

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

“TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL
MILITAR AL SISTEMA JUDICIAL COMÚN”

Realizado por:

PRISCILA VANESSA CÁRDENAS AGUILAR

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADA

QUITO, MAYO DE 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, PRISCILA VANESSA CÁRDENAS AGUILAR, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes de este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

Priscila Vanessa Cárdenas Aguilar

C.C. 171867218-9

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
**“TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL MILITAR AL
SISTEMA JUDICIAL COMÚN”**

Realizado por la alumna
PRISCILA VANESSA CÁRDENAS AGUILAR
como requisito para la obtención del título de
ABOGADA

ha sido dirigido por la profesora
DRA. PAULINA GARCÉS
quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
DRA. PAULINA GARCÉS

Director

Los profesores informantes

DR. NICOLÁS SALAS, y

DR. DAVID RIVAS

después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....
DR. NICOLÁS SALAS

.....
DR. DAVID RIVAS

Quito, mayo de 2012

DEDICATORIA

“Decidí poner mi confianza en Dios en todo momento y en todo lugar. El nunca podrá rechazarme”.

John Henry Newman

A mi padre Julián,

A mi madre Mónica, y

A mi hermano Bryan.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, agradezco a Dios por su amor infinito y su misericordia, sin Él, nada sería posible, de Él es la victoria y a Él le debo el primero de muchos logros, que solo con su bendición anhele alcanzar.

Agradezco a mi padre, quien por sus enseñanzas ha inspirado en mí desde siempre el deseo de seguir este camino profesional, por estar en cada paso de mi formación; y ayudarme en la culminación de este trabajo para la obtención de mi título. Gracias por haber compartido esta experiencia no solo como padre, sino como maestro y como amigo.

A mi madre Mónica, por ser más que mi madre, mi mejor amiga, por alentarme y animarme, por darme siempre su amor incondicional a pesar de la distancia y las circunstancias.

A Lolita y a Luis, por abrirme su corazón, darme su amistad y su amor, por dejarme ser parte de su vida.

A la Doctora Paulina Garcés, por haber impulsado la culminación de mi proyecto y ser una gran guía y directora de investigación.

Gracias a cada una de las personas que han formado parte de este camino universitario, profesores, compañeros y amigos.

RESUMEN

A la justicia militar, generalmente se la conocía como la justicia distinta a las comunes que son aplicadas a quienes no son militares, pues ésta poseía un grado de independencia muy fuerte alrededor de lo que podríamos denominar como justicia civil.

En la Constitución ecuatoriana de 1945, por primera vez se adopta un tratamiento sistemático a la actividad militar, destacándose la descripción de organismos estatales con un nivel casi total de autonomía y con una jurisdicción especial que se encontraba apartada de la ordinaria.

Este modelo normativo, no tuvo variación alguna con el paso de los años, hasta llegar a la expedición de la Constitución Política de 1998 en la cual se expresaba específicamente en el artículo 187 que “Los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales. En caso de infracciones comunes, estarán sujetos a la justicia ordinaria”; suscitándose una modificación en lo que a la determinación de delitos comunes y su juzgamiento por un sistema ordinario se refiere, pero conservando la figura de fuero especial para el juzgamiento de delitos cometidos dentro de las funciones específicas de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Con la expedición de la Constitución en el año 2008, se produce un cambio trascendental al campo normativo ya que se consagra como principio y naturaleza de la nueva institucionalidad, el sometimiento de toda la actividad estatal a la garantía de los derechos y al régimen de constitucionalidad, para lograr el objetivo principal de que ninguna institución pública o privada mantenga un sistema jurisdiccional autónomo o especial, ya que la potestad jurisdiccional corresponde íntegra y exclusivamente a la Función Judicial.

Por este motivo, y al basarse en los principios consagrados en la Carta Magna y en las normas concretas respecto de la inclusión de la justicia militar a jurisdicción ordinaria, se elimina el sistema autónomo de control judicial por parte del Ejecutivo, para garantizar la sujeción de los miembros de la Fuerza Pública a la administración de justicia dependiente de la Función Judicial en base al principio de unidad jurisdiccional.

Es por ello que en atención a lo establecido en el numeral 10 de la disposición transitoria primera de la Constitución, se dicta la LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS COMETIDOS EN EL SERVICIO MILITAR Y POLICIAL en el Suplemento del Registro Oficial 196 Año I con fecha de 19 de Mayo de 2010; en el que se incluyen los delitos militares dentro del cuerpo normativo penal ordinario, efectivizándose así el sometimiento de estos funcionarios públicos a la jurisdicción ordinaria y la tipificación de delitos con sus respectivas sanciones cuando estos fueren cometidos dentro de su misión específica, para que sean juzgados por Salas especializadas en materia militar, declarando expresamente que los miembros de las Fuerzas Armadas en todos los otros casos serán juzgados por los órganos de la Función Judicial respectivos.

ABSTRACT

A military court is usually known as the justice applied to military people, because it had a very strong degree of independence about what we could call civil justice.

In the Ecuadorian Constitution of 1945 is given for the first time a systematic approach to military activity, from which emphasizes the description of state agencies with an almost total autonomy and a special tribunal that was set apart from the ordinary.

This normative model didn't change at all with the passing years, until the expedition of the Constitution of 1998 that expressed specifically in article 187 that "Members of the public force will be subject to special privileges for prosecution of offenses committed in the exercise of their professional duties. In case of common offenses are subject to ordinary justice" thereby giving rise to a change in the consideration of criminal charges and his trial by a regular system concerns, while retaining the figure of special jurisdiction to judge crimes committed within specific functions of the members of the Armed Forces.

With the promulgation of the Constitution in 2008, there is a major change to the regulatory domain and is enshrined as a principle and nature of the new institution, the submission of all state activity to the guarantee of rights and constitutional regime to achieve the objective that no public or private institution, hold an independent judicial.

For this reason, and based on the principles enshrined in the Constitution and the specific rules regarding the inclusion of military justice to ordinary courts, it eliminates the autonomous system of the military court handled by the Executive, to ensure the subject of members of the security forces to the administration of justice that depends on the Judiciary in foundation of the jurisdictional unity.

That is why in obedience to the provisions of section 10 of the transitional provision one of the Constitution, the State promulgates the LAW AMENDMENT TO PENAL CODE FOR CHARACTERIZATION OF CRIMES COMMITTED IN THE MILITARY AND POLICE in the Supplement to Official Gazette 196 dated May 19, 2010, in which military crimes are included within the regular criminal regulatory code, establishing the submission of these public officials to ordinary jurisdiction as far as classification of crimes and their penalties, when they were committed within its specific mission, to be tried by special courts in the military, specifically stating that members of the armed forces in all other cases will be judged by the other organs of the judiciary respectively.

RESUMEN EJECUTIVO

La existencia del fuero militar, es el resultado del carácter de las corporaciones militares que conforman instituciones totales y cerradas, añadiendo que las normas de Derecho Militar se aplican a una institución que se ha percibido separada del resto de la sociedad.

Pero es desde este punto donde se empezaba a visualizar que en todo ambiente institucional cerrado se manifiestan debilidades y se producen excesos, y por esta razón se regularon marcos disciplinarios para tratar de encausar y manejar los problemas que surgían dentro de la institución; sin olvidar que responde a un régimen jerarquizado donde quienes están en los escalones superiores de mando interpretaban las normas y las imponían con elevado margen discrecional, en el que se manifestaba la personalidad autoritaria.

Los que consideraban a la justicia militar como una jurisdicción especial, partían de la concepción sostenida en que los militares son parte de una institución con valores propios que no se comparten con el resto de la sociedad, haciendo una comparación en este punto con la Iglesia (la misma que considera la necesidad de la existencia del Derecho Canónico, dada la peculiaridad de su organización y de sus integrantes); desprendiéndose la necesidad de ser regidos por normas de Derecho específicas, no aplicables al resto de la sociedad.

La existencia de la Justicia Militar y por ende de un fuero especial, afirmó la autonomía de las corporaciones militares, y no solo en razón de la capacidad técnica para manejar la amenaza o el ejercicio de la violencia, sino también por la posición de preeminencia con respecto a las demás organizaciones sociales, al considerarse las fundadoras de la nación y del Estado, y de este modo ser una “institución tutelar” del mismo al que debían servir.

En cuanto a la estructura de la organización de la Justicia Militar, La derogada Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas determinaba la organización de la Administración de Justicia Militar de la siguiente manera:

En Época De Paz.

Para los fines de administración de justicia militar se determinaba que era ejercida por los Tribunales y Juzgados Militares establecidos por Ley y éstos constituían órganos con jurisdicción, que son los siguientes:

La Corte Suprema de Justicia Militar, era el máximo organismo de administración de justicia de las Fuerzas Armadas, con jurisdicción nacional; es decir que la ejercía en todo el territorio de la República y era la encargada de conocer y juzgar en segunda instancia las causas penales elevadas en virtud de los recursos de apelación y nulidad respecto de las sentencias pronunciadas por el inferior.

Era la encargada de conocer y resolver las causas que en consulta, eran elevadas por el tribunal de primera instancia con los autos de sobreseimiento.

Conocía en primera instancia las causas penales militares por las que debían ser juzgados: el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, los Comandantes Generales de Fuerza, los Comandantes de Zona, los Generales o sus equivalentes en la Fuerza Naval y Aérea.

Se constituía en Organismo de Control que vigilaba la pronta y buena administración de justicia en las Comandancias de Zona, Juzgados y Fiscalías Militares.

Órgano sancionador que imponía multas a los que hubieren retardado o descuidado la práctica de las diligencias a su cargo.

Los Consejos de Guerra se dividían en:

Consejo de Guerra de Oficiales Superiores que era el encargado de juzgar en primera instancia los crímenes militares cometidos por individuos de tropa y gente de mar, en servicio activo.

Consejo de Guerra de Oficiales Generales que Juzgaba en primera instancia los crímenes militares cometidos por oficiales y aspirantes a oficiales en servicio activo.

Consejo de Guerra Verbal que juzgaba a los militares en servicio activo de las Fuerzas Armadas sindicados por traición a la Patria, conspiración, sedición y rebelión; cobardía manifiesta, insubordinación grave, desertión en campaña, espionaje, motín y por los crímenes cometidos por medio de incendio o explosivos.

Los Comandantes de Zona, eran Oficiales de arma, Generales que a más de ejercer el comando en su calidad de Jueces de Derecho, también ejercían jurisdicción militar en la zona bajo su mando, una División, Escuadra Naval o Alas, según se trate de la Fuerza Terrestre, Naval o Aérea, respectivamente.

La característica peculiar de los Comandantes de Zona, radicaba en que sin ser abogados ejercían jurisdicción penal militar, en su calidad de jueces de Derecho, a cuyo cargo y responsabilidad se hallaba el juzgamiento de las infracciones penales militares reprimidas con penas de prisión cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo, a partir de la etapa del plenario.

Correspondía al Juez de Instrucción, iniciar el sumario en los procesos que se instauraban por infracciones al Código Penal Militar, previa disposición del Comandante de Zona y/o Juez de Derecho.

Practicaban las diligencias dispuestas en el Sumario y su actividad se subsumía a cumplir tareas de carácter investigativo para determinar la existencia o no del hecho punible, sin que les hubiere correspondido emitir pronunciamiento resolutivo alguno.

El Fiscal era el funcionario colaborador del juez instructor en la investigación de la falta o delito cometido y sus pronunciamientos los realizaba a través de los dictámenes respectivos.

En Caso de Emergencia.

Correspondía también a la Justicia Militar intervenir en casos de emergencia en los que eventualmente podía hallarse el Estado, cuando se producía una situación fuera de lo normal tal como un conflicto bélico o un grave desorden interno, dictándose para ello los correspondientes estados de excepción que se encontraban en esa época contemplados en la Constitución y bajo la esfera de la derogada Ley de Seguridad Nacional.

Características Básicas del Proceso Penal Militar.

Al respecto se señala que en materia procesal militar, se destacaban las siguientes características básicas.

- a. El procedimiento de administración de justicia, que se encontraba contemplado en el Código de Procedimiento Penal Militar, recogía el antiguo sistema procesal mixto, con la combinación entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, eminentemente escrito.
- b. Solamente existía una clase de acción penal pública, impulsada de oficio, sin que se admita la acusación particular, como ejemplo si se perpetraba un robo, por parte de un militar en servicio activo en actos de servicio en contra de otro militar, no podía aceptarse la acusación particular de los familiares del agraviado, limitándose únicamente a denunciar el hecho al juez militar.
- c. Los únicos sujetos procesales eran: el imputado y el Ministerio Público Militar; contemplándose igualmente la intervención de los defensores de oficio.
- d. En cuanto a las etapas procesales, existían:
 - Sumario
 - Etapa Intermedia
 - Plenario
 - o Por Delitos Militares
 - o Por Crímenes Militares
 - Impugnación.

Una vez enunciado el funcionamiento de la administración de justicia militar se establecen los motivos por los cuales se produjo este traspaso de justicia al sistema común, entre los que constan como la causa fundamental, la obediencia al principio de unidad jurisdiccional, y al respecto se señala que *“la unidad jurisdiccional es un principio que requiere que cualesquiera que sean las personas y el Derecho material aplicable, sean Juzgados y Tribunales...”* integrados en la Función Judicial *“...quienes ejerzan la potestad jurisdiccional”*, agregando y resaltando a su vez que *“la unidad jurisdiccional exige que haya un solo Poder Judicial...”*; a esto se suma *“...que contiene el principio subordinado*

de exclusividad...”, que implica la prohibición de atribuir la potestad jurisdiccional a ningún otro órgano que no sea de aquellos que integran el Poder Judicial. La admisión de decisiones de carácter jurisdiccional, adoptada por un órgano no judicial, sería inconstitucional y no podría generar ningún efecto jurídico, por cuanto se estaría violando la garantía constitucional del debido proceso, sin que esto implique que “...la Administración Pública no pueda aplicar el Derecho para casos en que se afecten derechos subjetivos concretos, pero siempre que sus resoluciones puedan ser recurridas posteriormente ante los órganos del Poder Judicial competentes para su conocimiento”.

Es tan inconstitucional que órganos no judiciales pretendan ejercer la potestad jurisdiccional aun en forma concurrente, como que los órganos judiciales actúen fuera del ejercicio de la potestad jurisdiccional que les ha sido atribuida, resaltando que el primer extremo es conocido como de exclusividad positiva, el segundo como exclusividad negativa.

Otros de los motivos fundamentales que sustentaron La Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos cometidos en el Servicio Militar fueron:

Derecho a la Igualdad.

Contenido en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución. Este éste derecho está inmerso entre los derechos de libertad sobre la base de la igualdad formal, material y no discriminación, estableciendo que todas las personas deben estar sometidas a la misma legislación y que solo de manera excepcional se consagren reglas sustanciales o procesales especiales. Como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad, los miembros de la Fuerza Pública no deben estar sometidos a normas especiales contenidas en Códigos Penales Militares y de Procedimiento Penal Militar, diseñados exclusivamente para este grupo de ciudadanos, lo que genera una ruptura en la construcción de un Estado de derechos y justicia, que tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica que no puede obtenerse si es que no se respeta el derecho de igualdad. Bajo esta óptica, es preciso señalar que este grupo de funcionarios deben estar sometidos al régimen común en todos los casos como lo estamos el resto de ecuatorianos y extranjeros que nos sometemos a las normas consagradas en los estamentos sustantivos y adjetivos penales.

Tipos Penales que vulneraban el Principio de Igualdad.

En el Código Penal Militar se consagraban tipos penales comunes a la legislación ordinaria, que poseían un régimen jurídico diferente como una pena generalmente menor o elementos subjetivos u objetivos especiales, sin que existiese fundamento normativo o empírico que justifique dicho tratamiento, es por ello que se debían eliminar todos los tipos penales que no ameritaban una regulación especializada o diferenciada.

Tipos Penales especiales que vulneraban el Principio de Lesividad.

En el Código Penal Militar se consagraban tipos penales especiales que no se ajustaban a las exigencias derivadas del reconocimiento del principio de lesividad, y que por consiguiente eran materialmente inconstitucionales, es por ello que uno de los motivos principales consistía en despenalizar dichas acciones consideradas como delictivas y en todo caso pasar a sancionarlas por vía administrativa, como faltas disciplinarias.

Establecimiento de Disminuciones o Agravantes Punitivas.

De manera excepcional la calidad de miembro de las Fuerzas Armadas justificaba un tratamiento diferenciado, especialmente por la vía de la agravación o de la disminución punitiva, es decir que dependiendo de la gravedad de la conducta se establecía una diferenciación en la pena establecida, ya que en estos casos se buscaba establecer agravantes o atenuantes en lugar de consagrar un tipo penal especial.

Calificación del Sujeto Activo del Delito.

Está claramente reconocido de manera irrefutable que en la comisión de los hechos delictivos siempre interviene uno o varios sujetos que mediante una acción u omisión que está legalmente tipificada, origina la relación jurídica material y como consecuencia la relación procesal.

Pero no basta únicamente este hecho, para que el imputado pueda ser considerado como sujeto activo del delito, ya que esta calificación jurídicamente es posible cuando se ha dictado la sentencia condenatoria y esta ha causado estado, hasta que ello no ocurra siempre deberá mantenerse el calificativo de presunto imputado, lo que no ocurría en el sistema judicial militar, ya que la calificación del sujeto activo del delito, era llevada de la mano desde el inicio del proceso e incluso se adoptaban decisiones que permitían separar

al militar del servicio activo mucho antes de que existiese una resolución judicial condenatoria.

Simplificación de los Tipos Penales.

En este sentido se menciona que en términos generales, la tipificación contenida en el Código Penal Militar era excesivamente casuística, condición que le restaba precisión, claridad y certeza a dicho cuerpo normativo y por ello se buscaba sustituir dicha falencia por categorías conceptuales claras y precisas.

Por todo lo mencionado, es imprescindible manifestar que la Legislación Penal Militar tanto adjetiva como sustantiva no respondía ni siquiera en la forma a los principios constitucionales ni mucho menos contenía normas que materializaran objetivamente los preceptos de los instrumentos internacionales en lo que a Derechos Humanos se refiere, tanto más que el Ecuador, desde hace muchos años atrás es suscriptor de los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos adicionales de 1967 y otros convenios que desarrollan además del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados como lo son: la guerra externa, conflictos internacionales y temas de seguridad interna en los que el país se encuentra inmerso, pues para nadie es desconocido que desde hace mucho tiempo atrás la seguridad interna de los habitantes se encuentra gravemente amenazada y ha desbordado la capacidad operativa de la Policía Nacional que por norma constitucional tiene el deber de velar por dicha seguridad dentro del territorio nacional; siendo estos hechos los que han obligado al Estado a adecuar el sistema jurídico en lo que al ámbito penal respecta para desarrollar una normativa, en este caso militar que permita alinearse al mandato claro y concreto del numeral diez de la Disposición Transitoria Primera de la Carta Magna.

Bajo estas premisas, es necesario preguntarse si con la unidad jurisdiccional, efectivamente ¿se garantiza la aplicación de los principios constitucionales cuando del enjuiciamiento a los miembros de la institución militar se trate?.

