

# INDICE

## PRESENTACION

### PRIMERA PARTE

#### LINEAMIENTOS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERU

- I. ALCANCES Y FINALIDAD DEL INFORME
- II. LOS DISTINTOS MODELOS: UNA APROXIMACION AL DERECHO COMPARADO
  1. Sistema británico
  2. Sistema europeo continental
  3. Sistemas que circunscriben la justicia militar al tiempo de guerra
- III. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE
  1. La Constitución de 1993
    - 1.1 Unidad de la función jurisdiccional: la denominada “jurisdicción militar”
    - 1.2 Relaciones entre la justicia militar y el Poder Judicial: casación ante la Corte Suprema
    - 1.3 Juzgamiento de civiles por tribunales militares
    - 1.4 Delito de función y principio de igualdad: el rechazo de los fueros personales
  2. La legislación vigente
- IV. TEMAS BASICOS PARA UNA PROPUESTA DE REFORMA
  1. Extensión de la justicia militar
    - 1.1 Diferenciación de la justicia penal militar con las infracciones disciplinarias
    - 1.2 Extensión de la justicia militar en tiempos de paz: criterios tradicionales
      - a) En razón de los sujetos
      - b) En razón del delito
      - c) En razón del lugar
    - 1.3 Justicia militar y regímenes de excepción
    - 1.4 Justicia militar en tiempos de guerra
  2. Configuración legal del delito de función
    - 2.1 Delito militar
    - 2.2 Delito de función en la legislación vigente
    - 2.3 Delito de función y derechos humanos
    - 2.4 Principio de legalidad: tipificación de los delitos de función por el Código de Justicia Militar
    - 2.5 Adecuación del sistema de penas
    - 2.6 Juzgamiento de delitos comunes en los tribunales militares: el artículo 324° del Código de Justicia Militar
    - 2.7 Delito de función: los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de retiro.
  3. Organización de la justicia militar
    - 3.1 Diseño orgánico de la justicia militar
    - 3.2 Composición de los tribunales militares
    - 3.3 Contiendas de competencia

- 3.4 Casación ante la Corte Suprema: conformación de una Sala Penal especial
- 4. Justicia militar y debido proceso
  - 4.1 Derechos básicos
    - a) Independencia
    - b) Imparcialidad
    - c) Publicidad de los procesos
    - d) Derecho al juez natural
    - e) Defensa
    - f) Recurso ante tribunal superior. Prohibición de la "reformatio in peius"
    - g) Non bis in idem
  - 4.2 Proceso acusatorio y justicia militar
  - 4.3 Garantías constitucionales: procedencia del hábeas corpus

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1. Reformas constitucionales
- 2. Reformas legales

## SEGUNDA PARTE

### LA JUSTICIA MILITAR EN UNA ETAPA DE TRANSICION: ANALISIS DE LOS PROYECTOS DE REFORMA

#### I. ANTECEDENTES

- 1. Protagonismo y vocación expansiva de la justicia militar
- 2. El informe defensorial N° 6 "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú".
- 3. El marco constitucional a reformar.
- 4. Proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y del Código de Justicia Militar.
- 5. El Informe presentado por la Comisión para la reestructuración integral de las Fuerzas Armadas

#### II. NATURALEZA DE LA JUSTICIA MILITAR

- 1. Estructura administrativa para el ejercicio de una función jurisdiccional
- 2. Naturaleza disciplinaria - garantista de la justicia militar
- 3. Déficit de imparcialidad para la imposición de penas privativas de libertad

#### III. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

- 1. Delimitación del delito de función
- 2. Delitos contra los derechos humanos
- 3. Limitación de la extensión en razón de los sujetos
- 4. Revisión de la competencia de la justicia militar sobre los miembros de la Policía Nacional
- 5. Confirmación del carácter atrayente de la justicia común
- 6. Supresión de artículos de extensión indebida de la competencia
- 7. Adecuación al ordenamiento interamericano

#### IV. DELITOS Y LAS PENAS MILITARES

- 1. Subsistencia de delitos comunes bajo la competencia de la justicia militar
- 2. Mantenimiento de algunos delitos contra los derechos humanos bajo la competencia de la justicia militar

3. Necesidad de revisar la permanencia de ciertos delitos militares
  4. Sistema de penas
    - 4.1. Supresión de penas anacrónicas
    - 4.2. Persistencia de indeterminación en las penas, afectándose los principios de estricta legalidad y de la ley penal
    - 4.3. Afectación del principio de proporcionalidad
- V. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR
1. Deficiencias en las garantías de independencia e imparcialidad en el diseño vigente de la justicia militar.
  2. Composición de los tribunales militares
    - 2.1. Jueces y consejos subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar
    - 2.2. Selección política de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar
    - 2.3. El Ministerio Público de la justicia militar
  3. Relaciones con la justicia común
  4. Control y apoyo administrativo
- VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

## PRESENTACIÓN

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como de supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos. Una de las acciones que realiza para el cumplimiento de sus atribuciones, es la de llevar a cabo investigaciones e informes de carácter general en los que analiza el funcionamiento de las instituciones del Estado, en la mira de contribuir al cumplimiento de sus fines, que en última instancia inciden en la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, conforme lo enuncia el artículo 1º de la Constitución.

Precisamente, entre los órganos de mayor relevancia en un Estado de Derecho están aquellos que desarrollan funciones jurisdiccionales, pues ellos deben resolver los conflictos que se susciten de modo firme y definitivo respetando los derechos de las personas. En esta materia, la Defensoría del Pueblo puede realizar investigaciones referidas al ámbito de la administración de justicia, buscando contribuir a que su funcionamiento guarde armonía con las pautas que orientan un Estado democrático.

En el Perú, una de las instituciones que ejercen funciones jurisdiccionales son los tribunales militares que, de acuerdo a la Constitución, intervienen cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional cometen delitos de función. Asimismo, pueden juzgar a civiles tratándose de los delitos de traición a la patria. Sin embargo, la mayor parte del desarrollo legal relativo a la justicia militar es anterior a la regulación constitucional vigente, registrándose en los últimos años situaciones de tensión entre instancias de la justicia común y la militar. Además, a lo largo de la historia se ha apreciado una vocación expansiva que hace indispensable evaluar su adecuación a los principios y derechos que orientan un régimen democrático.

Entre las situaciones que requieren un cambio, destaca el juzgamiento de civiles por tribunales castrenses, la ausencia de una revisión por parte de la Corte Suprema de las resoluciones dictadas por la justicia militar, el conocimiento de delitos comunes que no constituyen delitos de función por parte de esos mismos tribunales, el incumplimiento de parte de sus miembros de las resoluciones de la justicia común, la adecuación del Código y de la Ley Orgánica de Justicia Militar, entre otros aspectos. Estos temas que trascienden los casos particulares en los cuales se han presentado, cuentan con un evidente carácter general referido precisamente al rol y extensión de la justicia militar en un Estado democrático de Derecho.

En esta perspectiva, la Defensoría del Pueblo designó a través de la Resolución Defensorial N° 004-97/DP una Comisión Especial integrada por los doctores Luis Avila González, Francisco Eguiguren Praeli, Arsenio Oré Guardia y Samuel Abad Yupanqui, Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales, a quienes se solicitó realizar un informe conteniendo propuestas para la reforma de la justicia militar en el Perú. El citado informe denominado "*LINEAMIENTOS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ*" fue publicado en marzo de 1998, habiéndose agotado su edición.

Posteriormente, durante el gobierno de transición, situación que se ha mantenido en el actual gobierno, se abrió un importante espacio para el debate sobre la reforma de la justicia militar en el Perú. De esta manera, tanto el Ejecutivo, a través del Ministerio de

Defensa, como diversos congresistas presentaron sendos proyectos de ley destinados a propiciar un cambio de esta naturaleza. En este contexto, se elaboró el Informe Defensorial N° 64 denominado *"LA JUSTICIA MILITAR EN UNA ETAPA DE TRANSICION: ANALISIS DE LOS PROYECTOS DE REFORMA"* que ahora publicamos conjuntamente con el anterior informe defensorial.

En definitiva, la propuesta de la Defensoría del Pueblo plasmada en ambos informes defensoriales, supone un necesario acercamiento y fortalecimiento de las relaciones cívico-militares, que permita arribar de forma concertada a las reformas constitucionales y legales que se postulan. Esto forma parte de un proceso mayor de democratización de la sociedad peruana y de una indispensable reforma del Estado, escenarios en los cuales la Defensoría del Pueblo se halla decididamente comprometida.

Lima, 30 marzo del 2002

Walter Albán Peralta  
**Defensor del Pueblo en funciones**

**PRIMERA PARTE**

**LINEAMIENTOS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR  
EN EL PERU<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Informe Defensorial N° 6, Lima, marzo de 1998

## I. ALCANCES Y FINALIDAD DEL INFORME

En los países de América Latina la regulación y el funcionamiento de la justicia militar constituye uno de los temas de necesaria reforma en la mira de contribuir a que su diseño sea respetuoso de los derechos constitucionales, de los principios que rigen la función jurisdiccional y de los valores democráticos.

Para el cumplimiento de estos objetivos, al Ombudsman o Defensor del Pueblo, en tanto institución no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos ciudadanos, le corresponde un activo papel en el plano propositivo y de formación de conciencia ciudadana. Una labor de esta naturaleza se ha desarrollado, entre otros países, en la Defensoría del Pueblo de Colombia<sup>2</sup> y en la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala<sup>3</sup>.

En el Perú, mediante Resolución Defensorial N° 004-97/DP, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de enero de 1997, se dispuso la elaboración de un Informe Especial destinado a analizar el marco normativo vigente sobre la justicia militar y los delitos tipificados en el Código de Justicia Militar con la finalidad de adecuarlo a la Constitución y a los principios que rigen la función jurisdiccional, a efectos de formular las recomendaciones y propuestas que contribuyan a la adecuada protección de los derechos constitucionales.

Para tal efecto, se dispuso la conformación de una Comisión Especial integrada por los doctores Arsenio Oré Guardia, Francisco Eguiguren Praeli y Luis Avila González, encomendando al Dr. Samuel B. Abad Yupanqui, Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, la conducción de la Secretaría Técnica de la Comisión. Asimismo, la referida Comisión contó con la asistencia del Sr. Pier Paolo Marzo.

La Comisión se instaló el día 31 de enero de 1997 en la sede institucional de la Defensoría del Pueblo. Posteriormente, se definió el plan y la metodología de trabajo necesarias para cumplir con el encargo solicitado. Con esta finalidad, se realizaron diversas reuniones de trabajo, se formularon puntuales solicitudes de información a organismos e instituciones, y se llevó a cabo una reunión técnica con el Dr. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Santiago de Compostela (España) y especialista en Derecho Militar. A partir de ello, se procedió a la redacción del informe sobre la base de los documentos preliminares elaborados por los integrantes de la Comisión. Posteriormente, se sometió a debate el documento en una reunión de trabajo a la que asistieron los doctores Domingo García Belaunde, César San Martín Castro y el Mayor General FAP (r) José Rivera Lucero, quienes efectuaron valiosas sugerencias, que han sido debidamente incorporadas al presente documento.

El presente informe no pretende agotar todos los temas que pueden ser materia de una reforma de la justicia militar en el Perú, sino tan sólo plantear los aspectos centrales a

---

2 CORDOBA TRIVIÑO Jaime, "Tercer Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia", Volumen I, Santa Fé de Bogotá, 1996, p. 34 y ss.

3 GARCIA LAGUARDA Jorge Mario, "Los Tribunales militares y la Constitución", Colección Cuadernos de Derechos Humanos, 1996, Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, N°3.

tomar en cuenta en una tarea de esta envergadura. Tampoco formula una propuesta de nuevo Código de Justicia Militar o de una Ley Orgánica de Justicia Militar, sino tan solo trata de fijar los lineamientos que deberían acogerse en una labor de tal naturaleza.

En esta dirección, el documento ha sido estructurado en cinco partes fundamentales. La primera, precisa los alcances del informe. La segunda parte, trata de brindar el marco general sobre los principales modelos de justicia militar en la experiencia comparada, haciendo hincapié en las tendencias que los definen. La tercera, aborda las características y limitaciones del modelo constitucional diseñado por la Carta de 1993, así como el marco legal -preconstitucional- vigente.

En la cuarta parte se desarrollan temas centrales. En efecto, a partir de una diferenciación del derecho penal militar con el derecho disciplinario militar, se postula que la justicia militar se circunscriba a conocer los delitos de función entendidos como delitos militares. Una concepción constitucional y democrática de los delitos de función excluye la existencia de “fueros personales”, asimismo excluye de su contenido a los delitos contra los derechos humanos y a los sujetos que en alguna ocasión han vestido uniforme. De otro lado, la organización de la justicia militar constituye, también, parte central del informe, así como el necesario respeto del debido proceso que implica la posibilidad de acudir a la garantías constitucionales en determinadas circunstancias.

Finalmente, como consecuencia de lo expresado a lo largo del informe, en la quinta parte se formulan puntuales conclusiones y recomendaciones que tratan de fijar las bases para una reforma de la justicia militar en el Perú.

Cabe finalmente indicar que el presente Informe no se ha circunscrito a formular propuestas de adecuación de la legislación militar a la Carta de 1993, sino además plantea específicas propuestas de reforma constitucional que constituyen aspectos medulares para el diseño de una justicia militar democrática en el Perú. Una apuesta hacia el futuro, precisa un cambio profundo que debe insertarse en el marco de un necesario acercamiento y fortalecimiento de las relaciones cívico-militares que permita arribar de forma concertada a una reforma como la que se postula.

## **II. LOS DISTINTOS MODELOS: UNA APROXIMACION AL DERECHO COMPARADO**

La afirmación de la existencia de un ordenamiento militar autónomo y distinto del ordenamiento civil ha caracterizado a cierto tipo de sociedades a lo largo de la historia. Este modelo en la actualidad se encuentra en pleno -y necesario- retroceso. En efecto, como acertadamente señala Jiménez Villarejo:

*"conviene recordar que ha sido un rasgo típico de la sociedad tradicional, del que perviven en la moderna no pocos residuos, el de la particularidad, mayor o menor, de los ejércitos con respecto a la sociedad global. Una manifestación de dicho rasgo -cuya versión patológica sería un cierto grado de autonomía del mando militar en relación con el poder civil- es la existencia de un ordenamiento jurídico singular, de carácter fundamentalmente sancionador, que tiene como objetivo prioritario tutelar determinados valores -entre ellos, con marcado relieve, la disciplina- definidos y vividos como indispensables para la eficacia e incluso para la propia existencia de la institución castrense. La especialidad de este ordenamiento se ha subrayado, en no*



*pocas ocasiones, con tanta fuerza que se ha rechazado la posibilidad de que su interpretación y aplicación se realice desde una instancia jurídica ajena a los ejércitos*"<sup>4</sup>.

Agrega el citado autor, Presidente de la Sala V del Tribunal Supremo Español, que en el Derecho Militar histórico de su país no existía una clara línea delimitadora entre lo penal y lo disciplinario en el ámbito sancionador, ni en lo sustantivo ni en los procedimientos de actuación en cada uno, así como tampoco en cuanto a los órganos encargados de su aplicación. Ello se tornaba más complejo ante "la acentuada confusión entre la potestad de mando y la potestad jurisdiccional, y a la postre el predominio de la primera sobre la segunda"<sup>5</sup>.

Siendo una regla general la existencia de tribunales militares, al margen de las excepciones que puedan existir a dicha regla, lo cierto es que pueden apreciarse distintos sistemas o "modelos" que regulan su organización, competencias y, sobre todo, su ubicación en relación a la jurisdicción ordinaria. A decir de Fernández Segado<sup>6</sup>, dejando de lado las diferencias, pueden encontrarse algunos principios generales que rigen actualmente en este campo, siendo éstos:

- Permanencia de los órganos jurisdiccionales militares.
- Intervención del elemento civil en los mismos.
- Pluralidad de instancias e integración orgánica en el esquema común, a través de los posibles recursos ante el órgano jurisdiccional supremo.
- Limitaciones de las fuentes de atribución de competencias al delito militar, con paralela y fuerte restricción del concepto de delito militar.

En definitiva, anota Fernández Segado, estos rasgos generales determinan la tendencia predominante hacia la reducción competencial de la jurisdicción castrense, el reforzamiento de su independencia, como también de respeto a las garantías procesales de los inculcados ante ellos y, finalmente, su integración en el esquema o marco general de la jurisdicción ordinaria.

De ahí que, resulte importante detenerse a apreciar, aunque sea brevemente, los principales "modelos" que a nivel de los sistemas jurídico-políticos comparados existen en cuanto a la posición de la Justicia Militar en el ordenamiento constitucional y a su relación con el órgano jurisdiccional ordinario.

## **1. SISTEMA BRITANICO**

Un primer tipo de modelo lo constituye el *sistema británico*, con su variable estadounidense, donde el rasgo más relevante es la inexistencia de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente. En el sistema británico, según la Mutiny Act, *de 1869*, la justicia militar en tiempos de paz reside en los Consejos de Guerra (Courts Martial), atribuyéndoles competencia para conocer de los delitos de motín, sedición y desertión. Esta Mutiny Act estaba sujeta a la prórroga anual del Parlamento, para extenderse a otros delitos militares. Posteriormente se dispuso que debía

---

4 JIMENEZ VILLAREJO José, "Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional"; Madrid: Editorial COLEX, 1991, pp. 7-8.

5 JIMENEZ VILLAREJO José, ob. cit., p. 8

6 FERNANDEZ SEGADO Francisco, "La Justicia Militar en el Derecho Comparado", Revista de Derecho General, Madrid, p.336.

promulgarse una nueva norma legal cada cinco años, aunque anualmente se debía dictar una resolución legislativa para que la ley continúe en vigor.

Las principales características del modelo británico son: la rigurosa delimitación de las competencias de las cortes marciales y de las personas que éstas pueden juzgar, siendo aplicables a los militares en actividad y a los reservistas, sólo mientras dura su servicio activo. En cuanto a los no militares, la regla es que no están sujetos a la ley militar, ni siquiera en tiempo de guerra, salvo escasas y aisladas excepciones. Los tribunales militares, en todos los casos, son órganos que no tienen existencia permanente, siendo expresamente convocados, por la autoridad pertinente, para el enjuiciamiento de un determinado caso o casos<sup>7</sup>.

Ninguna pena impuesta por un Consejo de Guerra es válida ni puede ejecutarse mientras no sea confirmada por la autoridad superior, que es quien normalmente lo convocó. Dicha autoridad puede disponer que la Corte vuelva a revisar el caso o solicitar la modificación del fallo, que no podrá imponer una pena superior; la falta de aprobación por la autoridad acarrea la nulidad del procedimiento. Asimismo, tradicionalmente se ha reconocido el derecho de toda persona juzgada por un tribunal militar de apelar ante la Corona de un veredicto de culpabilidad.

Tras la Segunda Guerra Mundial no sólo se institucionalizó este recurso de apelación ante la Corona, sino que se instauró una jurisdicción de apelación superior para toda la Justicia Militar, mediante la Courts Martial (Appeals) Act de 1951. Esta norma, con una reforma en 1968, establece un derecho legal de apelación del fallo de culpabilidad dictado por cualquier consejo de guerra, ante el mismo Tribunal de Apelaciones de lo Criminal de la Justicia Ordinaria, aunque con un nombre y composición especial, integrado exclusivamente por magistrados civiles.

Al igual que en el caso británico, en los Estados Unidos de Norteamérica las Cortes Marciales y tribunales militares tampoco tienen carácter permanente; se conforman sólo para el juzgamiento de un determinado delito. “El primer código militar americano fue promulgado en 1775 por el Congreso Continental, el cual fue elaborado según el modelo de los artículos de guerra británicos”; en 1950, el Congreso promulgó el Código Uniforme de Justicia Militar que regula las ofensas penales y disciplinarias, y que ha sido enmendado en 1968 y 1983<sup>8</sup>.

En relación a la competencia de la justicia militar, cabe anotar que los miembros de la policía son juzgados por los tribunales civiles. En ningún caso los civiles, en tiempo de paz, pueden ser desviados de su juez natural ni sujetos a la jurisdicción castrense. La competencia se circunscribe a “la comisión de una ofensa militar legalmente reconocida por un militar en servicio activo”<sup>9</sup>, pero pueden llegar a juzgar delitos comunes y delitos militares.

Los fallos de los Consejos de Guerra -que pueden ser sumarios, especiales o generales- que condenan a un general o almirante, que impongan la pena de muerte, la pérdida del empleo a un oficial, la expulsión del servicio con deshonor, o la pena de reclusión por más de un año, son recurribles ante una segunda instancia denominada Tribunales de Revisión

---

7 FERNANDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit. p. 339.

8 Programa Ejecutivo de Justicia Militar. Destacamento de la Escuela de Justicia Naval. Instrucción Internacional, Newport, USA, 1997, p.10-1

9 Ob. cit., p.10-18

(Board of Review). Cabe una tercera y última instancia, el Tribunal Militar de Apelación, integrado por tres jueces civiles designados por el Presidente de los Estados Unidos, previo consentimiento del Senado; el mandato de estos jueces es de quince años.

Finalmente, las resoluciones del Tribunal Militar de Apelación pueden ser revisadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos mediante un "auto de avocación", siempre que el Tribunal de Apelación "haya aceptado con anterioridad una petición de revisión"<sup>10</sup>. La doctrina ha sido clara en señalar que resultaría inconstitucional cualquier pretensión que busque impedir al Supremo Tribunal conocer de un caso donde estime que pueda haberse producido alguna violación a derechos o garantías de cualquier ciudadano.

## **2. SISTEMA EUROPEO CONTINENTAL**

Un segundo modelo es el denominado Europeo Continental, históricamente contrapuesto al británico, donde resulta de mayor interés el sistema italiano de justicia militar. La Constitución Italiana de 1947, en el tercer párrafo de su art. 103°, dispone que: "Los Tribunales Militares, en tiempo de guerra, tienen la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas". Mediante reformas legislativas de 1981 y 1985, se desarrolló el precepto constitucional y se introdujeron precisiones en el ámbito de la justicia militar para tiempo de paz<sup>11</sup>.

El sistema italiano delimita pues claramente, a nivel objetivo y subjetivo, los alcances de la Justicia Militar, circunscrita a personas que tienen la calidad de militares y a los delitos de carácter militar que éstas cometan. En consecuencia, en tiempo de paz, los civiles no son juzgados por los tribunales castrenses, ni éstos conocerán de los delitos comunes perpetrados por personal militar.

El rasgo básico de este sistema es el principio de unidad jurisdiccional, recogido en el artículo 102° de la Constitución, según el cual la función jurisdiccional será desempeñada por magistrados ordinarios, no pudiendo establecerse jueces de excepción ni especiales, pero si secciones especializadas al interior del órgano judicial, para el conocimiento de materias determinadas, en las cuales podrán participar incluso ciudadanos que no pertenezcan a la magistratura.

De conformidad con este principio, en la cúspide del sistema judicial se encuentra la Corte Suprema de Casación, que resulta competente para conocer de los recursos interpuestos contra decisiones de la Justicia Militar. En efecto, según el artículo 111°, "contra las sentencias y providencias sobre la libertad personal pronunciadas por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales, será siempre admitido recurso de casación por violación de la ley. Solamente queda derogada esta norma para la sentencia de los Tribunales Militares en tiempo de guerra".

A fin de garantizar la independencia de los tribunales militares, su composición hace predominar el número de magistrados militares sobre el de personal de armas, para asegurar tanto el mayor conocimiento técnico-jurídico como la autonomía frente a la estructura jerárquica de mando. El Tribunal de Apelación es uno solo, de cuyos cinco

---

10 Ob. cit., p.10-20

11 MILLAN-GARRIDO Antonio, "La reforma de la legislación penal militar en Italia", Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Santafé de Bogotá, N° 53, 1994, p.56

miembros tres son magistrados militares; obviamente la Corte Suprema de Casación, última instancia del proceso, está integrada sólo por magistrados civiles. Los magistrados militares tienen el mismo régimen de los magistrados ordinarios, siéndoles aplicables un único marco orgánico y estatutario, lo que fortalece su independencia ante las autoridades militares y el propio Poder Ejecutivo.

