.

Cuenca, H. 1981. Derecho procesal civil. 5ta. ed. Tomo II. Caracas: Ediciones de la Biblioteca.

De León Villalba y otros. 2017. El Código penal militar de 2015. Valencia: Tiran lo Blanch.

Doig Díaz, Y. 2003. Jurisdicción militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial. Alicante: Universidad.

Chiossone, T. 1980. Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República. Venezuela: Universidad Central de Venezuela. Instituto de Ciencias penales y criminológicas.

Huntington, S. 1995. El soldado y el Estado: Teoría y política de las relaciones civiles y militares Derecho Procesal Civil. Argentina: Grupo Editor Latinoamericano.

Mendoza, J. 1976. Curso de Derecho Penal Militar Venezolano. Caracas, Venezuela: El Cojo.

Millán, A. 2012. Justicia Militar. 9na. ed. Barcelona-España: Ariel.

Núñez, R. 2007. Derecho penal militar y derecho penal común. <www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1971-30071300768_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Derecho_penal_militar_y_Derecho_penal_com>[Recuperado 03-11-2018].

Ordenanzas de 1748 –Tratado V (Materias de Justicia). República de Colombia, Bogotá 4 enero de 1826.

Peñarubia Iza, J. 2000. Presupuestos constitucionales de la función militar. Madrid: CEC.

Rial, J. 2010. La Justicia Militar. Argentina: Resdal.

San Cristóbal, S. 1996. La jurisdicción militar. De la jurisdicción especial a jurisdicción especializada. Granada: Comares.

Zamudio, D. 2015. “El Régimen jurídico militar y el derecho internacional de los derechos humanos”. *Revista Científica General José María Córdova*. 2016; 18 (14): 106.