La respuesta me lleva a la única conclusión posible de que efectivamente la decisión de aplicar la unidad jurisdiccional fue acertada, pues permite el ejercicio de derechos de igualdad, de defensa y de respeto a la dignidad del ser humano que como hemos visto, fue soslayada cuando se aplicaba una justicia que no permitía el ejercicio de derechos, que aceptaba la incomunicación del procesado, lo que evidentemente angustiaba y limitaba su

defensa, pues además se sujetaba a jueces que no tenían tal título, sino que respondían a consignas superiores que nulitaban toda posibilidad de acceder a un poder judicial que administre justicia en forma transparente y equitativa.

Considerando que a la fecha las disposiciones de la Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos cometidos en el Servicio Militar y Policial ya se encuentran incorporadas en el Código Penal en el Título XI que contempla los “Delitos de Función de Servidoras y Servidores”, para el caso que nos interesa los Militares; es necesario precisar cuáles son las condiciones y/o presupuestos jurídicos que se requieren para que se aplique una normativa especializada que permita juzgar actos que por su naturaleza son propios de la Función Militar, los que son:

- Funcionarios sujetos a la aplicación de las Disposiciones Penales en caso de Cometimiento de Delitos de Función Militar.
- Delitos cometidos dentro de los actos propios del servicio.

En cuanto al cumplimiento de garantías respecto del debido proceso se señala que surge la justificada preocupación para despejar la incógnita y la incertidumbre que lógicamente provoca un cambio tan trascendental en el ámbito jurídico que afecta a la institución militar y a los miembros que pertenecen a ella, pues el traspaso de la administración de justicia militar a la administración de justicia perteneciente al Poder Judicial, no solo significa para los militares la pérdida de una extraordinaria facultad de administrarse judicialmente así mismos, sino también que acarrea en consecuencia la pérdida de otros derechos que como miembros en servicio activo les concedía la propia Constitución y la Ley, tales así, como: el derecho a guardar ya sea prisión preventiva o a purgar sus sentencias condenatorias en los cuarteles militares y/o prisiones militares que existían en las cabeceras provinciales de las zonas militares, lo que comúnmente se conocía como “fuero de detención”.

En relación al fuero para el juzgamiento de las infracciones cometidas por militares del servicio activo, y como producto de la función (actos del servicio), como se ha manifestado persiste este derecho a través de la determinación de que sean juzgados por Salas Especializadas en Materia Militar, pero surge entonces la preocupación de saber cómo los operadores de justicia, van a aplicar la norma.

Hay que tener presente que las normas del debido proceso inciden en forma directa en el ámbito penal ya que gran parte de sus garantías resguardan a los particulares de posibles

abusos por parte del Estado y de sus autoridades en el ejercicio del iuspuniendi máximo cuando en esta circunstancia se encuentra en juego la libertad de la persona, que es uno de los derechos más preciados, no sólo para el individuo sino para toda la sociedad.

Es precisamente dentro de este ámbito que surge la posibilidad, según los entendidos de que las normas en análisis aplicadas a los militares por delitos de función estarían atentando en contra de algunos de los principios que sobre derechos establece la Constitución tales como: la igualdad ante ley, el derecho a no ser juzgados por tribunales de excepción (derecho al juez natural) y el acceso a una justicia imparcial y libre de toda injerencia.

Es pertinente emitir mi apreciación muy particular en el sentido de que el juzgamiento a los militares por delitos de función, a través de Salas Especializadas, tal y como lo determina expresamente la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial y demás leyes sustantivas y adjetivas, de ninguna manera afecta principios constitucionales, posición que la sustento amparada en el hecho de que a lo largo del desarrollo de esta investigación se han podido determinar como positivos todos los actos que conllevaron a la materialización de la unidad jurisdiccional.

Las actividades militares por la naturaleza propia de las responsabilidades asignadas constitucional y legalmente para cumplir la misión de salvaguardar la integridad territorial e intervenir en tareas subsidiarias de orden interno en el país, son particularidades que para el militar le significan, adquirir una rigurosa formación especializada y con un irrestricto respeto y observancia de las garantías y derechos, que le permitan un correcto empleo de la fuerza con el uso legítimo de las armas, en salvaguarda de los intereses de la nación.

No debe llamar la atención de que esta circunstancia particular de actividades en un momento dado conlleve a cometer ilícitos cuando el militar se encuentra en actos del servicio y consecuentemente éstos acarreen un juzgamiento que amerita un tratamiento especializado en relación al resto de personas de la sociedad.

Finalmente, en cuanto a la seguridad jurídica considero necesario referirme al análisis y comentario de algunos factores que desde mi punto de vista deben ser visualizados para no afectar este derecho constitucional una vez ocurrido ya formalmente el traspaso de la justicia militar.

Tradicionalmente se ha definido a la seguridad jurídica como una razonable posibilidad que deben tener todos los ciudadanos sin distinción de la naturaleza de sus actividades, para contar con la certeza respecto de las actuaciones del poder, en este caso del Poder Judicial en la administración de justicia, en la protección de los derechos, en el amparo a las libertades, en la restauración de los daños y en el castigo de los delitos.

Se garantiza la plena vigencia de la seguridad jurídica con la absoluta independencia del Poder Judicial, que sumada a la simplicidad en el régimen procesal, a la estabilidad normativa, a la administración oportuna de la justicia, a esta sujeción del militar al poder ciudadano, contribuirían positivamente en el legítimo ejercicio de la consagración de los Derechos Humanos, de la igualdad, de la celeridad, y de la objetividad que debe rodear esta delicada responsabilidad.

ÍNDICE

	PÁGS.
RESUMEN	V
ABSTRACT	VII
RESUMEN EJECUTIVO.....	IX
 INTRODUCCIÓN.....	 1
 CAPÍTULO I	 4
1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR.	4
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO Y DEL FUERO MILITAR.	4
1.2. EL SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR.	9
1.2.1. Principios de la Justicia Militar.	9
1.2.2. Elementos de la Justicia Militar.	10
1.2.3. Subsistemas de la Justicia Militar.....	11
1.3. EL DELITO MILITAR.	12
1.3.1. Definición.	12
1.4. ESTRUCTURA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR.	13
1.4.1. En Época De Paz.	13
1.4.2. En Caso de Emergencia.....	15
1.5. BREVES NOCIONES DEL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR.....	15
1.5.1. La Jurisdicción Penal Militar.....	15
1.5.2. La Competencia.....	16
1.5.3. Características Básicas del Proceso Penal Militar.....	16
1.5.4. Trámite de Primera Instancia.....	17
1.5.5. Trámite de Segunda Instancia.....	24
1.5.6. Régimen de Impugnación.....	24
1.5.7. El Procedimiento Reservado.	25

CAPÍTULO II.....	27
2. CONSOLIDACIÓN DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL POR EL TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR A LA FUNCIÓN JUDICIAL.	27
2.1. CONCEPTO DE UNIDAD JURISDICCIONAL.....	27
2.2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.....	28
2.3. MOTIVOS FUNDAMENTALES QUE SUSTENTARON LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS COMETIDOS EN EL SERVICIO MILITAR.....	30
2.3.1. Derecho a la Igualdad.	30
2.3.2. Eliminación de Tipos Penales que vulneraban el Principio de Igualdad.....	30
2.3.3. Eliminación de Tipos Penales especiales que vulneraban el Principio de Lesividad.....	31
2.3.4. Establecimiento de Disminuciones o Agravantes Punitivas.....	31
2.3.5. Calificación del Sujeto Activo del Delito.....	31
2.3.6. Simplificación de los Tipos Penales.....	32
2.4. DESARROLLO CRONOLÓGICO DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL.....	32
2.5. EJECUCIÓN DEL TRASPASO DE LOS PROCESOS MILITARES A LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES PENALES.	35
 CAPÍTULO III	 41
3. CUMPLIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR A LA FUNCIÓN JUDICIAL.	41
3.1. PRESUPUESTOS JURÍDICOS REQUERIDOS PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA Y PROCEDIMIENTO EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN COMETIDOS POR MILITARES.....	41
3.1.1 Funcionarios sujetos a la aplicación de las Disposiciones Penales en caso de Cometimiento de Delitos de Función Militar.	42
3.1.2 Delitos cometidos dentro de los actos propios del servicio.	46
3.2. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN RELACIÓN AL TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR A LA JUSTICIA COMÚN.....	51
3.2.1 Juez Natural	53

3.2.2 Justicia Imparcial	56
3.2.3 La Cosa Juzgada. “ <i>Non Bis In Idem</i> ”	58
3.3. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ESPECIALIZADA.	59
CONCLUSIONES.	62
RECOMENDACIONES	65
BIBLIOGRAFÍA	66

ÍNDICE DE GRÁFICOS

PÁGS.

GRÁFICO 1. Elementos de la Justicia Militar.....	10
GRÁFICO 2. Tribunal de Justicia Militar.....	11
GRÁFICO 3. Diferencias entre los Subsistemas de Justicia Militar.....	12
GRÁFICO 4. Estructura Orgánica de la Corte Nacional de Justicia.	38
GRÁFICO 5. PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.	39
GRÁFICO 6. Personal Militar en el cumplimiento de funciones propias del servicio.	43
GRÁFICO 7. Clasificación del Personal de las Fuerzas Armadas.....	44

INTRODUCCIÓN.

Comenzaré este estudio, reseñando que mientras me encontraba estudiando la carrera de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Internacional SEK y simultáneamente laboraba como Analista Jurídico en la Corporación de Estudios y Publicaciones, ocurrió un cambio trascendental en la vida jurídica del país, al expedirse una nueva Constitución que establecía grandes transiciones, siendo la más importante para mí por ser el tema escogido para mi análisis, el traspaso de la justicia militar a la justicia ordinaria, en virtud del principio de la UNIDAD JURISDICCIONAL.

La actual Constitución de la República establece principios de gran importancia y transformación del Estado legalista en un Estado Constitucional de Derechos, en donde se privilegia la dignidad del ser humano por encima de la ley, y ratifica expresamente una determinación de la Constitución Política de la República de 1998, contenida en la Disposición Transitoria Vigésima Sexta, respecto al traspaso de la administración de justicia que dependía de la Función Ejecutiva a la Función Judicial.

Se reconocía expresamente el fuero especial para los miembros de la Fuerza Pública, constituida por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales, declarándose que para el caso de infracciones comunes estarían sujetos a la justicia ordinaria (Art. 187 C.P.), prevaleciendo el fuero que siempre fue parte integrante del Derecho Militar y que se aplicó tradicionalmente cuando regía el sistema judicial militar como un órgano dependiente del Poder Ejecutivo.

El sistema de administración de justicia estuvo integrado por oficiales militares, manteniéndose una jurisdicción especial que provenía desde los inicios de la vida republicana del Ecuador e incluso desde antes de su consolidación como Estado.

La disposición constitucional en referencia fue recogida en las leyes Orgánica de la Defensa Nacional y de Personal de las Fuerzas Armadas, pero no fueron cumplidas, manteniéndose la misma estructura y funcionamiento del sistema para juzgar infracciones de carácter penal propias del servicio, subsistiendo un sistema paralelo al de la administración de justicia común, confundiéndose en muchos casos la jurisdicción y competencia en relación al tipo de delitos, pues no se identificaba plenamente cuando se trataban de delitos de función o cuando se trataba de delitos ordinarios.

En el año 2008, la Asamblea Nacional Constituyente integrada para elaborar una nueva Carta Magna, que se constituyó en Montecristi, provincia de Manabí, determinó que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia y definió como uno de sus principios básicos garantizar a sus habitantes el derecho a una seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática, elaborando la Constitución de la República del Ecuador que hoy se halla en vigencia.

Para conseguir estos propósitos, se proclamó que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, asignando a la institución armada la misión fundamental de la defensa de la soberanía y la integridad territorial, y quedó establecido que los militares serán juzgados por los órganos de la Función Judicial en el caso de los delitos cometidos dentro de su misión específica y para ello se crearán las salas especializadas en materia militar, dejando el juzgamiento de las infracciones disciplinarias a los órganos competentes establecidos en la ley, es decir en el orden interno institucional (Arts. 160 y 188 C. R.); resaltando que en virtud de la unidad jurisdiccional ninguna de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria (Art. 167 Num. 4 C.R.).

En base a estas normas constitucionales vigentes, se produce el traspaso de la administración de justicia militar a la justicia común, y se expidió la Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial numero 196 año 1, con fecha de 19 de mayo de 2010, normativa que en la actualidad ya es parte del Código Penal común; efectuándose además las reformas correspondientes al Código Orgánico de la Función Judicial, que permitió la reorganización del sistema de administración de justicia con la creación entre otras, de las Salas Especializadas en materia penal militar.

Partiendo de lo ya expuesto, y bajo el principio de “formulación de objetivos” pretenderé analizar el tema a través del desarrollo de la presente investigación para verificar el objetivo general que planteo:

Determinar si el traspaso de la administración de justicia penal militar al sistema judicial común garantiza la seguridad jurídica declarada como premisa constitucional.

Planteo además los siguientes objetivos específicos:

- Comprobar si la legislación penal militar, tanto sustantiva como adjetiva, responde a los principios constitucionales y a la materialización de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.
- Establecer cuales son los delitos comunes sometidos a la justicia ordinaria y cuáles son los delitos cometidos por el personal militar dentro de su misión específica que deben ser juzgados por Salas Especializadas en materia militar pertenecientes a la Función Judicial.
- Comprobar si realmente la independencia judicial se traduce en el ejercicio constante de autonomía que garantice plenamente los derechos de los miembros de la institución militar.

Este planteamiento de objetivos lo he realizado para señalar los límites de mi investigación y aportar en el conocimiento necesario respecto del tema; ya que el Derecho Penal Militar es una especialidad dentro del Derecho Penal, y la forma de administrar justicia difería tanto en la forma como en el fondo con el sistema de administración de justicia común, pues en el primer caso se utilizaba el sistema inquisitivo escrito, en donde el juez tenía el rol de investigar los hechos, tarea que en la actualidad le corresponde al fiscal como titular de la acción penal.

Pretendo a través de la descripción de los antecedentes de la administración de justicia militar, sus órganos de ejecución y su procedimiento; enunciar en forma descriptiva los antecedentes que originaron el cambio descrito en párrafos anteriores, así como señalar las razones que motivaron este fenómeno de vanguardia, para entender si existieron fundamentos y argumentos suficientes que sustenten este cambio, pues hasta no hace mucho tiempo la tendencia a nivel latinoamericano era la de mantener una separación en cuanto al Derecho Militar, su “fuero especial” y la Administración de Justicia Ordinaria, sin embargo de la cual, nuestro país es uno de los primeros dentro de la región que ha procedido a efectuar este gran cambio dentro de su legislación.

CAPÍTULO I

1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO Y DEL FUERO MILITAR.

Del concepto de Derecho Militar de Cabanellas en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, se desprende que es:

“Una serie de principios y normas que regulan los deberes y derechos de la gente de guerra, milicia o estado castrense, así como también de los particulares cuando por circunstancias especiales, le corresponde el conocimiento al fuero de guerra, dejando en claro que esta es una rama del Derecho y como tal se encarga de regular la profesión militar, la beligerancia y la prestación del servicio militar, que se encabeza con los preceptos constitucionales relativos a esta materia y continúa con las diversas leyes y códigos de la milicia”.¹

Además, Cabanellas define al fuero militar como

“El derecho de todo militar a ser juzgado por la jurisdicción castrense en las infracciones características de su estado; y el deber de la justicia militar de someter a su juicio a cuantos militares y civiles incurran en los delitos o faltas típicamente militares... agregando que aunque existan algunos aspectos no penales, resulta indudable que el carácter del fuero militar es predominantemente criminal, sin excluir algunas intervenciones de otra especie, incluso de jurisdicción voluntaria”.²

¹ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 140.

² *Ibidem*, t. IV, p. 165.

La existencia del fuero militar, es el resultado del carácter de las corporaciones militares que conforman instituciones totales y cerradas, añadiendo que las normas de Derecho Militar se aplican a una institución que se ha percibido separada del resto de la sociedad.

Pero es desde este punto donde se empezaba a visualizar que en todo ambiente institucional cerrado se manifiestan debilidades y se producen excesos, y por esta razón se regularon marcos disciplinarios para tratar de encausar y manejar los problemas que surgían dentro de la institución; sin olvidar que responde a un régimen jerarquizado donde quienes están en los escalones superiores de mando interpretaban las normas y las imponían con elevado margen discrecional, en el que se manifestaba la personalidad autoritaria.

Los que consideraban a la justicia militar como una jurisdicción especial, partían de la concepción sostenida en que los militares son parte de una institución con valores propios que no se comparten con el resto de la sociedad, haciendo una comparación en este punto con la Iglesia (la misma que considera la necesidad de la existencia del Derecho Canónico, dada la peculiaridad de su organización y de sus integrantes); desprendiéndose la necesidad de ser regidos por normas de Derecho específicas, no aplicables al resto de la sociedad.

La existencia de la Justicia Militar y por ende de un fuero especial, afirmó la autonomía de las corporaciones militares, y no solo en razón de la capacidad técnica para manejar la amenaza o el ejercicio de la violencia, sino también por la posición de preminencia con respecto a las demás organizaciones sociales, al considerarse las fundadoras de la nación y del Estado, y de este modo ser una “institución tutelar” del mismo al que debían servir.

Haciendo un repaso de la historia; en los tiempos primitivos, las tribus elegían por jefe a quien consideraban como el más fuerte y el más hábil, quien ostentaba las funciones de caudillo, legislador, general, juez y pontífice, resaltando que lo jurídico se encontraba confundido con lo religioso y lo político. La fuerza era el primer elemento de poder y lo jurídico se basaba en la tradición y no en una noción elemental de la justicia que solo contaba con el respaldo de aplicabilidad cuando iba acompañada de la fuerza.³

³ GRANJA, Marco, Fuero para militares y el Derecho Penal Militar – Fundamentos Históricos y Constitucionales, disponible en internet:
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3237:fuero-para-militares-y-el-derecho-penal-militar-fundamentos-histaoacutericos-y-constitucionales&catid=48:derecho-militar&Itemid=420

a. La República de Platón.

En Grecia se esbozó un sistema filosófico ideal, en el cual el corazón de las ciudades lo constituían sus guardianes o guerreros, para quienes se había concebido un conjunto de derechos y limitaciones que equilibraban el poder que reposaba en sus armas, radicando en este punto la noción de subordinación de la función militar a la autoridad civil.⁴

b. Época Romana.

En el Digesto se estructuró un sistema en el que lo militar se encontraba íntimamente vinculado con lo jurídico y lo religioso, el César se creía Dios, y se establecía un Derecho diferenciado para quienes tomaban las armas para defender o incrementar las glorias del imperio.

Estas normas dirigidas para los guerreros, se plasmaron en los siguientes títulos del Digesto: *De Re Militari*, *Officio Militarum Judicum*, y, *De Officio Magistri Militum*.⁵

c. Edad Media.

En la época de las cruzadas se generaron varios derechos y obligaciones para quienes combatían por la conquista del Santo Sepulcro, **estableciéndose sobre las tropas una jurisdicción administrativa, disciplinaria y penal.**

Posteriormente la tradición romana llegó a España, en donde se resalta la existencia de fuero a favor de los militares que tenían jueces especiales para el conocimiento de sus causas, a través de las ordenanzas expedidas por los reyes quienes admitían los fueros y los privilegios de los militares como un permanente testimonio del aprecio que tenía el Estado en favor de quienes exponían su vida por defenderlo.