Mención especial merece el sistema español, cuyo desarrollo reciente ha estado influenciado en las reformas del modelo italiano. La Constitución Española de 1978, al regular al Poder Judicial, dispone en su artículo 117.5: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y el funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución".

Como señala Fernández Segado<sup>12</sup>, concordando con el desarrollo de la doctrina del Tribunal Constitucional, la ubicación de los tribunales militares dentro del Título correspondiente al Poder Judicial no sólo reafirma el principio de unidad jurisdiccional sino que clarifica los fundamentos de especialización que justifican la existencia de tribunales militares, antes que su vinculación a criterios corporativos. Ello es coherente, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 123º constitucional según el cual el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los niveles, salvo en materia de garantías constitucionales. Y la referencia a la competencia de los Tribunales Militares para lo estrictamente castrense, permite superar el clásico tríptico competencial, en razón de la materia, del sujeto y del lugar; para circunscribirse al juzgamiento de los delitos militares. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la expresión "ámbito estrictamente castrense" debe interpretarse en el sentido que la justicia militar sólo es competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar, agregando que el carácter especial de la justicia militar hace necesario que sea interpretada restrictivamente presumiendo la competencia de los jueces ordinarios<sup>13</sup>.

Este modelo es el que ha inspirado el diseño de la justicia militar en países como Colombia y El Salvador. Afirmando el principio de unidad de la jurisdicción, tales ordenamientos contemplan la facultad de la Corte Suprema para conocer en casación o revisión de las resoluciones impugnadas de los tribunales militares. Asimismo, en estos países se limita la competencia de los tribunales castrenses a los militares en servicio activo, por actos relacionados con este servicio, en Colombia, y por delitos y faltas puramente militares, es decir, que afecten "de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar" (artículo 216º de la Constitución), en El Salvador .

Es más, incluso en el caso de Chile se llega a configurar a la Corte Suprema como un órgano con autoridad en lo correccional y económico sobre todos los tribunales de la nación en tiempos de paz (artículo 79º de la Constitución); además, de conocer de los recursos de casación, revisión y queja contra las resoluciones de las Cortes Marciales, así como las solicitudes de recusación contra los miembros de dichas cortes.

### **3. SISTEMAS QUE CIRCUNSCRIBEN LA JUSTICIA MILITAR AL TIEMPO DE GUERRA**

Un tercer modelo, de origen más reciente, circunscribe la existencia de la justicia militar

---

12 FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El Sistema Constitucional Español", Madrid: Dykinson, 1992, p. 762 a 770.

13 DIEZ-PICAZO Luis María, "Régimen constitucional del Poder Judicial", Madrid: Civitas, 1991, p.38

sólo al tiempo de guerra; este es el caso de Francia, que en 1982 suprimió la jurisdicción castrense, absorbiendo sus funciones la justicia ordinaria, salvo para los ejércitos que se encuentran fuera del país o durante tiempo de guerra.

Este es también el caso de Alemania, donde la Ley Fundamental sólo prevé la existencia de tribunales federales para conocer asuntos disciplinarios y de quejas de los soldados. Se podrán establecer, en el ámbito federal, Tribunales Penales Militares, dependientes del Ministerio de Justicia, pero sólo ejercerán jurisdicción en tiempo de guerra o sobre personal militar en servicio fuera del país.

En consecuencia, la legislación penal militar no presupone la existencia de una jurisdicción castrense, por lo que los delitos militares que cometa dicho personal, serán juzgados por la justicia ordinaria, según los procedimientos comunes.

### **III. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE**

#### **1. LA CONSTITUCION DE 1993**

La Constitución vigente, aprobada luego de la ruptura constitucional del 5 de abril de 1992, ha establecido un diseño de la justicia militar que se aleja de los modelos contemporáneos y que denota una vocación expansiva respecto al previsto por la Carta anterior (1979)<sup>14</sup>.

Cuatro son los temas centrales que la Carta de 1993 plantea en torno a la configuración constitucional de la justicia:

##### **1.1. Unidad de la función jurisdiccional: la denominada “jurisdicción militar”**

En este sentido el inciso 1) del artículo 139° de la Carta de 1993 dispone que:

*"Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*

*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral".*

Consideramos que esta norma resulta bastante cuestionable, no sólo a nivel del propio diseño normativo, sino incluso en el plano técnico jurídico.

De un lado, porque desde el punto de vista conceptual no es fácil comprender que en un mismo precepto se proclame la unidad de la función jurisdiccional, a la par de reconocer la existencia de la justicia militar como "otra jurisdicción" independiente y paralela. De otro lado, porque en los modelos democráticos constituye una regla que la justicia militar, si bien responde a criterios de especialidad y goza de autonomía, tiene que encontrarse integrada y subordinada dentro del órgano jurisdiccional, precisamente en aplicación del principio básico de unidad y exclusividad de dicha función.

Todo ello no sólo denota un apreciable interés por fortalecer y expandir la justicia militar, sino además un notable descuido en el empleo de la terminología apropiada. En efecto,

---

14 AZABACHE César, "De nuevo sobre la justicia militar", La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios III, Lecturas sobre Temas Constitucionales 11, Lima: CAJ, 1995, p.154

como ha señalado Juan Monroy, la acepción del vocablo "jurisdicción" en el citado dispositivo constitucional para referirse al "fuero militar", constituye un uso incorrecto del concepto pues, en rigor, sólo se trata de la expresión de una "competencia material exclusiva"<sup>15</sup>. Y es que cuando nos referimos al principio de la unidad de la función jurisdiccional, se quiere indicar que:

*"La jurisdicción (...) es necesariamente única; es imposible conceptualmente que un Estado tenga más de una jurisdicción. Sin embargo, tradicionalmente se ha venido hablando de la jurisdicción civil, de la penal, etc. (...) No existen, pues, varias jurisdicciones sino varias manifestaciones de una única jurisdicción"*<sup>16</sup>.

De esta manera, técnicamente no resulta correcto referirnos a la jurisdicción militar, sino más bien a tribunales especializados en materia militar o, sencillamente, tribunales militares. Tampoco resulta correcto referirnos al fuero militar -aunque se trate de una expresión tradicionalmente utilizada-, porque dicha expresión suele confundirse con la existencia de un fuero personal que sigue a una persona con independencia del tipo de delito cometido. A nuestro juicio, es preferible referirnos a los tribunales especializados en materia militar o, sencillamente, tribunales militares cuya competencia viene definida por la ley.

## **1.2. Relaciones entre la justicia militar y el Poder Judicial: casación ante la Corte Suprema**

El esquema constitucional antes expuesto se complementa con los artículos 141° y 173°. Según el artículo 141°, corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia, según los casos, y "conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173". Y dicho artículo dispone que "la casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte". De esta manera, los indicados preceptos constitucionales establecen una justicia militar, separada e independiente, que parece obedecer más bien a criterios de interés corporativo y de segregación. Se desechó así el proyecto remitido por la Corte Suprema al Congreso Constituyente Democrático que proponía la casación de las resoluciones de los tribunales militares ante dicho supremo tribunal<sup>17</sup>.

Se trata, en verdad, de peculiar empleo de palabras, que busca evitar decir con claridad que el conocimiento en casación por la Corte Suprema de los fallos de los tribunales militares no es la regla sino, más bien, un supuesto muy excepcional, pues sólo sería pertinente cuando un tribunal castrense imponga la pena de muerte, quedando excluidos de control ante el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria todos los casos en que se imponga cualquier otra pena.

Cabe recordar que aunque el artículo 140° contempla la posibilidad de que se imponga la pena de muerte por los delitos de traición a la patria (en caso de guerra) y de terrorismo, este precepto constitucional no puede aplicarse en cumplimiento del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José -ratificado por el

---

15 MONROY GALVEZ Juan, "Introducción al proceso civil", Tomo I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, pp.230-231

16 MONTERO AROCA Juan, "Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso", 2° ed., Madrid: Tecnos, 1979, p. 28

17 GARCIA BELAUNDE Domingo, "El fuero militar como peligro", en "La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente", Lima: Seglusa Editores, 1993, p.247

Estado peruano-, que impide extender la pena de muerte a delitos anteriormente no contemplados por el Estado Parte. De modo pues que, en realidad, ninguna sentencia de la Justicia Militar -ni siquiera en tiempo de paz- sería recurrible en casación ante la Corte Suprema ni susceptible de revisión por este alto tribunal.

El argumento utilizado para cuestionar la revisión por parte de la Corte Suprema de las decisiones de los tribunales militares priorizó la coyuntura al considerar que los delitos de terrorismo, en su modalidad agravada de traición a la patria, no debían ser revisados en casación por la Corte Suprema pues ello podía conducir a la expedición de indebidas órdenes de libertad de los procesados ante presiones de los magistrados <sup>18</sup>.

De esta manera, la desconfianza hacia el Poder Judicial, al que no se consideraba apto para juzgar este tipo de delitos comunes, fue el argumento utilizado para la expansión y consagración de la autonomía de la justicia militar.

### **1.3. Juzgamiento de civiles por tribunales militares**

Pero si ya resulta grave esta virtual excepción total de control por la Corte Suprema al conjunto de los fallos de la Justicia Militar, el asunto se torna más delicado cuando la propia Constitución, en el citado artículo 173<sup>o</sup>, si bien se refiere al delito de función como supuesto que determina la competencia de la justicia militar, extiende la aplicación del Código de Justicia Militar y la competencia del Fuero Militar para el juzgamiento de civiles en los delitos de traición a la patria y de terrorismo (en los casos que determine la ley<sup>19</sup>), incluso en tiempo de paz. Obviamente los fallos y las penas que se impongan a estos civiles procesados, también quedan exentos de revisión por la Corte Suprema, situación francamente inconcebible en un Estado Democrático de Derecho.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido muy crítica de esta situación. Así por ejemplo en su último Informe Anual (1996), ratificando lo expuesto en su Informe de 1993, sostuvo:

*“...a los civiles juzgados en los tribunales militares se les niega el derecho a ser oídos por un juez independiente e imparcial, derecho que les confiere el artículo 8.1. de la Convención. El cometido principal de las Fuerzas Armadas consiste en combatir a los terroristas, luchando en el plano militar contra los grupos armados irregulares y esta es su principal función en la campaña contra la subversión. La Comisión considera que las fuerzas armadas exceden su función natural cuando juzgan a los civiles acusados de pertenecer a los grupos subversivos, porque esta función corresponde a la justicia penal ordinaria”<sup>20</sup>.*

Por ello, la Comisión mostró su preocupación ante la constitucionalización de ciertas disposiciones como el artículo 173<sup>o</sup> de la Carta de 1993, que ha consagrado el

---

<sup>18</sup> DIARIO DE DEBATES DE LA COMISION DE CONSTITUCION Y REGLAMENTO DEL CCD, realizada el 23 de junio de 1993, <http://www.congreso.gob.pe>

<sup>19</sup> El Decreto Ley N° 25659, del 13 de agosto de 1992, configuró una modalidad agravada de terrorismo al que denominó traición a la patria. Dicho texto normativo estableció que eran competentes para su juzgamiento los tribunales militares. La vigencia de una legislación de esta naturaleza ha sido cuestionada precisamente porque afectaba el respeto al debido proceso. Cf. INFORME DE LA COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES, “Sobre la Administración de Justicia en el Perú”, Lima: IDL, 1994, pp. 68 y ss

<sup>20</sup> COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Organización de Estados Americanos, Informe Anual 1996, pp. 772-773

juzgamiento de civiles por tribunales militares en los casos de traición a la patria (terrorismo agravado). De ahí que en su Informe correspondiente a 1996 haya recomendando la modificación de dicho artículo de la Constitución para adecuarlo a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe agregar, que el juzgamiento de civiles ante tribunales militares lleva consigo un debilitamiento de la vigencia de los elementos que conforman el debido proceso. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha observado en cuanto a los tribunales militares que juzgan civiles que:

*“Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de la justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14.”<sup>21</sup>*

Por eso es que en América Latina diversos textos constitucionales han sido muy precisos para impedir el juzgamiento de civiles por tribunales militares. Así por ejemplo lo señalan con suma claridad las Constituciones de Guatemala (artículo 219º “Ningún civil podrá ser juzgado por tribunales militares”), Paraguay (artículo 174º “Sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados”), entre otras Constituciones.

Además, siguiendo lo dispuesto por la Carta de 1979, se establece que quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio (SMO) están sometidos al Código de Justicia Militar. Este dispositivo extiende la competencia de la justicia militar a los civiles que incumplen el SMO, ya sea que se nieguen a prestar el servicio u omitan hacerlo, como a quienes efectivamente se han incorporado. Cabe indicar que ambos supuestos son distintos y en otros ordenamientos cuentan con un tratamiento diferenciado, pues en el primer caso se trata de un delito común y en el segundo de carácter militar. Esto último porque se adquiere el status militar sólo con la efectiva incorporación en filas<sup>22</sup>.

#### **1.4. Delito de función y principio de igualdad: el rechazo de los fueros personales**

A todo lo anterior, se une el concepto clave que debe determinar la competencia de los tribunales militares, es decir, la comisión del llamado delito de función a que se refiere el artículo 173º de la Constitución de 1993:

*“En caso de delito de función, los miembros de las fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”.*

---

21 Comentario General Nº 13, párr. 4, cit. por ODonnell Daniel, “Protección Internacional de los Derechos Humanos”, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988, p.161

22 La Ley Orgánica 13/91 de 20 de diciembre sobre el Servicio Militar introdujo el artículo 135º bis h) al Código Penal español, configurando como delito contra el deber de prestación del servicio militar el supuesto en que una persona citada para cumplir con el servicio militar no se incorpora a las Fuerzas Armadas. Cf. FERNANDEZ SEGADO Francisco (editor), “El servicio militar: aspectos jurídicos y socioeconómicos”, Madrid: Dykinson, 1994, pp. 123-124.



Además, por expresa disposición constitucional (artículo 2º inciso 4), los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Una denominación técnicamente más exacta hubiera sido la de "delito militar" para evitar caer en ambiguas normas legales que permitan sustraer de la justicia ordinaria al personal castrense que cometa delitos comunes. Así por ejemplo sucede, entre otras, en las Constituciones de la República Federal del Brasil (artículo 124º), Honduras (artículo 90º), Paraguay (artículo 174º) y Uruguay (artículo 253º).

Una afirmación constitucional como la señalada rechaza la consideración de los tribunales militares como un privilegio o un fuero personal, pues se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que cometan "delito de función". Dicho dispositivo debe ser interpretado en estrecha relación con el artículo 2º inciso 2) de la Constitución que reconoce el derecho a la igualdad, así como por los artículos 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen el derecho a la igualdad ante los tribunales.

De esta manera, nadie puede pretender que por desempeñar funciones públicas, por su condición social, económica o de otro tipo, no será llevado ante los tribunales o recibirá un trato diferente, privilegiado, en la determinación de sus derechos, o que por el contrario, en atención a sus características especiales deberá ser tratado en forma especial. De ahí que la interpretación sobre la competencia de los tribunales militares respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional rechace concepciones subjetivas -"fueros personales"- y deba circunscribirse al supuesto del delito de función; de lo contrario, no sólo se estaría afectando dicha norma constitucional sino además el derecho a la igualdad.

En todo caso, queda la puerta abierta para que el legislador desarrolle este precepto constitucional definiendo el marco de competencia de los tribunales militares. De esta manera, el Código de Justicia Militar debería precisar cuáles son los tipos legales que considera comprendidos en dicha calificación.

En definitiva, el tratamiento constitucional de la Justicia Militar en el Perú dista mucho de ser el adecuado. Se violenta expresamente el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, pese a que supuestamente se le proclama declarativamente, al colocar a los tribunales castrenses fuera de la estructura orgánica y del control sustantivo del Poder Judicial. No se habilitan medios impugnatorios frente a los fallos finales de la Justicia Militar y se permite el juzgamiento ante ésta de civiles, incluso en tiempo de paz y tratándose de algunos delitos comunes.

## **2. LEGISLACION VIGENTE**

Durante nuestra vida republicana hemos tenido seis Códigos de Justicia Militar: El de 1865, que no llegó a entrar en vigor<sup>23</sup>; el de 1898, con cuarenta años de vigencia; el de

---

23 El 19 de Enero de 1863, durante el gobierno del general Pezet, el Congreso encargó una codificación de las ordenanzas militares a una comisión de senadores y diputados que en Enero de 1865 presentó su propuesta, la que si bien fue aprobada por ley, no llegó a ser promulgada debido a la insurrección del coronel Prado en 1865. GONZÁLEZ LÓPEZ, Teobaldo. Prólogo al Código de Justicia Militar de 1950. Lima, 1952, p. XIV; SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. El delito militar ordinario. Tesis, Facultad de Derecho de la PUC, 1997, p. 23.

1939, con once años; el de 1950, con trece años; el de 1963, con diecisiete años de duración, y el actual, que data de 1980<sup>24</sup>.

La legislación vigente que regula la justicia militar es tributaria de épocas previas a la Constitución de 1980. En efecto, la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar son textos normativos dictados a fines de la segunda fase del Gobierno Militar, días antes de entregar el poder a la civilidad. Sus disposiciones, sin embargo, se han inspirado en Códigos anteriores. Así, por ejemplo, sucede con la calificación de los llamados delitos conexos que sirven para determinar la competencia de la justicia militar, pues si uno compara el artículo 44º del Código de Justicia Militar de fines del siglo pasado (1898) con el artículo 335º del Código vigente llegará a la conclusión que se trata de textos normativos idénticos<sup>25</sup>.

En este sentido, la Ley Orgánica de Justicia Militar, se expidió a través del Decreto Ley Nº 23201 de fecha 19 de julio de 1980. Por su parte, el Código de Justicia Militar fue aprobado por el Decreto Ley Nº 23214 de 24 de julio de 1980, y se ha basado en el código anterior (1963), tratando de armonizar sus disposiciones con las propuestas introducidas a la Constitución de 1979.

De otro lado, aún existe legislación previa a la Constitución de 1993 que ha tratado de expandir la competencia de la justicia militar durante la vigencia de los regímenes de excepción. Se trata de la Ley Nº 24150, cuyo artículo 10º señala que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que presten servicios en las zonas declaradas en estado de excepción están sujetos a la aplicación del Código de Justicia Militar.

Parte de esta legislación preconstitucional se ha tratado de actualizar a través de la Ley Nº 26677, de 24 de octubre de 1996. Dicha Ley modificó diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar y del Código de Justicia Militar, con la finalidad de corregir algunos aspectos de orden orgánico y procesal. Por último, en fecha reciente, se ha dictado la Ley Nº 26926 que califica a los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada como delito contra la humanidad, estableciendo que su juzgamiento corresponde a la justicia común.

#### **IV. TEMAS BASICOS PARA UNA PROPUESTA DE REFORMA**

Tradicionalmente se ha indicado que la finalidad de la justicia militar es mantener el orden, la moral y la disciplina en las instituciones armadas y policiales. Esta concepción ha sido recogida por el artículo II del Título Preliminar del Código de Justicia Militar, modificado por la Ley Nº 26677, aunque consideramos que ella debe adecuarse a los principios

---

24 ETO Gerardo, César Landa y José Palomino, "La jurisdicción militar en el Perú", en "Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Domingo García Belaunde)", Lima: UNMSM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 1997, p. 365.

25 El artículo 44º del Código de 1898 precisa "En las causas por delitos conexos tendrá preferente competencia el que hubiese empezado primero a conocer; y en igualdad de tiempo, el que persiga el delito que tenga señalada pena más grave. Si las penas fueran iguales, el del lugar en que el reo hubiese sido aprehendido o en que se hubiese cometido el primer delito". Por su parte, el artículo 335º del Código vigente dispone que "En las causas por delitos conexos, corresponderá la competencia al juez o tribunal que hubiese empezado primero a conocer; y en igualdad de tiempo, al que persiga el delito que tenga señalada mayor pena. Si las penas fueran iguales, la competencia corresponderá al del lugar en que el incausado hubiese sido aprehendido o en el que hubiese cometido la primera infracción".

democráticos, a la noción del delito militar y a la necesaria -y moderna- distinción entre delitos e infracciones disciplinarias.

En este sentido, más precisa nos parece la definición expuesta por Francisco Fernández Segado, para quien la razón de ser de la justicia militar radica “en la necesidad de mantener a los Ejércitos como una eficaz organización de combate en orden al más exacto cumplimiento de los altos fines que les asigna la Constitución”<sup>26</sup>. Siguiendo al Tribunal Constitucional español, “los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas (...) como organización bélica del Estado indispensable para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional”, implican la necesidad de una vía judicial específica para el conocimiento y eventual represión de los delitos que los afecten<sup>27</sup>.

En buena cuenta, la justificación de la justicia militar se encuentra en que trata de garantizar el cumplimiento de la misión asignada por la Constitución a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, lo cual implica, evidentemente, la salvaguarda de la disciplina y el orden, para lo que se considera necesario contar con una judicatura altamente conocedora de los deberes militares. Esto significa que aunque aquellos dos últimos aspectos constituyen soportes básicos para el cumplimiento de sus funciones institucionales asignadas por la Constitución, no son los que justifican *per se* la existencia de la justicia militar.

En definitiva, dado el principio de unidad de la jurisdicción, distintivo de todo Estado moderno de Derecho, el criterio principal que justifica la existencia de la justicia militar es aquel que la fundamenta en la especialización técnica de los jueces militares.

En esa perspectiva, habría que superar argumentaciones que han tratado de apartarse de dicho criterio, como por ejemplo:

a) el criterio del fin intimidador de las sanciones militares, expresado en la mayor severidad de las penas en el Derecho Militar, lo que exigiría tribunales especiales que compartan la racionalidad del objetivo que se busca. Al respecto, Jiménez y Jiménez<sup>28</sup>, en opinión que compartimos, observa que

*“la severidad de las penas podrá ser un tema de política criminal plasmando en las leyes penales militares, mas no es consustancial con los tribunales castrenses, obligados como los demás a moverse bajo el principio de legalidad, dentro de los límites que aquellas le marcan.”*

b) o, la mayor eficacia procesal de los tribunales castrenses. Este ha sido un argumento recurrente para fundamentar tribunales de excepción sobre distintas materias. En cuanto a la justicia militar, es necesario reconocer que ésta resulta funcional para prevenir o enfrentar los ilícitos relativos a las funciones militares. Este reconocimiento no puede

---

26 FERNANDEZ SEGADO Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, en “Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Domingo García Belaunde)”, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 1997, p.154.

27 Sentencia del Tribunal Constitucional 60/91, del 14 de Marzo de 1991, sobre competencia de los tribunales militares para conocer del delito de omisión al Servicio Militar Obligatorio, fundamento jurídico Nº 3. Boletín de Jurisprudencia Constitucional Nº 120, p. 10. Madrid, 1991.

28 JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco. Introducción al Derecho Penal Militar. Madrid, 1987. Editorial Civitas, p. 89.

extrapolarse para justificar la ampliación de la competencia de los jueces militares, ni para la negación o restricción innecesaria de las garantías del debido proceso. En la misma dirección, cabe recordar que en un Estado de Derecho no puede afirmarse la mayor o menor eficacia *per se* de unos tribunales frente a otros. Al respecto, aun resultan vigentes las palabras de José Gálvez, vencedor del combate del Dos de Mayo, en la Convención de 1856, cuando planteó el dilema: “o son buenos los jueces ordinarios y entonces no hay razón para los fueros, o son malos y entonces hay que reformar el Poder Judicial.”<sup>29</sup>

De esta forma, todo acercamiento a los tribunales militares deberá tener en cuenta que su justificación como organismos excepcionales frente al conjunto de órganos jurisdiccionales comunes se basa en la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en relación a ella deben ser juzgadas, asumiéndose que los jueces militares, “con conocimientos militares y técnicos, tienen la necesaria capacidad para el análisis crítico del caso y para ponerlo en relación con el alcance de la norma”<sup>30</sup> penal militar. Esto será, pues, la medida de la extensión de su competencia.

## **1. EXTENSION DE LA JUSTICIA MILITAR**

### **1.1. Diferenciación de la justicia penal militar con las infracciones disciplinarias**

Modernamente se viene distinguiendo el derecho penal militar del derecho disciplinario militar. De esta manera, se atribuye a las autoridades militares y policiales correspondientes el ejercicio de la potestad disciplinaria; en cambio, las autoridades judiciales especiales serán las encargadas de conocer y sancionar los delitos militares. Así por ejemplo, en España las Leyes Orgánicas 12/1985, de 27 de noviembre, sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, y 13/1985, de 9 de diciembre, que aprueba el Código Penal Militar, fijan esta clara distinción. “Consecuentemente, los órganos jurisdiccionales militares dejan de conocer indiscriminadamente de las faltas a diferencia de lo que sucedía con el Código de Justicia Militar de 1945”<sup>31</sup>.

Una distinción de este tipo si bien constituye un avance, requiere determinar los criterios para realizar dicha asignación de atribuciones.

Una aproximación adecuada podría realizarse recurriendo a los criterios generales de aplicación del *ius puniendi*. Así, se considera que las normas penales son la *ultima ratio* respecto de los mecanismos de control social con los que se cuenta para proteger determinados bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro afectaría los presupuestos de la convivencia en un Estado de Derecho. En esta dirección, sólo cuando se trate de prevenir y sancionar conductas sumamente lesivas para la comunidad, habiendo fallado todos los otros medios de control social, debería recurrirse a las normas penales, siempre que su aplicación sea idónea<sup>32</sup> para el mencionado fin. Debido a la gravedad de las sanciones penales, que implican la privación o restricción de la libertad, su aplicación deberá estar rodeada de las garantías que derivan del principio de legalidad y del debido proceso legal.

---

29 PAZ SOLDÁN, José. Las Constituciones del Perú. Madrid, 1954. Ediciones de Cultura Hispánica, p. 223. Citado por SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. Ob. cit., nota 30, p. 21.

30 JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco. Introducción al Derecho Penal Militar. Ob. cit., p. 85.

31 FERNANDEZ SEGADO Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, p.227.

32 Puede haber conductas que a pesar de su gravedad no resultan adecuadamente perseguibles por el sistema penal, por lo que no conviene su penalización.

De esta manera, serán infracciones administrativas aquellas conductas cuya realización no afecte gravemente bienes jurídicos esenciales. Por lo general, la sanción a este tipo de infracciones se atribuye a los responsables de la marcha de la institución en el nivel directamente afectado. En el caso de las instituciones militares, la sanción de las infracciones administrativas compete en principio a los mandos directamente responsables de las funciones del infractor. Cabe indicar que toda sanción administrativa es susceptible de impugnación, primero al interior de la propia institución y por último, a nivel judicial a través de un proceso contencioso - administrativo. En todo caso, si la sanción ha violado derechos fundamentales puede iniciarse, de manera alternativa, un proceso de amparo.

Cabe indicar que el Código de Justicia Militar regula los delitos y las faltas, ambos de naturaleza penal. Define a las faltas militares por oposición a los delitos, precisando que se trata de conductas que infringen las normas del Código de Justicia Militar y de los reglamentos militares (artículo 725<sup>o</sup>). En la práctica, se acoge un criterio de orden cuantitativo fundado en la magnitud del injusto, como puede comprobarse de la comparación del artículo 727<sup>o</sup> con los distintos tipos penales descritos a lo largo del Código<sup>33</sup>.

Por otro lado, el artículo 726<sup>o</sup> señala que las faltas que se cometan contra las reglas militares, y en general “las extrañas a la función judicial”, serán sancionadas por los jefes respectivos de unidad o por la superioridad de acuerdo con sus atribuciones. Estas últimas “faltas” en realidad constituyen sanciones administrativas y se distinguen por una menor afectación de los bienes jurídicos militares, por estar a cargo de los mandos respectivos y por no conllevar conductas ni sanciones que impliquen afectación de derechos fundamentales.

Si bien pareciera que el Código de Justicia Militar efectúa una clara distinción entre los diferentes tipos de infracciones y de sus correspondientes sanciones, una lectura atenta de sus disposiciones penales lleva a encontrar algunas conductas cuya gravedad no justifica su persecución y sanción penal a través de la justicia militar. Por ejemplo, “levantar voces para no hacer ejercicios” (artículo 111<sup>o</sup> inciso 3), conducta tipificada como “motín militar” y sancionada con prisión (artículo 112<sup>o</sup>); “dirigirse al superior con palabras descomedidas, despectivas o imperiosas, o con ademanes inconvenientes” (artículo 147<sup>o</sup> inciso 5, uno de los supuestos del delito de insulto al superior, sancionado con prisión o reclusión militar); o en general, las conductas configuradoras de “faltas contra el espíritu militar”<sup>34</sup> (artículo 727<sup>o</sup> inciso f).

A nuestro parecer, la eficacia de las instituciones militares sería mejor salvaguardada si figuras como las antes señaladas fueran objeto de sanciones disciplinarias de naturaleza administrativa a cargo del mando respectivo, lo cual debería considerarse en una propuesta de reforma del ordenamiento penal peruano.

---

33 Cfr. SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. Ob. cit, nota 234, p. 138.

34 “Artículo 727<sup>o</sup>.- Se considera falta: f) Contra el espíritu militar: murmurar o permitir en el inferior murmuraciones contra el servicio, tolerar especies o manifestaciones contraria al espíritu de abnegación, austeridad o sobriedad que debe caracterizar a los miembros de los Institutos Armados; embriagarse en público, **fuera del servicio**, promover o participar en desórdenes o escándalos que originen o puedan originar la intervención de la policía, penetrar uniformado a garitos, cabarets, casas de prostitución o lugares análogos; familiarizarse los Oficiales con los individuos de tropa en forma que afecte su autoridad o prestigio; dar motivo fundado para que se le demande por deudas; recibir dádivas para cumplir su deber o ejecutar o no algún acto, y todo acto que atente contra el decoro o dignidad profesional.”

## **1.2. Extensión de la justicia militar en tiempos de paz: los criterios tradicionales**

Tradicionalmente la justicia militar se ha delimitado en función de tres criterios. Esta opción ha sido acogida por el artículo 319º del Código de Justicia Militar, según el cual ella se determina en función de puntuales criterios que pasamos a describir.

### **a) En razón de los sujetos.**

En principio, se aplicará la justicia militar a los procesos en que el agente pertenezca a instituciones armadas (militares o policiales). En este aspecto, el problema que se presenta es la amplitud de la definición legal prevista por el Código de Justicia Militar así como la interpretación extensiva efectuada por los tribunales militares.

Así por ejemplo, el inciso c) del artículo 322º del Código de Justicia Militar contradice la Constitución al asimilar “a la condición de militares: al personal civil que labora en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que se reputa como reserva llamada al activo, por razones de seguridad y defensa nacional y por estar considerado en las respectivas leyes orgánicas de cada Instituto, como parte integrante de su personal militar en servicio activo”.

Otra forma de extensión indebida comprende a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en situación de retiro a partir de una extensiva interpretación del artículo 321º inciso 1) del referido Código.

Asimismo, un desarrollo abiertamente contradictorio con la Constitución es el contenido en el segundo párrafo del inciso “f” del artículo 727º del Código de Justicia Militar, sobre faltas contra el espíritu militar. Al margen de las dificultades que pueden existir para precisar o definir el contenido del bien jurídico que se trata de proteger -el “espíritu militar”- el segundo párrafo sindicó como sujetos activos de la falta a los miembros de la Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales (Policía Nacional) en situación de retiro y a los licenciados de dichas instituciones que realicen actividades o hagan declaraciones de carácter político usando o invocando el nombre de cualquier asociación constituida exclusivamente a base de vínculos militares. Además de responder a un criterio ya superado de fuero personal, esta norma restringe el ejercicio de derechos civiles y políticos básicos como las libertades de asociación y de expresión, colisiona con el artículo 2º inciso 3) de la Constitución, que estipula que no hay delito de opinión, y podría violar el artículo 2º inciso 4) de dicha norma fundamental, que establece que los delitos cometidos por medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan ante tribunales comunes.

Por otro lado, la norma en cuestión no exige la vulneración efectiva de un bien jurídico militar, al ser una falta de peligro abstracto, lo que contradice principios garantistas del derecho penal moderno. Por último, la pena de arresto simple o de rigor con la que se sanciona la falta al ser eminentemente castrense, no resulta de razonable aplicación a personas alejadas de la vida militar, como lo son los militares o policías retirados o licenciados de las instituciones armadas.

### **b) En razón del delito.**

La justicia militar conoce de los delitos de función. Esto es así porque la condición de militar o de policía está en función del cumplimiento de las misiones propias de las

Fuerzas Armadas y Policía Nacional, las cuales para realizarse requieren de cierta organización y disciplina. De esta manera, uno es militar en la medida en que actúa como tal, dentro del cuerpo militar.

Siguiendo este razonamiento, cuando un miembro de una institución armada o policial no actúa como tal, sino como cualquier otra persona, sus actos deberían ser juzgados por la justicia común. Este razonamiento se enfrenta con una presunción que no puede ser entendida literalmente, pues se suele afirmar que los militares en actividad se encuentran en servicio las veinticuatro horas del día.

*“En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policial. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.”<sup>35</sup>*

Asimismo, debido a la naturaleza de las funciones de las instituciones armadas, el espíritu de cuerpo es más fuerte que en otras instituciones del Estado, lo que lleva a que un miembro en actividad de las Fuerzas Armadas se considere tal en todos los aspectos de su vida cotidiana. Ambas circunstancias no pueden interpretarse de tal manera que se conciba a los tribunales castrenses como un verdadero “fuero personal” que siga a los militares o policías durante toda su vida.

Una breve revisión histórica de la legislación penal militar peruana lleva a constatar la ausencia de referentes sustantivos para definir el contenido del delito función. Al parecer, el legislador peruano no ha tenido entre sus preocupaciones la búsqueda de criterios que delimiten los alcances de la justicia militar en razón del delito. A este respecto, cabe señalar que dicho legislador ha sido muchas veces un gobernante militar, como lo fueron quienes dictaron los Códigos de 1939, 1950, 1963 y 1980. Es más, salvo el efímero Código Pezet de 1865, los demás fueron diseñados por comisiones formadas preponderantemente por oficiales de la Fuerzas Armadas.

Puede afirmarse que en lo sustancial, a lo largo del siglo XX se mantiene una tendencia hacia la extensión de la justicia castrense por razón del delito, con modificaciones ampliatorias en cada reforma. Esta tendencia se acentúa durante los regímenes militares mediante leyes especiales ampliatorias, como por ejemplo, las llamadas “leyes de seguridad interior de la República”, Ley N° 8505 y Decreto Ley N° 11049, promulgadas durante los gobiernos de facto de los generales Benavides y Odría, respectivamente, que, con el fin de reprimir a la oposición política, creaban una serie de delitos cometibles por civiles, a los que ponían bajo la competencia de tribunales militares. Asimismo, el Decreto Ley N° 22339, que modificó los artículos 101° y 103° del Código de Justicia Militar, disponiendo que el sujeto activo del delito de ultraje a las Fuerzas Armadas podía ser civil. Puede notarse que la interpretación extensiva de las funciones castrenses realizada por el legislador militar ha sido clave de la lógica que ha inspirado nuestro modelo de justicia militar.

---

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-358/97, del 5 de agosto de 1997, sobre inconstitucionalidad de diversos artículos del Código Penal Militar, p. 13.

Una notable excepción a esta tendencia extensiva la constituyó la Ley N° 2442, del 3 de setiembre de 1917, que restringía la justicia militar en tiempos de paz a “los militares (...) por infracciones cometidas en actos de servicio previstas por el Código de Justicia Militar” y a los delitos cometidos en establecimientos militares por cualquier persona. Es decir, sustraía de la justicia militar los delitos comunes cometidos por militares y los delitos cometidos por civiles.

Esta restricción se constitucionaliza con la Carta de 1920, cuyo artículo 156° dispuso que “La justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de Guerra Nacional.” Posteriormente, el 22 de Setiembre de 1927 esta disposición es modificada por la Ley N° 5862 para incluir en la competencia de los tribunales militares a los miembros de las Fuerzas de Policía.

Lamentablemente, el Decreto Ley N° 6881 del 26 de setiembre de 1930 suspende este avanzado régimen y restituye “en toda su fuerza y vigor” las disposiciones derogadas del Código de Justicia Militar de 1898. Poco después, el Decreto Ley N° 6948, del 28 de Noviembre de 1930 aclara que el Decreto Ley N° 6881 tiene efectos retroactivos.

De ese modo, se aprecia una tendencia expansiva que encontraría sus límites (en cuanto al elemento subjetivo del delito militar) con la Constitución de 1979, para reaparecer con la Ley N° 24150 sobre estados de excepción y luego con la legislación antiterrorista posterior al 5 de Abril de 1992, incluyendo las reformas constitucionales de 1993.

Respecto a estas últimas ampliaciones, la mayoría de las opiniones se inclina por cuestionar su conveniencia, habida cuenta de que los fundamentos de la especialidad de la justicia militar no están, como ya se ha indicado, en una supuesta mayor eficacia sancionadora, sino en la propia especialidad de los deberes militares y sus infracciones.

En palabras de un especialista en Derecho militar peruano:

*“No existe justificación alguna para que los tribunales militares juzguen a los terroristas por razones de celeridad, severidad en las penas a imponerse y protección de los magistrados militares, ya que esas mismas condiciones se deben ejercer por el Poder Judicial, cuya tarea es justamente administrar justicia. Si bien es cierto que los magistrados tanto civiles como militares deben contar con las facilidades y seguridades en el cumplimiento de su difícil misión, también los enjuiciados deben tener la garantía de ser sometidos a sus propios Fueros, siendo una excepción para el caso de los civiles su sometimiento a los tribunales militares por el delito de traición a la Patria en caso de guerra exterior, por las circunstancias especiales que este hecho reviste, y para los militares al fuero común por infracciones ajenas a los delitos de función.”<sup>36</sup>*

### **c) En razón del lugar**

Este criterio atribuye un *status* especial a los recintos propios de las instituciones armadas (cuarteles o delegaciones, por ejemplo) frecuentados principalmente por sus propios miembros.

---

36 BENDEZÚ JÁUREGUI, Luis. ¿El terrorismo, competencia del Fuero Militar? EN: Revista Peruana de Derecho Militar, N°1, año 1. Instituto académico de Derecho militar, Lima, 1986, p. 31



Sin embargo, si tenemos en cuenta que la existencia de la justicia militar sólo se justifica en base a un criterio material, es decir la comisión de delitos de función, se puede concluir que el lugar en que se realicen esas funciones no es relevante ni para calificar las conductas ni para el mantenimiento de dichos valores, por lo que creemos que el criterio de lugar debería suprimirse.

Por ello, resulta cuestionable el artículo 326º del Código de Justicia Militar que determina la competencia de la justicia militar si el delito, por ejemplo, se cometió en un cuartel. Asimismo, contradice la Constitución la declaración de “zona militar restringida”, utilizada por ejemplo por el Decreto Supremo N° 006-86-JUS, de 16 de junio, para asignar competencia obligatoria a los tribunales militares por los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional en determinada zona geográfica.

De esta manera, consideramos que los criterios centrales para determinar la competencia de la justicia militar serán la condición militar o policial de los sujetos involucrados en el hecho punible (elemento subjetivo) y el carácter sustancialmente militar del delito que afecta bienes jurídicos vinculados a la función castrense. De ahí que en la actualidad, la tradicional determinación de la competencia de los tribunales militares en función de los criterios del sujeto, lugar y delito esté siendo dejada de lado. En estos aspectos, se hace necesaria una modificación del Código de Justicia Militar vigente.

### **1.3. Justicia militar y regímenes de excepción**

El constitucionalismo moderno reconoce la necesidad de establecer pautas normativas especiales ante las situaciones de crisis que pueden afectar la propia continuidad del Estado de Derecho. Estas situaciones, a las que suele denominarse Regímenes de Excepción, cuentan con expreso tratamiento en las normas internacionales sobre derechos humanos y en los textos constitucionales.

En esta dirección el artículo 137º de la Constitución señala que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar el estado de emergencia o el estado de sitio.

- El estado de emergencia puede decretarse en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la Nación. En estos casos puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad física (artículo 2º inciso 24, “f”), la libertad de tránsito (artículo 2º inciso 11), la libertad de reunión (artículo 2º inciso 12) y la inviolabilidad del domicilio (artículo 2º inciso 9).
- El estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos constitucionales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho.

En el Perú la declaración de un régimen de excepción no importa la alteración de las competencias de los tribunales ordinarios ni permite automáticamente el juzgamiento por tribunales militares. En todo caso, si se trata de la declaración de un estado de sitio, por ejemplo debido a un estado de guerra, las pautas a aplicar serían las que correspondan a ésta. De no ser así, en principio, nada autorizaría la ampliación de la competencia de los tribunales militares.

No obstante ello, el artículo 10º de la Ley N° 24150, cuya vigencia no ha sido alterada por el Decreto Legislativo N° 749, que lo modifica en otros aspectos, establece que:

*Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio. Las contiendas de competencia serán resueltas en un plazo máximo de treinta días.*

La referida norma ha sido calificada de ambigua y técnicamente innecesaria<sup>37</sup>. Y es que su primera parte parecería que trata de dejar de lado el criterio asumido en el presente informe, es decir, que la justicia militar debe circunscribirse a los delitos de función, pues indica que los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales que prestan servicios en las zonas de excepción quedan sujetos al Código de Justicia Militar. La segunda parte trata de delimitar esta competencia para circunscribirla a las infracciones cometidas “en el ejercicio de sus funciones”.

Si la norma en cuestión hubiera tratado de reiterar lo dispuesto por la Constitución ella carecería de sentido. Probablemente la intención que subyace a ella, ha sido la de propiciar una interpretación extensiva que amplíe los márgenes de intervención de la justicia militar a partir de la expresión “delitos en el ejercicio de la función”, que podría interpretarse como una cláusula de mayor amplitud que la de “delito de función”. A nuestro juicio, luego de la vigencia de la Carta de 1993, la norma debe interpretarse a la luz de la Constitución y entender que no puede introducir mayores cambios pues carece de rango constitucional. De lo contrario habría sido derogada por la propia Constitución pues, evidentemente, la norma posterior de mayor jerarquía prima sobre la anterior.

De otro lado, no ha sido extraño que, durante la vigencia de los regímenes de excepción se declare la existencia de ciertas zonas cuya competencia corresponde en exclusiva a la justicia militar. Un ejemplo de ello, lo constituyó el Decreto Supremo N° 006-86-JUS de 19 de junio, según el cual se declaró “zona militar restringida” bajo la competencia del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas a los establecimientos penales “San Juan Bautista”, “San Pedro” y “Santa Bárbara” -mientras dure el estado de emergencia- donde se produjeron acciones de amotinamiento y toma de rehenes.

Una declaración de esta naturaleza carece de sustento constitucional pues determina la competencia de la justicia militar en función del territorio o de una zona determinada, olvidando que ella debe circunscribirse a los delitos de función con independencia del lugar en que se realicen.

#### **1.4. La justicia militar en tiempos de guerra**

El diseño de las Fuerzas Armadas suele corresponder a la necesidad de los Estados de responder a situaciones de guerra exterior. Este diseño también influye en la justicia militar aunque se presenta con algunas variables.

---

37 RUBIO CORREA Marcial, “Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988”, en la “La Constitución diez años después”, Lima: Constitución y Sociedad. Fundación Friedrich Naumann, 1989, p.252

De un lado se sostiene que el funcionamiento de una justicia militar, pensada exclusivamente para preservar el orden y la disciplina de las fuerzas armadas de un Estado, no debería variar significativamente en tiempos de guerra exterior.

Así ha sido entendido, por ejemplo, por el legislador de Colombia, que no ha visto necesario regular especialmente en el Código Penal Militar (Decreto N° 2550 de 12 de Diciembre de 1988) el funcionamiento de la justicia militar en tiempo de guerra, considerando esta circunstancia únicamente como una causa agravante de la pena, tanto como la conmoción interior o la turbación del orden público (artículo 60° inciso 1).

De la misma manera opera la regulación estadounidense, que en caso de guerra simplemente extiende la competencia de los tribunales militares al personal que sigue a las Fuerzas Armadas o está a su servicio. En los casos de Alemania y Francia, que no contemplan un ordenamiento especial más que para las tropas que operan en el extranjero, la guerra exterior es causa de extensión de la justicia militar a los miembros de las Fuerzas Armadas.

De otro lado, existen legislaciones como la italiana que configuran un verdadero ordenamiento autónomo para la justicia militar en estado de guerra, estableciendo una drástica separación con la legislación en tiempo de paz. En el derecho comparado pueden descubrirse algunos rasgos comunes de este modelo.

En este sentido, en cuanto a la organización judicial, los tribunales militares se encuentran preponderantemente conformados por oficiales de armas, nombrados por los respectivos jefes de operaciones. En relación a los aspectos procesales, los procedimientos se hacen sumarísimos, acortándose los plazos, prescindiéndose de ciertos requisitos procesales y restringiendo la posibilidad de apelación ante tribunales comunes. En materia sustantiva, se otorgan potestades normativas a los jefes militares, se agrava la sanción de algunos delitos y se extiende su alcance a civiles.

Estas características están presentes en la normatividad penal militar peruana, que en estado de guerra considera delitos las contravenciones a disposiciones del Poder Ejecutivo y a órdenes de los Comandos Militares (artículo 2°, segundo párrafo del Código de Justicia Militar); y establece reglas especiales para los procesos, como otorgar plazos máximos de doce horas para la acusación fiscal y para la preparación de la defensa (artículos 715° y 717° del Código de Justicia Militar, respectivamente) en el denominado "Juicio en el Teatro de Operaciones". Asimismo, constituye al Comandante del Teatro de Operaciones como director de la administración de justicia militar en el territorio de su mando (artículos 48° y siguientes de la Ley Orgánica de Justicia Militar)<sup>38</sup>.

De esta manera, resulta necesaria la revisión de la legislación militar en casos de conflicto armado externo<sup>39</sup>, situación que se agrava si se extiende su aplicación a civiles. De esta manera, atendiendo a la gravedad de tales circunstancias y a que la especialidad de esta regulación ha de fundarse en la necesidad de mantener la eficacia de las fuerzas armadas del Estado, se ha de reconocer también como fin el de mantener la vigencia de los

---

38 El "Teatro de Operaciones" es un territorio delimitado por razones estratégicas, que bien puede comprender extensas áreas geográficas, aún las no comprendidas directamente en acciones de guerra.

39 Para Antonio Millán-Garrido, "incluso conceptualmente, la drástica separación entre legislaciones de paz y de guerra, que podía justificarse en la contienda tradicional, que trastocaba, en todos los órdenes, la vida civil, no parece hoy oportuna", ob. cit. p. 64.

principios esenciales que lo sustentan, tal como lo sostienen Zaffaroni y Caballero al afirmar que:

*“el principio republicano cobra mayor vigencia aun en la guerra, al menos en cuanto al requerimiento de racionalidad de los actos de poder, dado que lo enorme de la necesidad y el debilitamiento del control calmo de la racionalidad de los actos de poder impuesto por la presencia actual del peligro, requiere que se extreme el cuidado en el uso de la recta razón por parte de quien lo detenta, particularmente cuando se trata de militares, es decir, de profesionales justamente formados para esa circunstancia.”<sup>40</sup>.*

Así por ejemplo, sería conveniente precisar desde qué momento se entiende iniciado el estado o tiempo de guerra, así como el momento en que éste ha de considerarse expirado<sup>41</sup>. Asimismo, debería definirse la extensión del “Teatro de Operaciones”, o en todo caso, los criterios que el Alto Mando ha de considerar para determinarlo. Estos criterios, así como el desempeño de la justicia militar en el estado de guerra han de estar informados por el principio de razonabilidad propio de las actuaciones de toda autoridad de un Estado democrático.