La jurisdicción militar perdió su característica pública (que le fue dada en la época romana) y adquirió una especie de fuero privilegiado debido al contexto histórico en el que se encontraba sumergida.

Con la revolución francesa en 1789 se despoja de su carácter de privilegio al reglamentar las relaciones del poder militar con el poder civil porque esta especie de privilegio iba en contra de uno de los principios más importantes erigidos en la época, la igualdad.⁶

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem.

d. América Latina.

Las primeras normas que reglaron la vida militar en América Latina datan de la época de la colonia y fueron las *‘Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos’* dictadas en San Lorenzo del Escorial, el 22 de octubre de 1768; dichas normas *‘especificaban las obligaciones del militar según su grado, haciendo especial atención al honor y a la disciplina del soldado y fijando el régimen jurídico de la esfera castrense’*.

A excepción de Brasil que no fue una colonia española en razón de su dominio portugués; los demás países continuaron sujetándose a las Reales Ordenanzas que señalaban las directrices del desempeño castrense durante el Siglo XIX; y que a pesar de no haber una línea completamente homogénea en la conformación de este marco legal, sí coincide en gran parte con el período de modernización del Estado que se dio entre las últimas décadas del siglo XIX y primera década del Siglo XX.

Algunas de estas normas mantuvieron su vigencia por casi un siglo, y tanto realistas como patriotas aplicaron el principio excluyente en el cual los miembros de las Fuerzas Armadas, poseían su propia jurisdicción y fuero en sus legislaciones; las que posteriormente fueron remplazadas en algunos de los países de la región, por las normas que actualmente se encuentran en vigencia; mientras que en otros Estados como Guatemala aún se hallan vigentes aquellas normas fundacionales de la Justicia Militar.⁷

e. Ecuador.

En la Constitución de 1830 en su artículo 51 se señalaba que *“Los individuos del Ejército y Armada están sujetos en sus juicios a sus peculiares ordenanzas”*; manteniéndose desde entonces, un esquema similar hasta que se llegó a la Constitución de 1945, en la que se incorporó modificaciones respecto de la aplicabilidad de la jurisdicción y el fuero a los militares siempre y cuando se refieran a actos relacionados con las funciones propias, y a través de la Constitución de 1946 regresaron las cosas a su estado anterior, habiéndose mantenido la tendencia de un fuero especial tanto para militares como para policías.

⁶Ibídem.

⁷ CASTRO, Gustavo, y otro, *Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”*, Informe Final, RESDAL, disponible en internet: <http://www.resdal.org/justicia/justicia-militar.html>

En el año de 1978 la Constitución reformada establecía, que *“Los miembros de la Fuerza Pública gozan de fuero especial”* *“...con excepción de las infracciones comunes, que las juzgará la justicia ordinaria”* advirtiéndose que la frase *“gozan de fuero especial”* conlleva la acepción de privilegio, sin que se haya considerado como tal, ya que como lo sostiene Jiménez de Asúa

“El rasgo más típico que se asigna al derecho punitivo del ejército de Tierra y de Mar es una mayor severidad que la que impera en el Derecho Común, oriunda de las exigencias de evidencias y disciplina... por eso se castigan con duras penalidades variadas formas de desobediencia e indisciplina; por eso, actos inocentes como el sueño, cobran la figura de un delito grave, en el centinela que se duerme”.⁸

Lo que denota que existe mayor severidad al momento de imponer una pena en el ámbito militar que en el ámbito civil a razón del estilo de vida castrense característico del militar.

La Constitución de 1998 mantenía la tendencia descrita a lo largo de esta cronología ecuatoriana; ya que en el artículo 187 constaba, que *“Los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales. En caso de infracciones comunes, estarán sujetos a la justicia ordinaria”*, esto pese a que ya se encontraba establecida la unidad jurisdiccional que no se hizo efectiva y se mantuvo el fuero especial para los miembros de las Fuerzas Armadas y la jurisdicción de los jueces militares para administrar justicia.⁹

En la Constitución de la República del 2008, en el último inciso del artículo 160 se dispone que *“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 las salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley”*, norma constitucional complementada con lo constante en el artículo 167 numeral 3, que dice *“En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.”*¹⁰

⁸ GRANJA, Marco, ob. cit.

⁹ Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial de 5 de junio de 1998, artículo 187.

¹⁰ Constitución de la República, Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008, artículos 160 y 167.

Defensores del fuero militar resaltan que el fuero especial al que estaban sujetos los miembros de las Fuerzas Armadas no se trataba de un “privilegio” de ninguna naturaleza o peor aún una “impunidad”, sino más bien, resaltan que el fuero especial debía ser entendido como el sometimiento de las personas que optaron por la carrera de las armas, a un sistema de justicia mucho más drástico que el contemplado para el común de las personas.

1.2. EL SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR.

La configuración como un sistema, se debió antes que a motivos técnico jurídicos, a razones relacionadas con contextos histórico-políticos particulares, en donde el carácter de la Institución Castrense le permitió a este sistema formular y mantener espacios de jurisdicción propios, diferentes a los de la jurisdicción manejada en la justicia ordinaria.

1.2.1. Principios de la Justicia Militar.

Se entendía como la aplicación al personal militar de normas basadas en principios institucionales, con el objetivo de proteger bienes jurídicos como la integridad de las Fuerzas Armadas, la defensa nacional y/o la seguridad del Estado.

La Justicia Militar, se desarrolló en armonía con sus propios elementos y los principios del *ethos* militar que son los siguientes:

a. La Disciplina como Fundamento Organizacional.

La disciplina es entendida como la coacción permanente sobre las actitudes, acciones y tiempos de los individuos, es un valor fuertemente inculcado en la vida militar, que busca un comportamiento obediente, ordenado y con objetivos claros.

b. La Diferenciación con lo Civil y la Autonomía Institucional.

La profesión militar no es una ocupación como cualquier otra, es una opción de vida en la que se comprende la aceptación de un conjunto de valores, creencias y modelos de comportamiento que difícilmente pueden ser abandonados a lo largo de la vida de una persona.

En este sentido, entre los propios miembros de las Fuerzas Armadas existen reflexiones como “*hay una sociedad civil fundada sobre la libertad y una sociedad militar fundada sobre la obediencia*”.¹¹

Este profundo sentimiento de diferenciación con la población civil, se refuerza con el surgimiento de diversos ámbitos propios administrados por y para militares, que incluyen aspectos tan diversos como la formación del personal, el desempeño profesional, la residencia, el esparcimiento, la provisión de servicios y bienes públicos, entre otros.¹²

1.2.2. Elementos de la Justicia Militar.

Dentro del funcionamiento del sistema de Justicia Militar, se distinguían al menos tres elementos básicos que se encontraban en juego:



GRÁFICO 1. Elementos de la Justicia Militar.

- a. Las normas que comprendían delitos y procedimientos y las faltas disciplinarias que se conservaban en la estructura militar.
- b. Los jueces y fiscales que eran parte de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y administraban justicia por el cometimiento de delitos militares, aplicando las normas a esa época vigentes.

¹¹RIAL, Juan, La Justicia Militar-Entre la Reforma y la Permanencia, RESDAL, Buenos Aires, primera edición, 2010, pp. 32.

¹²Ibídem, pp. 31-33.

- c. Los sujetos sobre los cuales se aplicaban las normas penales y disciplinarias, eran personal en servicio activo (oficiales y tropa), que durante el ejercicio de sus funciones dentro o fuera de los cuarteles, unidades y dependencias de la institución militar, incurría en delitos y por ello se sometía a la jurisdicción penal militar.¹³

1.2.3. Subsistemas de la Justicia Militar.

A continuación se presenta un cuadro de características que diferencian un subsistema del otro.¹⁴



Justicia



GRÁFICO 2. Tribunal de Justicia Militar.

¹³ Ibídem, pp. 38-41.

¹⁴ Ibídem, pp. 34-36

SUBSISTEMAS DE JUSTICIA MILITAR	
DISCIPLINARIO MILITAR	JUDICIAL MILITAR
Actos catalogados como infracciones disciplinarias.	Delitos militares cometidos dentro de su misión específica.
Falta disciplinaria: Toda acción cometida intencionalmente o por negligencia del personal militar que afecta el régimen disciplinario.	Delito militar: Toda acción tipificada como ilícita que afecta un bien jurídico-institucional específico del ámbito castrense y relacionado con la función militar.
Principales características: - Normas que regulan minuciosamente el comportamiento militar y los procedimientos de aplicación de sanciones. - Competencia atribuida al superior jerárquico militar para la aplicación de sanciones.	Principales características: - Normas que regulan los actos que agravan la institución y la seguridad del Estado y señalan las penas correspondientes. - Competencia atribuida a jueces y tribunales especializados en materia.
Instrumento legal: Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar (Acuerdo Ministerial 1909 - 15/12/2008. Última reforma: Acuerdo Ministerial 1057-13/07/2009).	Instrumento legal: Código Penal Militar. Registro Oficial Suplemento 356 de 6 de noviembre de 1961. DEROGADO. Código de Procedimiento Penal Militar. Registro Oficial Suplemento 356 de 6 de noviembre de 1961. DEROGADO. Ley Orgánica del Servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas. DEROGADA.

GRÁFICO 3. Diferencias entre los Subsistemas de Justicia Militar.

1.3. EL DELITO MILITAR.

1.3.1. Definición.

“Un acto militar considerado como culpable debe necesariamente violentar el bien jurídico protegido, que nace de la función destinada a cumplir los miembros de las

Fuerzas Armadas, como es velar por la seguridad externa..”¹⁵ del Estado agregándose que dentro del criterio positivo, el delito militar es todo aquel que aparecía penado en el hoy derogado Código Penal Militar, o en alguna ley complementaria, y que no constituía falta disciplinaria.

Estos delitos se caracterizaban por:

- a. Su esencia: como la desertión.
- b. Por razón de la persona: como la rebelión, que intentada por un miembro de las Fuerzas Armadas, pertenecía al fuero castrense.
- c. Por el lugar de comisión: como ciertas infracciones que competían a la justicia militar por realizarse en cuarteles, naves de guerra, aeródromos militares, etc.¹⁶

Además aún en la actualidad, un acto militar considerado como delictivo debe necesariamente violentar el bien jurídico protegido que nace de la función destinada a los miembros de las Fuerzas Armadas, como es el de velar por la seguridad externa del Estado.¹⁷

1.4. ESTRUCTURA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR.

La Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas determinaba la organización de la Administración de Justicia Militar de la siguiente manera:

1.4.1. En Época De Paz.

Para los fines de administración de justicia militar se determinaba que era ejercida por los Tribunales y Juzgados Militares establecidos por Ley y éstos constituían órganos con jurisdicción, que son los siguientes:¹⁸

a. Corte de Justicia Militar.

La Corte Suprema de Justicia Militar, era el máximo organismo de administración de justicia de las Fuerzas Armadas, con jurisdicción nacional; es decir que la ejercía en todo el territorio de la República y era la encargada de conocer y juzgar en segunda instancia las causas penales elevadas en virtud de los recursos de apelación y nulidad respecto de las sentencias pronunciadas por el inferior.

¹⁵ CASTRO, G. y otro, *Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos” – Informe Final*, RESDAL, Red de Seguridad y Defensa de América Latina.

¹⁶ RIAL, Juan, ob. cit., p. 69.

¹⁷ CASTRO, Gustavo, y otro, ob. cit.

¹⁸ Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas, Registro Oficial-Suplemento 356 de 06 de noviembre de 1961, artículo 8.

Era la encargada de conocer y resolver las causas que en consulta, eran elevadas por el tribunal de primera instancia con los autos de sobreseimiento.

Conocía en primera instancia las causas penales militares por las que debían ser juzgados: el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, los Comandantes Generales de Fuerza, los Comandantes de Zona, los Generales o sus equivalentes en la Fuerza Naval y Aérea.

Se constituía en Organismo de Control que vigilaba la pronta y buena administración de justicia en las Comandancias de Zona, Juzgados y Fiscalías Militares.

Órgano sancionador que imponía multas a los que hubieren retardado o descuidado la práctica de las diligencias a su cargo.

b. Consejos de Guerra.

i. Consejo de Guerra de Oficiales Superiores.

Encargado de juzgar en primera instancia los crímenes militares cometidos por individuos de tropa y gente de mar, en servicio activo.

ii. Consejo de Guerra de Oficiales Generales.

Juzgaba en primera instancia los crímenes militares cometidos por oficiales y aspirantes a oficiales en servicio activo.

iii. Consejo de Guerra Verbal.

Juzgaba a los militares en servicio activo de las Fuerzas Armadas sindicados por traición a la Patria, conspiración, sedición y rebelión; cobardía manifiesta, insubordinación grave, desertión en campaña, espionaje, motín y por los crímenes cometidos por medio de incendio o explosivos.¹⁹

c. Comandantes o Jefes de Zona.

Los Comandantes de Zona, eran Oficiales de arma, Generales que a más de ejercer el comando en su calidad de Jueces de Derecho, también ejercían jurisdicción militar en la zona bajo su mando, una División, Escuadra Naval o Alas, según se trate de la Fuerza Terrestre, Naval o Aérea, respectivamente.

¹⁹ CARDENAS, Julián, El Papel del Defensor Público Militar en las Fuerzas Armadas, Tesis Doctoral, Instituto Superior de Postgrado de la Universidad Central del Ecuador, 2006, pp. 50-54

La característica peculiar de los Comandantes de Zona, radicaba en que sin ser abogados ejercían jurisdicción penal militar, en su calidad de jueces de Derecho, a cuyo cargo y responsabilidad se hallaba el juzgamiento de las infracciones penales militares reprimidas con penas de prisión cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo, a partir de la etapa del plenario.²⁰

d. Jueces de Instrucción.

Correspondía al Juez de Instrucción, iniciar el sumario en los procesos que se instauraban por infracciones al Código Penal Militar, previa disposición del Comandante de Zona y/o Juez de Derecho.

Practicaban las diligencias dispuestas en el Sumario y su actividad se subsumía a cumplir tareas de carácter investigativo para determinar la existencia o no del hecho punible, sin que les hubiere correspondido emitir pronunciamiento resolutivo alguno.

El Fiscal era el funcionario colaborador del juez instructor en la investigación de la falta o delito cometido y sus pronunciamientos los realizaba a través de los dictámenes respectivos.²¹

1.4.2. En Caso de Emergencia.

Correspondía también a la Justicia Militar intervenir en casos de emergencia en los que eventualmente podía hallarse el Estado, cuando se producía una situación fuera de lo normal tal como un conflicto bélico o un grave desorden interno, dictándose para ello los correspondientes estados de excepción que se encontraban en esa época contemplados en la Constitución y bajo la esfera de la derogada Ley de Seguridad Nacional.²²

1.5. BREVES NOCIONES DEL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR.

1.5.1. La Jurisdicción Penal Militar.

El Código de Procedimiento Penal Militar nos hablaba sobre la jurisdicción y fuero militar, y textualmente indicaba su artículo 1 que “*La jurisdicción penal militar nace de la Ley, y su ejercicio corresponde a los juzgados y tribunales militares*”, agregando una aclaración en el artículo 2 del mismo cuerpo legal que indicaba que:

“La jurisdicción comprende:

²⁰Ibídem, pp. 55, 56 y 57.

²¹ Ibídem, pp. 67 y 68.

²² ibídem p. 69.

La facultad de investigar las infracciones cometidas por los militares de las Fuerzas Armadas, sancionadas por el Código Penal Militar y por las demás leyes de la materia, siempre que estas infracciones sean de carácter militar. Las de índole común corresponden a los jueces y tribunales comunes; y,

La de juzgarlas y hacer que se cumplan los fallos”.²³

De lo expresado se advierte que la jurisdicción penal militar, nació de la Ley que estableció que las infracciones militares debían ser conocidas por los juzgados y tribunales penales militares quienes tenían la facultad de investigar, tramitar, juzgar e imponer sanciones a los infractores y finalmente vigilar que se cumplan las decisiones jurisdiccionales que habían sido dictadas.

La jurisdicción militar, al igual que las leyes militares, fue determinada para regir dentro del territorio nacional, dividiéndolo en zonas y asignándole a cada una sus provincias y poblaciones donde existían o podían existir desempeño de actividades militares para el efecto, la jurisdicción se distribuyó en razón de jerarquía de los individuos, del territorio y de las instancias.²⁴

1.5.2. La Competencia.

Dentro de la administración de justicia penal militar, la competencia se encontraba determinada por el artículo 7 del derogado Código de Procedimiento Penal Militar, que disponía:

“En cuanto a la competencia de los jueces y tribunales se observarán las reglas siguientes:

- Hay competencia del juez o tribunal cuando la infracción se ha cometido en la sección territorial en que el juez o tribunal ejerce jurisdicción;...
- ...Cuando un militar hubiere cometido infracciones de la misma naturaleza en diversas zonas, será competente el juez de cualquiera de ellas que prevenga en el conocimiento de la causa”.²⁵

Estas reglas eran analizadas con anterioridad al inicio del enjuiciamiento penal.

1.5.3. Características Básicas del Proceso Penal Militar.

Al respecto se señala que en materia procesal militar, se destacaban las siguientes características básicas.

²³ Código de Procedimiento Penal Militar, Registro Oficial Suplemento 356 de 6 de noviembre de 1961, artículo 1.

²⁴ *Compendio del Juicio Penal Militar*, ob. cit., p. 44.

²⁵ Código de Procedimiento Penal Militar, ob. cit., artículo 7.

- a. El procedimiento de administración de justicia, que se encontraba contemplado en el Código de Procedimiento Penal Militar, recogía el antiguo sistema procesal mixto, con la combinación entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, eminentemente escrito.
- b. Solamente existía una clase de acción penal pública, impulsada de oficio, sin que se admita la acusación particular, como ejemplo si se perpetraba un robo, por parte de un militar en servicio activo en actos de servicio en contra de otro militar, no podía aceptarse la acusación particular de los familiares del agraviado, limitándose únicamente a denunciar el hecho al juez militar.
- c. Los únicos sujetos procesales eran: el imputado y el Ministerio Público Militar; contemplándose igualmente la intervención de los defensores de oficio.
- d. En cuanto a las etapas procesales, existían:
 - Sumario
 - Etapa Intermedia
 - Plenario
 - o Por Delitos Militares
 - o Por Crímenes Militares
 - Impugnación.²⁶

1.5.4. Trámite de Primera Instancia.

a. Diligencias Pre-Procesales.

Se señalaban como diligencias pre-procesales, el reconocimiento del lugar de la infracción y de los vestigios que podían desaparecer por acción del tiempo sin que fuera necesaria la iniciación de un proceso, sino que una vez practicados, serían incorporados al proceso y debían ser valorados en el momento procesal oportuno.

Otros eran: el hecho de que el Juez Militar, antes de iniciar el Auto Cabeza de Proceso debía tener la presunción de la existencia de una infracción contemplada como delito en el Código Penal Militar y que el presunto infractor sea un militar en servicio activo o un servidor público sujeto al juzgamiento militar.

²⁶ CARDENAS, Julián, ob. cit., p. 71

b. El Sumario.