Igualmente, debe modificarse el segundo párrafo del artículo 2º del Código de Justicia Militar, pues vulnera el principio de legalidad y el principio de división de poderes que garantiza la Constitución. Efectivamente, sólo el Congreso o el Ejecutivo por delegación expresa del Congreso pueden emitir normas nacionales con jerarquía de ley, y sólo por normas con jerarquía de ley pueden tipificarse delitos o faltas, como se desprende claramente de los incisos b) y d) del numeral 24 del artículo 2º de la Constitución. En esta dirección, ni el Ejecutivo ni sus comandos militares tienen facultades para dictar normas penales, ni aun en caso de estado de sitio por razones de guerra. Esto sin menoscabar las atribuciones necesarias para afrontar con éxito la defensa nacional, que podrían incluir la expresa delegación de facultades al Ejecutivo para legislar en materia penal.

De otro lado, en la medida en que el ordenamiento penal militar de guerra está diseñado para afrontar las específicas situaciones de un conflicto armado externo, no cabe admitir su aplicación a otras circunstancias. Así, el artículo 1º del Decreto Ley Nº 25708, sobre Normas sobre procedimientos en los juicios por delito de Traición a la Patria (terrorismo agravado), no se condice con la naturaleza del Juicio en el Teatro de Operaciones.

## **2. CONFIGURACION LEGAL DEL DELITO DE FUNCION**

Resulta común observar en la literatura jurídica el uso, muchas veces indistinto, de los términos delito de función, delito contra los deberes de función, delito en el ejercicio de la función y delito militar. Desde una primera aproximación todas estas denominaciones siempre hacen alusión a una conducta delictiva en la cual los elementos distintivos vienen a ser la condición militar del agente y el bien jurídico tutelado.

- El “delito de función” implica la presencia de un sujeto activo militar (o policial), y de

---

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y CAVALLERO, Ricardo Juan. Derecho Penal Militar. Lineamientos de la parte general. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Ariel, 1980; p. 90.

41 A manera de ejemplo, el Código Penal Militar de España dispone en su artículo 14º que el tiempo de guerra comprende “el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas.”

un bien jurídico militar (o policial) afectado, de modo que al faltar cualquiera de dichos elementos, quedaría desintegrada la noción del delito de función para dar paso a la de un delito de características comunes. Cabe indicar que el sujeto pasivo de los delitos militares siempre reviste un carácter institucional, dados los bienes jurídicos estrictamente castrenses que se busca proteger.

- La referencia a "delitos contra los deberes de función" se efectúa en razón de que éstos son en realidad casos de incumplimiento de deberes castrenses, cuya especial sanción es garantizada por el ordenamiento, es por ello que para poder saber cuáles son esos "deberes de función", muchas veces tendrá que recurrirse a otros dispositivos castrenses, como los reglamentos de los institutos armados.
- Nos encontramos frente a "delitos en el ejercicio de la función" cuando la conducta típicamente reprimida se comete en un momento en el que el sujeto activo se encontraba desempeñando una función especial. En el ámbito militar los delitos en el ejercicio de la función se cometen cuando el agente realiza actos de servicio, lo que no siempre ha de ocasionar una lesión a los bienes jurídicos estrictamente castrenses que los delitos militares y la justicia militar buscan proteger. En ese sentido, no necesariamente un delito cometido en el ejercicio de la función militar deberá ser juzgado por tribunales castrenses de acuerdo al Código de Justicia Militar. Es decir, en el ejercicio de la función militar podrían cometerse delitos comunes de conocimiento de tribunales ordinarios.

Sin embargo, modernamente se prefiere utilizar la expresión delito militar no sólo porque técnicamente resulta la más apropiada sino porque además circunscribe con mayor precisión los delitos que deben ser juzgados por los tribunales militares. A este respecto, cabe agregar que si bien el Derecho Penal Militar cuenta con características especiales, al ser una rama del Derecho Penal no puede estar al margen del respeto de los derechos humanos y de los principios constitucionales vigentes en el ordenamiento jurídico nacional.

## 2.1. El delito militar

Algunos autores definen al delito militar como aquella acción u omisión que de una manera u otra, específicamente, destruya o anule, disminuya o perjudique, en cuanto a su función de elemento bélico del Estado, los elementos del material humano o del material físico del mismo<sup>42</sup>.

Suele acudir a la clásica definición del tratadista italiano di Vico<sup>43</sup>, según el cual el delito militar importa la violación de un deber del oficio de militar, lo que le permite concluir que el referido delito, en su esencia objetiva, se compone de dos elementos: calidad militar del culpable y calidad militar del hecho. En este sentido, la situación militar del culpable es esencial al delito militar ya que éste importa una violación de un deber militar, y sólo en muy raras excepciones los sujetos extraños a la actividad militar pueden cometer delitos militares. Asimismo, la calidad militar del hecho resulta de la índole castrense del deber violado: si el deber violado es común, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aún cuando sea perpetrado por militar.

Una perspectiva interesante y bastante concreta la brinda el profesor argentino Bidart Campos para quien los delitos militares "son los que dañan bienes jurídicos de la

---

42 BADARACCO Raúl Augusto, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VI. Buenos Aires, 1979, p.441.

43 DI VICO Pietro, "Dirito Penale Militare", p.112, citado por Renato Astroza Sotomayor.p.70.

institución armada, y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales”<sup>44</sup>.

Evidentemente existen diferencias con los delitos comunes. En efecto, el delito militar se caracteriza principalmente por ser un típico delito especial, por cuanto amenaza con la imposición de una pena a un cerrado círculo de autores, siendo la situación de militar una condición objetiva del sujeto activo del delito, típicamente requerida. A diferencia de ello, el delito común sólo en determinados casos considera como elemento objetivo la especial situación del autor, por lo que la mayoría de delitos se dirigen a sujetos indeterminados.

De otro lado, algunos desarrollos doctrinales suelen distinguir entre delitos militares propios y delitos militares de excepción o impropios.

- Delitos militares propios serían los que únicamente puede cometer un militar. A estos delitos también se les denomina esencialmente militares pues constituyen una infracción a los deberes de función que sólo incumbe a quien tiene esa situación, por consiguiente afectan principalmente un bien jurídico militar. En los casos en que la lesión no se reduzca únicamente a tales bienes estaríamos ante un concurso ideal con delitos comunes, debiéndose ponderar la importancia que ambos tipos de bienes jurídicos tienen para el ordenamiento jurídico en general a efectos de determinar el juez competente;
- Los delitos militares impropios se configurarían mediante la “militarización” de bienes jurídicos comunes por consideraciones de política criminal, por lo que también se les suele llamar delitos militarizados. En consecuencia, sus sujetos activos podrían ser indistintamente civiles o militares, al no exigirse la infracción de deberes estrictamente castrenses. Es el caso del delito de traición a la Patria en caso de guerra exterior, donde se “militariza” el bien jurídico Seguridad Nacional, tal que se considera como un deber militar de todos los ciudadanos, civiles o militares, la no colaboración con el enemigo, por lo que su infracción es de juzgamiento de autoridades judiciales castrenses. Esta figura no debe confundirse con la de los delitos comunes que son incorporados a la competencia de los tribunales militares sin alterar su naturaleza<sup>45</sup>, como el terrorismo y sus modalidades.

En resumen, para determinar cuando se está en presencia de un delito militar, la teoría suele referirse a los siguientes elementos constitutivos:

- Sujeto activo. Debe ser militar tratándose de delitos exclusivamente militares. En palabras de Araujo “los delitos de función sólo pueden ser realizados por militares en servicio activo, porque la función significa ejercicio, cumplimiento de objetivos y fines”.<sup>46</sup> De acuerdo al artículo 173<sup>o</sup> de la Constitución de 1993 pueden considerarse como sujetos activos los civiles en caso de delito de traición a la patria así como

---

44 BIDART CAMPOS Germán, “El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina”, en “Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Domingo García Belaunde”, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 1997, p.49.

45 SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. El Delito Militar ordinario. Tesis para obtener el título de abogado por la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, 1997, p. 233.

46 ARAUJO CALDERÓN, Roger. El delito de función. EN: Revista Peruana de Derecho Militar, N°1, año 1. Instituto académico de Derecho Militar. Lima, 1986, p. 27-29.

quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio. Con respecto a los civiles que cometen delitos militares, la tendencia moderna de los Códigos militares es la de excluirlos de la competencia de los tribunales militares, incluso tratándose de asimilados a los institutos armados, y permitir su juzgamiento por los tribunales civiles.

- Bien jurídico militar (o policial). En el delito militar corresponde a los intereses de índole militar (o policial) que el legislador ha querido proteger en forma especial. El bien jurídico tutelado se puede equiparar así a esa *ratio essendi* del derecho penal militar que para Zaffaroni<sup>47</sup> consiste en la necesidad de erigir y sostener un cuerpo técnico, que en tiempo de paz tiene carácter preventivo frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme -la guerra- y en tiempo de guerra asume carácter defensivo<sup>48</sup>.

Cabe indicar, como señala Sandoval Coronado, que “lo que determina la existencia del delito militar no es el sujeto pasivo, sino el tipo de bien jurídico lesionado por el militar que actúa como sujeto activo del delito” <sup>49</sup>. En todo caso, el sujeto pasivo viene a ser el destinatario de la acción prohibida que en un sentido amplio puede ser el titular del bien jurídico tutelado que en los delitos militares es la institución militar.

## 2.2. El delito de función en la legislación vigente

Como hemos indicado, no existe en la legislación vigente una adecuada precisión enunciativa sobre la definición del denominado “delito de función”. La Constitución de 1993 tampoco brinda una definición del “delito de función”, tan solo señala en su artículo 173<sup>o</sup> que:

*“En caso de delito de función, los miembros de las fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en casos de delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.”*

Cabe señalar que el antecedente del referido artículo se encuentra en la Carta de 1979, concretamente, en la propuesta presentada por la Comisión de Fuerza Pública y Defensa Nacional de la Asamblea Constituyente de 1978-79, según la cual: “*Los miembros de la Fuerza Pública, en los casos de delitos referidos a su función están sometidos al Fuero Penal Militar y al Código de Justicia Militar*”. Dicha redacción vinculaba los delitos castrenses a las funciones que la Constitución objetivamente asignaba a las Fuerzas Armadas, y al parecer, ése mismo fue el sentido de la expresión “delitos de función”, al momento de la redacción final de la Constitución de 1979<sup>50</sup>

---

47 ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Derecho Penal Militar”, Buenos Aires, 1980, p.46.

48 Para ARAUJO, Roger, “En el delito de función este bien es la capacidad bélica, moral, integridad y eficiencia de las Fuerzas armadas para cumplir los fines reseñados en la Constitución Política”. Ob. cit., p. 27.

49 SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. Ob. cit., p. 225.

50 En el Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución la expresión “delitos referidos a su función” aparece cada vez que se mencionó el artículo en no menos de 11 ocasiones. En el Pleno, el artículo se aprobó con la expresión antedicha (Sesión 33<sup>o</sup> del Viernes 1 de Junio de 1979). La frase “delitos de función” aparece por primera vez en el proyecto final de la Constitución, presentado en la 38<sup>o</sup> Sesión, del

Por otro lado, al debatirse el capítulo sobre el Poder Judicial, las propuestas iniciales sobre la llamada "jurisdicción militar" hacían referencia a la limitación de ésta al conocimiento de los "delitos militares". Sin embargo, finalmente se consideró que sus alcances ya estaban suficientemente regulados en el capítulo sobre Fuerza Pública y Defensa Nacional<sup>51</sup>. Es decir, parecería que para el constituyente de 1979, no existió mayor diferencia entre las expresiones "delitos militares", "delitos referidos a su función" y "delitos de función", fórmula que finalmente quedó y que no fue mayormente debatida durante la reforma constitucional de 1993<sup>52</sup>.

Conforme se ha expresado, una denominación más exacta sería la de "delito militar". Una opción de esta naturaleza podría ser desarrollada por la ley sobre la base del concepto jurídico de delito de función al que se refiere la Constitución. Es más, el artículo 75º de la Ley Orgánica de Justicia Militar (Decreto Ley Nº 23201) se refiere expresamente a los delitos militares como marco de referencia de la actuación de la justicia militar<sup>53</sup>. Asimismo, el artículo 2º del Código de Justicia Militar alude a la referida expresión<sup>54</sup>.

Una lectura de la naturaleza expuesta se justifica entre otras razones, por la consideración de la gravedad de los delitos y por el impacto social de dichas conductas, ya que al circunscribirse al ámbito estrictamente castrense se delimitaría mejor la competencia de los tribunales militares<sup>55</sup>. Con ello se le dotaría de mayores garantías al inculpado puesto que se evitaría un posible doble procesamiento por un mismo hecho.

En este sentido, resulta razonable la definición efectuada por el artículo 14º del Código Procesal Penal, que opta por una concepción de delito de función sobre bases reales y no personales, en la medida que se trata de delitos especiales propios que afectan un bien jurídico público vinculado a la institución castrense. Según el indicado texto:

*"La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar".*

Como se sabe, la vigencia del referido Código, aprobado por Decreto Legislativo Nº 638 de

---

Viernes 6 de Julio de 1979. Cf. Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución y el Diario de Debates del Pleno de la Asamblea Constituyente.

51 Cf. el Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución, en especial las sesiones 21º del Lunes 5 de Febrero de 1979 y 24º, del Jueves 01 de Marzo de 1979.

52 El actual artículo 173º de la Constitución fue aprobado en su primera versión en la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD en su sesión 54º, del Miércoles 05 de Mayo de 1993; y en su versión final en las sesiones del Pleno 29º E-1 y 29º F-1, del Lunes 09 de Agosto de 1993.

53 El referido dispositivo señala que "El Ministerio Público promueve de oficio o a petición de parte la acción de la justicia militar a fin de que haya pronta y oportuna sanción de los delitos militares; (...)"

54 Señala el citado dispositivo que "Se consideran delitos y faltas militares las infracciones previstas en este Código".

55 FERNANDEZ SEGADO, indica que "la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de los delitos estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las fuerzas armadas; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito" (El marco constitucional de la jurisdicción militar: su organización y competencia, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p.33)



25 de abril de 1991, ha quedado suspendida como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 26299.

Por otra parte, una sucinta revisión de los contenidos de los delitos tipificados en el Código de Justicia Militar permite concluir que varios de ellos exceden el marco que corresponde a la definición del delito de función adoptada.

A manera de puntuales ejemplos, tenemos que la regulación de los delitos de saqueo, devastación, sabotaje y secuestro, en el Título Séptimo de la Sección IV (Delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado), ameritan una profunda revisión. En efecto, no puede concebirse como un delito militar la conducta que consiste en arrebatarse o hacerse entregar para sí objetos ajenos, valiéndose el autor militar de su autoridad o de la fuerza de que dispone, o mediante intimidación de cualquier naturaleza, tal como lo enuncia el artículo 138° inciso 1) al referirse al delito de saqueo. Estas conductas afectan el patrimonio de particulares y a la Administración Pública en general, al margen de la condición o empleo militar del autor.

Algo similar puede decirse del saqueo o pillaje en circunstancias distintas a la vigencia de una situación de guerra, conductas sancionadas por el artículo 138° inciso 2), así como del delito de devastación o destrucción de instalaciones para la prestación de servicios públicos en tiempo de paz, más aún si se hubiere causado pérdida de vidas humanas, tal como lo describe el artículo 139° del Código de Justicia Militar.

De otro lado, el artículo 141° en su primer párrafo describe el delito de secuestro en estado de “conmoción pública”, refiriéndose a los militares que “aprehendan y mantengan en rehenes a cualquier funcionario a fin de impedirle el libre ejercicio de su función, o para obtener del mismo o de cualquier otra autoridad, que se dicte determinada orden o disposición, o se adopte cualquier medida”. Además del exagerado uso de la palabra “cualquier”, que revela una tendencia extensiva incompatible con el carácter excepcional de la justicia militar, ha de notarse que los únicos bienes jurídicos directamente afectados son la libertad personal y la Administración Pública en general. La situación, por cierto, podría variar si se precisase que la conducta punible ha de recaer sobre un funcionario castrense.

Más grave, si cabe, es la regulación del “abuso de autoridad” en el Título Primero de la Sección VI del Código, que abarca un amplio espectro de delitos, con grandes disparidades en cuanto a los bienes jurídicos o relaciones sociales afectadas.

En esta dirección, el artículo 180° inciso 1) indica que incurren en dicho delito “los que imponen tormento o pena prohibida por ley”. Inmediatamente, el inciso 2) se refiere a quienes “maltraten, golpeen o ultrajen en cualquiera otra forma al inferior” sin causa lícita. El artículo 181° en su inciso 7) dispone que “se considera, además, abuso de autoridad: cometer cualquier vejamen contra las personas, maltratarlas, lesionarlas o aplicarles apremios ilegales”. El artículo 183°, segundo párrafo, señala como agravantes “la producción de enfermedad mental o corporal incurable, inutilidad permanente para el trabajo, impotencia, pérdida de la palabra o de un órgano principal”. En realidad todas estas descripciones corresponden a actos de tortura. Y si bien se aprecia el interés del legislador en sancionar estas conductas en el ámbito de los tribunales castrenses, también es necesario afirmar que, al tratarse primordialmente de delitos contra los derechos humanos, se hace necesaria su sustracción de la competencia de dichos tribunales, circunscritos únicamente al ámbito de los delitos militares.

De otro lado, en el mismo título se hallan otros delitos cuya tipificación en referencia principal a los deberes de función resulta cuestionable: el “privar a cualquiera indebidamente de su libertad personal” (artículo 181º inciso 1) constituye ante todo un secuestro, donde el bien jurídico vulnerado, la libertad personal, no es de naturaleza castrense. Tampoco lo es la libertad de domicilio, afectada cuando éste se allana ilegalmente (artículo 181º inciso 8).

Igualmente cuestionable es la tipificación como delito militar del daño a personas o cosas mediante el uso de armas arbitrariamente por parte de los encargados de garantizar el orden público (artículo 180º inciso 10).

Un ejemplo de la incorrecta técnica con que se ha diseñado el abuso de autoridad en el Código de Justicia Militar, es la inclusión bajo ese título de delitos contra la administración de justicia, como lo es el que un superior dificulte las funciones de un tribunal militar o ejerza influencia para que se violente la ley (artículo 192º). Algo parecido puede decirse del coactar la defensa de los acusados, o prolongar o abreviar las penas impuestas por los tribunales militares (artículo 180º inciso 4)<sup>56</sup>; o prolongar indebidamente la detención de una persona sin ponerla a disposición de la autoridad competente (artículo 181º inciso 3).

Tampoco se explica la ubicación del título correspondiente a los delitos contra la administración de justicia en la sección IX, sobre los delitos contra la fe pública. Salvando este error de ubicación, en este grupo de delitos el bien jurídico protegido no es otro que la recta administración de justicia, por lo que sería preferible que se regulen como delitos comunes<sup>57</sup>.

En ese sentido, cabe indicar que en general, los delitos cometidos por los miembros de la magistratura penal-militar en el ejercicio de sus funciones judiciales han de ser investigados por los fiscales comunes del nivel respectivo, correspondiéndole al Fiscal de la Nación la investigación de los delitos de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y de los Consejos de Guerra, y a los fiscales supremos la de los jueces permanentes y sustitutos.<sup>58</sup>

Otro título que amerita una revisión integral es el referido a las exacciones (Título Cuarto de la Sección VI), que contiene típicos delitos contra el patrimonio de particulares, como lo es el imponerles o exigirles cupos o contribuciones o la prestación gratuita de servicios, o apoderarse de sus bienes, en tiempo de paz y de manera ilícita (artículo 199º). Una noción estricta de “delito de función” exige una reestructuración integral del Código de Justicia Militar, donde deben considerarse como bienes jurídicos específicos, por ejemplo, el honor militar, la hacienda militar, la disciplina castrense, entre otros.

### **2.3. Delito de función y derechos humanos**

---

56 Esta disposición, así como la del mencionado artículo 180º inciso 1), se encuentra en el Código de Justicia Militar de 1898, que en su artículo 273º enunciaba: “Hay abuso o usurpación de autoridad: 1º En imponer tormento o pena prohibida por la ley. 2º En prolongar o abreviar las penas impuestas por los juzgados militares, o en coactar la defensa de los enjuiciados”.

57 En análogo sentido, FERNANDEZ SEGADO Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, p.205

58 Así lo indicó el Fiscal de la Nación, Dr. Miguel Aljovín Swayne, en oficio N° 908-97-MP-FN remitido al Defensor del Pueblo con fecha 01 de Agosto de 1997 en relación al documento preliminar que sobre el presente documento se le alcanzara.

Los delitos contra los derechos humanos conforman figuras delictivas autónomas, debido a lo especial de la relación social desvalorada en los tipos penales que los configuran. Lo específico de esta relación social es el contexto de poder en que se desenvuelve, en donde la indefensión de la víctima frente a un agente que actúa por cuenta o con el consentimiento del Estado es manifiesta. Este contexto de poder distingue a estas figuras delictivas de las demás figuras comunes, haciendo necesaria su regulación diferenciada<sup>59</sup>.

Además, el Estado Peruano ha suscrito tratados que reconocen el deber del Estado de proteger los derechos humanos, así como el deber de prevenir y sancionar las conductas que los afecten<sup>60</sup>. Las disposiciones que recogen estos deberes estatales son normas de orden público internacional, y en virtud del artículo 55º de la Constitución, también de orden público interno. De esa manera, es necesario resaltar que los delitos contra los derechos humanos afectan relaciones internacionales de las que participa el Perú.

Al tener el Derecho Penal Militar su razón de ser en el mantenimiento de la eficacia de la organización de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de los fines que la Constitución les encomienda, la regulación de las conductas tipificadas como delitos contra los derechos humanos escapa claramente de sus alcances<sup>61</sup>. Esto es así por cuanto:

*“tales ilícitos no tutelan bienes jurídicos estrictamente militares ni tienen relación con el ámbito funcional de los institutos castrenses, por afectar bienes jurídicos fundamentales como la vida, la seguridad y la libertad personal, la integridad personal, cuya afectación y procesamiento corresponde siempre a la jurisdicción ordinaria por ser presupuestos indispensables para la vida en común de toda la sociedad, y no de un estamento o institución especial”<sup>62</sup>*

Así por ejemplo, no se justifica que los casos de tortura, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, genocidios, por mencionar algunos supuestos de claros atentados a los derechos humanos sean de conocimiento de la justicia militar. En esa dirección, la Corte Constitucional de Colombia, al momento de definir la relación de un delito con el servicio militar, precisó:

*“que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser*

---

59 AZABACHE César, “Delitos contra los derechos humanos”, en “Series Penales”. Lima: IDL, 1991, p.25.

60 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplidos por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial”. (Sentencia del 29 de Julio de 1988, pf. 172).

61 El tema se ha puesto de manifiesto recientemente con las denuncias de torturas cometidas por agentes del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) contra uno de sus miembros, la suboficial Leonor La Rosa. El caso fue conocido por la justicia militar, al considerarse que los delincuentes cometieron el delito de Abuso de autoridad tipificado en el Código de Justicia Militar. Cabe indicar que existieron seis proyectos de ley tipificando el delito de tortura como delito común (uno de los proyectos trató de regular integralmente los delitos contra los derechos humanos: la detención arbitraria, la tortura, la ejecución extrajudicial y la detención-desaparición), dos de los cuales precisaban que su juzgamiento corresponde a los tribunales comunes.

62 Voto en discordia de los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema ALMENARA BRYSON y SIVINA HURTADO en la contienda de competencia 07-94, sobre el caso “La Cantuta”.

*atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública (...) ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial”*<sup>63</sup>.

En estos casos, el afectado con la conducta no es la institución castrense, sino el individuo desaparecido, torturado o muerto. Aquí por consiguiente, no debe tomarse en consideración para la definición de la naturaleza jurídica del delito si el sujeto activo es militar en actividad o si cumplía órdenes o si la conducta la realizó como correlato del servicio o con ocasión de él, sino la esencialidad de la conducta perpetrada y el bien jurídico vulnerado en correspondencia con los principios de especialidad y demás que gobiernan el denominado “concurso aparente de leyes”.