Dentro de esta etapa, el juez que conocía el proceso militar debía ordenar verbalmente el arresto sobre quienes recaían indicios o presunciones de ser autores, cómplices o encubridores de una infracción, procediéndose inmediatamente a la detención de estos individuos, este arresto o prisión preventiva se cumplía dentro de un cuartel o establecimiento penal militar del lugar donde se ventilaba el juicio, manteniendo al indiciado en incomunicación hasta que rindiese declaración indagatoria, sin que ésta exceda las 24 horas.

Las formas en las que se podía originar el proceso y por ende el juicio penal militar básicamente eran:

- Conocimiento propio;
- Avisos Confidenciales;
- Denuncia formal;
- Notoriedad de la infracción;
- Partes o comunicaciones oficiales.

En cuanto a la pretensión punitiva, ésta le correspondía al Fiscal Militar, quien en representación de la sociedad civil, se convertía en el acusador de ser necesario y se encontraba en la obligación de receptar las aportaciones probatorias que le fueran presentadas, para que a través de él se presenten en el proceso; y en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios, se disponía que cuando era procedente y sin necesidad de ser reclamados, estos eran resarcidos a los perjudicados.

El de cabeza de proceso, se debía detallar el hecho punible y las circunstancias en que fue ejecutado, así como el lugar, día y hora en donde se lo cometió y si las personas que presumiblemente lo cometieron estaban sujetas a la jurisdicción y competencia del juez militar.

El juez militar debía mandar a practicar las diligencias que él creía pertinentes para llegar a descubrir la verdad de los hechos, la forma en la que se cometió y la participación de los sujetos activos del delito.

El Juez de Instrucción, el Fiscal de Zona y el Defensor de Oficio o Defensor Particular, eran los sujetos procesales y por lo tanto cuidaban de que cumplan las diligencias que disponía el Juez y así mismo podían solicitar la realización de nuevas diligencias o podían

aportar pruebas que lleven al esclarecimiento de los hechos y a la individualización de los responsables.

El juez instructor tenía la obligación de practicar las diligencias que conducían a la comprobación de la existencia de la infracción y sus circunstancias, aun cuando el sindicado hubiese confesado que era autor de la infracción que se encontraba en investigación.

El sumario en la marcha frente al enemigo (es decir en tiempo de guerra), debía concluir en 24 horas y en 10 días en tiempo de paz, en el primer caso se establecía un cumplimiento estricto ya que la aplicación de justicia debía ser inmediata y el proceso penal militar debía llevarse a cabo con la mayor celeridad posible, en el segundo caso una vez concluido el plazo mencionado, se disponía el cierre y era elevado a conocimiento del Juez de Derecho superior en la administración de justicia, poniendo a su disposición a los sindicados y los objetos o evidencias que se hubieren recogido durante las investigaciones.²⁷

c. Etapa Intermedia.

Una vez que el Juez de Derecho avocaba conocimiento del proceso, disponía que se corra traslado al Fiscal de Zona para que en un término de 6 días, emita un dictamen, pudiendo solicitar al Juez una prórroga de tiempo para pronunciarse. En el caso de que esta decisión fuere acusatoria, el Fiscal estaba facultado para solicitar al órgano de jurisdicción penal militar que dicte auto de llamamiento a juicio plenario por considerar que él o los sindicados eran culpables del hecho que se les imputaba o en su defecto solicitaba que se dicte auto de sobreseimiento por considerar que los imputados eran inocentes.

El Fiscal, antes de emitir su dictamen podía solicitar al Juez que se declare nulo lo actuado y se reponga el proceso desde donde se había producido la omisión, igualmente tenía la facultad de pedir al Juez que reabra el sumario cuando a su criterio no se habían practicado las diligencias necesarias para la comprobación del hecho que se presumía delictivo o para la individualización de los autores, cómplices o encubridores, el juez calificaba la petición del Fiscal y de considerarla fundada proveía de la forma solicitada.

Dentro de esta etapa, el Juez en el menor tiempo posible estaba en la obligación de emitir el auto de sobreseimiento, el auto de llamamiento a juicio plenario o motivado según el caso, y eran los siguientes:

²⁷ Código de Procedimiento Penal Militar, ob. cit., artículos 30-69.

- Auto de Sobreseimiento:
 - o Definitivo
 - o Provisional
 - o Total
 - o Parcial

Los autos de sobreseimiento, cualquiera fuere su clase eran elevados a consulta a la Corte de Justicia Militar, que tenía la potestad de confirmar el auto subido en grado, de revocarlo o de aclararlo y una vez hecho, se devolvía el proceso al juzgado de origen para que fuera notificado a las partes y cause ejecutoria.

e. El Plenario

i. Plenario en Juicios por Delitos Militares.

Iniciaba con el auto de llamamiento a plenario emitido por el Juez de Derecho o Comandante de Zona una vez que se había llegado a la comprobación del hecho delictivo tipificado como delito y que igualmente se evidenciaba la existencia de serias presunciones de responsabilidad en contra de un militar en servicio activo, la disposición legal violentada o que era aplicable al hecho cometido por el sindicado o los sindicados, las diligencias evacuadas y especialmente las pruebas que servían de sustento para el dictamen del auto mencionado; el juez disponía que el sindicado rinda confesión y nombre del defensor dentro del término de dos días, el cual comenzaba a decurrir una vez que el auto se encontraba ejecutoriado.

Podía ser apelado ante la Corte de Justicia Militar sin que fuera necesaria argumentación o fundamentación alguna, ya que solamente bastaba la enunciación del desacuerdo con el auto y el pedido de aplicación del segundo inciso del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal Militar, para que se lo califique como procedente y se remitan los autos al superior.

Al igual que el Sumario, la sustanciación en el plenario por infracciones calificadas como delitos, era por escrito.

• Confesión del Sindicado.

Éste acudía ante el Juez de Derecho y una vez que se le hacía conocer la imputación formal de ser autor, cómplice o encubridor de una infracción tipificada dentro del Código Penal Militar como delito, debía manifestar su inocencia o aceptar su culpabilidad en el hecho

delictivo por el cual se le había llamado a plenario, esta confesión debía realizarla en presencia de su abogado defensor y sin juramento.

Después de recibida la confesión y con el nombramiento del defensor particular o de oficio, se daba traslado con la acusación fiscal si existía o caso contrario con el auto de llamamiento a juicio plenario para que el defensor del sindicado lo conteste en un término de cuatro días.

- **Contestación al Dictamen Fiscal.**

El defensor del sindicado tenía que contestar el escrito de acusación fiscal o en su defecto el del auto de llamamiento a juicio plenario dentro del término anteriormente mencionado, tratando de desvirtuar la acusación del Fiscal o los fundamentos del Juez para llamar a plenario al sindicado.

La contestación al dictamen fiscal debía haberse situado antes de la emisión del auto de llamamiento a juicio plenario, ya que de esta manera el defensor del sindicado podía intervenir aportando piezas procesales que hubieran ayudado al juez a la obtención de mayores elementos de juicio para resolver, pero como se nota la contestación se daba después y una vez efectuada o en rebeldía del defensor se continuaba con el proceso y la apertura de la causa a prueba.

- **El Término de Prueba.**

Para obtener la certeza de la existencia de un hecho delictivo y la culpabilidad de un sospechoso, el Juez, el Fiscal de Zona y él o los sindicados debían aportar todos los medios de prueba que estaban a su alcance y de acuerdo al sano criterio de cada uno.

Concluido el término probatorio, el Juez lo disponía en providencia y ordenaba al Fiscal y al defensor del sindicado que presenten sus informes en Derecho, por su orden y en un término de tres días, las partes podían hacer valer el pedido de actos probatorios que no se hubieren realizado dentro del término mencionado, para lo cual el Juez podía otorgar una prórroga de seis días sin que se pueda solicitar nuevas pruebas, pero dejando la posibilidad de repreguntar a los testigos o de tacharlos en caso de haberse encontrado en contraposición de las normas legales pertinentes.

- **Los Alegatos.**

Los alegatos eran los que, el Fiscal y el sindicado mediante su defensor presentaban al Juez en sus escritos respectivos donde resumían las actuaciones realizadas y argumentaban las razones legales de la existencia de dichos actos dentro del proceso.²⁸

- **Trámite en Caso de Sindicado Prófugo.**

En el proceso militar era necesario pero no indispensable que el presunto autor de la infracción por el que se había iniciado el Sumario esté detenido y a órdenes del Juez, si esto ocurría el trámite, era el descrito anteriormente.²⁹

- **La Sentencia.**

La Sentencia consistía en la culminación de todo proceso investigativo y presuntivo, arribando a una resolución que podía ser condenatoria o absolutoria en la que se incluía para el primero de los casos las penas accesorias tales como la separación del militar del servicio activo.³⁰

Era notificada a las partes y era susceptible de los recursos de apelación, nulidad o revisión que debían ser propuestos legalmente dentro del término de tres días para que posteriormente se procediera a la remisión del proceso a la Corte de Justicia Militar.³¹

ii. Plenario en juicios por Crímenes Militares.

Los crímenes militares eran los que el Código Penal Militar había previsto que obtengan una sanción de reclusión, su sustanciación en cuanto al Juicio Penal Militar era idéntica en cuanto a la sustanciación del proceso por delitos militares en lo que respecta al sumario y a la etapa intermedia.

El trámite variaba a partir de la etapa intermedia, en la cual el Juez de Derecho dictaba el Auto Motivado y tenía que constar en detalle, la declaración de la formación de la causa y su elevamiento a proceso criminal que debía ser sustanciado ante el Consejo de Guerra.

Una vez cumplidas con las diligencias, el Juez de Instrucción a través del secretario remitía el juicio dejando constancia de ese acto en el mismo proceso, el Juez de Derecho recibía el

²⁸ Ibídem, artículos 70-79.

²⁹ Ibídem, artículo 80.

³⁰ La aplicación de los artículos 26 y 61 del Código Penal Militar, indicaban que cuando existían dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, por ejemplo, la pena de prisión podía ser sustituida según los casos hasta por ocho días de prisión.

³¹ Código de Procedimiento Penal Militar, op. cit., artículos 81-85

proceso, ordenaba que se realice el sorteo de los miembros que debían conformar el Consejo de Guerra respectivo, señalando día y hora tanto como para el sorteo como para la reunión en un lugar público.³²

- **Sustanciación ante el Consejo de Guerra de Oficiales Superiores.**

El Juez de Derecho debía señalar lugar, día y hora en el que debía reunirse en Consejo y debía designar quien lo presidiría; este señalamiento era notificado al sindicado, al fiscal, al defensor, a los vocales del consejo, al auditor de guerra y concurrían además, el Juez de Instrucción y su Secretario.

El Presidente disponía que el Auditor de Guerra redacte el acta de la sesión privada del Consejo en la cual constaba el cumplimiento de las disposiciones legales que antecedían; la expedición del fallo fundado en el veredicto explicando la razones que lo produjeron; el acta era firmada por todos los vocales y cuando estaba lista la sentencia, se ordenaba la presencia del juez de instrucción, el secretario, el fiscal, el sindicado, el defensor y demás personas que querían escuchar la sentencia, su lectura se tomaba como notificación a las partes que debían firmar a continuación de la sentencia.

El juez de instrucción entregaba el proceso al Comandante de Zona, para que después de tres días de notificada la sentencia, se eleve el proceso a la Corte de Justicia Militar en consulta o por los recursos de revisión, apelación o nulidad que eran interpuestos por las partes. Se consultaban de manera obligatoria las sentencias absolutorias y las condenatorias de más de ocho años de reclusión; las sentencias absolutorias debían ser publicadas en el registro oficial.³³

- **Sustanciación ante el Consejo de Guerra de Oficiales Generales.**

Cuando los Consejos de Guerra imponían las penas de reclusión ordinaria o extraordinaria a los condenados, estos eran necesariamente expulsados de las Fuerzas Armadas y cumplían la pena impuesta en las Penitenciarías y se sujetaban a los reglamentos de estos establecimientos.³⁴

³² Ibídem, artículos 86-95.

³³ Ibídem, artículos 96-138.

³⁴ Ibídem, artículos 140-143.

- **Sustanciación ante el Consejo de Guerra Verbal.**

El Consejo de Guerra Verbal era conformado inmediatamente de que el Juez de Derecho tenía conocimiento del crimen, ya hubiera sido por denuncia particular u oficial o por órdenes de los jefes de cualquiera de las ramas de las Fuerzas Armadas; se tenía por auto de cabeza de proceso la orden del Comandante de Zona y el Juez de Instrucción procedía a preparar el juzgamiento del militar que era sindicado por cualquiera de los crímenes comprendidos en el artículo 144 del Código Penal Militar.³⁵

1.5.5. Trámite de Segunda Instancia.

Una vez que llegaban a la Corte los procesos remitidos por los juzgados de las diferentes zonas militares, se ordenaba que el Ministro Fiscal procediese a emitir el dictamen que correspondía.³⁶

1.5.6. Régimen de Impugnación.

Los recursos de impugnación debían ser presentados conforme a Derecho y en los plazos o términos que correspondían en cada caso.

a. Apelación del Auto de Llamamiento a Juicio Plenario.

Llevaba inmersa la pretensión de que la Corte de Justicia Militar revoque o reforme el auto de llamamiento a Plenario que había sido dictado por el Juez de Derecho.

Cuando este auto era revocado, la Corte dictaba el auto respectivo y devolvía el proceso al Juzgado de origen para que se continuara con el trámite respectivo.³⁷

b. Apelación de la Sentencia.

Procedía la apelación de la sentencia emitida por el Juez de Derecho o del Consejo de Guerra respectivo, cuando era presentada dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución, y al igual que en el auto de llamamiento a plenario el proceso era remitido a la Corte de Justicia Militar para que sea resuelto lo procedente en mérito de los autos.

La resolución dictada por la Corte era devuelta al juez que dictó la sentencia para que procediera a la notificación de las partes y su ejecución.

³⁵ Ibídem, artículos 144-152.

³⁶ Ibídem, artículos 153-161.

³⁷ Ibídem, artículo 71.

c. Recurso de Nulidad.

Este recurso pretendía impugnar una sentencia o todo el proceso penal militar basado en las causales del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal Militar, entre otras las siguientes:

1. Falta de jurisdicción y competencia;
2. Falta de comprobación del cuerpo del delito;
3. Falta de Citación al sindicado presente, con el auto de cabeza de proceso, nombramiento de peritos, auto motivado o de llamamiento a juicio plenario;
4. No haberse nombrado defensor del sindicado en el auto motivado o de llamamiento a juicio plenario, en el caso de que aquél no lo hubiese hecho.³⁸

d. Recurso de Revisión.

Si bien es cierto que en el artículo 138 del Código de Procedimiento Militar, se admitía el recurso de revisión, no se determinaba la forma, causales y procedimiento para presentarlo y por ello, se aplicaba lo dispuesto en el artículo 177 del mismo cuerpo legal, que en definitiva establecía la aplicación en forma supletoria de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal común respecto a esta situación.³⁹

Una vez presentado este recurso la Corte lo conocía y lo resolvía en mérito de los autos y en base a la fundamentación del recurso, resaltando que la finalidad del mismo era hacer cesar o corregir una injusticia en cualquier tiempo.

1.5.7. El Procedimiento Reservado.

En lo referente a la tramitación de los Juicios Penales Militares, cuando se trataba del juzgamiento en el Consejo de Guerra Verbal, se preveía el procedimiento reservado que constituía la limitación en la participación de las partes.

Se calificaba de reservado a un procedimiento cuando se consideraba que estaban involucradas razones de “interés nacional” o por la naturaleza del juicio. Una vez expedido

³⁸ Ibídem, artículos 165-166.

³⁹ Ibídem, artículos 138 y 177 y Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial-Suplemento 360 de 13 de enero de 2000, artículos 359 y 160.

el fallo, y elevado a consulta a la Corte de Justicia Militar, también se observaba lo dispuesto por el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal Militar.⁴⁰

Al haber realizado esta descripción de la Administración Justicia Penal Militar, en cuanto a sus orígenes, sus instituciones y la forma en la que se llevaba el Proceso Penal en caso de cometer delitos por parte de los funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas, se da paso al análisis de los motivos principales por los que se plantea el traspaso de toda la Institución de Justicia dependiente del Poder Ejecutivo a la Función Judicial en base a la unidad jurisdiccional.

⁴⁰ Ibídem, artículos 162-164.

CAPÍTULO II

2. CONSOLIDACIÓN DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL POR EL TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR A LA FUNCIÓN JUDICIAL.

2.1. CONCEPTO DE UNIDAD JURISDICCIONAL.

“La unidad jurisdiccional, tiene tres acepciones que no siempre se tienen presentes por su parecido; las que son:

- a. Monopolio en la aplicación del Derecho: solo los órganos judiciales pueden aplicar las normas jurídicas a los litigios concretos, y además, solo pueden cumplir esta función y ninguna otra.
- b. Resolución plena del asunto confiado a su competencia, sin que se puedan separarse elementos de la litis, para confiarlos a otro centro decisorio distinto.
- c. Inexistencia de especies de delito o personas cualificadas sustraíbles a su jurisdicción”.⁴¹
- d. “La exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción por parte de auténticos jueces independientes de las restantes funciones del Estado, se concreta en la unidad jurisdiccional, que elimina la posibilidad de que otros órganos no judiciales administren justicia”.⁴²

De estas acepciones las que más se aplican para el fin del estudio, son la primera y la última, pues refiere que los únicos llamados a ejercer la administración de justicia son los órganos destinados específicamente para ello, aclarando que solo pueden cumplir esta función y ninguna otra.⁴³

⁴¹ Definiciones Legales, disponible en internet:

<http://www.definicionlegal.com/definicionde/Unidadjurisdiccional.htm>

⁴² BENALCAZAR G. Juan, *Algunas ideas sobre la unidad jurisdiccional*, Revista Judicial, Diario La Hora, 2008.

⁴³ Constitución de la República, ob. cit., artículo 226.

Profundizando al respecto, se establece que *“la unidad jurisdiccional es un principio que requiere que cualesquiera que sean las personas y el Derecho material aplicable, sean Juzgados y Tribunales...”* integrados en la Función Judicial *“...quienes ejerzan la potestad jurisdiccional”*, agregando y resaltando a su vez que *“la unidad jurisdiccional exige que haya un solo Poder Judicial...”*; a esto se suma *“...que contiene el principio subordinado de exclusividad...”*, que implica la prohibición de atribuir la potestad jurisdiccional a ningún otro órgano que no sea de aquellos que integran el Poder Judicial. La admisión de decisiones de carácter jurisdiccional, adoptada por un órgano no judicial, sería inconstitucional y no podría generar ningún efecto jurídico, por cuanto se estaría violando la garantía constitucional del debido proceso, sin que esto implique que *“...la Administración Pública no pueda aplicar el Derecho para casos en que se afecten derechos subjetivos concretos, pero siempre que sus resoluciones puedan ser recurridas posteriormente ante los órganos del Poder Judicial competentes para su conocimiento.”*⁴⁴

Es tan inconstitucional que órganos no judiciales pretendan ejercer la potestad jurisdiccional aun en forma concurrente, como que los órganos judiciales actúen fuera del ejercicio de la potestad jurisdiccional que les ha sido atribuida, resaltando que el primer extremo es conocido como de exclusividad positiva, el segundo como exclusividad negativa.⁴⁵

2.2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

La Constitución de la República, al referirse a la unidad jurisdiccional, en el artículo 168 numeral 3, manifiesta lo siguiente:

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes, y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:...

En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

Lo que concuerda con los artículos 160 inciso 4; y 188 ibídem, que establecen:

“Art. 160.- ...Los miembros de las Fuerzas Armadas... serán juzgados por los órganos de la Función Judicial; en el caso de delitos cometidos dentro de su función

⁴⁴ MARTINEZ, Ramiro y otro, *La Función Jurisdiccional (IV): La unidad jurisdiccional*, disponible en internet: <http://esunmomento.es/contenido.php?recordID=203>

⁴⁵ ZABALA, Jorge, *El Poder Judicial y la Unidad Jurisdiccional*, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, disponible en internet: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=213&Itemid=29

específica; serán juzgados por las Salas especializadas en materia militar..., pertenecientes a la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley”.

“Art. 188.- En aplicación del principio de unidad jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas... serán juzgados por la justicia ordinaria. Las faltas de carácter disciplinario o administrativo, serán sometidas a sus propias normas de procedimiento. En razón de la jerarquía y responsabilidad administrativa, la ley regulará los casos de fuero”.⁴⁶

El Código Orgánico de la Función Judicial, determinó la creación de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y los juzgados penales especializados en materia militar y policial y a su vez derogó los siguientes cuerpos legales:

1. Ley Orgánica del Servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas.
2. Código de Procedimiento Penal Militar.

Lo anteriormente mencionado se encuentra regulado en los artículos siguientes:

“Art. 183.- Integración.- En la Corte Nacional de Justicia funcionarán las siguientes salas especializadas:...

Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;...”

“Art. 188.- Competencia de la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:

1. Los recursos de casación y de revisión en los procesos penales por delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas en ejercicio de su misión específica;...”

“Art. 226.- Competencia.- En cada distrito habrá el número de juezas y jueces... penales de lo militar, ... que establezca el Consejo de la Judicatura, con la determinación de la localidad de su residencia y de la circunscripción territorial en la que tengan competencia, en caso de no establecer esta determinación se entenderá que es distrital”.

“Art. 227.-... Para el juzgamiento de infracciones comunes, serán siempre competentes las juezas y jueces penales ordinarios”.⁴⁷

⁴⁶Constitución de la República, ob. cit., artículos 160, 168 Num. 3, y 188.

⁴⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial/Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, artículos 183 Num. 5; 188, 226 y 227.

2.3. MOTIVOS FUNDAMENTALES QUE SUSTENTARON LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS COMETIDOS EN EL SERVICIO MILITAR.

La Constitución del 2008 consagró como principio y naturaleza de la nueva institucionalidad, el sometimiento de toda actividad estatal a la garantía de los derechos y al régimen de constitucionalidad.

La Constitución que nos rige actualmente, ordena en la Disposición Transitoria Primera expedir la Ley penal y la Ley de procedimiento penal en materia militar, para que sean aplicadas una vez que se produzca el traspaso de la administración de justicia militar a la Función Judicial.

2.3.1. Derecho a la Igualdad.

Contenido en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución. Este derecho está inmerso entre los derechos de libertad sobre la base de la igualdad formal, material y no discriminación, estableciendo que todas las personas deben estar sometidas a la misma legislación y que solo de manera excepcional se consagren reglas sustanciales o procesales especiales. Como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad, los miembros de la Fuerza Pública no deben estar sometidos a normas especiales contenidas en Códigos Penales Militares y de Procedimiento Penal Militar, diseñados exclusivamente para este grupo de ciudadanos, lo que genera una ruptura en la construcción de un Estado de derechos y justicia, que tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica que no puede obtenerse si es que no se respeta el derecho de igualdad. Bajo esta óptica, es preciso señalar que este grupo de funcionarios deben estar sometidos al régimen común en todos los casos como lo estamos el resto de ecuatorianos y extranjeros que nos sometemos a las normas consagradas en los estamentos sustantivos y adjetivos penales.

2.3.2. Eliminación de Tipos Penales que vulneraban el Principio de Igualdad.

En el Código Penal Militar se consagraban tipos penales comunes a la legislación ordinaria, que poseían un régimen jurídico diferente como una pena generalmente menor o elementos subjetivos u objetivos especiales, sin que existiese fundamento normativo o empírico que justifique dicho tratamiento, es por ello que se debían eliminar todos los tipos penales que no ameritaban una regulación especializada o diferenciada.

2.3.3. Eliminación de Tipos Penales especiales que vulneraban el Principio de Lesividad.

En el Código Penal Militar se consagraban tipos penales especiales que no se ajustaban a las exigencias derivadas del reconocimiento del principio de lesividad⁴⁸, y que por consiguiente eran materialmente inconstitucionales, es por ello que uno de los motivos principales consistía en despenalizar dichas acciones consideradas como delictivas y en todo caso pasar a sancionarlas por vía administrativa, como faltas disciplinarias.

2.3.4. Establecimiento de Disminuciones o Agravantes Punitivas.

De manera excepcional la calidad de miembro de las Fuerzas Armadas justificaba un tratamiento diferenciado, especialmente por la vía de la agravación o de la disminución punitiva, es decir que dependiendo de la gravedad de la conducta se establecía una diferenciación en la pena establecida, ya que en estos casos se buscaba establecer agravantes o atenuantes en lugar de consagrar un tipo penal especial.

2.3.5. Calificación del Sujeto Activo del Delito.

Está claramente reconocido de manera irrefutable que en la comisión de los hechos delictivos siempre interviene uno o varios sujetos que mediante una acción u omisión que está legalmente tipificada, origina la relación jurídica material y como consecuencia la relación procesal.

Pero no basta únicamente este hecho, para que el imputado pueda ser considerado como sujeto activo del delito, ya que esta calificación jurídicamente es posible cuando se ha dictado la sentencia condenatoria y esta ha causado estado, hasta que ello no ocurra siempre deberá mantenerse el calificativo de presunto imputado, lo que no ocurría en el sistema judicial militar, ya que la calificación del sujeto activo del delito, era llevada de la mano desde el inicio del proceso e incluso se adoptaban decisiones que permitían separar al militar del servicio activo mucho antes de que existiese una resolución judicial condenatoria.

⁴⁸Implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.
(ZAFFARONI, Eugenio R.; Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2º Ed., 2005, p. 128).

2.3.6. Simplificación de los Tipos Penales.

En este sentido se menciona que en términos generales, la tipificación contenida en el Código Penal Militar era excesivamente casuística, condición que le restaba precisión, claridad y certeza a dicho cuerpo normativo y por ello se buscaba sustituir dicha falencia por categorías conceptuales claras y precisas.⁴⁹

2.4. DESARROLLO CRONOLÓGICO DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL.

a. Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal Propuesto por la Presidencia de la República.

El uno de septiembre del año 2009, el Presidente Constitucional de la República, Economista Rafael Correa Delgado, en uso de la atribución conferida por el artículo 134 numeral 2 de la Constitución de la República que expresa...

“Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde:...

2. A la Presidenta o Presidente de la República”.

En concordancia con el artículo 54 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que señala...

“Art. 54.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde...

2. A la Presidenta o Presidente de la República;...”

Remitió mediante oficio al Presidente de la Asamblea Nacional, Arquitecto Fernando Cordero, el Proyecto de “Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal para la Tipificación y Juzgamiento de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial”, el cual tenía el objeto de dar cumplimiento al numeral 10 de la Disposición Transitoria Primera de la Carta Magna, al igual que tipificar como delitos, las conductas que atentan contra la seguridad de la ciudadanía e integrar a la justicia ordinaria el juzgamiento de los delitos cometidos por el personal Militar en el ejercicio de sus funciones.⁵⁰

⁴⁹Oficio N° T.4711-SGJ-09-2042, Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal para la Tipificación y Juzgamiento de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, Presidencia de la República, 01 de septiembre del 2009.

⁵⁰ Ibídem.

b. Entrega del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal para Calificación.

El 2 de septiembre del año 2009 mediante memorando se remite el Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, conforme lo establece el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa para que sea difundido entre los asambleístas y se ponga en conocimiento de la población en general para el trámite respectivo.⁵¹

c. Resolución Calificadora del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal.

El 10 de septiembre del año 2009 mediante memorando suscrito por el Secretario de la Asamblea Nacional, se adjuntó la resolución del Consejo de Administración Legislativa que calificaba el Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal.⁵²

d. Informe para el Primer Debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal.

El 11 de noviembre del año 2009 mediante oficio y conforme el artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se remitió al Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización el informe de mayoría para primer debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal para la Tipificación y Juzgamiento de los delitos cometidos en el Servicio Militar y Policial.

Dentro del informe se introducía la explicación respectiva del contenido del proyecto de reforma, pues se indicaba la introducción al Código Penal de un título relativo a las normas comunes para la aplicación de las penas en los delitos cometidos por servidoras y servidores militares, definiéndose quienes están sujetos a este régimen de juzgamiento especializado al igual que la definición del ámbito de aplicación del mismo, estableciendo la definición de servidor militar y cuáles son los delitos de función, siendo estos requisitos indispensables para aplicar la competencia militar, se agrega además de ello, el régimen penal para casos de operaciones conjuntas entre las dos fuerzas, así como la independencia de la sanción penal de la baja o desvinculación de la que pueda ser sujeto un miembro de las fuerzas como consecuencia de la conducta atípica generada, se incluye finalmente en dicho proyecto la regulación de la obediencia debida, así como de la imprescriptibilidad de

⁵¹ Memorando N° PAN-2009-022, Asamblea Nacional, 02 de septiembre del 2009.

⁵² Memorando N° SAN-2009-166, Asamblea Nacional, 10 de septiembre del 2009.

las penas por los delitos establecidos en el Derecho Internacional Humanitario, como son los de genocidio, lesa humanidad, desaparición forzada, crímenes de guerra, ejecución extraprocesal, tortura, detención ilegal de personas y crímenes de agresión a un Estado.⁵³

El primer debate se llevó a cabo los días 26 y 30 de noviembre del año 2009.

e. Informe para el Segundo Debate de la Ley Reformatoria al Código Penal.

El 22 de diciembre del año 2009 mediante oficio y conforme el artículo 58 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se remitió al Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización el informe de mayoría para segundo debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal para la Tipificación y Juzgamiento de los delitos cometidos en el Servicio Militar y Policial.⁵⁴

El segundo debate se llevó a cabo los días 19 de enero y 18 de marzo del año 2010.

f. Objeción Parcial del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal.

Una vez que se aprobó el proyecto de ley materia del análisis, fue enviado al Presidente Constitucional de la República mediante oficio de 19 de marzo del año 2010, el mismo que fue contestado por dicha autoridad el día 15 de abril del mismo año y que contiene la objeción parcial fundamentada en los artículos 137 de la Constitución de la República y 64 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

El primer mandatario realizó observaciones respecto a lo siguiente; atenuantes en delitos de función de servidoras o servidores militares, responsabilidad subsidiaria del Estado, terminología (extrajudicial, por extraprocesal, en caso de conflictos armado no internacional en lugar de interno, entre otros), sobre redacción respecto a la tipificación de ciertos delitos, sobre aspectos de territorialidad y finalmente sobre la creación innecesaria del requisito de prejudicialidad para iniciar un proceso administrativo disciplinario.⁵⁵

Al realizar estas observaciones, propuso igualmente el texto alternativo, corrigiendo las falencias analizadas.

⁵³ Oficio N° CJEE-P-2009-185, Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional, 11 de noviembre del 2009.

⁵⁴ Oficio N° CJEE-P-2009-292, Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional, 22 de diciembre del 2009.

⁵⁵ Oficio N° T.4711-SNJ-1-645, Presidencia de la República, 15 de abril del 2010.

g. Publicación de la Ley Reformatoria al Código Penal.

La Asamblea Nacional de conformidad con las atribuciones que le confiere la Constitución y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, discutió y aprobó el Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y en sesión de 27 de abril del año 2010, el Pleno de la Asamblea Nacional conoció y se pronunció sobre la objeción parcial presentada por el Presidente Constitucional de la República.

Se publicó en el Registro Oficial Suplemento 196 de miércoles 19 de mayo del año 2010 la Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, marcando así el final de este desarrollo cronológico pues con esta publicación se consolidaba un elemento más en el traspaso de la Justicia Penal Militar al Sistema Judicial, al menos en el campo normativo, dejando por delante un largo trabajo de ejecución pues a partir de este momento, las Cortes Militares cerraban su existencia dentro de la administración de justicia, para dar paso a la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y a los Juzgados Penales de lo Militar los cuales a partir de esta fecha serían los encargados de administrar justicia, reafirmandose así la unidad jurisdiccional.

2.5. EJECUCIÓN DEL TRASPASO DE LOS PROCESOS MILITARES A LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES PENALES.

Una vez que se publicó la Constitución de la República, la Corte Constitucional para el Período de Transición mediante sentencia interpretativa número 001-08-SI-CC de 28 de noviembre de 2008, dispuso:

“En cuanto a la naturaleza jurídica de las ... ex Cortes Militar y Policial, la correcta interpretación del principio de unidad jurisdiccional, indica que una vez que la nueva Constitución entró en vigencia, el 20 de octubre de 2008, estos órganos forman parte de la Función Judicial ordinaria; y por consiguiente, están sujetos a sus principios, reglas y procedimientos... Para el caso de las ex Cortes Militar y Policial, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, establecerá la distribución de los procesos, de acuerdo con el criterio de especialización”; y, “Para garantizar el principio de unidad jurisdiccional, y de conformidad con la Disposición Derogatoria de la Constitución, esta Corte ratifica que las ex Cortes Militar y Policial dejaron de existir con la vigencia de la Constitución de 2008. Los otros órganos de administración de justicia militar y policial se mantienen y ejercerán sus funciones hasta que las leyes dispongan lo pertinente”.

La Corte Nacional de Justicia posteriormente y mediante Resolución publicada en el Registro Oficial 511 de 21 de enero de 2009 prescribió que sus Salas de lo Penal conocerían los asuntos que tramitaban las Cortes Militar y Policial y que los procesos que

se encontraban en tales Cortes se sustanciarían de acuerdo con sus leyes sustantivas y adjetivas, siendo así que los juzgados militares y policiales que venían operando por disposición de la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional cesaron en sus funciones prorrogadas una vez que se expidió el Código Orgánico de la Función Judicial en el Suplemento del Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009 ya que dicho cuerpo legal instituye la unidad jurisdiccional como principio rector de la Función Judicial cuando dispone que: *“Las juezas y jueces establecidos en este Código conocerán todos los asuntos que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que intervengan en ellos, sean nacionales o extranjeros...”*; y por lo tanto, mediante las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias 9, 10, 11 y 12 se derogó la Ley de la Función Judicial de la Policía Nacional, publicada en el Suplemento al Registro Oficial 1202 de 20 de agosto de 1960, la Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas, publicada en el Suplemento al Registro Oficial 356 de 6 de noviembre de 1961, el Código de Procedimiento Penal de la Policía Nacional publicado en el Suplemento al Registro Oficial 1202 de 20 de agosto de 1960 y todas sus reformas; y el Código de Procedimiento Penal Militar publicado en el Suplemento al Registro Oficial 356 de 6 de noviembre de 1961, y todas sus reformas; suprimiendo además las Cortes Distritales, los Tribunales y Juzgados de la Administración de Justicia Militar; al disponer en la Décima Disposición Transitoria que todos los procesos que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia del mentado Código y que estaban tramitados en los Tribunales Penales y Juzgados militares y policiales, pasarían, según correspondía, a la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales, Tribunales Penales y Juzgados competentes en razón de la materia, aclarando que no cabía prorrogar funciones de organismos judiciales que no existían más y que lo dispuesto en la Quinta Disposición Transitoria letra e) que garantiza la estabilidad de los servidores de los juzgados y Tribunales militares y policiales que cesaron en sus funciones por la supresión de tales organismos, no guardaba relación con lo resuelto por el Consejo de la Judicatura.

El Consejo de la Judicatura el 20 de octubre del 2010 anunció oficialmente el traspaso de las causas a las Cortes ordinarias mediante Resolución expedida en la misma fecha, en la que además se ratificaba lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia respecto al conocimiento de las causas militares y policiales y la forma de resolverlas antes y después de las reformas en la estructura de administración de justicia, siendo que para ese entonces ya había transcurrido más de un año desde la entrada en vigencia del Código Orgánico de

la Función Judicial y que no se evidenciaba la intención de creación de las Salas Especializadas en materia Militar y Policial en forma palpable ya que el Presidente de la Judicatura de ese momento resaltaba que la conformación de las mismas no sería inmediata y que por ello se tomaban las medidas necesarias para que los procesos pendientes de resolución sean evacuados por los jueces penales ordinarios.⁵⁶

Las diferentes autoridades de las Cortes y Juzgados Militares y Policiales procedieron a la entrega de los procesos a las Salas y Tribunales Penales de todo el país para que continúen con su tramitación dentro de la nueva estructura de administración de justicia, consolidándose el traspaso de las causas militares y policiales a la justicia ordinaria, dejando atrás el régimen de justicia dependiente del Ejecutivo para quedar en manos de la Función Judicial e iniciar con la administración de justicia en base a la mentada unidad jurisdiccional.

El 7 de mayo del 2011 se produjo el referéndum constitucional y consulta popular que constaba de dos procesos electorales diferentes que sumaban un total de diez preguntas, dentro de las cuales se buscaba la aprobación de reformas sobre asuntos relativos a la seguridad, el medio ambiente, la banca, los medios de comunicación y el sistema judicial, siendo este último el de interés en el presente tema ya que al existir un pronunciamiento positivo en dicho proceso electoral se da paso a la sustitución del Consejo de la Judicatura por uno en transición que en un plazo improrrogable de dieciocho (18) meses arrancó con la misión de reestructurar la Función Judicial, enfocando entre sus reformas, los aspectos de la infraestructura, modelo de gestión, tecnología y talento humano e incluso evaluaciones a los funcionarios judiciales de todos los sectores pertenecientes a este poder estatal.

Actualmente se espera que dentro del proceso de reforma judicial, se inicien los procesos de capacitación para quienes se hagan cargo de esta área, pues conforme lo dispone la norma constitucional, debe cumplirse con el principio de especialización de los operadores del justicia, hecho que arrancó cuando se seleccionaron los jueces de la Corte Nacional que conformaron la Sala Especializada en Materia Penal Militar, Penal Policial y Tránsito,

⁵⁶ Resolución Sustitutiva sobre Conformación de la Corte Nacional de Justicia; 22 de diciembre de 2008; Registro Oficial 511 de 21 de enero de 2009.
Competencia para conocer los Procesos por Delitos Militares y Policiales; 23 de septiembre de 2009; Registro Oficial 51 de 21 de octubre de 2009.
Resolución del Consejo de la Judicatura; 068 del 2010 de 20 de octubre del 2010.

A continuación, registro gráficamente la actual estructura de la Corte Nacional de Justicia, en la que por fin ya se visualiza la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.



⁵⁷ Estructura Orgánica de la Corte Nacional de Justicia, disponible en internet: <http://www.cortenacional.gob.ec/cn/index.php/cortenacionaldejusticia/estructura-organica>

con el contenido que a continuación en forma textual y en sus partes pertinentes para el fin que nos interesa, incorporo.



GRÁFICO 5. PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

“CAMBIO EN LA INTEGRACIÓN DE LAS SALAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 04-2012

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA...