En ese sentido, no podría aceptarse que una conducta que pueda calificarse como delito contra los derechos humanos pueda ser considerada como un delito de función, o, más precisamente, como un delito militar, dado lo distinto de las relaciones sociales que cada una de estas categorías de delitos buscan desvalorar<sup>64</sup>. De ahí que sea necesario que una reforma del Código de Justicia Militar excluya de la competencia de los tribunales militares las conductas que impliquen delitos contra los derechos humanos, por razones tanto de la naturaleza y fines de esta judicatura, como de la naturaleza de estos delitos y de los bienes jurídicos afectados, cuya trascendencia no puede quedar circunscrita a los tribunales militares. En esa dirección, es pertinente resaltar la reciente aprobación por el Congreso de la Ley N° 26926<sup>65</sup>, que tipifica y sanciona los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, reconociendo explícitamente la competencia de los jueces comunes para conocerlos.

#### **2.4. Principio de legalidad y tipificación de los delitos de función por el Código de Justicia Militar**

La calificación del delito de función en el Código de Justicia Militar se caracteriza por la utilización de denominaciones imprecisas, así como el empleo de tipos abiertos y leyes penales en blanco.

- Se suele definir a los tipos penales abiertos como “los que han sido redactados acudiendo a pautas generales, sin precisar las circunstancias, ni indicar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado”. Son figuras que deliberadamente contienen referencias ejemplificativas, vagas, indefinidas o equívocas y tendientes a comprender cualquier acción, desconociendo el principio de taxatividad<sup>66</sup>.
- Por su parte, nos encontramos frente a una ley penal en blanco “cuando parte de la definición del supuesto de hecho de la norma no se contiene en la propia ley penal sino que se remite a una norma distinta”. Los problemas que presentan las leyes penales en blanco, en relación al principio de legalidad, aparecen cuando la remisión

---

63 Sentencia N° C-358/97, del cinco de Agosto de 1997, sobre inconstitucionalidad de diversas normas del Código Penal Militar

64 Al respecto, el presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar ha declarado recientemente que “*En el fuero militar el bien jurídico que está en primera fila es la disciplina, el orden y la moralidad, la vida está en último lugar.*” en “Vistos”, Semanario Judicial, Lima, Año 1, N° 33, p. 2.

65 Publicada en “El Peruano” el 21 de Febrero de 1998.

66 VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando, “Derecho Penal. Parte General”, 2° ed., Medellín, 1995, p.358.

se lleva a cabo respecto de una disposición de rango inferior al de la propia ley penal, generalmente esto sucede a través de un reglamento<sup>67</sup>.

Por ejemplo encontramos que en un sentido demasiado genérico el artículo 91º del Código de Justicia Militar reprime los "actos de hostilidad", sin que precise en qué consisten dichos actos. Asimismo el artículo 180º inciso 1) reprime como delito de abuso de autoridad el imponer "tormento" sin indicar tampoco su connotación precisa. Un ejemplo adicional sería el tipo descrito por el inciso 1) del artículo 281º del Código referido al delito de defraudación al establecer que éste se comete cuando con malicia y en provecho propio o ajeno se efectúe una indebida contribución de haberes, salarios o víveres u otros valores o especie, o se cometiese infidelidad de cualquier clase.

En cuanto a las leyes penales en blanco podemos observar, por ejemplo, los artículos 180º inciso 3), 198º, 203º inciso 3), y 205º del Código de Justicia Militar, que califican sus tipos penales remitiendo las conductas a otros cuerpos normativos como otras leyes, reglamentos y hasta órdenes internas de las instituciones armadas.

En la legislación penal común la tipificación de delitos se basa principalmente en el principio de legalidad, evitando en lo posible calificar figuras penales remitiéndose a otros órdenes normativos por lo que precisa al máximo las conductas prohibidas y los supuestos de hecho reprimibles.

De otro lado, la regulación del delito militar en su figura culposa no exige para su punibilidad su calificación expresa por la ley. El artículo 7º del Código de Justicia Militar se limita a dar una definición general sobre la "infracción por culpa". Por el contrario en la ley penal común, la regulación de los delitos culposos se rige por el principio de "numerus clausus", en función del cual un tipo culposo sólo será punible en los casos expresamente señalados en la ley. Así ha quedado establecido en el artículo 12º del Código Penal de 1991.

Un supuesto distinto; pero claramente violatorio del principio de legalidad es el constituido por el ya mencionado artículo 2º del Código de Justicia Militar, que permite que en estado de guerra el Poder Ejecutivo y los comandos militares creen delitos mediante los llamados bandos militares. Como ya se indicó, esta norma resulta inconstitucional en nuestro actual ordenamiento normativo, por lo que debería ser modificada.

## **2.5. Adecuación del sistema de penas**

Resulta imprescindible también adecuar la normatividad vigente sobre delitos militares a los postulados y principios contemporáneos del Derecho Penal, concretamente, del Código Penal de 1991. En ese sentido, si bien en el Derecho Penal Militar el criterio de prevención general cumple una función preponderante, lo que puede llevar a aplicar penas en principio más drásticas que en el resto del ordenamiento penal ordinario, esto no debe llevar a apartar el criterio de prevención especial, que busca la resocialización de quien delinque, y que informa todo nuestro sistema penal<sup>68</sup>.

---

67 MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal. Parte General", Valencia, 1993, p.103".

68 Esta concepción no es compartida por cierto sector de la doctrina penal militar. Así, para Araujo "En el Derecho Penal Común, existe el principio: "no hay delito sino delincuentes y no hay delincuentes sino hombres", en cambio en el Derecho Penal Militar, más valioso es la disciplina, el orden jurídico, el Estado, la sociedad, por ello el Derecho Penal Militar no persigue la readaptación sino la ejemplarización e

Esta situación se torna más relevante cuando observamos que el Código de Justicia Militar se erigió bajo el esquema normativo del Código Penal de 1924. Es por ello que aún se encuentran vigentes varias instituciones que en el derecho penal común nacional ya han sido superadas.

Un ejemplo de esta situación la encontramos cuando se analiza el artículo 22º del Código de Justicia Militar que regula el sistema de penas aplicables. Según el referido dispositivo pueden imponerse -entre otras- las penas de internamiento, penitenciaría y prisión, de manera similar a como estaba regulado el sistema de penas en el Código de 1924 en su respectivo artículo 10º. Así pues, la pena de penitenciaría puede ser de dos a veinte años, la de prisión, de sesenta días a veinte años, y la de internamiento puede ser indefinida, lo que en la práctica relativiza el principio de legalidad de la pena. Como puede notarse, este sistema de penas requiere también adecuar sus criterios a efectos de lograr su mejor determinación.

Ahora bien, resaltamos la importancia y necesidad de adecuar, o en su caso modificar, las disposiciones del Código de Justicia Militar en el sentido antes señalado en la medida de que pueda procurarse, en un determinado caso, la aplicación supletoria de otros cuerpos legales. En efecto el artículo 744º del Código de Justicia Militar dispone que:

*"en todo lo que no esté previsto en el presente Código, los jueces y tribunales militares aplicarán las disposiciones de los Códigos Comunes, en cuanto sean pertinentes, siempre que se encuentre expedita la jurisdicción militar y se trate exclusivamente de suplir alguna omisión en sus disposiciones"*

Como puede advertirse actualmente resultaría difícil aplicar -en los casos pertinentes- los criterios de determinación de la pena señalados en el artículo 46º del Código Penal a los delitos militares dado que presentan una distinta sistemática de las penas. Por cierto, debe quedar claro que una lectura del dispositivo citado no permite a la justicia militar aplicar la parte especial del Código penal común.

## **2.6. Juzgamiento de delitos comunes en los tribunales militares: el artículo 324º del Código de Justicia Militar**

Con independencia del juzgamiento de los delitos de terrorismo y traición a la patria por los tribunales militares, el Código de Justicia Militar contempla un supuesto adicional que resulta incompatible con la Constitución. Se trata del artículo 324º del referido Código que dispone que los tribunales militares conocen de los delitos comunes cometidos en acto del servicio cuando agraviado e inculpaado son militares, aplicándose las normas del Código Penal común.

El contenido de este dispositivo, refleja una peculiar situación en la que coexistirían elementos de los denominados "fuero privativo" y "fuero ordinario", ya que mientras por un lado el procesamiento se efectúa ante un tribunal militar, por el otro, la causa se resolvería conforme al Derecho Penal Común.

Un dispositivo de esta naturaleza debe ser examinado a la luz del principio de igualdad, reconocido por el artículo 2º inciso 2) de la Constitución; según el cual toda persona que

---

intimidación." ARAUJO CALDERÓN, Roger . El delito de función. EN: Revista Peruana de Derecho Militar, Nº1 año 1. Lima, 1986, p. 29.

cometa un delito común debería ser juzgado ante los tribunales ordinarios. El hecho que tanto el agraviado como el inculpado sean militares, no justifica objetiva y razonablemente un tratamiento diferenciado.

Además, desde una perspectiva procesal, el problema que plantea es que imposibilita un adecuado procesamiento de los agentes en la medida que, habiendo afectado bienes jurídicos de protección general, los sustrae de la justicia común, para aplicarles reglas procesales especiales.

Por su parte, desde el punto de vista sustantivo la norma citada puede generar una interpretación o aplicación errónea si es que no se toma en cuenta que ésta requiere necesariamente para su aplicación dos supuestos: primero, que estos delitos comunes hayan sido "cometidos en actos de servicio"; y, segundo, que aparezcan como sujetos pasivos única y exclusivamente otros militares o policías.

A nuestro juicio, el artículo 324<sup>o</sup> ha quedado derogado por la Constitución vigente pues ella sólo reconoce competencia a los tribunales militares para conocer delitos de función más no -evidentemente- para conocer de delitos comunes<sup>69</sup>. Una interpretación de esta naturaleza, además, sería respetuosa del principio constitucional de igualdad ante la ley.

## **2.7. Delito de función: los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de retiro.**

A raíz de continuos sucesos acaecidos en los últimos años en los que se procesó y condenó a miembros de las Fuerzas Armadas en situación de retiro<sup>70</sup>, ha surgido la controversia en distintos niveles acerca de si se les debe considerar como sujetos activos de los delitos militares y si esta calificación resulta conforme al marco normativo y fundamentalmente a la Constitución<sup>71</sup>. Incluso, algunos han distinguido la condición del ex-militar, que ha sido expulsado de las Fuerzas Armadas y que se encontraría sujeto a la justicia común, de quien es militar, pero en situación de retiro, y que por mantener una ligazón con la institución estaría sujeto a la justicia castrense<sup>72</sup>.

---

69 Sin embargo, la Sala Penal C de la Corte Suprema de Justicia dirimió la contienda de competencia a favor de la justicia militar considerando "que las personas procesadas y agraviadas son militares" aplicando, entre otros dispositivos, el artículo 324<sup>o</sup> del Código de Justicia Militar.

70 Entre algunos de los casos de oficiales en situación de retiro que han sido procesados y/o condenados por haber infringido supuestamente el Código de Justicia Militar podemos citar los siguientes:

- En enero de 1993 el Gral.(r) Alberto Arciniega fue denunciado en el fuero militar por "ultraje a la Nación, a sus símbolos representativos y a los símbolos armados".
- El Gral.(r) Luis Cisneros Vizquerra fue denunciado por ultraje a los institutos armados e insulto al superior en agravio del Estado". Fue sentenciado a 90 días de prisión condicional.
- En abril de 1994 el Gral.(r) Germán Parra Herrera fue llevado a juicio por delitos de insulto al superior y ofensa a la institución". Fue condenado a tres meses de prisión.
- En abril de 1995 el Gral. Walter Ledesma Rebaza fue acusado de "ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas".
- El Gral.(r) Mauricio Agurto fue acusado el 21 de abril de 1995 por supuestos delitos de "infidencia y ultraje a la Nación". Fue amnistiado.
- En noviembre de 1996 el Gral.(r) Rodolfo Robles Espinoza fue denunciado, detenido y posteriormente amnistiado.

71 Resulta pertinente recordar que incluso el Ministro de Defensa Gral. Tomás Castillo Meza reconoció la existencia de contradicciones entre la Constitución y la legislación militar.

72 PEZUA VIVANCO David, "Fuero Militar", Diario El Sol, Lima, 22 de Marzo de 1997. Asimismo, el General EP Guido Guevara ha sostenido que "un militar es tal de por vida. Y no puede ser que

Consideramos que una adecuada concepción del delito militar excluye la posibilidad que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de retiro sean juzgados por los tribunales militares<sup>73</sup>. En efecto, el delito militar requiere para su configuración de una conducta violatoria de un deber relativo a las funciones propias de las fuerzas armadas, lo que requiere como supuesto que la conducta punible haya sido cometida por un militar o policía ejerciendo funciones de tal, para lo cual una condición esencial es que se encuentre en situación de actividad.

Refuerza este argumento el artículo 31º de la Constitución, según el cual el derecho al voto corresponde a los ciudadanos en goce de su capacidad civil, y el artículo 34º que dispone que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional “en actividad” no pueden elegir ni ser elegidos. Una interpretación sistemática de ambos artículos permite concluir que los militares en situación de retiro tienen los mismos derechos que los demás civiles, razón por la que no estarían en condiciones de afectar bienes jurídicos militares mediante el incumplimiento de los especiales deberes de la función castrense, correspondiéndole su eventual juzgamiento a jueces civiles.

Este argumento, además, se ve fortalecido pues el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar, señala que:

*"Al pasar un militar a la situación de retiro, ejercerá sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú sin limitación alguna"*

Bajo este sustento se puede sostener que un militar retirado al recobrar el ejercicio pleno de sus derechos asume sin restricciones la condición de cualquier ciudadano; en consecuencia, ya no tiene para con las instituciones armadas una obligación de carácter funcional. En este orden de ideas, el artículo 12º de la indicada Ley del Situación Militar señala que:

*"Los oficiales en Situación de Actividad y/o Disponibilidad están sujetos a los alcances del Código de Justicia Militar y al de los Consejos de Investigación de cada instituto."*

Asimismo, el artículo 53º del referido decreto dispone que:

*"Retiro es la situación del oficial que se encuentra fuera de las situaciones de actividad y de disponibilidad, apartado definitivamente del servicio"*

De esta manera, se establece quiénes están comprendidos dentro de los alcances del Código de Justicia Militar, sin considerar a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que se encuentran en situación de retiro.

No cuestiona los argumentos expuestos el hecho que el artículo 11º de la Ley de Situación

---

amparándose en su condición de militar retirado revele informaciones que afectan la seguridad nacional y de las cuales tomó conocimiento cuando estuvo en servicio activo".

73 En el Congreso de la República existen al respecto varios proyectos de ley dirigidos a zanjar este controvertido punto, cuya propuesta en común es sustraer a los oficiales en situación de retiro como agentes de los delitos militares. entre los principales tenemos: Proyecto de ley 2361/96-CR (congresista Alva Orlandini), proyecto de ley 2322/96-CR (congresista Jorge Avendaño), proyecto de ley 2352/96-CR (congresista Daniel Estrada), proyecto de ley 2309/96-CR (congresista Antero Florez), proyecto de ley 2357/96-cr (congresista Henry Pease).



Militar señale que los grados, honores y pensiones militares son dados de por vida, constituyen un derecho del oficial y no pueden ser retirados sino por sentencia judicial y en los casos determinados por ley, pues no es lo mismo el grado que la sujeción a la justicia militar. En efecto, tanto el grado, honores, remuneraciones y jerarquías de los oficiales constituyen beneficios y derechos institucionales de carácter social y tutelar de distinta naturaleza a las obligaciones del militar en actividad<sup>74</sup>.

Tales reconocimientos están vinculados a esferas distintas de la propiamente punitiva y no significan un sometimiento del militar en situación de retiro a los deberes castrenses específicos<sup>75</sup>. En ese sentido el denominado delito de función o delito militar debe vincularse al incumplimiento de los deberes que como militar se tiene. El militar que está fuera del servicio activo, retirado u en otra situación, no se encuentra en condiciones de violar deberes castrenses estrictamente funcionales; su conducta carece de efectos lesivos al bien jurídico objeto de tutela en sede judicial militar.

Una aparente excepción podría estar constituida por el deber de guardar silencio sobre la información adquirida mientras se desempeñaba en el servicio activo y cuya divulgación podría afectar gravemente el cumplimiento de las tareas que la Constitución asigna a las fuerzas armadas. Sin embargo, en rigor, tampoco constituye una excepción pues al estar tipificada en el Código Penal (artículo 330<sup>o</sup>) como delito de violación de secreto de interés para la República, nada obsta a que ella sea conocida y juzgada por jueces comunes.

De otro lado, también suele afirmarse que el artículo 12<sup>o</sup> de la Ley de Situación no ha derogado el inciso 1) del artículo 321<sup>o</sup> del Código de Justicia Militar<sup>76</sup> pues la Ley N<sup>o</sup> 26677 del 24 de octubre de 1996 precisa que las disposiciones del Código de Justicia Militar y de la Ley Orgánica de Justicia Militar sólo pueden ser modificadas por ley expresa y de igual naturaleza<sup>77</sup>. No compartimos dicho argumento, no sólo porque la exclusión de los militares en retiro emana de la propia Constitución, sino porque además la Ley de Situación Militar es anterior a la Ley N<sup>o</sup> 25677. Además, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, según el cual "Por la derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado". Bajo este sustento la Ley N<sup>o</sup> 26677 no podría, de manera alguna, hacer recobrar la vigencia de los referidos artículos del Código de Justicia Militar que ya anteriormente habían sido derogados por la Ley de Situación Militar.

De ahí que tampoco compartamos el criterio que considera que la Ley de Situación Militar es una norma administrativa y que "las normas generales de tipo administrativo como el Decreto Legislativo número setecientos cincuentidós (Ley de Situación Militar) en lo que respecta a lo normado en el artículo doce, no puede modificar una norma de tipo específico y judicial, como el Código de Justicia Militar"<sup>78</sup>.

---

74 De no acogerse esta interpretación, del hecho de que todos los que realizan el Servicio Militar Obligatorio conservan a su baja por tiempo cumplido el grado militar que obtuvieron en el activo (artículo 62<sup>o</sup> del D.Leg. N<sup>o</sup> 264) podría concluirse, que siguen siendo militares bajo la competencia de los jueces militares.

75 SAN MARTIN CASTRO César, "Jurisdicción militar y delitos de función", Autos y Vistos. Comentarios Jurisprudenciales, Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p.238.

76 El artículo 321<sup>o</sup> inciso 1) del Código de Justicia Militar precisa que "son militares para los efectos de este código: los que de acuerdo a las leyes orgánicas de las fuerzas Armadas y de las fuerzas policiales que rigen tienen grado militar o prestan servicio militar".

77 Esta posición fue asumida por el General División EP (r) Gastón Ibañez O'Brien, "Expreso", Lima, 1 de diciembre de 1996.

78 Este último argumento fue expuesto en la Ejecutoria del Consejo Supremo de Justicia Militar (tercer

A partir de los argumentos expuestos, puede concluirse que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de retiro se encuentran excluidos de la aplicación de las disposiciones del Código de Justicia Militar como de la Ley Orgánica de Justicia Militar, por lo que debe entenderse que han sido modificados los artículos 321º, 142º, 150º y 727º inciso “f” del Código de Justicia Militar.

### **3. ORGANIZACION DE LA JUSTICIA MILITAR**

#### **3.1. Diseño orgánico de la justicia militar**

De acuerdo al artículo 1º de la Ley Orgánica de Justicia Militar, Decreto Ley N° 23201, la justicia militar se ejerce en tiempo de paz por:

- La Corte Suprema de Justicia
- El Consejo Supremo de Justicia Militar
- Los Consejos de Guerra, los Consejos Superiores de Justicia de las Fuerzas Policiales, y
- Los Jueces Instructores

El Consejo Supremo de Justicia Militar tiene competencia nacional y está integrado por diez (10) Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad: ocho vocales, un Fiscal General y un Auditor General. La reforma a Ley Orgánica de Justicia Militar dispuesta por la Ley N°26677 ha establecido que de los ocho vocales, tres deben pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar; asimismo, el Fiscal y el Auditor General son miembros de dicho Cuerpo. Este último es un asesor legal del Consejo que tiene voz pero no puede votar en los asuntos jurisdiccionales (artículo 71º). En resumidas cuentas, a partir de 1996, el Consejo Supremo ha incrementado el número de miembros con formación jurídica pues antes se establecía que el Fiscal y el Auditor General eran los únicos que pertenecían al Cuerpo Jurídico Militar (artículo 6º). Cabe agregar, que el Consejo adopta sus resoluciones con el voto de cinco de sus vocales, pues los tres restantes actúan como suplentes (artículo 8º).

Por su parte, los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia de las Fuerzas Policiales son tribunales permanentes jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar que tienen competencia en la zona judicial determinada por la ley (artículo 15º). Los referidos Consejos se componen de tres vocales, uno de los cuales pertenece al Cuerpo Jurídico Militar. Asimismo, cuentan con un Auditor y un Fiscal del referido Cuerpo Jurídico (artículo 22º, modificado por la Ley N° 26677).

De otro lado, los Jueces Instructores son los encargados de llevar a cabo la investigación judicial; pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar y pueden ser Permanentes o Sustitutos. Tienen capacidad de fallo en los procesos por delitos contra el patrimonio, delitos que afecten el servicio militar, delitos que afecten la disciplina de los Institutos Armados, delitos contra la fe pública y procedimientos por faltas (artículo 39º modificado por la Ley N° 26677).

En el esquema descrito de organización de la justicia militar, la Corte Suprema de Justicia de la República cumple una función limitada. En efecto, el artículo 4º de la Ley Orgánica de Justicia Militar establece que le corresponde:

- Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre los tribunales militares y los comunes.
- Pronunciarse en los pedidos de extradición formulados por los tribunales militares
- Conocer originariamente en los procesos de competencia de la justicia militar seguidos contra el Presidente de la República, ministros, congresistas y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, entre otros altos funcionarios.

Asimismo, la Constitución abre la posibilidad excepcional -y teórica- del recurso de casación en los casos en que los tribunales militares apliquen la pena de muerte (artículo 173º)

Esta ausencia de control por parte de la Corte Suprema no ha sido un rasgo permanente en el modelo de justicia militar peruano. Así por ejemplo en 1906, la Ley N° 272 estableció que las contiendas de competencia las debía dirimir la Corte Superior respectiva, y si uno de los contendientes era el Consejo de Oficiales Generales, correspondía hacerlo a la Corte Suprema, estableciéndose además una *vis atractiva* para la jurisdicción civil (“en caso de duda (...) se dará preferencia a la jurisdicción ordinaria”). Por su parte, la Ley N° 273 dispuso que la Corte Suprema conocería los recursos de nulidad y de reposición contra ciertas resoluciones de la jurisdicción castrense, además de los procesos por delitos del ordenamiento penal militar contra altas autoridades del Estado y la Iglesia.

Normas similares se mantuvieron en los Códigos de 1939 (artículo 79º) y 1950 (artículo 4º), aunque se eliminó la facultad de las Cortes Superiores para dirimir contiendas de competencia. Una óptica distinta fue acogida por la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1963 que restringió la competencia de la Corte Suprema a la resolución de las contiendas de competencia y al conocimiento de las causas contra altos funcionarios del Estado y la Iglesia.

A nuestro juicio, en un ordenamiento donde las Fuerzas Armadas y Policía Nacional se encuentran subordinadas al poder civil, lo razonable es que la Corte Suprema mantenga su supremacía incluso para los miembros de las Fuerzas Armadas, funcionando como Corte de Casación para todos los delitos juzgados por jueces o tribunales militares, en resguardo de la aplicación e interpretación uniforme del ordenamiento jurídico en general y del que concierne al debido proceso en especial.

### **3.2. Composición de los tribunales militares**

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Justicia Militar, modificada por la Ley N° 26677, los tribunales militares están integrados por oficiales en actividad, en algunos casos pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar.

Diversos cuestionamientos pueden presentarse sobre este tipo de conformación. En primer lugar, determinar las razones por las cuales los integrantes de estos tribunales deben ser miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. En segundo lugar, precisar si debe tratarse de oficiales en actividad o en retiro, y finalmente si todos sus miembros deberían contar con formación jurídica.

Un posición bastante crítica respecto a la postura de que los magistrados sean militares, ha sido sustentada por el penalista argentino Alberto Bovino, para quien:

*“La creación de tribunales con competencia militar significa el reconocimiento de las particularidades del régimen al que están sometidas las personas que ostentan condición militar, pero nada más que eso. La idea de que estos tribunales estén integrados por militares es tan absurda como la que postulara que los tribunales que juzgaran delitos económicos estén integrados por empresarios”<sup>79</sup>*

De otro lado, respecto a la integración de estos tribunales con oficiales en actividad la Corte Constitucional de Colombia ha sido muy enfática al señalar que ello afecta la imparcialidad e independencia del juzgador. Esto sucedió en la sentencia C-141/95 de 29 de marzo de 1995, dictada con motivo de la demanda presentada contra el artículo 656º del Código Penal Militar, que regulaba la integración del Consejo Verbal de Guerra según el cual "los vocales y el fiscal deben ser oficiales en servicio activo". La Corte sostuvo que la norma cuestionada no se ajustaba a la Constitución.

*“No se garantiza una administración de justicia independiente e imparcial, si quienes intervienen en el proceso de juzgamiento son oficiales en servicio activo, esto es, funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos, en virtud del ligamen del mando militar jerárquico, que supone que aquéllos están sometidos a la obediencia debida a que alude el artículo 91º de la Constitución Política.*

*Es más, la situación de conflicto social que desde hace varios años afronta el país, en la cual son actores las fuerzas encargadas de preservar el orden público y los diversos grupos interesados en subvertir el orden institucional (guerrilla, paramilitarismo, etc.), hacen que aquéllas, inmersas en la confrontación e interesadas en su solución, tengan que intervenir en las diferentes acciones represivas que para someter a los enemigos de dicho orden se requiere, y al mismo tiempo fungir como jueces de los excesos constitutivos de delitos que puedan cometerse en desarrollo de las referidas acciones. De este modo, de alguna manera se actúa no sólo como agente directo o indirecto de la acción encaminada a cumplir la misión correspondiente para alcanzar las aludidas finalidades, las cuales pueden determinar el origen de la acción delictuosa, sino igualmente para juzgar la conducta de quienes siendo actores de dicha misión incurren en un delito.*

*No quiere decir lo anterior, en manera alguna que la Corte presuma la parcialidad y la mala fe de los oficiales en servicio activo que ejercen la actividad concerniente a la administración de justicia, sino que objetivamente y sin dudar de su buena voluntad no se dan las circunstancias que interna y externamente aseguran dicha independencia e imparcialidad. En otros términos, éstas se predicen más del órgano-institución objetivamente considerado, que de las personas a las cuales se atribuye su función.*

*La administración de justicia no sólo reclama un juez conocedor de la problemática sobre la cual debe emitir sus fallos, de juicio sereno, recto en todo sentido, con un acendrado criterio de lo justo, sino también de un juez objetiva e institucionalmente libre”.*

---

79 BOVINO Alberto, "Los tribunales militares y la Constitución de Guatemala", en "Los Tribunales Militares y la Constitución", Procuraduría de los Derechos Humanos, Colección Cuadernos de Derechos Humanos, 1996, N°3, Guatemala, p.35

A partir de lo antes mencionado podemos concluir que no constituye un dogma que los tribunales militares deban necesariamente estar integrados por militares, pues bien podrían éstos estar conformados por magistrados civiles. En segundo lugar, genera dudas en torno a la indispensable imparcialidad e independencia del juzgador el hecho que los magistrados militares sean oficiales en situación de actividad; para estos efectos, resulta sugerente pensar que el cargo corresponda a oficiales en situación de retiro que carezcan de directa vinculación con el comando. Finalmente, constituye una evidente garantía que los miembros de estos tribunales cuenten con una adecuada formación jurídica.

Una propuesta de reforma de la justicia militar en el Perú debe abordar estos problemas en la mira de garantizar que los tribunales militares no se encuentren al margen de los principios que orientan la función jurisdiccional.

### **3.3. Contendas de competencia**

En todo sistema de justicia el derecho al juez natural requiere de normas precisas para la determinación de la competencia de los tribunales, así como de reglas para resolver los conflictos de competencia que puedan surgir entre estos. Esta exigencia resulta de especial relevancia cuando nos encontramos ante tribunales distintos a los que integran el llamado Poder Judicial<sup>80</sup>, como sucede con los tribunales militares, debiendo resolverse los conflictos de competencia que se susciten entre jueces militares y ordinarios de manera tal que se realicen adecuadamente los principios de especialidad y excepcionalidad de la judicatura castrense.

El Código de Justicia Militar regula las reglas y criterios de asignación de competencia en sus artículos 328<sup>o</sup> a 366<sup>o</sup>, refiriéndose específicamente a las contendas de competencia entre los jueces militares y los civiles a partir del artículo 361<sup>o</sup>.

Dicha regulación establece que la autoridad militar requiriente o requerida resolverá en el plazo de dos días, previa vista del fiscal y dictamen del auditor, si sostiene su competencia o se inhibe de conocer la causa. En la primera alternativa lo comunicará al juez ordinario, y si éste a su vez sostiene su competencia el incidente se elevará a la Corte Suprema, por medio o del Consejo Supremo de Justicia Militar o de la Corte Superior respectiva, según quien promueva la contienda (artículo 363<sup>o</sup>). El mismo procedimiento se aplica a las contendas de competencia negativas. En el caso de los tribunales militares, pueden promoverse por petición del fiscal, del auditor o a iniciativa de parte (artículo 354<sup>o</sup>).

Sin embargo, a juzgar por la redacción del Código de Justicia Militar, el incidente se tramita en cuerda separada, y por lo tanto, sin suspenderse la tramitación del expediente principal. Esta situación permite la realización de diligencias paralelas que eventualmente podrían dar lugar a la expedición de sentencia en un tribunal que no resulte siendo competente, lo que perjudicaría la eficacia de la administración de justicia<sup>81</sup>. Para evitar problemas de esta naturaleza, sería conveniente introducir en el Código de Justicia Militar una disposición que permita la suspensión de la expedición de la sentencia mientras no se

---

80 En puridad, cuando la Constitución habla del Poder Judicial, mas que de un poder en el sentido estricto del término (como potestad del Estado) realmente está hablando del conjunto de órganos jurisdiccionales comunes que lo ejercen y administran, como puede notarse claramente en el artículo 143<sup>o</sup>.

81 Por ejemplo, en el proceso seguido por las torturas a la suboficial SIE Leonor La Rosa la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar sentenció a los inculcados antes de resolverse la contienda de competencia planteada por el sexto juzgado especializado en lo penal de Lima.

resuelva la contienda de competencia, sin perjuicio de la actuación de las pruebas necesarias y urgentes para el cumplimiento de los fines del proceso.

En los últimos años el tema ha cobrado actualidad a raíz de sonados casos en que se cuestionó la competencia de la justicia militar que ha tratado de sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria delitos comunes (v.g. delitos contra la vida, el cuerpo y la salud). En estos casos, la tendencia ha sido decidir en favor de la justicia militar, en no pocas ocasiones mediante cuestionables resoluciones judiciales. Así por ejemplo a través de una Ejecutoria Suprema del 22 de Agosto de 1986, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema resolvió en favor de la justicia militar la contienda de competencia planteada en el caso de los internos por terrorismo rendidos tras el amotinamiento en los penales de Lima. Una de las razones esgrimidas por la Sala fue la vigencia del Decreto Supremo N° 006-86-JUS que predeterminaba la jurisdicción militar para dichos penales.

Posteriormente, la Corte Suprema resolvió en favor de la judicatura castrense en el caso de 50 civiles ejecutados extrajudicialmente en Pucayacu y luego enterrados en una fosa común por infantes de Marina. Asimismo, el 14 de Febrero de 1994, la Sala Penal de la Corte Suprema se pronunció por la competencia de la justicia militar en el caso de los desaparecidos de la Universidad Nacional de Educación, “La Cantuta”, con una intervención legislativa de por medio para modificar el procedimiento de resolución de la contienda de competencia<sup>82</sup>.

Recientemente, en el caso de la tortura sufrida por la suboficial del Servicio de Inteligencia del Ejército Leonor La Rosa, la Corte Suprema dirimió la contienda de competencia en favor del Consejo Supremo de Justicia Militar basándose únicamente en la condición militar de las partes implicadas y el lugar de comisión de los hechos delictivos, dando por sentada la calidad militar del delito cometido<sup>83</sup>. Cabe anotar que en este caso la comisión de torturas, configuradoras de delitos comunes, fue reconocida incluso por altas autoridades del Ejecutivo.

Además de la tendencia a fallar en favor del orden jurisdiccional castrense en las contiendas más sonadas, en base a una interpretación extensiva del delito de función, no deja de llamar la atención la ausencia de una línea jurisprudencial uniforme en la resolución de las contiendas de competencia. Puede notarse, sin embargo, una evolución del criterio de “ocasionalidad”, al de “causalidad” en el razonamiento de la Corte Suprema.

El criterio de ocasionalidad considera suficiente para calificar una conducta como delito de función que el hecho delictivo se produzca con ocasión de encontrarse el sujeto activo realizando actos de servicio, sin entrar a calificar si existe relación causal entre la acción antijurídica y la específica función militar. Así, en la contienda de competencia 585 promovida por el Consejo de Guerra permanente de Marina contra el Juez de primera instancia provisional de Huanta, por el juzgamiento del capitán de corbeta AP Álvaro Artaza Adrianzén, acusado de homicidio calificado de cincuenta personas no identificadas en Pucayacu, Huancavelica, la Corte Suprema<sup>84</sup> afirmó que:

---

82 En efecto, la Ley N° 26291 modificó el artículo 144° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre votos necesarios para dictar resoluciones en la Corte Suprema, disponiendo que se aplicaría a las contiendas de competencia en trámite.

83 Contienda de competencia 12-97, del 18 de Julio de 1997. Sala Penal “C” de la Corte Suprema.

84 En Ejecutoria Suprema publicada en el diario oficial El Peruano el Lunes 10 de Marzo de 1986.

*“los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar, sino también a todos aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas, pues no se requiere exclusivamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función, basta la simple ocasionalidad”<sup>85</sup>*

Para el segundo criterio se exige en cambio que exista dicha relación causal<sup>86</sup>, y fue adoptado por la Corte Suprema al dirimir la contienda de competencia N° 07-94 entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y el décimo sexto juzgado penal de Lima por el conocimiento de los delitos de secuestro, desaparición forzada y asesinato de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación “La Cantuta”, a manos de los integrantes de un comando del Ejército. En los considerandos del fallo se afirmó que “la posible violación penal fue consecuencia de órdenes impartidas y recibidas” y “se ejecutó en acto de función cometido por el personal militar que resulte responsable”.

Sin embargo, este criterio por sí solo tampoco es adecuado para dirimir las contiendas de competencia, al no atender la naturaleza de la justicia militar, que remite directamente a los bienes jurídicos estrictamente castrenses en función de los cuales existen los tribunales y delitos militares, como lo reconoce el voto singular emitido en la referida contienda de competencia.

En todo caso, en la medida en que la tendencia expansiva en desmedro de la justicia ordinaria trasciende el ámbito de los textos legales y desarrollos jurídico-doctrinales<sup>87</sup>, la solución a los problemas observados en la contienda de competencia pasa necesariamente por una apropiación por parte de la Corte Suprema de su rol en cuanto a la determinación de los límites competenciales de los tribunales castrenses, lo que a su vez pasa por la adopción de una adecuada concepción del delito militar. En aquella misma medida, y con miras a evitar situaciones de tensión en el ordenamiento, una eventual reforma debería buscar evitar las ocasiones en que se plantean las contiendas de competencia, con mecanismos como los que más adelante se sugieren.

### **3.4. Casación ante la Corte Suprema: conformación de una Sala Penal especial**

Si bien la Constitución impide la casación ante la Corte Suprema, una propuesta de reforma constitucional debería permitir esta posibilidad. En esta dirección, una propuesta sugerente sería mantener la especialidad del juzgamiento de militares o policías,

---

85 A pesar de contradecir abiertamente la especialidad del delito militar y la excepcionalidad de la justicia militar, este criterio ha tenido un importante arraigo en el pensamiento penal militar, como se muestra en la conclusión N° 4 de la Primera Jornada Nacional de Derecho Militar, según la cual “Los delitos de función precisados en el art. 282° de la Constitución del Estado (de 1979, transcrito en el artículo 173° de la reforma del 93), no pueden ser restringidos sólo al acto del servicio sino a todos aquéllos que se derivan de él y a la ocasionalidad de la comisión de infracciones en las Zonas declaradas en estado de emergencia y/o de sitio.” Revista Peruana de Derecho Militar, N°1, año 1, Lima, 1986, p 16.

86 CHIPOCO CACEDA Carlos, “Violencia y Estado Democrático de Derecho”, Lima, CODEPP, 1988, p. 25-26.

87 A manera de ejemplo de vocación expansiva, el 16 de Noviembre de 1995, el general Guido Guevara Guerra, Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, afirmó a la prensa que debería considerarse la posibilidad de que los procesos a militares involucrados en casos de Tráfico Ilícito de Drogas sean ventilados en los tribunales militares, dado que la justicia ordinaria tiene demasiada carga procesal y que son delitos que van contra el orden y la disciplina (Diarios Expreso y El Mundo, Lima 16 de noviembre de 1995).

estableciendo que la Sala Penal respectiva de la referida Corte estará integrada por uno o más oficiales del Cuerpo Jurídico Militar en situación de retiro, del más alto grado.

Al respecto, cabe recordar que con el Código de 1898 se conformó un Consejo Supremo de Guerra y Marina mixto, con seis oficiales militares y los tres vocales menos antiguos de la Corte Suprema. Esta propuesta se encuentra recogida en el Derecho Comparado: por ejemplo, en España funciona una Sala Penal Suprema Mixta, conformada por jueces civiles y militares; en Chile, en las Cortes Marciales participan dos Ministros (vocales) de las Cortes de Apelaciones comunes, uno de ellos presidiéndolas, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales y administrativas reservadas a la Corte Suprema. Tanto en este país como en Colombia, Argentina y Estados Unidos, por sólo citar algunos casos representativos, la Corte Suprema puede actuar como instancia de revisión de los fallos de los tribunales castrenses. Incluso, ese pareciera ser el sentido del artículo 1º de la Ley Orgánica de Justicia Militar, cuando prescribe que “El poder de administrar Justicia Militar se ejerce: En tiempo de paz, por: - La Corte Suprema de Justicia”.

Una propuesta como la que se plantea tornaría prácticamente innecesarias las contiendas de competencia, que se han mostrado como fuentes de tensión entre la institucionalidad militar y la civil, con el desgaste consiguiente ante la opinión pública. Respecto a que los fines de mantener el orden, la moral y la disciplina podrían verse afectados al revisarse en el fuero común los delitos de militares, cabe decir que la casación siempre sería a instancia de parte, que la legitimidad del juicio ante la institución estaría salvada por la presencia de uno o más expertos del Cuerpo Jurídico Militar en la Sala Penal respectiva y que la majestad de la Corte Suprema debería ser garantía suficiente de la conservación de esos valores.

#### **4. JUSTICIA MILITAR Y DEBIDO PROCESO**

El desarrollo de la justicia militar en un Estado democrático no puede estar ajeno a los principios que éste reconoce para que el juzgamiento de las personas sea respetuoso de sus derechos. De otro lado, la eficiencia y la moral de las fuerzas armadas se ven mejor aseguradas cuando se establece un equilibrio adecuado entre el mantenimiento del buen orden y la disciplina en las unidades militares, y el respeto de los derechos fundamentales de sus miembros<sup>88</sup>. En este sentido, la vigencia de un debido proceso constituye pieza clave para una tutela efectiva de quienes se encuentran bajo la competencia de los tribunales militares. Precisamente, este ha sido uno de los cuestionamientos efectuados a la actuación de la justicia militar. Y es que la exigencia de la disciplina castrense no puede desconocer ni sobreponerse a derechos de esta naturaleza, más aún si su ámbito de competencia se extiende hacia civiles en los casos de traición a la patria y terrorismo.

Cabe indicar que los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes no prohíben *per se* la existencia de tribunales militares<sup>89</sup>, ni estipulan tampoco qué funciones

---

88 En palabras de autoridades militares de los Estados Unidos, “la justicia militar es el intento de hacer llegar las garantías constitucionales a los miembros militares excepto como sean modificadas para mantener el buen orden y la disciplina”. Programa ejecutivo de Justicia militar. Destacamento de la Escuela de Justicia Naval. Instrucción Internacional. Newport, RI, 1997, p. 10-20.

89 En cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, p. 25, párrafo 91. En lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, OBSERVACION GENERAL N° 13, Artículo 14 (21º Período de sesiones), párr. 4.



se les puede encargar. La compatibilidad de los tribunales militares con el derecho internacional depende de su conformidad con las garantías básicas del debido proceso, previstas en los convenios respectivos. En este orden de ideas, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14º), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (artículo 8º), asignan lugar especial al debido proceso como verdadero derecho fundamental. La Constitución peruana vigente hace lo propio en el artículo 139º inciso 3).

#### **4. 1. Derechos básicos**

La vigencia del “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial<sup>90</sup>, se pone en duda ante los procedimientos seguidos en los tribunales militares.

##### **a) Independencia**

La independencia de los tribunales del poder político es una de las condiciones elementales de la administración de la justicia. Además de una remuneración adecuada, la inamovilidad de los jueces y su adecuada preparación profesional son requisitos que tienden a asegurarla<sup>91</sup>. La presencia de estos requerimientos debe quedar de manifiesto en la composición de los tribunales militares. Así por ejemplo, el artículo 1º de la ley de reforma italiana de 1981 indica que:

*“El estatuto jurídico, las garantías de independencia y el escalafonamiento de los magistrados militares serán regulados por las disposiciones vigentes para los magistrados ordinarios en cuanto les sean aplicables.”*

En esa misma dirección, la reforma de la legislación penal militar española también trata de rodear a los tribunales militares de las garantías propias de una administración de justicia independiente.

En el Perú, el artículo 23º de la Ley Orgánica de Justicia Militar (Decreto Ley N° 23201) dispone que el Presidente y los Vocales de los Consejos son nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministerio del Sector pertinente, que permanecen en el cargo temporalmente (no menos de dos años)<sup>92</sup> y que por razón de necesidades urgentes del servicio, el tiempo de permanencia en el cargo puede ser reducido. En la misma dirección, el artículo 31º de la referida Ley, modificada por la Ley N° 26677, establece que el Poder Ejecutivo designará a los Jueces Instructores Permanentes.

Adicionalmente, de acuerdo al artículo 6º de la ley orgánica de Justicia Militar, modificado por la Ley N°26677, la organización y composición de la Justicia Militar no se ejerce a plenitud por verdaderos magistrados militares, sino que en ella cumplen una activa

---

90 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales en estados de emergencia (arts. 27. 2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos), Opinión Consultiva O - C 9 / 87 del 6 de octubre de 1987; OBSERVACION GENERAL N° 13, Artículo 14 (21. Período de sesiones), párr.4.

91 BOVINO Alberto, ob.cit., p. 39.

92 Según el artículo 38º de la Ley Orgánica de Justicia Militar, los Jueces Instructores Permanentes están en el ejercicio del cargo de no menos de dos años, dentro de los cuales no podrán ser removidos.

presencia los oficiales de armas y en actividad. Más aún, el artículo 347º del Código de Justicia Militar, y el inciso 6) del artículo 12º de la Ley Orgánica de Justicia Militar otorgan al Consejo Supremo de Justicia Militar la facultad para cortar procedimientos en trámite y desviar a los procesados de la jurisdicción predeterminada por la ley. De esta manera, se ven afectados el principio de independencia del tribunal, la especialidad y el conocimiento técnico, por el sometimiento a la estructura jerárquica de mando en dichos tribunales.

Esta situación produce fundados cuestionamientos. En primer lugar, los jueces militares son designados por el Poder Ejecutivo. En segundo lugar, en su calidad de oficiales en actividad, siguen estando subordinados a sus superiores y obligados a respetar la jerarquía militar establecida. En consecuencia, la manera como llevan a cabo la tarea asignada jugará un rol decisivo en sus futuros ascensos, incentivos personales, así como la asignación de servicios<sup>93</sup>. Carecen además de inamovilidad. Y finalmente, por razones de su profesión, los oficiales de armas no poseen la formación jurídica que se exige a un juez. Todo ello debilita la independencia de quienes ejercen el cargo de jueces militares.

De esta manera, se hace imprescindible para el funcionamiento de una judicatura militar garante al mismo tiempo del cumplimiento de los deberes y la disciplina militares, así como de los derechos fundamentales de las personas sujetas a su jurisdicción, que los tribunales militares estén absolutamente desligados de los mandos castrenses, tema que deberá ser abordado en una necesaria reforma.

## **b) Imparcialidad**

La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tenga opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice y, en particular, no presuman la culpabilidad del acusado. A pesar de la imparcialidad subjetiva del juez -la cual se presume mientras no se pruebe lo contrario- el requerimiento de imparcialidad exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías para eliminar cualquier duda sobre su posición observada en el proceso<sup>94</sup>. Así toma en cuenta la importancia de cómo se percibe el procedimiento judicial reiterando un principio establecido ya en la Edad Media en el derecho común inglés que dice: *"Justice must not only be done, it must be seen to be done"*. El juez militar despierta el temor de parcialidad por las condiciones objetivas en las que desarrolla su función antes descritas.

En cuanto a los civiles acusados de los delitos de traición a la patria basta recurrir a lo que señala la Comisión Interamericana a saber que los tribunales militares, compuestos por oficiales que se encuentran comprometidos en la represión de los mismos delitos que juzgan, no ofrecen suficiente garantía de imparcialidad<sup>95</sup>. Esta situación se vio agravada en tanto estuvo vigente el juzgamiento por jueces "sin rostro", como fue observado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual consideró que tal situación afectaba los principios universales que garantizan un debido proceso. Además, en lo que se refiere a las violaciones de los derechos humanos atribuidos a militares en función de servicio, por ejemplo, el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas ha reiterado en

---

93 Cf. INFORME DE LA COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL PERU, p. 73.

94 BOVINO Alberto, ob. cit., p. 39.

95 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, OEA / Ser. L / V / II. 49, doc. 19, del 11 de abril de 1980, párrafo 4, p. 245. Cf. INFORME DE LA COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES SOBRE LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA EN EL PERU, p. 68.

sucesivos informes que de acuerdo con su experiencia los tribunales militares contribuyen considerablemente a la impunidad<sup>96</sup>.

### **c) Publicidad de los procesos**

Como destaca el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su recomendación N°13 “la publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Sólo en circunstancias excepcionales los tribunales tienen la facultad de excluir a la prensa y el público de la totalidad o de parte de los juicios”<sup>97</sup>. Por ello, cuando el artículo 5° del Decreto Ley N° 25659 en concordancia con el artículo 13 f) del Decreto Ley N° 25475, señala que en caso de traición a la patria iniciado el juicio, éste se sustanciará siempre en audiencias privadas, no se encuentra conforme a los estándares internacionales.

Los tratados internacionales son precisos al señalar que los procesos penales deben ser públicos, salvo “en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (artículo 8° inciso 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos) o según el artículo 14° inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “por consideraciones de moral, orden público seguridad nacional *en una sociedad democrática*, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, *en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal*, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; *pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública*, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Cabe agregar que conforme al artículo 433° inciso 1) del Código de Justicia Militar la acción penal es pública pero la instrucción es reservada, salvo para el Fiscal, el inculpado y su defensor. Sin embargo, el Juez Instructor podrá, respecto de estos últimos, mantener en reserva temporalmente, las pruebas o piezas de autos que crea conveniente para la eficacia de su investigación. En la aplicación de una norma de esta naturaleza se ha de respetar, además, el principio de razonabilidad evitando ampliar en forma desproporcionada este tipo de reserva jurisdiccional.