...En uso de sus atribuciones legales

RESUELVE:

Art. 1.- Reformar la Resolución No. 01-2012, de 30 de enero del año en curso, en lo relativo a la integración de las Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo; de **lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito**; y de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, de la siguiente forma:...

... SALA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO

Dra. María Rosa Merchán Larrea

Dra. Mariana Yumbay Yallico

Dr. Merck Benavides Benalcázar

Dra. Lucy Blacio Pereira

Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte...

...Art. 2.- En uso de la facultad prevista en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional, atendiendo la necesidad del despacho, en cualquier tiempo podrá disponer la reubicación de las juezas o los jueces en las diversas salas.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintiocho días del mes de marzo del año dos mil doce.”⁵⁸

Al darse la posesión de los nuevos funcionarios de la Corte Nacional de Justicia quienes conocerán los casos en materia Penal Militar, Policial y Derechos Humanos, se logra un avance positivo pues poco a poco se va cristalizando la consolidación de todos los órganos de administración de justicia bajo la tutela de la Función Judicial, dejando por delante el trabajo de la conformación de los Tribunales, Juzgados y demás organismos especializados que en su parte pertinente son los llamados a cumplir el rol de garantizar el acceso a la justicia de todas las personas sin importar las circunstancias que por las funciones que desempeñan, se presentan, con lo que a continuación se planteará el análisis de dichas circunstancias o presupuestos que se exigen para que las causas sean conocidas por las Juezas y Jueces Especializados, así como también el estudio de las garantías del debido proceso que se relacionan estrictamente con el traspaso de la administración de justicia penal militar al sistema judicial ordinario.

⁵⁸ Cambio en la Integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, Resolución 04-2012, Corte Nacional De Justicia, 28 de marzo de 2012.

CAPÍTULO III

3. CUMPLIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR A LA FUNCIÓN JUDICIAL.

3.1. PRESUPUESTOS JURÍDICOS REQUERIDOS PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA Y PROCEDIMIENTO EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN COMETIDOS POR MILITARES.

Es imprescindible manifestar que la Legislación Penal Militar tanto adjetiva como sustantiva no respondía ni siquiera en la forma a los principios constitucionales ni mucho menos contenía normas que materializaran objetivamente los preceptos de los instrumentos internacionales en lo que a Derechos Humanos se refiere, tanto más que el Ecuador, desde hace muchos años atrás es suscriptor de los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos adicionales de 1967 y otros convenios que desarrollan además del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados como lo son: la guerra externa, conflictos internacionales y temas de seguridad interna en los que el país se encuentra inmerso, pues para nadie es desconocido que desde hace mucho tiempo atrás la seguridad interna de los habitantes se encuentra gravemente amenazada y ha desbordado la capacidad operativa de la Policía Nacional que por norma constitucional tiene el deber de velar por dicha seguridad dentro del territorio nacional; siendo estos hechos los que han obligado al Estado a adecuar el sistema jurídico en lo que al ámbito penal respecta para desarrollar una normativa, en este caso militar que permita alinearse al mandato claro y concreto del numeral diez de la Disposición Transitoria Primera de la Carta Magna.

Bajo estas premisas, es necesario preguntarse si con la unidad jurisdiccional, efectivamente ¿se garantiza la aplicación de los principios constitucional es cuando del enjuiciamiento a los miembros de la institución militar se trate?. La respuesta me lleva a la única conclusión posible de que efectivamente la decisión de aplicar la unidad jurisdiccional fue acertada, pues permite el ejercicio de derechos de igualdad, de defensa y de respeto a la dignidad del ser humano que como hemos visto, fue soslayada cuando se aplicaba una justicia que no permitía el ejercicio de derechos, que aceptaba la incomunicación del procesado, lo que evidentemente angustiaba y limitaba su defensa, pues además se sujetaba a jueces que no tenían tal título, sino que respondían a consignas superiores que nulitaban toda posibilidad de acceder a un poder judicial que administre justicia en forma transparente y equitativa.

Considerando que a la fecha las disposiciones de la Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos cometidos en le Servicio Militar y Policial ya se encuentran incorporadas en el Código Penal en el Título XI que contempla los “Delitos de Función de Servidoras y Servidores”, para el caso que nos interesa los Militares; es necesario precisar cuáles son las condiciones y/o presupuestos jurídicos que se requieren para que se aplique una normativa especializada que permita juzgar actos que por su naturaleza son propios de la Función Militar.

3.1.1 Funcionarios sujetos a la aplicación de las Disposiciones Penales en caso de Cometimiento de Delitos de Función Militar.

La Ley Reformatoria analizada taxativamente define que se considera servidora o servidor militar al personal permanente en servicio activo que consta en los escalafones de las Fuerzas Armadas y que de acuerdo a la clasificación determinada en la Ley de Personal corresponde a:

a) **Oficiales.**

Militar que posee el grado desde Subteniente a General de Ejército en la Fuerza Terrestre; desde Alférez de Fragata a Almirante en la Fuerza Naval; y, desde Subteniente a General del Aire en la Fuerza Aérea.

b) **Aspirantes a oficiales.**

Aquel que una vez obtenida el alta, se incorpora a las escuelas de formación de Oficiales, así como los profesionales que se reclutan para Oficiales Especialistas.

c) Tropa.

Es el militar que tiene el grado desde Soldado a Suboficial Mayor en la Fuerza Terrestre y en la Fuerza Aérea; y desde Marinero a Suboficial Mayor en la Fuerza Naval. La Tropa, en las Fuerzas Terrestre, Naval y Aérea, se denominan: Voluntarios, Tripulantes y Aerotécnicos, respectivamente.

d) Aspirantes a Tropa.

Aquel que una vez obtenida el alta, se incorpora a las escuelas de formación de tropa de las respectivas Fuerzas, así como los que se reclutan para Especialistas.

e) Conscriptos.

Aquel ciudadano que voluntariamente se incorpora a las Fuerzas Armadas, una vez obtenida el alta, para cumplir con el servicio cívico-militar, de conformidad con la Ley de Servicio Militar.⁵⁹

Para visualizar de manera ilustrativa, he considerado detallar el siguiente cuadro:

CLASIFICACIÓN ESPECÍFICA DEL PERSONAL MILITAR SEGÚN LA JERARQUÍA Y GRADO.



GRÁFICO 6. Personal Militar en el cumplimiento de funciones propias del servicio.

⁵⁹ Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, Registro Oficial/Suplemento 660 de 10 de abril de 1991.

El personal militar de Fuerzas Armadas, en razón de los grados militares que fuere alcanzando, se clasifica en:⁶⁰

FUERZA TERRESTRE	FUERZA NAVAL	FUERZA AEREA
OFICIALES GENERALES		
General de Ejército General de División General de Brigada	Almirante Vicealmirante Contralmirante	General del Aire Teniente General Brigadier General
OFICIALES SUPERIORES		
Coronel Teniente Coronel Mayor	Capitán de Navío Capitán de Fragata Capitán de Corbeta	Coronel Teniente Coronel Mayor
OFICIALES SUBALTERNOS		
Capitán Teniente Subteniente	Teniente de Navío Teniente de Fragata Alférez de Fragata	Capitán Teniente Subteniente
ASPIRANTES A OFICIALES		
Cadete	Guardiamarina	Cadete
TROPA		
SUBOFICIALES		
Suboficial Mayor Suboficial Primero Suboficial Segundo	Suboficial Mayor Suboficial Primero Suboficial Segundo	Suboficial Mayor Suboficial Primero Suboficial Segundo
CLASES		
Sargento Primero Sargento Segundo Cabo Primero Cabo Segundo Soldado	Sargento Primero Sargento Segundo Cabo Primero Cabo Segundo Marinero	Sargento Primero Sargento Segundo Cabo Primero Cabo Segundo Soldado
ASPIRANTES A TROPA		
Aspirante a Soldado	Grumete	Aspirante a Soldado
CONSCRIPTOS		
Conscripto	Conscripto	Conscripto

GRÁFICO 7. Clasificación del Personal de las Fuerzas Armadas.

El hecho de determinar si el militar está en servicio activo, es requisito “*sine qua non*” para la aplicación de la normativa respectiva en el juzgamiento especializado por el cometimiento de delitos de función.

Para ello es necesario referirse al artículo 5 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas y su Ley Reformatoria, en el que se señala que:

“Militar en servicio activo es aquel que habiendo satisfecho los requisitos para su reclutamiento, ha optado por la carrera militar como su profesión habitual...”; en concordancia con el artículo 67 *ibídem* en el que se establece que “servicio activo es la situación en la que los militares desempeñan funciones desde la fecha en que son dados de alta en las Fuerzas Armadas Permanentes, con las atribuciones,

⁶⁰ *Ibídem*. Artículo 18.

deberes y derechos correspondientes a su grado y cargo, hasta el momento en el que pasan a otra situación militar”⁶¹.

Es necesario puntualizar además que la misma normativa expresamente dictamina que las ciudadanas o ciudadanos civiles en ningún caso deberán ser juzgados bajo las normas que se aplican a los servidores militares, partiendo del hecho de que la misma Constitución reconoce a la carrera militar, por su naturaleza como una actividad del servicio público que reviste características especiales, tanto es así que incluso se señala que en cuanto a sus derechos y obligaciones estarán sujetos a sus leyes específicas que regulan estos aspectos y que únicamente podrán ser privados de sus grados, pensiones, condecoraciones y reconocimientos, exclusivamente por las causas establecidas en su propia legislación que precisamente es la que marca la diferencia en relación a otras instituciones del Estado a las que se reconoce única y exclusivamente la legislación común que rige a las ciudadanas y ciudadanos del país; siendo reiterativa también, en expresar que para el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, estos funcionarios serán juzgados por Salas Especializadas en Materia Militar pero con la particularidad de que éstas siempre serán pertenecientes a la misma Función Judicial y no como ocurría anteriormente de que el Sistema Judicial Militar se encontraba como parte del Ejecutivo; estableciendo además que cuando el militar no está en actos del servicio no requiere ser sometido a un juzgamiento especializado, pues así ha quedado ilustrado que para el resto de hechos considerados como punibles, los miembros de las Fuerzas Armadas deberán ser juzgados por los órganos de la Función Judicial como ocurre con todos los ciudadanos del país pero destacando otra particularidad, pues sabiamente se preservó la facultad de los órganos competentes existentes al interior de la Institución Militar para juzgar *persé* las infracciones disciplinarias, guardando armonía con la norma Constitucional del artículo 77 numeral 14 que dispone que para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas se aplicará lo dispuesto en la Ley, con lo que sin lugar a dudas se puede declarar que existe un reconocimiento expreso de carácter especial a lo que ocurre con los miembros de las Fuerzas Armadas.⁶²

⁶¹ *Ibíd*em, artículos 5 y 67.

⁶² Constitución de la República, ob. cit., artículos 77 y 160.

3.1.2 Delitos cometidos dentro de los actos propios del servicio.

El segundo elemento que permite el juzgamiento especializado a los servidores militares se basa precisamente en determinar ¿cuáles son los delitos de función militar?, encontrándose que la respuesta a esta inquietud, se encuentra en la misma Ley Reformatoria y de aplicación exclusiva para éstos funcionarios, con la siguiente definición: “*las acciones u omisiones*”⁶³ tipificadas en el Código Penal siempre y cuando estas fueren cometidas por una o un servidor militar en servicio activo pero con la circunstancia de que necesariamente se encuentre en relación directa, concreta, próxima y específica con su función y posición jurídica de acuerdo a la misión establecida en la Constitución que señala que las Fuerzas Armadas como institución de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, se encarga de la defensa de la soberanía y la integridad territorial;⁶⁴ según la norma, la misión se encuentra en las demás leyes aplicables, esto es la Ley Orgánica de Defensa Nacional y la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas y su Ley reformativa, pero estas acciones u omisiones deben afectar a las personas, a los bienes o a las operaciones de las Fuerzas Armadas, es por ello que delitos como los de tránsito, los de índole sexual, el abigeato, etc. a manera de ejemplos no podrían ser juzgados jamás bajo las normas especializadas, sino mas bien corresponderá su juzgamiento a los jueces penales comunes.

Se señala también que estos delitos de función pueden cometerse en el tiempo de paz o durante conflicto armado internacional o no internacional.⁶⁵

Constituye igualmente motivo de análisis, el principio de obediencia debida⁶⁶, determinándose que los mandos de las Fuerzas Armadas serán responsables por las órdenes

⁶³ La acción es una conducta voluntaria, que consiste en un movimiento destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo vulnerando una norma prohibitiva y la omisión es la conducta voluntaria de no hacer algo que el ordenamiento jurídico esperaba que el sujeto hiciese; la acción negativa u omisión vulnera la norma imperativa. (<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html>)

⁶⁴ La política de defensa está basada en la protección de la población, de los recursos naturales, del patrimonio nacional y el control efectivo del territorio. El Estado Ecuatoriano sostiene el principio de no intervención en asuntos internos de otros Estados; rechaza la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, fiel a los preceptos enmarcados en la política exterior y política de defensa, promoviendo la resolución pacífica de conflictos. Impulsa la solución de los conflictos internacionales e internos basada en mecanismos políticos, diplomáticos, jurídicos y otros no militares previstos en el derecho internacional. (<http://www.resdal.org/atlas/atlas-definiciones-a.html>)

⁶⁵ El Derecho Internacional Humanitario hace una distinción entre dos tipos de conflictos armados, a saber: conflictos armados internacionales, en que se enfrentan dos o más Estados, y conflictos armados no internacionales, entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos únicamente. (<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>)

que impartan, pero bajo ninguna circunstancia la obediencia debida eximirá de responsabilidad a quienes ejecuten las órdenes impartidas por sus superiores y se agrega expresamente que ninguna subordinada o subordinado podrá eludir su responsabilidad penal con la obediencia prestada a su superior en la perpetración de un delito.

Consecuentemente, si los Generales que son parte del mando militar llegaren a disponer al personal militar subordinado la ejecución de un acto ilícito, estos últimos no podrán excluirse de su propia responsabilidad en la ejecución de dicho acto bajo el principio mencionado.

Guardando absoluta concordancia con lo señalado por la Constitución, la Ley reproduce casi textualmente el tema de la imprescriptibilidad para los crímenes de lesa humanidad entre los que constan: el genocidio, crímenes de guerra, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura o crímenes de agresión contra un Estado, entre otros, los mismos que son perseguidos para su sanción sin límite de tiempo.⁶⁷

Por otro lado, son propios de la actividad castrense aquellos actos que la Ley los tipifica como delitos y que solo son posibles de existir por la relación entre miembros militares, así tenemos el caso de la insubordinación que se produce exclusivamente por la estructura piramidal jerarquizada que existe en la institución en donde siempre habrán superiores y subordinados, consecuentemente cuando los actos los cometan los subordinados en contra de un superior siempre estaremos hablando de **delitos de insubordinación** y cuando los hechos se generen en cambio del superior al subordinado, nos estaremos refiriendo al **abuso de facultades**, para el primer caso quien rechazare, impidiere o se resistiere

⁶⁶La obediencia debida (también llamada obediencia jerárquica, cumplimiento de mandatos antijurídicos o cumplimiento de órdenes antijurídicas), en Derecho penal, es una situación que exime de responsabilidad penal por delitos cometidos en el cumplimiento de una orden impartida por un superior jerárquico; el subordinado, autor material de los hechos, se beneficia de esta eximente, dejando subsistente la sanción penal de su superior. Habitualmente se relaciona con la actividad castrense, debido a la subordinación que los miembros de una jerarquía militar deben rendir a sus superiores en las acciones que competen al servicio prestado. No obstante, puede presentarse en otras actividades de Derecho público, como la Administración. (http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida)

⁶⁷ La definición de crimen de lesa humanidad recogida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional comprende las conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos u otros definidos expresamente, desaparición forzada, secuestro o cualquier acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Leso significa agravado, lastimado, ofendido: de allí que crimen de lesa humanidad aluda a un crimen que, por su aberrante naturaleza, ofende, agravia, injuria a la humanidad en su conjunto. (http://es.wikipedia.org/wiki/Crimen_contra_la_humanidad)

violentamente al cumplimiento de orden legítima del servicio, estará cometiendo dicha insubordinación y a manera de ejemplo, me permito citar que el militar en las unidades como parte de las actividades, debe cumplir el servicio de guardia y periódicamente debe velar por la seguridad del recinto en donde presta sus servicios, más si se negare a acatar las disposiciones impartidas para cumplir la actividad encomendada, estaría incurriendo en un acto tipificado como delito; bajo la misma consideración estaría el militar que amenazare, ofendiere o ultrajare a un superior, y lo que es más, quien lo hiriere o lesionare, pero siempre y cuando este hecho se produzca en actos del servicio.⁶⁸

Así mismo, el **delito de sedición** solo es posible entre militares que mediante concierto (ponerse de acuerdo) expreso o tácito, pero siempre y cuando sean en un número de cuatro o más, desobedecieren ordenes legítimas, incumplieren los deberes del servicio, entre otros actos delictivos, estarían sujetos a este juzgamiento especializado, lo que se agravaría si se realizaren alguno o varios de estos actos en tiempo de conflicto armado, o estado de excepción.⁶⁹

El **desacato** también ha sido considerado como un delito de función, cuando el servidor se niegue a obedecer o no cumpliera las órdenes o resoluciones legítimas de las autoridades civiles o judiciales, hecho con el que se ratifica una vez más el sometimiento del poder militar al legítimo mandato de la autoridad civil.

Estos delitos descritos a manera de ejemplo son comunes tanto para militares como policías, pero existe la tipificación de delitos de función de servidoras y servidores militares con circunstancias particulares exclusivas para estos, ya que se señalan taxativamente una serie de casos que atentarían contra la seguridad, la soberanía y la integridad territorial de la República como es el **delito de traición a la Patria**, que se materializa en hechos como los que se describen a continuación: desertar hacia las fuerzas del enemigo, declararse en rebelión mientras el Estado Ecuatoriano enfrenta un conflicto armado internacional, arriar, mandar a arriar o forzar a arriar la bandera nacional sin orden del mando en el conflicto armado; y en otras palabras rendirse al enemigo sin cumplir su obligación de defender la Patria aún a costa de su propia vida; también se tipifica como un delito propio de función militar, la **actividad de espionaje**, pues se sanciona el acto de

⁶⁸Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimientos Penal para la Tipificación y Juzgamiento de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, Registro Oficial Suplemento 196 de 19 de mayo de 2010, incluido en el Código Penal, artículo 602.3 y 602.8

⁶⁹Ibídem, artículo 602.4

mantener con el enemigo relaciones o correspondencia sobre las operaciones del conflicto armado internacional o de las Fuerzas Armadas del Ecuador y/o sus aliados.⁷⁰

Han sido también objeto de tipificación como delito propio de la función del militar, **la desertión** que no es más que el abandono ilegal e injustificado por parte del militar del puesto servicio o función que le hubiere sido designado encontrándose en conflicto armado.