De otro lado, resulta de especial importancia que la propia ciudadanía pueda hacer efectivo el derecho que le reconoce el artículo 139° inciso 20) de la Constitución para analizar las resoluciones y sentencias judiciales. Para ello, resulta razonable proponer que las resoluciones finales dictadas por la justicia militar se publiquen para que puedan ejercerse a cabalidad derechos de esta naturaleza.

### **d) Derecho al juez natural**

El derecho al juez natural pertenece a los derechos imprescindibles a un debido proceso pues trata de garantizar una adecuada administración de justicia y con tal efecto asegurar a toda persona un proceso justo<sup>98</sup>. El derecho al juez natural rechaza la posibilidad que se

---

96 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS. E / CN. 4 / 1990 / 13, párrafo 345.

97 OBSERVACION GENERAL N° 13, Artículo 14 (21. Período de sesiones), párr. 6.

98 En este sentido Cf. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Golder, 21 de febrero de 1975, Series A., N° 18., pág. 13, párr. 28, en relación al artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, el que sustancialmente comprende los mismos derechos y garantías del artículo 8 de la Convención Americana.

asigne arbitrariamente un juez o tribunal para el caso concreto, es decir, se requiere que el juez que conoce el proceso haya sido designado con anterioridad según reglas generales<sup>99</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional español:

*“el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria”, de tal modo que “el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional”<sup>100</sup>*

El artículo 347º del Código de Justicia Militar y el artículo 12º inciso 6) de la Ley Orgánica de Justicia Militar, permiten la afectación de este derecho cuando precisan que el Consejo Supremo puede trasladar los juicios militares de una zona a otra, en cualquier estado del procedimiento, a pedido de parte o de oficio, cuando a su juicio el interés general de la justicia así lo exija, por lo que convendría su revisión.

#### **e) Defensa**

Entre los derechos básicos del procesado figura evidentemente el derecho de defensa que implica según el artículo 8º inciso 2) e) de la Convención Americana y el artículo 14º inciso 3, b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el reconocimiento al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

La eficacia de la defensa exige que ésta sea técnica, es decir, prestada por un profesional en Derecho. En ese sentido, la satisfacción del derecho de defensa, así como la de los fines generales de la justicia penal militar requiere la modificación del artículo 81º de la Ley Orgánica de Justicia Militar, que permite que el defensor de los encausados sea un oficial no letrado.

Cabe anotar que el artículo 429º del Código de Justicia Militar prevé un plazo de sesenta días para la instrucción el cual puede ser prorrogado; sin embargo, tratándose de los casos en que los tribunales militares conocen del delito de traición a la patria el Juez instructor expedirá sentencia en el termino máximo de diez días (artículo 1º del Decreto Ley 25708). Además, conforme al artículo 5º del Ley Decreto N° 25659 en concordancia con el artículo 13 inciso f) del Decreto Ley N° 25475, iniciado el juicio, éste se sustanciará dentro del término máximo de cinco días naturales. La excepcional brevedad de los procesos en casos de traición a la Patria restringe la posibilidad real de preparar una defensa adecuada.

El derecho de defensa comprende el derecho a estar presente en el proceso. Los artículos 575º del Código de Justicia Militar reservan a los militares el derecho de estar presentes en el proceso. Sin embargo, este derecho fue dejado de lado por el artículo 1º del Decreto Ley N° 25728 según el cual para el juzgamiento de los delitos de terrorismo y de traición a la Patria, dada la naturaleza de éstos y el grave daño que causan al país, los

<sup>99</sup> BOVINO Alberto, ob. cit., p. 38.

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, del 14 de Marzo de 1991, sobre competencia de los tribunales militares para conocer del delito de omisión al Servicio Militar Obligatorio, fundamento Jurídico N° 2. Boletín de Jurisprudencia Constitucional N° 120, p.9. Madrid, 1991.

órganos jurisdiccionales correspondientes estaban facultados para condenar en ausencia a quienes sean responsables de la comisión de estos ilícitos penales. Esta norma afectaba gravemente el derecho de defensa, y en la actualidad se encuentra derogada.

De otro lado, el derecho de defensa también comprende el derecho de interrogar y de obtener la comparencia de los testigos como lo destaca el artículo 8º inciso 2, f) del Pacto de San José y artículo 14º inciso 3, e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos derechos, fuera de complementar la regla de la carga de prueba, tienen como objeto una defensa eficaz.

En ese sentido, el artículo 2 inciso b) del Decreto Ley Nº 25744 según el cual en la Instrucción y en el Juicio no se podrá ofrecer como testigos a quienes, por razón de su función, hayan intervenido en la elaboración del atestado policial ni a los miembros de las Fuerzas Armadas cuando lo hayan capturado y detenido, parecería que no se encuentra conforme con la vigencia del derecho de defensa.

#### **f) Recurso ante tribunal superior. Prohibición de la “*reformatio in peius*”**

Otro aspecto esencial es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia que imponga un gravamen irreparable o cuando este gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal<sup>101</sup>. Por ello, los artículos 14º del Pacto Internacional y 8º de la Convención Americana confieren a toda persona declarada culpable de un delito el derecho de recurrir del fallo y la pena que se haya impuesto a un tribunal superior. Este derecho estaría restringido por el artículo 2º del Decreto Ley Nº 25708, según el cual en los delitos de traición a la patria sólo procede el recurso de nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar cuando la pena impuesta sea la cadena perpetua o privativa de libertad de treinta (30) o más años.

De otro lado, afecta el debido proceso el hecho que el superior ante la apelación de una resolución en la cual se absolvió al acusado o se le redujo la pena, modifique tal situación y en vez de confirmar la decisión impugnada o reducir la pena, decida condenar o ampliarla. Una autorización legal que habilite la “*reformatio in peius*” afecta estos principios básicos y se viene presentando ante los tribunales militares. Esta situación se presentó, por ejemplo, cuando el Consejo Supremo de Justicia Militar incrementó la sanción al abogado de la suboficial del Servicio de Inteligencia del Ejército, Leonor La Rosa.

Esto es así por cuanto el derecho de recurrir el fallo está diseñado como un medio de defensa del encausado y no como un mecanismo de revisión *per se* de lo ya resuelto. Efectivamente, el derecho a la doble instancia perdería su sentido si al ejercerlo se corre el riesgo de una agravación de la condena. En algunos ordenamientos este principio está recogido incluso para procedimientos sancionatorios no judiciales, como en los Estados Unidos, donde la autoridad que conoce de la apelación de un castigo no judicial no puede aplicar un castigo mayor al que se impuso originalmente<sup>102</sup>. Distinto es el caso de que la otra parte también apele, en cuyo supuesto la segunda instancia podría resolver en cualquier sentido, por derivación del principio de igualdad de armas, que busca garantizar la igualdad procesal de las partes.

#### **g) *Non bis in idem*.**

101 Informe No. 24 / 92, OEA / Ser. L / V / II. 82, Doc. 20, 2 de octubre de 1992, párr. 30.

102 Programa ejecutivo de Justicia militar. Destacamento de la Escuela de Justicia Naval. Instrucción Internacional. Newport, RI, 1997, p. 10-17 y 10-18.

“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Este principio, reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8º inciso 4), busca evitar un doble proceso y por lo tanto un doble perjuicio para quienes son sometidos a la competencia de los jueces penales y son absueltos por ellos.

A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos de protección de derechos humanos, que prohíben el doble juzgamiento por los mismos delitos (por ejemplo, el artículo 14º inciso 7 Del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos), en el hemisferio americano se ha optado por la prohibición de doble juicio por los mismos hechos. De esta manera, además de proteger al procesado de una persecución penal múltiple, se castiga la imprudencia del Estado por haber sometido a una persona a un estado de aflicción innecesaria.

Este principio, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue afectado por los organismos jurisdiccionales peruanos a partir de la vigencia conjunta de los Decretos Leyes 25475 y 25659, sobre delitos de terrorismo, y “traición a la patria” (terrorismo agravado), en la medida que:

*“se refieren a conductas no estrictamente delimitadas, por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y (...) de la propia Policía.”<sup>103</sup>*

Agregó la Corte Interamericana que en el caso de la señora María Elena Loayza Tamayo, ella:

*“fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra absolución, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancia y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla. De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada (...) en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana”*

En consecuencia, se hace necesario efectuar una pronta evaluación de esta situación, máxime cuando las razones excepcionales que quizás explicaron la regulación de estos delitos actualmente viene siendo superada.

De esta manera, puede apreciarse que la vigencia de un debido proceso y de las llamadas garantías procesales ante los tribunales militares en muchos aspectos no se encuentran presentes, afectándose el estándar básico que exigen los pactos internacionales sobre derechos humanos.

Vista esta situación, está emergiendo un consenso entre instituciones internacionales de restringir drásticamente las competencias jurisdiccionales que se otorgan a los tribunales militares<sup>104</sup>, Así lo indica la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia en

---

103 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de setiembre de 1997, p. 32.

104 DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCION DE TODAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARECIONES FORZADAS, aprobada por la As. Gral. N.U., resolución 47 / 133, 18 / 12 / 92;

el artículo 6. 2 apartado e): “La competencia de los tribunales militares estará a los delitos militares cometidos por miembros de las fuerzas armadas”. En este sentido, la Comisión Interamericana ha precisado que:

*“las limitaciones derivadas de la estructura y composición de los tribunales militares, sólo pueden ser jurídicamente justificadas por la naturaleza verdaderamente excepcional de las situaciones en que estos tribunales puedan actuar: La intervención generalizada y prácticamente rutinaria de los tribunales militares de tiempo de paz en la consideración de una muy ampliada categoría de conductas, constituye, necesariamente una extralimitación de los fines para los cuales ellos son contemplados. Aún así, no sólo la existencia de situaciones excepcionales y limitadas en el tiempo y en el espacio justifican la intervención de estos tribunales; es necesario, además, que existan claras interrelaciones institucionales que permitan controlar tanto la elaboración normativa que tiende a asignarles jurisdicción como el ejercicio de las potestades de las que se encuentran investidos”<sup>105</sup>.*

#### **4.2. Proceso acusatorio y justicia militar**

Un aspecto que contribuiría al desarrollo eficiente y a la vez garantista de la justicia militar, consiste en la introducción de las técnicas del sistema acusatorio, frente a las características inquisitivas que actualmente predominan en el proceso penal militar previsto por el Código de Justicia Militar.

Como se sabe, en el sistema inquisitivo, el órgano que dirige la investigación -que está a cargo del Poder Judicial- es el mismo que dicta sentencia, lo que podría afectar la imparcialidad del juzgador. El representante del Ministerio Público fundamentalmente limita sus actuaciones a la presentación de la denuncia con la que se inicia el proceso y al sostenimiento de la acusación ante el tribunal que ha de sentenciar.

Los problemas que presenta el procedimiento inquisitivo vienen siendo resueltos en América Latina a través de la introducción de una serie de técnicas inspiradas en el llamado sistema acusatorio. Estas técnicas están diseñadas para fortalecer la imparcialidad del juzgador y equilibrar las posibilidades de defensa del procesado con los poderes que corresponden al Fiscal de la causa, en quien debe concentrarse el peso de la carga de la prueba. Todo esto permite que el juez que primeramente conoce la causa, tras evaluar los argumentos de la defensa conjuntamente con el contenido del dictamen final sea el que resuelva, realizándose de mejor manera los principios de inmediación y celeridad procesal en materia penal.

Cabe indicar que la generalidad de la doctrina reconoce que los principios de publicidad, oralidad, inmediación y mínima probanza, entre otros se encuentran mejor garantizados en un sistema que incorpora técnicas acusatorias. A través de ellas, además, la reforma del proceso penal militar podría ponerse al nivel de las reformas que se están desarrollando en el ámbito procesal penal en toda América Latina. Por ello, sería conveniente que un proceso de reforma de la justicia militar se inspire en el sistema acusatorio que introduce el Código Procesal Penal y deje de lado el procedimiento inquisitivo que ahora la informa.

---

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA DESAPARECION FORZADA DE PERSONAS, aprobada por la As. Gral. de la OEA, en Belén do Pará, Brasil, Junio de 1994.

105 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. OEA/Ser. L / V / II. 66, doc. 17, del 27 de noviembre de 1985, pp. 199 - 200.

### 4.3. Garantías constitucionales: procedencia del hábeas corpus

La Constitución vigente, de manera similar a lo dispuesto por la Carta anterior, reconoce a los procesos de hábeas corpus y amparo como instrumentos jurisdiccionales destinados a proteger los derechos constitucionales vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. El desarrollo que estas garantías han tenido en otros países, por ejemplo, en España y Colombia ha contribuido a precisar los alcances y limitaciones de la justicia militar y su concordancia con los principios y derechos constitucionales.

Las autoridades, funcionarios o personas no pueden sentirse ajenas al respeto de estos procesos, que tratan de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Sin embargo, con motivo de diversas sentencias dictadas por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declararon fundadas sendas demandas de hábeas corpus presentadas contra el Consejo Supremo de Justicia Militar a favor del General EP, en situación de retiro, Rodolfo Robles y del Capitán, en situación de retiro, Gustavo Cesti, no sólo se suscitó un debate sobre la vigencia de este proceso constitucional ante la justicia militar sino también se cuestionó la actuación de los magistrados de dicha Sala. En concreto, se discutía si procedía acudir a este proceso cuando un tribunal militar ordenaba la detención de una persona a quien constitucionalmente no podía juzgar.

Algunos sostuvieron que conceder el hábeas corpus en tales supuestos constituía no sólo un grave error jurisdiccional sino, incluso, podía configurar un delito<sup>106</sup>. No compartimos una interpretación de esta naturaleza; es más, consideramos que ella colisiona con la Constitución. En efecto, somos de la opinión que el hábeas corpus si procede en tales circunstancias.

Conforme al artículo 200° inciso 1) de la Constitución, el hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Desde esta perspectiva, el citado dispositivo comprende a “toda autoridad” incluyendo, por cierto, a los miembros de los tribunales militares. En efecto, una adecuada interpretación de la Constitución no puede permitir la existencia de “autoridades”, órganos o instituciones exentas del control jurisdiccional. Así lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al considerar que:

*“esta acción puede intentarse contra los actos de cualquier autoridad, funcionario o persona. El objeto de este artículo no es otro que el de defender los derechos fundamentales de las personas con abstracción de cualquier consideración sobre quién es el que amenaza o vulnera el derecho fundamental.*

*Ni la Convención ni la Constitución del Perú consignan excepción alguna en razón de la persona que vulnera o amenaza el derecho a la libertad individual; por lo que comprende a todos, incluso a los funcionarios militares”<sup>107</sup>*

---

<sup>106</sup> CONSEJO SU PREMO DE JUSTICIA MILITAR, “Justicia Militar. Organo Informativo del Fuero Privativo Militar”, N°1, Lima, 1997, p. 2. En el mismo sentido, PEZUA VIVANCO David, “Fuero militar: jurisdicción independiente”, diario El Sol, Lima, 23 de marzo de 1997; CHIRINOS SOTO Enrique, “Fuero civil contra fuero militar”, diario El Sol, Lima, 31 de marzo de 1997.

<sup>107</sup> COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso del Sr. Gustavo Cesti Hurtado. Informe N° 45/97. Caso N° 11,730. PERU, Aprobado por la Comisión en su sesión N° 1368 celebrada el 16 de octubre de 1997, p. 14



El cuestionamiento de una decisión jurisdiccional no cierra automáticamente la puerta al hábeas corpus, sencillamente porque aquel sí procede contra las resoluciones judiciales emanadas de un “procedimiento irregular”, conforme lo señala en forma expresa el artículo 6° inciso 2) de la Ley N° 23506, Ley de hábeas corpus y amparo, que data de 1982.

La jurisprudencia nacional ha interpretado dicha expresión entendiendo que alude a la existencia de un “debido proceso”, es decir, si una resolución judicial no ha emanado de un debido proceso procede acudir a las llamadas acciones de garantía. Así por ejemplo, la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada una demanda de hábeas corpus iniciada por Lauso Sartorelli y otro contra el 12° Juzgado Civil de Lima<sup>108</sup>; igualmente, el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de hábeas corpus contra una resolución judicial arbitraria<sup>109</sup>. En consecuencia, si se vulnera en forma manifiesta la libertad individual en un proceso judicial “irregular” o “indebido”, procede acudir al hábeas corpus.

Cabe recordar que el derecho al juez natural o derecho al juez predeterminado por la ley -reconocido por el artículo 139° inciso 3) de la Constitución y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos- que forma parte del debido proceso, puede verse afectado cuando asume competencia un juez militar sobre un supuesto delito que corresponde a la justicia civil. Así lo ha reconocido constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en diversas ocasiones, como por ejemplo en sus sentencias 75/1982, de 13 de diciembre, 11/1984, de 28 de noviembre y en la sentencia 105/1985, de 7 de octubre.

De esta manera, se puede concluir que cuando se afecta la libertad individual a través de una resolución judicial que en forma manifiesta vulnera el debido proceso -por ejemplo, el derecho al juez natural-, procede acudir al hábeas corpus. Esto es lo que sucedió en el caso del Capitán (r) Gustavo Cesti pues al ser un oficial en retiro, los tribunales militares carecían de competencia para juzgarlo y ordenar su detención. Más aún, porque el delito que se le imputaba -defraudación de una suma de dinero- es un delito común y no uno de función.

Algunos han sostenido que en estos casos el hábeas corpus no procede pues para cuestionar asuntos de competencia entre “fueros” la vía pertinente es la contienda de competencia. No es exacto. En primer lugar, pues antes de acudir al hábeas corpus no existe obligación legal -ni constitucional- de agotar instancias previas, ni siquiera de índole administrativa. Y, en segundo lugar, pues en el hábeas corpus tampoco existe obligación de que el quejoso acuda a otra vía judicial -paralela- como podría ser la contienda de competencia. De esta manera, queda claro que el acceso al hábeas corpus es libre, y la decisión de utilizarlo recae solamente en el justiciable. Así también lo entendió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

*“La alegación del Gobierno del Perú respecto a que este debate debió seguirse por otra vía procesal está en abierta contradicción con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 7 de la Convención en tanto que establece que el recurso para la determinación de la legalidad de un acto o una amenaza de la privación de la libertad personal no puede ser restringido o abolido. La interpretación que plantea el fuero*

---

<sup>108</sup> Exp. N° 0721-94, El Peruano, Lima, 10 de octubre de 1995

<sup>109</sup> Exp. N° 037-96, El Peruano, Lima, 12 de noviembre de 1996

*militar peruano y que ha sido reproducida en la respuesta del Estado del Perú es incompatible con lo señalado en el artículo 29.a de la Convención. (...)*

*La pretensión de obligar al tránsito de una contienda de competencia (...), equivale a abolir esta prescripción de la Convención, o, cuando menos, a restringirla severamente con daño para el derecho de la libertad individual, lo que obviamente es inconciliable con lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención y con el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, ya que ambas normas no hacen distinciones al respecto”<sup>110</sup>*

Cabe agregar que la finalidad del hábeas corpus no consiste en determinar la responsabilidad penal de la persona a favor de quien se interpone. A través de este proceso constitucional sólo se verifica si existe amenaza o violación de la libertad individual y, en caso que ésta se constate, disponer judicialmente se repongan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho en cuestión.

No debe interpretarse que la vigencia de la libertad individual y la eficacia de una sentencia de hábeas corpus dictada contra la orden de un tribunal militar trata de exonerar al quejoso del juzgamiento correspondiente por los presuntos delitos cometidos. Lo único que pretende es que la responsabilidad penal la determine el juez ordinario competente.

Por lo demás, el artículo 139º inciso 1) de la Constitución reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, precisando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Agrega el artículo 173º del texto constitucional que en caso de “delito de función” los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. De esta manera, los referidos dispositivos definen la competencia de los tribunales militares a partir de la noción de delito de función. Las normas citadas no se refieren en forma expresa al proceso de hábeas corpus y, evidentemente, no establecen que éste no proceda frente a las decisiones de la justicia militar.

Asimismo, tratándose del hábeas corpus carece de sustento constitucional sostener que la Corte Suprema es la instancia que debe determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente, es decir, si conocer de éste proceso le corresponde a la justicia ordinaria –en rigor, constitucional— o a la justicia militar. Sencillamente porque el hábeas corpus sólo puede ser tramitado ante el Poder Judicial y, cuando la resolución es denegatoria, ante el Tribunal Constitucional. Y es que en el ordenamiento jurídico peruano, los tribunales militares carecen de competencia para tramitar el hábeas corpus.

Adicionalmente, la experiencia comparada evidencia que la justicia militar no se encuentra ajena a la procedencia del hábeas corpus cuando en forma manifiesta se afecte la libertad individual. Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia norteamericana al precisar que:

*“las condenas de las cortes marciales militares están sujetas a la revisión colateral por los tribunales civiles federales en las peticiones de mandamientos de hábeas corpus, cuando se sostiene que la corte marcial procedió sin jurisdicción, o que fueron violados derechos constitucionales básicos, o que se han presentado*

---

<sup>110</sup> COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso del Sr. Gustavo Cesti Hurtado, pp. 14-15

*circunstancias excepcionales que son tan invalidantes que determinan una flagrante injusticia” 111.*

Por tanto, las resoluciones dictadas por los tribunales militares pueden ser cuestionadas a través del hábeas corpus: Dichos organismos no se encuentran al margen del control constitucional y, por ende, deben acatar las resoluciones de hábeas corpus. Su incumplimiento vulnera el artículo 200º inciso 1) de la Constitución, que reconoce al hábeas corpus como garantía constitucional, así como el respeto al debido proceso reconocido por el artículo 139º inciso 3) de la Constitución. En efecto, como lo indicó el Tribunal Constitucional<sup>112</sup>, “¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia?. No sería un debido proceso”. Asimismo, la inobservancia de una sentencia de hábeas corpus afecta la vigencia del principio democrático que exige que todas las instituciones estatales respeten las decisiones judiciales firmes.

Este incumplimiento, también vulnera expresas declaraciones y tratados internacionales aprobados por el Estado peruano que, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, deben ser obligatoriamente tomados en cuenta para interpretar los derechos que la Constitución reconoce. Estos instrumentos internacionales garantizan que toda persona cuente con un recurso efectivo ante los tribunales para la tutela de sus derechos. Así lo dispone el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2º inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 7º, párrafo 6) y 25º, párrafo 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De esta manera, carece de base constitucional cerrar la puerta al proceso de hábeas corpus contra aquellas resoluciones de los tribunales militares que afecten en forma manifiesta la libertad individual y el debido proceso. Por el contrario, autorizarlo en estos casos, contribuirá a acercarnos a una justicia militar respetuosa de los derechos constitucionales y comprometida con los valores democráticos.

El aporte de las garantías constitucionales al proceso de democratización de la justicia militar que se aprecia en países como España y Colombia, se enfrentó con la negativa de los tribunales militares del Perú de acatar la orden judicial de hábeas corpus y las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo en el caso del Sr. Gustavo Cesti<sup>113</sup>. En esta caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su Informe N° 45/97, aprobado el 16 de octubre de 1997 ha recomendado la inmediata ejecución de la referida resolución judicial, pues el Estado peruano ha afectado sus derechos al debido proceso y a la libertad individual.

---

111 CORWIN, Edward. “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Buenos Aires: 1987. p.158

112 Exp. N°006-97-AI/TC, Sentencia de 30 de enero de 1997, acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, El Peruano, Lima, 7 de marzo de 1997

113 La Defensoría del Pueblo a través de la Resolución Defensorial N° 012-97/DP de fecha 24 de marzo de 1997 recomendó al Consejo Supremo de Justicia Militar cumplir con la sentencia estimatoria de hábeas corpus dictada a favor del señor Gustavo Cesti.

## **V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Es necesaria la existencia de una justicia militar, pero ésta debe ser eficiente, autónoma, especializada y circunscrita a los fines que la justifican. Ello constituye una garantía para la tutela de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. En este sentido, si algo se impone perentoriamente, es precisamente realizar una reforma de la justicia militar que adecue su regulación a los principales criterios y principios que emanan del Estado de Derecho y los sistemas democráticos.