Igualmente han sido recogidos en este catálogo de actos delictivos todos aquellos que se realizan contra las personas y bienes que son protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, señalándose que puede darse el caso, cuando de conflicto internacional o no internacional hay lugar, aplicándose las disposiciones pertinentes desde el día en que este presente o desde que se decreta el estado de excepción en todo el territorio nacional o parte de él; se describe expresamente que son o se consideran protegidas las personas al que el Derecho Internacional a través de sus instrumentos les reconoce tal status, citándose entre otras: la población civil, el personal sanitario o religioso, los periodistas en misión o corresponsales de guerra, los apátridas o refugiados, las personas fuera de combate o indefensas, los asilados políticos, el personal de las Naciones Unidas, y cualquier otra persona que tenga tal condición en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales; además protegiéndose la vida de las personas, la tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes se hallan severamente castigados; igualmente se salvaguarda la integridad tanto personal como sexual y reproductiva, la libertad de las personas y se prescribe exclusivamente que el reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en las Fuerzas Armadas o grupos armados, o que se los utilice para participar en el conflicto armado, son actos ilícitos con penas de hasta doce años de reclusión menor extraordinaria.⁷¹

Se ha consagrado también como objeto de tipificación penal los ataques contra los bienes protegidos, tales como los objetos civiles que no constituyen objetivo militar; tampoco es permitido, salvo el hecho de estar cometiendo un ilícito, atacar a los bienes que son parte de una misión de mantenimiento de paz o de asistencia humanitaria o aquellos que hacen parte del patrimonio histórico, cultural o ambiental y todos aquellos bienes protegidos según el Derecho Internacional Humanitario.

⁷⁰Ibídem, Capítulo III, Delitos de Función de Servidoras y Servidores Militares.

⁷¹Ibídem, Capítulo IV, Delitos contra las Personas y Bienes protegidos por el Derecho Internacional.

Es parte del catálogo de delitos la utilización de armas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario, aunque estos actos se produjeran con ocasión o en desarrollo del conflicto armado, señalándose entre otras: el veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos, u otras sustancias con el mismo efecto, las armas biológicas, bacteriológicas, tóxicas o químicas, balas de ciertas características, minas, armas trampa, incendiarias, laser cegadoras, minas antipersonales, municiones de racimo y todas aquellas armas que por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o que surtan efectos indiscriminados; se encuentran también prohibidos los medios ilegales en la conducción del conflicto armado, el uso indebido de signos protectores distintivos y símbolos patrios, como la bandera blanca, bandera nacional, las insignias militares o los uniformes del enemigo, es decir que queda descartado de plano la práctica de lo que recoge el viejo refrán que *“en la guerra todo vale”*.

Dentro del análisis del presupuesto de determinación de los delitos de función, merece particular atención lo que se señala en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Reformatoria en cuestión, pues se establece que en plazo de trescientos sesenta y cinco días (365) se debía aprobar la Ley sobre Personal Militar que incluya una actualización de los catálogos de faltas o contravenciones disciplinarias, así como la autoridad competente y los procedimientos respetuosos del debido proceso para juzgar y sancionar administrativamente a los servidores militares, esto con el único objetivo de preservar las garantías constitucionales ya comentadas, añadiendo que si bien es cierto se reconoce el juzgamiento disciplinario *“casa adentro”* para los militares, tanto las infracciones como los procedimientos y los órganos competentes deben constar en la Ley, más no como ocurre en la actualidad, pues se aplica justicia disciplinaria a través de instrumentos reglamentarios expedidos mediante acuerdo ministerial, cuya validez jurídica se encuentra en la referencia de la Disposición Transitoria Quinta en la que se reconoce expresamente y se dispone que las servidoras y servidores militares serán juzgados por la comisión de faltas disciplinarias al amparo de las disposiciones actualmente vigentes, esto es: el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, en el caso del personal militar en general y el Reglamento de sanciones y recompensas para las y los aspirantes a Oficiales y Tropa de las Fuerzas Armadas vigente en las Escuelas de Formación de las tres ramas institucionales, situación que persiste hasta la presente fecha, a pesar de que el plazo otorgado para la creación de la Ley, ya ha vencido por un lapso aproximado de dos años, pero que en muchos casos ha generado que el personal sancionado, alegando la

inconstitucionalidad de la aplicación del Reglamento, ha dejado sin efecto las decisiones disciplinarias que les han sido impuestas, a través de acciones de protección y/o demandas ante las autoridades competentes.⁷²

3.2. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN RELACIÓN AL TRASPASO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR A LA JUSTICIA COMÚN.

Corresponde ahora expresar la justificada preocupación que surge para despejar la incógnita y la incertidumbre que lógicamente provoca un cambio tan trascendental en el ámbito jurídico que afecta a la institución militar y a los miembros que pertenecen a ella, pues el traspaso de la administración de justicia militar a la administración de justicia perteneciente al Poder Judicial, no solo significa para los militares la pérdida de una extraordinaria facultad de administrarse judicialmente así mismos, sino también que acarrea en consecuencia la pérdida de otros derechos que como miembros en servicio activo les concedía la propia Constitución y la Ley, tales así, como: el derecho a guardar ya sea prisión preventiva o a purgar sus sentencias condenatorias en los cuarteles militares y/o prisiones militares que existían en las cabeceras provinciales de las zonas militares, lo que comúnmente se conocía como “*fuero de detención*”.

En relación al fuero para el juzgamiento de las infracciones cometidas por militares del servicio activo, y como producto de la función (actos del servicio), como se ha manifestado persiste este derecho a través de la determinación de que sean juzgados por Salas Especializadas en Materia Militar, pero surge entonces la preocupación de saber cómo los operadores de justicia, van a aplicar la norma.

*Para que el Estado pueda castigar penalmente se exige siempre la existencia del proceso, pero no de cualquier proceso, sino de uno en el que se respete las garantías constitucionales, esto es lo que permite calificar a un proceso como justo o debido.*⁷³ El debido proceso es el conjunto de garantías que aseguran a la persona un mínimo de derechos dentro de cualquier proceso administrativo o judicial con el fin de salvaguardar la legítima defensa de las partes, permitirles tener la oportunidad de ser escuchados y de hacer valer sus pretensiones frente al juez, todo lo cual permite que la justicia impere, para

⁷²Ibídem, Disposición Transitoria Cuarta.

⁷³ FALCONI G., José, *¿Qué es el Debido Proceso?*, Revista Judicial, Diario La Hora, 2008.

que se otorgue a cada quien lo que le corresponde, teniendo de por sí resultado equitativo y legal.⁷⁴

Hay que tener presente que las normas del debido proceso inciden en forma directa en el ámbito penal ya que gran parte de sus garantías resguardan a los particulares de posibles abusos por parte del Estado y de sus autoridades en el ejercicio del *ius puniendi* máximo cuando en esta circunstancia se encuentra en juego la libertad de la persona, que es uno de los derechos más preciados, no sólo para el individuo sino para toda la sociedad.

Es precisamente dentro de este ámbito que surge la posibilidad, según los entendidos de que las normas en análisis aplicadas a los militares por delitos de función estarían atentando en contra de algunos de los principios que sobre derechos establece la Constitución tales como: la igualdad ante ley, el derecho a no ser juzgados por tribunales de excepción (derecho al juez natural) y el acceso a una justicia imparcial y libre de toda injerencia.

Es pertinente emitir mi apreciación muy particular en el sentido de que el juzgamiento a los militares por delitos de función, a través de Salas Especializadas, tal y como lo determina expresamente la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial y demás leyes sustantivas y adjetivas, de ninguna manera afecta principios constitucionales, posición que la sustento amparada en el hecho de que a lo largo del desarrollo de esta investigación se han podido determinar como positivos todos los actos que conllevaron a la materialización de la unidad jurisdiccional.

Las actividades militares por la naturaleza propia de las responsabilidades asignadas constitucional y legalmente para cumplir la misión de salvaguardar la integridad territorial e intervenir en tareas subsidiarias de orden interno en el país, son particularidades que para el militar le significan, adquirir una rigurosa formación especializada y con un irrestricto respeto y observancia de las garantías y derechos, que le permitan un correcto empleo de la fuerza con el uso legítimo de las armas, en salvaguarda de los intereses de la nación.

No debe llamar la atención de que esta circunstancia particular de actividades en un momento dado conlleve a cometer ilícitos cuando el militar se encuentra en actos del servicio y consecuentemente éstos acarreen un juzgamiento que amerita un tratamiento especializado en relación al resto de personas de la sociedad.

⁷⁴Debido Proceso, disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Debido_proceso

3.2.1 Juez Natural

El derecho a ser juzgado por un juez natural o regular y pre-constituido está expresamente consagrado en el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía implica que, el órgano judicial ha de preexistir al acto punible, ha de tener un carácter permanente, dependiente del Poder Judicial, y creado mediante ley, con competencia exclusiva, indelegable y universal para juzgar el hecho en cuestión.

Supone también, una implícita prohibición de crear organismos ad-hoc o post-facto; tribunales o comisiones especiales para juzgar los actos punibles, sin atender a la naturaleza del acto ni al tipo de persona que lo cometa.

Este principio funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos.

La Corte Internacional de Derechos Humanos, a lo largo del tiempo, constituyó una línea jurisprudencial, de la que se puede dilucidar que el estándar básico en cuanto a juez natural comprende las siguientes máximas fundamentales:

- a) Que se trate de un tribunal competente, independiente e imparcial,
- b) Que el tribunal haya sido establecido con anterioridad por la ley y,
- c) Que sus decisiones se enmarquen en un proceso legal.⁷⁵

La forma de establecer la competencia para juzgar en este caso las infracciones de los militares en el cumplimiento de su función, se encuentra en la misma Constitución, y en las leyes; encontrándose las siguientes referencias.

El artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución indica que es una de las garantías del debido proceso, “*Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.*”

⁷⁵FEUILLADE C., Milton, *El Juez Natural, en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, disponible en internet: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1329/1470>

*Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.*⁷⁶

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal establece la exclusividad de los jueces penales en cuanto a la jurisdicción penal, pues el artículo 16 indica: *“Sólo las juezas y jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales establecidos de acuerdo con la Constitución y demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal”.*⁷⁷

Se encuentra restringida la posibilidad de que las personas que no forman parte del servicio militar, sean juzgadas por estas Salas Especializadas sin establecer ningún tipo de excepción a esta regla porque jurídicamente resulta imposible que quien no sea parte de las Fuerzas Armadas como militar en servicio activo pueda ser encausado con la imputación de delitos de función.

Pero en cambio, los militares, que estando en servicio activo pero fuera del cumplimiento de su función específica, cometen delitos de índole común, están sometidos a la jurisdicción y competencia de la administración de justicia que corresponde a todos los ciudadanos sin distinción de naturaleza alguna; configurándose éstos en hechos que marcan positivamente la asignación del juez natural.

Se aspira que el actual sistema de justicia responda de manera objetiva a este gran reto que le significa el acoger la tarea que tradicionalmente se manejaba bajo un sistema judicial dependiente del Poder Ejecutivo, con sus propias normas sustantivas y adjetivas.

Puedo afirmar que la normativa constitucional vigente, no solo busca limitar la jurisdicción militar, sino que ha establecido expresamente las condiciones para que ella opere, diferenciando objetivamente cuando le corresponde a la justicia común actuar, consolidando de esta manera el principio de la unidad jurisdiccional vigente en el Ecuador y que en la estructura orgánica de la administración de justicia, encontramos a la Corte Nacional de Justicia recientemente integrada como máximo organismo que regenta el sistema judicial común.

No pongo en tela de duda la enorme sabiduría y capacidad de los magistrados y magistradas que conforman, no solo la Corte Nacional sino también la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, pero si me permito expresar que el Derecho Militar

⁷⁶ Constitución de la República, ob. cit., artículo 76 numeral 7, literal k).

⁷⁷ Código de Procedimiento Penal, ob. cit., artículo 16

según conozco es una especialidad que no ha tenido un desarrollo de preparación académica en las universidades de nuestro país, ni tampoco ha sido objeto de difusión dentro del sistema de administración de justicia.

Si consideramos que la Corte Nacional de Justicia tiene como MISIÓN:

“Administrar justicia en el ámbito de sus competencias, de manera independiente, imparcial, responsable, diligente y proba, respetando estrictamente los principios generales del derecho, las normas constitucionales, internacionales y legales del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el fin de garantizar, a través de criterios jurisprudenciales uniformes, motivados y congruentes, el ejercicio de la justicia, la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley”.

De ser efectiva esta realidad, representa en forma plena la posibilidad de afirmar que la administración de justicia en lo que corresponde a los delitos de función se encuentra con la garantía plena de los derechos constitucionales, lo que le acarreará a futuro a la Corte Nacional de Justicia ser reconocida por la comunidad, no solo militar sino por la sociedad en general como el órgano jurisdiccional del Estado comprometido con la aplicación estricta, uniforme y humanista de la Constitución, la normativa jurídica internacional y las leyes; y como una institución independiente, confiable y legitimada por la prestación eficiente, eficaz, moderna y transparente del servicio público de administración de justicia, tal como rezan los postulados de su VISIÓN institucional, aun más si se logra consolidar la aplicación irrestricta de los PRINCIPIOS que la rigen y que son: Justicia, Bien Común, Seguridad jurídica, Independencia e Igualdad, y; los VALORES que deben ser intrínsecos a su proceder como son: la imparcialidad, probidad humanismo, disciplina, calidad, transparencia y modernidad, que configuran un anhelo de ideal administración de justicia⁷⁸, superando todas las expectativas ya que lejos de provocar malestar en la sociedad como en épocas anteriores, evidencian un sentido de confianza por parte de quienes acceden a la justicia para la tutela de sus derechos.

Son estas afirmaciones las que me permiten visualizar una diferencia consustancial en lo que se relaciona a, como se manejaba el anterior sistema de administración de justicia militar, carente por su estructura organizacional y su pertenencia al Poder Ejecutivo, de la objetividad, imparcialidad y de la independencia respecto de la subordinación jerárquica que imponían los superiores al mando de la institución a sus jueces militares, subordinados

⁷⁸Corte Nacional de Justicia, Misión, Visión y Valores Institucionales, disponible en internet: <http://www.cortenacional.gob.ec/cn/index.php/cortenacionaldejjusticia/mision-vision-valores>

jerárquicos y con grado militar que respondían y dependían administrativamente de todo el aparato orgánico y estructural de la institución armada.

Otro hecho significativo es que no conozco, que al momento existan Fiscales especializados en materia militar que puedan indagar de manera profesional los delitos de función, pues como se ha analizado, estos tienen sus propias características y peculiaridades y difieren completamente de los ilícitos comunes, lo que en un momento dado acarrearía como consecuencia que no exista la objetividad de esos ilícitos que en la actualidad están ocurriendo, originan mi preocupación, pues no dejo de reconocer que todo cambio significa una serie de transformaciones en muchos aspectos, siendo de particular importancia que la Función Judicial emprenda la capacitación de los funcionarios destinados al área del Derecho Militar, Policial y Derechos Humanos.

Se vislumbra que con la restructuración del sistema judicial ecuatoriano, las dificultades propias generadas por el traspaso se vayan superando y se consolide un sistema jurídico eficaz que permita garantizar el acceso a la administración de justicia.

3.2.2 Justicia Imparcial

El propósito de contar con una justicia imparcial se consolida al ser la Función Judicial, dentro de la estructura del Estado, un poder independiente de los otros cuatro (4) poderes del Estado, a fin de desarrollar un sistema de pesos y contrapesos, característica de los Estados Republicanos, pues de esta manera se garantiza que cualquier acto estatal proveniente de los otros poderes del Estado pueda ser impugnado ante un órgano independiente, cuyas resoluciones son de obligatorio cumplimiento y privilegian los Derechos Humanos, la Constitución y la Ley.

Vale la pena indicar que el proceso para alcanzar este postulado le ha tomado al Ecuador gran parte de su vida republicana, pues como ya se ha comentado, tradicionalmente la justicia, de una u otra forma respondía a los intereses de las clases dominantes que a través de los otros poderes estatales se encargaban de designar a los magistrados, realidad de la que no era ajena, el ámbito militar, lo cual ponía en duda la imparcialidad de las decisiones que expedían.

Este flagelo ha estado presente incluso hasta la actualidad, a pesar de los diferentes mecanismos que la Constitución ha establecido con el fin de asegurar la independencia de la Función Judicial.

No se ha puesto en tela de duda que la conformación de la actual Corte Nacional de Justicia, pues se ha realizado a través de un proceso de selección en el cual primó el mérito personal para acceder al cargo, lo que contrasta positivamente con lo que anteriormente ocurría cuando regía la jurisdicción militar, ya que la integración de la Corte de Justicia Militar, que era su similar, respondía netamente al Ejecutivo, acarreado tras de sí lo negativo de esta realidad.

Finalmente en cuanto al debido proceso conviene afirmar que, a diferencia de la Constitución de 1998, la Constitución vigente tiene un vínculo directo entre los derechos y la organización del Estado, producto de cuyo resultado es justamente la restructuración del sistema judicial en todos sus niveles y como parte consustancial el acoger en su seno a la administración de justicia militar, para que pase a conformar un único poder judicial con las características que ya se han analizado; este vínculo permite materializar sobre todo las garantías pero además, la particularidad de que todas las instituciones del Estado en el ejercicio de sus facultades han de cumplir con las obligaciones encomendadas en el ámbito de su exclusiva competencia, y entre todas deben propiciar la creación de condiciones óptimas para el buen vivir, pues así como la Función Legislativa tiene la cabal obligación de adecuar el sistema jurídico a las normas constitucionales con especial cuidado de adecuar a la parte dogmática de la Constitución traducida en sus garantías normativas; corresponde a la Función Ejecutiva la obligación de emitir políticas públicas; a la Función de Participación Social la protección del ejercicio y cumplimiento de los mismos; y a la Función Judicial, a la que se suma la Corte Constitucional garantizar en última instancia y en forma óptima, veraz y objetiva que todo el Estado del cual forma parte la institución militar, respete, garantice y proteja los Derechos Humanos, las garantías y las libertades consagradas, para que de esta forma dejen de ser simples declaraciones escritas que no pasen a ser más que buenas intenciones, consiguiendo que los derechos sean efectivamente respetados, garantizados y protegidos; y así mismo que limiten el poder político y legitimen los actos de las autoridades y funcionarios de las instituciones estatales.⁷⁹

Este anhelo puede sonar a una ficticia y utópica aspiración, pero es justamente preciso señalar que corresponde a cada uno de nosotros, poner nuestro aporte en la consolidación de este gran objetivo nacional.

⁷⁹CÁRDENAS, Julián, Análisis Crítico respecto de la Justicia Imparcial e Independiente. 2012.

3.2.3 La Cosa Juzgada. “*Non Bis In Idem*”

El artículo 76, numeral 7, literal i) de la Constitución señala que:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) i) **Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto**”.⁸⁰

“El tratadista Del Rey en el año 1990 señaló que el principio del “non bis in ídem” fue una derivación de la cosa juzgada en sus dos vertientes o efectos: el positivo (lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica) y el negativo (imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema)”.

Pero lo que se manifiesta en la norma constitucional mencionada va más allá de la cosa juzgada, pues si bien la cosa juzgada se da cuando hay sentencia en firme, el principio que en doctrina se conoce con el nombre de “*non bis in ídem*” solo requiere que haya un proceso iniciado por determinado hecho, pues la idea fundamental es que no se debe permitir que el Estado con todos sus recursos y poder haga repetidos intentos para condenar a una persona por un supuesto delito, sometiéndole así a molestias, a gastos y sufrimientos; y obligándole de este modo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad.

Manifestado reiteradamente, la cosa juzgada constitucional es una institución jurídica procesal, en virtud del cual no se puede volver a discutir entre las mismas personas, una misma materia e invocando idénticas razones.⁸¹

Es por ello que especial comentario merece la disposición emitida en la Ley Reformatoria al Código Penal, en la que se determina que el proceso administrativo disciplinario que corresponda al mismo hecho que se está investigando en el proceso penal, podrá seguirse de manera independiente sin necesidad de que exista sentencia ejecutoriada en éste último, lo que evidencia, desde mi punto de vista una flagrante contradicción con la prohibición constitucional de conocer o juzgar dos veces un mismo hecho, en consecuencia, se presenta una disyuntiva que ha acarreado discusiones a favor y en contra y que en el ámbito militar ha provocado una seria conflictividad, pues desde el punto de vista de las

⁸⁰ Constitución de la República, ob. cit., artículo 77, numeral 7, literal i).

⁸¹ GARCÍA F., José, *La Garantía Constitucional del Non Bis In Idem*, Revista Judicial - Derecho Ecuador, disponible en internet: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6244:la-garantia-constitucional-del-non-bis-in-idem&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420

autoridades castrenses, es legítima la aplicación de la disposición general a la que se hace referencia, ya que esta permite adoptar acciones inmediatas en contra del personal militar que haya infringido la ley, porque preserva la autoridad militar y asegura que el servidor sea sancionado en el orden interno pero de manera independiente a los resultados de la acción judicial en el ámbito ordinario; pero que en mi opinión personal, no cabe jurídicamente realizar este doble juzgamiento porque a más de cometer una violación al principio del “*non bis in ídem*” analizado anteriormente, se puede generar lo siguiente: que el mismo hecho conocido y resuelto en el ámbito militar con una sanción disciplinaria que puede llegar incluso a la baja del servicio activo del militar, y que siempre se va a resolver mucho antes del tiempo previsto para que se resuelva la acción legal que se ventila por el mismo acto, sea anulado si es que en la justicia penal no se encuentran méritos para sentenciar al servidor que esté siendo juzgado independientemente del proceso administrativo resuelto; resaltando que esto, dentro del ámbito militar ya ha ocurrido en muchas ocasiones y se ha convertido en un manifiesto dolor de cabeza para las autoridades militares que por efecto de lo decidido en la justicia común, han tenido que anular sus propias decisiones en el ámbito disciplinario con el riesgo latente de que la parte afectada inicie acciones en su contra y viéndose afectada seriamente la estructura institucional y perturbándose en forma grave el comportamiento y conducta de los militares.⁸²

3.3. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ESPECIALIZADA.

Finalmente, en cuanto a la seguridad jurídica considero necesario referirme al análisis y comentario de algunos factores que desde mi punto de vista deben ser visualizados para no afectar este derecho constitucional una vez ocurrido ya formalmente el traspaso de la justicia militar.

Tradicionalmente se ha definido a la seguridad jurídica como una razonable posibilidad que deben tener todos los ciudadanos sin distinción de la naturaleza de sus actividades, para contar con la certeza respecto de las actuaciones del poder, en este caso del Poder Judicial en la administración de justicia, en la protección de los derechos, en el amparo a las libertades, en la restauración de los daños y en el castigo de los delitos.

⁸² Constitución de la República, ob. cit., artículo 77 numeral 7 literal i). // Ley Reformativa al Código Penal para la Tipificación de Delitos Cometidos por Servidoras y Servidores Militares y Policiales, ob. cit., Disposición General Primera.

Las fuentes que alimentan positivamente la seguridad jurídica provienen principalmente de una mínima estabilidad legal, que en el caso del Ecuador lamentablemente no ocurre por la maraña de constantes reformas constitucionales, legales y reglamentarias que en muchas ocasiones van llevadas de la mano no por la juridicidad, sino por la ideología política del gobierno de turno; este cambio súbito y constante con la proliferación de normas, reglamentos y otras disposiciones devienen en el cambio de las reglas de juego y esta vieja práctica que se extiende, genera por supuesto grave incertidumbre, pues si para el jurista resulta imposible avanzar en el conocimiento y actualización de la normativa que rige a la sociedad, qué podemos decir del común de los ciudadanos cuya única aspiración es sobrevivir en un mundo cada día más complejo; en mi opinión considero apropiado manifestar que un efecto similar sucede también en lo que a la legislación militar se refiere, la injerencia política en la vida institucional castrense, provoca que a través de las políticas de mando, se impartan disposiciones para que los militares que hoy por hoy, constitucionalmente tienen la responsabilidad de, a más de ser garantes de las libertades derechos y garantías, de asegurar la soberanía y la integridad de la patria, se encuentren interviniendo en actividades de seguridad interna propias de la institución policial, bajo una enmarañada y nada clara normativa que de ninguna manera respalda su proceder en el evento de que a consecuencia de sus actos propios del servicio se vean encausados.

Otro de los propósitos que alimentan y fortalecen el traspaso de la justicia militar a la justicia común, es imperativamente someter a los miembros militares a la sujeción del poder civil, para que nunca más ocurran hechos en los cuales los militares han intervenido en forma decisiva en el quehacer político a través de mantener o retirar su respaldo a los gobiernos de turno, pues de la normativa referente a los delitos de función se desprenden gravísimas sanciones penales para quienes inobserven esta sujeción al poder civil, pero considero que este particular, sino es manejado adecuadamente, afectaría también a la seguridad jurídica de una de las instituciones que hoy por hoy, es una de las que más credibilidad tiene en la sociedad ecuatoriana, ya que se debe establecer definitivamente que en una sociedad civilizada, el militar tiene el derecho a saber en forma correcta como actuará el Estado en determinadas circunstancias, cuáles son sus obligaciones respecto de éste funcionario y cómo preserva sus derechos evitando que la norma se interprete bajo apreciaciones ideológicas o por falta de conocimiento de parte del juzgador.

El régimen judicial debe evidenciar que a superado aquella época en la que la administración de justicia llegaba tarde, mal o nunca, pues es necesario comprender que

afecta gravemente a la seguridad jurídica, no solo la falta de conocimiento especializado, la imposibilidad de identificar cuando se está frente a un delito de función o cuando se está frente a un delito común, sino también el retraso injustificado de los trámites procesales, lo que no hace más que angustiar la situación de los imputados, pues para nadie es desconocido que sin tener la responsabilidad del manejo, conocimiento y resolución de los actos delictivos cometidos por militares en función de su quehacer, ya de por sí el sistema judicial, ha sido complejo.

Se destaca como un hecho positivo que existe claridad y sencillez en la redacción de la tipificación de los actos considerados como ilícitos de función atribuidos a los militares, y por ello, es de esperar que esta normativa no se vea afectada por las contra reformas y reformas, pese a que contradictoriamente en cuanto al procedimiento si se advierte evidentes contradicciones como la ya comentada acerca del doble juzgamiento por un mismo hecho, tanto en el ámbito judicial como en el ámbito interno.

Es de esperar que en este caso no exista un galimatías normativo, originado en actos del poder o de ordenes que por miedo o subordinación, pueden convertirse fácilmente en reglas de actuación, así como tampoco se espera que la arbitraria y frecuente aplicación de disposiciones que se interpretan con la más descarada liberalidad, afecte a este tipo de administración.

Se garantiza la plena vigencia de la seguridad jurídica con la absoluta independencia del Poder Judicial, que sumada a la simplicidad en el régimen procesal, a la estabilidad normativa, a la administración oportuna de la justicia, a esta sujeción del militar al poder ciudadano, contribuirían positivamente en el legítimo ejercicio de la consagración de los Derechos Humanos, de la igualdad, de la celeridad, y de la objetividad que debe rodear esta delicada responsabilidad.

Esta independencia que a criterio del Doctor Fabián Corral⁸³, no puede ser únicamente formal o constitucional, debe efectivamente traducirse en el ejercicio constante de una autonomía real, pues solo así se tendrá un Estado con garantías de los derechos y libertades, para desterrar por siempre en el caso de la justicia militar que hoy por hoy al desaparecer, es parte de la Función Judicial, la injerencia de la estructura institucional y la obediencia ciega a las ordenes del superior.

⁸³CORRAL, Fabián, *Amenazas a la Seguridad Jurídica*, Diario El Comercio, Opinión, Columnistas, 05 de abril de 2012.

CONCLUSIONES.

- Las Fuerzas Armadas, es una institución de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, y se le ha asignado la misión fundamental de la defensa de la soberanía y la integridad territorial, estableciéndose que los militares serán juzgados por los órganos de la Función Judicial, y que para el caso de los delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por las Salas Especializadas en materia militar, pertenecientes a dicha función, dejando el juzgamiento de las infracciones disciplinarias de tipo administrativo, a los órganos competentes en el orden interno, resaltando que en virtud de la unidad jurisdiccional ninguna de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia.
- La Legislación Penal Militar tanto adjetiva como sustantiva no respondía ni siquiera en la forma a los principios constitucionales ni mucho menos contenía normas que materializaran objetivamente los preceptos de los instrumentos internacionales en lo que a Derechos Humanos se refiere, tanto más que el Ecuador, desde hace muchos años atrás es suscriptor de los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos adicionales de 1967 y otros convenios que desarrollan además del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados como lo son: la guerra externa, conflictos internacionales y temas de seguridad interna en los que hoy por hoy el país se encuentra inmerso.
- El Código Orgánico de la Función Judicial, determina la creación de la Sala de lo Penal Militar, Policial y Tránsito; y los juzgados penales especializados en materia Militar y Policial, derogando la Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas y el Código de Procedimiento Penal Militar.

Mediante resolución numero 04-2012 de veintiocho (28) de marzo del dos mil doce (2012), la Corte Nacional de Justicia, dispuso el cambio en la integración de las Salas de la Corte de la siguiente forma:

SALA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO

1. Dra. María Rosa Merchán Larrea

2. Dra. Mariana Yumbay Yallico

3. Dr. Merck Benavides Benalcázar

4. Dra. Lucy Blacio Pereira

5. Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte...

- A la fecha las disposiciones de la Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos cometidos en le Servicio Militar y Policial, ya se encuentran incorporados en el Código Penal en el Título XI que contempla los “Delitos de Función de Servidoras y Servidores Militares y Policiales”.
- Las condiciones y/o presupuestos jurídicos que se requieren para que se aplique un juzgamiento especializado para el conocimiento de actos que por su naturaleza son propios de la Función Militar son: ser servidora o servidor militar, encontrarse como personal permanente en servicio activo que consta en los escalafones de las Fuerzas Armadas, y que sean delitos de función cometidos por servidores militares con la siguiente definición: acciones u omisiones tipificadas en el Código Penal, siempre y cuando estas fueren cometidas por una o un servidor militar en servicio activo pero con la circunstancia de que necesariamente se encuentre en relación directa, concreta, próxima y específica con su función y posición jurídica de acuerdo a la misión establecida en la Constitución.
- El Derecho Militar es una especialidad que no ha tenido una preponderante atención como materia en la formación académica-jurídica en las universidades de nuestro país, ni tampoco ha sido objeto de difusión dentro del sistema de administración de justicia.
- La Corte Nacional de Justicia tiene como MISIÓN “*administrar justicia en el ámbito de sus competencias, de manera independiente, imparcial, responsable, diligente y proba, respetando estrictamente los principios generales del derecho, las normas constitucionales, internacionales y legales del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el fin de garantizar, a través de criterios jurisprudenciales*

uniformes, motivados y congruentes, el ejercicio de la justicia, la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley"; por lo que con este cambio, se aspira que con el devenir del tiempo, estos anhelos, se cristalicen en hechos positivos que fortalezcan el sistema democrático y el Estado Constitucional de Derechos.

- Se ha eliminado la injerencia que por la naturaleza propia de la estructura militar, existía cuando la justicia militar era parte del Poder Ejecutivo, bajo cuya organización únicamente los jueces de instrucción eran oficiales abogados que tramitaban la primera parte del proceso legal y quienes ejercían la función de Jueces de Derecho, eran Oficiales Generales sin formación jurídica.
- Desde mi apreciación personal se han dado importantes pasos hacia la unificación de la Función Judicial acorde de las tendencias del Derecho Moderno, que ha sustituido un caduco Sistema Judicial Militar orgánico y perteneciente al Poder Ejecutivo con todas las trabas que se han venido arrastrando tradicionalmente, siendo positivo incluso desde el punto de vista de los Derechos Humanos, este nuevo sistema que actualmente rige dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues se consagran definitivamente los principios de igualdad, independencia, formalidad e imparcialidad que contribuyen positivamente a acentuar el debido proceso, la vigencia efectiva de la seguridad jurídica y un acceso a la administración de justicia equitativo.

RECOMENDACIONES

No me parece adecuado por el momento, establecer y consignar resultados sobre el traspaso de la administración de justicia, pues ésta recién se ha operacionalizado y se encuentra sentando sus pilares fundamentales, tratando de superar las limitaciones y las dificultades propias que un cambio de esta naturaleza acarrea, sin embargo me atrevo a mencionar como recomendaciones las siguientes:

- El fortalecimiento del conocimiento del Derecho Penal Militar para los Jueces y Fiscales responsables del ejercicio de la administración de justicia especializada, cuando de delitos militares de función se trate.
- Que las facultades de Derecho de las Universidades del país, incluyan como una cátedra más en la formación de los abogados la materia de Derecho Penal Militar.
- Que el Derecho Militar ecuatoriano sea difundido a través de charlas, seminarios, simposios y otros eventos, para el fortalecimiento del sistema judicial.
- Que se cuente con el asesoramiento de juristas especializados en el ámbito militar, provenientes de los propios cuadros pertenecientes a la institución castrense que desempeñaron funciones de administración de justicia militar, ya sea como Jueces, Fiscales, Secretarios y Defensores de oficio.
- Que se expida una normativa jurídica acorde a las actuales circunstancias que brinde un debido respaldo legal a las actuaciones del militar en aspectos de seguridad interna, tales como el combate a la inseguridad, el tráfico de armas, de estupefacientes, el combate a grupos irregulares y otros que hoy por hoy son flagelos que pretenden sentar raíces en el Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

1. BENALCAZAR G. Juan, Algunas ideas sobre la unidad jurisdiccional, Revista Judicial, Diario La Hora, 2008.
2. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997, Tomos III y IV.
3. CÁRDENAS, Julián, Análisis Crítico respecto de la Justicia Imparcial e Independiente. 2012.
4. CARDENAS, Julián, El Papel del Defensor Público Militar en las Fuerzas Armadas, Tesis Doctoral, Instituto Superior de Postgrado de la Universidad Central del Ecuador.
5. CASTRO, G. y otro, Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos” – Informe Final, RESDAL, Red de Seguridad y Defensa de América Latina.
6. Código de Procedimiento Penal Militar, Registro Oficial-Suplemento 356 de 06 de noviembre de 1961 (DEROGADO).
7. Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.
8. Código Penal, Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971
9. Código Penal Militar, Registro Oficial Suplemento 356 de 6 de noviembre de 1961 (DEROGADO).
10. Compendio del Juicio Penal Militar, Artículo de la Fuerza Terrestre, 2007.
11. Constitución de la República, Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008.
12. CORRAL, Fabián, Amenazas a la Seguridad Jurídica, Diario El Comercio, Opinión, Columnistas, 05 de abril de 2012.
13. FALCONI G., José, ¿Qué es el Debido Proceso?, Revista Judicial, Diario La Hora, 2008.
14. Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas, Registro Oficial Suplemento 356 de 06 de noviembre de 1961 (DEROGADO).

15. Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, Registro Oficial/Suplemento 660 de 10 de abril de 1991.
16. Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimientos Penal para la Tipificación y Juzgamiento de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, Registro Oficial Suplemento 196 de 19 de mayo de 2010.
17. RIAL, Juan, La Justicia Militar-Entre la Reforma y la Permanencia, RESDAL, Buenos Aires, Primera edición, 2010.
18. ZAFFARONI, Eugenio R.; Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, Segunda edición.

DOCUMENTOS OFICIALES

1. Resolución Sustitutiva sobre conformación de la Corte Nacional De Justicia; 22 de diciembre de 2008; Registro Oficial 511 de **21 de enero de 2009**.
2. Competencia para conocer los procesos por Delitos Militares y Policiales; 23 de septiembre de 2009; Registro Oficial 51 de **21 de octubre de 2009**.
3. Resolución del Consejo de la Judicatura; 068 del 2010 de **20 de octubre del 2010**.
4. Cambio en la Integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, Resolución 04-2012, Corte Nacional De Justicia, **28 de marzo de 2012**.
5. Oficio N° T.4711-SGJ-09-2042, Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal para la Tipificación y Juzgamiento de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, Presidencia de la República, **01 de septiembre del 2009**.
6. Oficio N° CJEE-P-2009-185, Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional, **11 de noviembre del 2009**.
7. Oficio N° CJEE-P-2009-292, Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional, **22 de diciembre del 2009**.
8. Oficio N° T.4711-SNJ-1-645, Presidencia de la República, **15 de abril del 2010**.
9. Memorando N° PAN-2009-022, Asamblea Nacional, **02 de septiembre del 2009**.
10. Memorando N° SAN-2009-166, Asamblea Nacional, **10 de septiembre del 2009**.

PÁGINAS WEB

1. Apuntes Jurídicos en la web, La Acción Penal, disponible en internet:
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html>
2. CASTRO, Gustavo, y otro, Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”, Informe Final, RESDAL, disponible en internet:
<http://www.resdal.org/justicia/justicia-militar.html>
3. Conceptos de Seguridad y Defensa, disponible en internet:
<http://www.resdal.org/atlas/atlas-definiciones-a.html>
4. Corte Nacional de Justicia, Misión, Visión y Valores Institucionales, disponible en internet:
<http://www.cortenacional.gob.ec/cn/index.php/cortenacionaldejustizia/mision-vision-valores>
5. ¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el Derecho Internacional Humanitario?, Comité Internacional de la Cruz Roja, disponible en internet:
<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>
6. Definiciones Legales, disponible en internet:
<http://www.definicionlegal.com/definicionde/Unidadjurisdiccional.htm>
7. Estructura Orgánica de la Corte Nacional de Justicia, disponible en internet:
<http://www.cortenacional.gob.ec/cn/index.php/cortenacionaldejustizia/estructura-organica>
8. FEUILLADE C., Milton, El Juez Natural, en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, disponible en internet:
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1329/1470>
9. GARCÍA F., José, La Garantía Constitucional del Non Bis In Idem, Revista Judicial - Derecho Ecuador, disponible en internet:

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6244:la-garantia-constitucional-del-non-bis-in-idem&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420

10. GRANJA, Marco, Fuero para militares y el Derecho Penal Militar – Fundamentos Históricos y Constitucionales, disponible en internet:

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3237:fuero-para-militares-y-el-derecho-penal-militar-fundamentos-histaoacutericos-y-constitucionales&catid=48:derecho-militar&Itemid=420

11. MARTINEZ, Ramiro y otro, La Función Jurisdiccional (IV): La unidad jurisdiccional, disponible en internet:

<http://esunmomento.es/contenido.php?recordID=203>

12. Wikipedia, Crimen contra la Humanidad, disponible en internet:

http://es.wikipedia.org/wiki/Crimen_contra_la_humanidad

13. Wikipedia, Obediencia Debida, disponible en internet:

http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

14. ZABALA, Jorge, El Poder Judicial y la Unidad Jurisdiccional, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, disponible en internet:

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=213&Itemid=29