El diseño previsto por la Carta de 1993 y regulado por leyes anteriores, requiere adecuarse a las circunstancias actuales. En tal sentido, modelos como los introducidos en España e Italia, o más cercanamente, Colombia, parecen ser los que mejor responderían a una realidad como la nuestra, con una Justicia Militar de carácter permanente, autónoma y especializada: pero sometida al control, en última instancia, de la Corte Suprema, en salvaguarda del principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, del debido proceso y del derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

Para llevar a cabo un proceso de esta naturaleza no basta contar con un planteamiento jurídicamente sustentable, sino que se requiere una decidida voluntad política de parte de los actores involucrados que permita llevar adelante estos cambios. En esta dirección, el diálogo y la búsqueda del consenso entre la sociedad civil y las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales resulta un paso fundamental para avanzar en el proceso de democratización de la justicia militar en el Perú. La experiencia española, luego de la etapa franquista, demuestra como a través de los Pactos de la Moncloa pudo llegarse a producir una reforma importante en el diseño de la justicia militar.

### **1. REFORMAS CONSTITUCIONALES**

La Constitución de 1993 establece un modelo de la justicia militar que en los momentos actuales carece de justificación. De ahí que una apuesta al futuro requiera un cambio profundo. En este contexto, deberían plantearse las siguientes reformas en el texto constitucional:

a) La Justicia Militar no debe ser un órgano jurisdiccional excluido y paralelo del Poder Judicial; más bien, debe existir como una rama especializada al interior de éste, cuyos fallos sean susceptibles de ser recurridos para su revisión ante la Corte Suprema. Esto significa la necesaria modificación de los artículos 139º inciso 1) y del artículo 173º de la Constitución que consagran una “jurisdicción militar independiente” y que prácticamente impiden la casación por parte de la Corte Suprema.

b) El juzgamiento de civiles ante la Justicia Militar debe quedar totalmente excluido en tiempo de paz. En consecuencia, debería eliminarse de la competencia de la justicia militar el juzgamiento en casos de delitos de terrorismo y traición a la patria a que se refiere el artículo 173º de la Carta de 1993.

### **2. REFORMAS LEGALES**

La adecuación de la legislación vigente sobre la justicia militar a los principios y derechos constitucionales requiere de profundos cambios legales, entre los que proponemos los siguientes:

a) El fundamento para la existencia de la Justicia Militar debe responder a criterios técnicos y de especialización, por razones fundamentalmente penales que garanticen el cumplimiento eficiente de las funciones atribuidas a las instituciones castrenses, y no para el mantenimiento de órganos que obedecen a intereses de índole corporativo o de fueros personales. En consecuencia, la competencia de la Justicia Militar debe quedar circunscrita al juzgamiento de los delitos militares cometidos por personal militar en situación de actividad.

Con ello quedaría superado el clásico tríptico que define el ámbito competencial de la Justicia Militar, en razón de la materia, del sujeto y del lugar; limitándose exclusivamente al juzgamiento de los delitos militares cometidos por militares, estableciendo para efectos competenciales una indesligable concurrencia objetiva (material) y subjetiva (personal).

b) En este sentido, resultaría adecuado proponer una precisión conceptual sobre la expresión "delito de función", utilizada en la Constitución y en los demás cuerpos legales con la finalidad de restringir su aplicación. El concepto expuesto por el artículo 14º del Código Procesal Penal de 1991 responde a una definición de delito militar que resulta razonable adoptar. En congruencia con lo anterior, los delitos comunes cometidos por un militar siempre deberán ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. De esta manera, se postula una definición de delito de función sobre bases reales y no personales, en la medida que se trata de delitos especiales propios que afectan un bien jurídico público vinculado a la institución castrense.

c) En el anterior entendido, consideramos que el artículo 324º del Código de Justicia Militar que permite el juzgamiento por la justicia militar de delitos comunes, cuando agresor y víctima son militares, ha quedado derogado como consecuencia de la vigencia de la Constitución, que sólo permite el juzgamiento en casos de delitos de función.

d) No resulta de aplicación la legislación castrense al personal militar y policial en situación de retiro, así como al personal civil que labora en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; éstos últimos no son militares y por tanto la justicia militar carece de competencia para juzgarlos. Sobre esa base, pueden entenderse modificados o derogados los supuestos de extensión de la justicia militar por razón del sujeto sin importar la situación militar o la conducta realizada a que se refieren los artículos 321º, 142º, 150º, 322º inciso c) y 727º inciso f) del Código de Justicia Militar. Asimismo, aquellos que extienden la competencia de los tribunales militares por razón del lugar, interior de un cuartel por ejemplo, tales como los artículos 319 inciso b) y 326º del Código de Justicia Militar. Igualmente, debe precisarse que la única norma que la justicia castrense puede aplicar es el Código de Justicia Militar, y la aplicación supletoria del Código Penal se refiere exclusivamente a la parte general.

e) Ha de efectuarse una clara, minuciosa y taxativa regulación de los delitos e infracciones militares consignados en el Código de Justicia Militar. Debe tratarse de faltas y delitos típica y estrictamente vinculados a la función militar y a los principios disciplinarios u operativos que buscan garantizar su funcionamiento eficiente. Una noción estricta de "delito de función" exige una reestructuración integral del Código de Justicia Militar, donde deben considerarse como bienes jurídicos específicos, por ejemplo, el honor militar, la hacienda militar, la disciplina castrense, entre otros. Una revisión del actual Código evidencia que varios delitos exceden de la concepción de delito militar.

En ese mismo sentido ha de considerarse la poca pertinencia de mantener sanciones penales para conductas que no ponen en grave riesgo la existencia de los bienes jurídicos

castrenses, las mismas que caen dentro del ámbito de lo administrativo-disciplinario y no de lo penal militar. Esto sin descuidar la vigencia en sede administrativa-disciplinaria militar de los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que informan todo el ordenamiento normativo de un Estado de Derecho.

f) Los delitos contra los derechos humanos siempre deberían ser vistos por la justicia común. Hay un conjunto de delitos que están adquiriendo el status de crímenes internacionales, por vulnerar derechos fundamentales que afectan principios comunes o jus cogens reconocidos por la comunidad de naciones, como por ejemplo, los delitos de detención arbitraria, torturas, desaparición forzada o genocidio. En estos casos, los bienes jurídicos vulnerados son personalísimos; el afectado con la conducta no es, en primer término, la institución castrense, sino la persona. Aquí por consiguiente, no debe tomarse en consideración para la definición de la naturaleza jurídica del delito si el sujeto activo es militar en actividad o si cumplía órdenes o si la conducta la realizó como correlato del servicio o con ocasión de él, sino la esencialidad de la conducta perpetrada y el bien jurídico vulnerado. En este aspecto, constituye un importante avance lo dispuesto por la Ley N° 26926, que establece que los delitos de tortura, desaparición forzada y genocidio se juzgan ante el fuero común.

g) Asimismo, en resguardo del principio de legalidad consagrado en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución, se hace necesario replantear la técnica legislativa utilizada en las figuras delictivas del Código de Justicia Militar con la finalidad de establecer supuestos de hecho claros e inequívocos, evitando al mismo tiempo la remisión a otros cuerpos normativos. En este sentido, no resulta compatible con la Constitución una interpretación del artículo 744° del Código de Justicia Militar que permita la aplicación de la parte especial del Código Penal común por parte de la justicia militar. Asimismo, el artículo 2° del Código de Justicia Militar no se ajusta al sistema de fuentes diseñado en la Constitución, por lo que debe entenderse que ha sido derogado por ésta.

h) Si bien se permite un orden jurisdiccional militar, los jueces y fiscales que lo integran deben cumplir los mismos requisitos de independencia, autonomía y profesionalismo que exige la Constitución para los magistrados. Separar a los jueces militares de los mandos de cada arma es vital para una justicia independiente, así como forzar a futuro para que exista una auténtica carrera judicial militar, tecnificando a la justicia y profesionalizando a sus magistrados. Deben ser abogados y con criterios objetivos de adscripción, pudiendo o no integrar el cuerpo jurídico militar.

En esta dirección, una propuesta de avanzada ha sido la consagrada por la Corte Constitucional de Colombia, que descartó -por inconstitucional- la participación de oficiales de armas en tribunales militares, por su vinculación a la estructura operativa de mando y por falta de preparación jurídica, sosteniendo que ello atenta contra el principio de independencia e imparcialidad exigible a todo tribunal.

i) Es necesario reformular el sistema de penas regulado por el Código de Justicia Militar, a fin de adecuarlo a los principios y garantías fundamentales consagrados en la vigente Carta Magna así como del Código Penal Común de 1991. Ello posibilitaría la aplicación supletoria de la Parte General de éste último cuerpo normativo.

En general, esta consideración tiene que ver con la relación del Derecho Penal y Procesal Penal Militar con el Derecho Penal y Procesal Penal General. A nuestro entender, los aspectos generales de la justicia militar deberían adecuarse a la parte general del ordenamiento penal y procesal penal común, puesto que sus desarrollos tienen que ver

con las garantías en la aplicación de la facultad punitiva del Estado, sea cual sea su situación y con las mejores formas de ejercer esta facultad, independientemente de los fines específicos que pueden tener los tribunales especializados. Temas como la parte subjetiva y objetiva de la acción humana, las causas de justificación o de exculpación; la suspensión de la ejecución de la pena; las relaciones entre el fiscal y el juez, entre otros, deben de incorporar las instituciones que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal desarrolla. Asimismo, en materia procesal, deben incorporarse las técnicas del sistema acusatorio en el proceso penal militar, poniéndose al nivel de las reformas que se están desarrollando en América Latina. El procedimiento inquisitivo que informa predominantemente a la justicia castrense, la ausencia de publicidad y la prevalencia del sumario sobre el plenario, muestran una justicia ajena a las actuales tendencias del control penal.

j) A fin de garantizar la plena vigencia del derecho al juez natural, es necesario precisar la regulación de la contienda de competencia entre los tribunales comunes y militares, disponiéndose la suspensión del proceso hasta la resolución de la contienda, sin perjuicio de la actuación de las pruebas necesarias y urgentes para el cumplimiento de los fines del proceso.

k) Mientras se mantenga la extensión de la competencia de los tribunales militares para los delitos comunes de traición a la patria (terrorismo agravado) debe modificarse su regulación procesal, a fin de garantizar la vigencia del derecho a un debido proceso. Asimismo, deben reputarse derogadas normas que afectan principios básicos como el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, tales como el artículo 347º del Código de Justicia Militar y el artículo 12º inciso 6) de la Ley Orgánica de Justicia Militar.

l) Es menester aceptar la procedencia del hábeas corpus contra las resoluciones del Consejo de Justicia Militar, siempre que ellas violen en forma clara y manifiesta el debido proceso y el derecho a la libertad individual. El respeto de estas decisiones judiciales por parte de los tribunales militares resulta fundamental para la vigencia de las garantías constitucionales y del derecho al debido proceso, las cuales han efectuado importantes contribuciones en esta materia, tal como ha sucedido por ejemplo en España y Colombia.

ll) Finalmente, a partir de los criterios expuestos en el presente informe, resulta necesario que se elabore un nuevo Código de Justicia Militar precisando los tipos penales estrictamente militares y que diseñe un proceso penal militar que responda a las pautas del debido proceso. Asimismo, se ha de elaborar una nueva Ley Orgánica de Justicia Militar, que regule una adecuada organización de la justicia militar sobre la base de los principios que orientan la función jurisdiccional, de tal manera que se garantice un juzgamiento técnico, independiente e imparcial.

## **SEGUNDA PARTE**

### **LA JUSTICIA MILITAR EN UNA ETAPA DE TRANSICION: ANALISIS DE LOS PROYECTOS DE REFORMA<sup>114</sup>**

---

114 Informe Defensorial N° 64, Lima, marzo del 2002



## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Protagonismo y vocación expansiva de la justicia militar**

La preocupación de la Defensoría del Pueblo por el tema no es reciente. Desde el inicio de sus actividades, el funcionamiento de la justicia militar en el Perú fue objeto de atención especial por parte de nuestra institución. En efecto, durante los años recientes, la justicia militar, que durante gran parte del siglo pasado había mostrado una vocación expansiva, sufrió la exacerbación de esa tendencia, al punto que se llegó a someter a la misma a civiles por delitos comunes, como por ejemplo ocurrió con los juzgamientos en el marco del Decreto Legislativo N° 895, que regulaba los llamados delitos de “terrorismo agravado” y luego “terrorismo especial”. Ello a pesar de que la justicia militar en el Perú es un órgano de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y, por lo tanto, del Poder Ejecutivo. Es decir, es una institución especializada, que debería ser excepcional, limitada única y exclusivamente al juzgamiento de conductas que afecten bienes jurídicos castrenses<sup>115</sup>.

La indebida ampliación de la justicia militar para el juzgamiento de delitos comunes contribuyó a generar situaciones de impunidad, ya sea por motivaciones políticas o por una concepción equivocada del espíritu corporativo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, a pesar de las eventuales condenas que se imponían. En efecto, la impunidad no sólo se verifica por la ausencia de sanción, sino además por la imposición de sanciones que no corresponden con la gravedad del delito cometido o que se puedan evadir con facilidad utilizando el poder público.

Un ejemplo de ello fue el caso del oficial EP Telmo Hurtado Hurtado, uno de los principales responsables de la matanza de Accomarca (agosto 1985) que fue condenado por los tribunales militares a seis años de prisión por el delito de abuso de autoridad. Sin embargo, este oficial, subteniente en ese entonces, logró ascender hasta el grado de mayor, siendo descubierto en pleno ejercicio de funciones militares en el mes de abril de 1999 en la base militar de “El Milagro” en Bagua (Amazonas), merced a una investigación periodística. Ello evidenció que dicho oficial nunca fue separado del Ejército Peruano, a pesar de ser condenado a seis años de prisión.

Esta situación se agravó en el contexto del pasado régimen autoritario, en el que la justicia militar fue instrumentalizada para garantizar la impunidad de los miembros de las Fuerzas Armadas comprometidos en actos ilícitos por disposición de sus altos mandos, así como para hostilizar a militares en situación de retiro con opiniones críticas al gobierno.

### **2. El informe defensorial N° 6 "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú".**

En ese contexto, que generaba situaciones incompatibles con un Estado de Derecho, la Defensoría del Pueblo decidió plantear el tema de la reforma de la justicia militar. Para ello se abocó al estudio de las experiencias comparadas de organización y extensión del orden jurisdiccional militar, la naturaleza de los delitos militares y las reglas del debido proceso penal, así como de los principales problemas que el funcionamiento de la justicia militar originaba en el Perú. Todo ello con miras a proponer lineamientos para adecuar la justicia militar peruana a las exigencias de un Estado democrático constitucional. Estos

---

<sup>115</sup> Cfr. DEFENSORIA DEL PUEBLO, “Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú”, Informe Defensorial N° 6, Lima, 1998. p. 107.

lineamientos de reforma incidieron tanto en el nivel constitucional como en el legal de las mismas, y fueron difundidos en el informe mencionado, el mismo que fue puesto en conocimiento de la opinión pública, así como de los responsables en los institutos armados.

### **3. El marco constitucional a reformar.**

Como se señaló en el referido informe defensorial, el tratamiento constitucional de la Justicia Militar en el Perú dista mucho de ser el adecuado. Se altera expresamente el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, al colocar a los tribunales castrenses adscritos a la estructura orgánica y el control sustantivo del Poder Ejecutivo, ajenos al régimen jurídico propio de la función de control judicial, caracterizado por las garantías de independencia e imparcialidad de los jueces. En efecto, actualmente no se habilitan medios impugnatorios frente a los fallos finales de la Justicia Militar y se permite el juzgamiento ante ésta de civiles, incluso en tiempo de paz y tratándose de algunos delitos comunes, como el terrorismo y la llamada “traición a patria”, convertida legalmente en una forma de terrorismo agravado. En ese sentido, se propuso que:

- a) La Justicia Militar no debe ser un cuerpo jurisdiccional excluido y paralelo del Poder Judicial; sino que debe existir como una rama especializada al interior de éste, cuyos fallos sean susceptibles de ser recurridos para su revisión ante la Corte Suprema. Esto significa la necesaria modificación de los artículos 139º inciso 1) y del artículo 173º de la Constitución que consagran una “jurisdicción militar independiente”.
- b) El juzgamiento de civiles ante la Justicia Militar debe quedar totalmente excluido del ordenamiento jurídico. En consecuencia, debería eliminarse de la competencia de la justicia militar el juzgamiento en casos de delitos de terrorismo y traición a la patria a que se refiere el artículo 173º de la Carta de 1993.

### **4. Proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y del Código de Justicia Militar.**

En el marco de la transición a un régimen democrático, el 1º de julio del 2001 el Ministerio de Defensa publicó en el diario oficial “El Peruano” sendas propuestas de reforma de la normatividad que regula la organización de la justicia militar, los delitos y faltas militares y sus correspondientes penas; así como los procesos penal-militares. La separata especial donde se publicaron las propuestas de reforma de la Ley Orgánica de la Justicia Militar (LOJM) y el Código de Justicia Militar (CJM) indicaba que se trataba de recoger sugerencias y comentarios de la ciudadanía. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo realizó algunas observaciones, en ejercicio de sus funciones de promoción y protección de derechos humanos y de la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal.

El 25 de julio del año 2001, a tres días de concluir el gobierno de transición presidido por el doctor Valentín Paniagua, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República sus propuestas de LOJM y CJM, manteniendo la estructura de los documentos publicados, incorporando algunas sugerencias y desestimando otras. Así, la propuesta de LOJM ingresó como proyecto de Ley N° 1966/2000-CR, mientras que la propuesta de CJM fue numerada como proyecto de Ley N° 1967/2000-CR. Ambos proyectos fueron archivados el día siguiente, al concluir la legislatura correspondiente al periodo parlamentario del gobierno de transición. Ya instalada la nueva representación congresal, el 12 de octubre

del año 2001, el congresista Marciano Rengifo Ruíz, presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno e Inteligencia del Congreso, solicitó al Presidente del Congreso la actualización del trámite de dichos proyectos. De este modo, el Proyecto de Ley N° 1966/2000-CR se convirtió en el Proyecto de Ley N° 1107/2001-CR, mientras que el Proyecto de Ley N° 1967/2000-CR en el Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR.

Posteriormente, tras una presentación de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, estos entregaron otra copia de la propuesta del Ejecutivo a la Comisión de Justicia del Congreso. Su presidente, el congresista Daniel Estrada, dispuso su trámite como proyecto de ley y se les asignaron los números 1203/2001-CR y 1204/2001-CR. Cabe resaltar que de la revisión de los mismos puede concluirse que a pesar de las diferencias de numeración, los proyectos presentados por los congresistas Rengifo y Estrada son, en términos generales, las mismas propuestas de Ley Orgánica de Justicia Militar y Código de Justicia Militar, reelaborados por el Ministerio de Defensa a partir de las sugerencias u observaciones recibidas luego de las publicaciones del 1º de julio del 2001.

Partiendo de estas consideraciones, y teniendo en cuenta que tenemos un nuevo contexto institucional, más favorable a un diálogo abierto para la mejora del orden jurídico militar, el presente informe busca revisar los principales aspectos a tomar en cuenta por una propuesta de reforma, así como realizar puntuales propuestas en el marco de la búsqueda de consensos sociales que incluyan a civiles y militares.

## **5. El Informe presentado por la Comisión para la reestructuración integral de las Fuerzas Armadas**

El Presidente de la República designó un Grupo de Trabajo encargado de estudiar y formular recomendaciones para la reestructuración integral de las Fuerzas Armadas dentro del proceso de modernización del Estado. El referido grupo elaboró un informe que fue aprobado mediante Resolución Suprema N° 038 DE/SG publicada el 9 de marzo del 2002.

Una de sus recomendaciones incidía en el ámbito de la justicia militar. En ése sentido, sostiene el informe que:

"La justicia militar debe integrarse al Poder Judicial. La existencia de un fuero especial para los militares implica la posibilidad de brindarles un trato distinto al resto de peruano, lo que resulta contrario a los principios democráticos. En este mismo orden de ideas es necesario excluir a la Policía Nacional de la justicia militar. (...) En todo caso señalar que los fallos de la justicia militar podrá ser materia de recurso de casación ante la Corte Suprema de la República".

De esta manera, se aprecia un significativo cambio respecto a propuestas anteriormente planteadas. Se busca con ello garantizar la existencia de una justicia militar respetuosa de los principios y valores democráticos.

## **II. NATURALEZA DE LA JUSTICIA MILITAR**

### **1. Estructura administrativa para el ejercicio de una función jurisdiccional**

La actual configuración legal de la justicia militar, conforme está desarrollada en el Decreto Ley 23201, modificado por la Ley 26677 del 24 de octubre de 1996 permite afirmar que se trata, pese a las funciones de tipo jurisdiccional que se le atribuyen, de un orden estructurado en el seno del Poder Ejecutivo y con características organizativas propias de un cuerpo administrativo. En efecto sus tribunales se definen como “*organismos de los Institutos Armados*” (artículo I del Título Preliminar) dependientes del Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM), al que todos los demás órganos se encontrarían subordinados. Al respecto, conviene recordar que las Fuerzas Armadas son órganos de ejecución del Ministerio de Defensa<sup>116</sup>, integrante del Poder Ejecutivo. Esta configuración se mantuvo en la propuesta de ley Orgánica de la Justicia Militar publicada por el Ministerio de Defensa, que en gran parte reproducía los contenidos de la ley vigente, aunque con importantes modificaciones.

En efecto, afectando los principios de independencia de los jueces que deberían regir la organización de la jurisdicción, se establece que “*los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional son tribunales permanentes jerárquicamente subordinados al CSJM*” (artículo 15º, reproducido en el artículo 17º de la propuesta publicada). Es decir, actualmente no son autónomos en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, recayendo la responsabilidad por la impartición de justicia militar casi exclusivamente en el CSJM. De esta manera se explican los numerosos supuestos en que éste habrá de revisar de oficio los fallos de los Consejos de Guerra o de sus similares para la Policía Nacional (incisos 7,9,10,13 y 14 del artículo 25º<sup>117</sup>), que a su vez tendrán que revisar, en consulta, todas las sentencias que dicten los jueces instructores (inciso 7 del artículo 39º<sup>118</sup>).

Sin embargo, cabe destacar que en el proyecto de LOJM presentado luego de recogidas las sugerencias de la ciudadanía<sup>119</sup>, se busca perfilar a la justicia militar con mayor autonomía de los institutos armados, lo que se refleja en la redacción de la propuesta de artículo I del Título Preliminar, que señala que “*Los tribunales de justicia militar son organismos autónomos establecidos de conformidad con el inciso 1º del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, para el ejercicio de la función jurisdiccional, respecto de delitos y faltas comprendidas dentro del Código de Justicia Militar. Dicha jurisdicción comprende, en conjunto, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*”

Incluso, esta búsqueda por darle un perfil más cercano al de un auténtico orden jurisdiccional se expresa en la modificación en primer lugar de la denominación “Consejos de Guerra” por “Consejos Superiores de Justicia Militar”; y en segundo lugar, de la redacción del artículo 17º del proyecto de LOJM, donde se cambia la mención a la subordinación jerárquica de dichos consejos al Consejo Supremo de Justicia Militar, pasándose a señalar que tienen autonomía funcional y son sólo dependientes administrativamente de éste.

---

<sup>116</sup> Artículo 6º del Decreto Legislativo N° 434, modificado por el Decreto Legislativo N° 743, Ley del Sistema de Defensa Nacional.

<sup>117</sup> Normas similares se reproducen en los incisos 9, 10, 13 y 15 del artículo 21º de los proyectos, sin contar los casos de elevación por disenso con el auditor.

<sup>118</sup> Inciso 7 del artículo 35º del proyecto.

<sup>119</sup> En la medida que los proyectos presentados luego de haber recogido las sugerencias ciudadanas, mantienen en gran parte la redacción de los proyectos publicados, en adelante sólo se hará la distinción correspondiente cuando se presenten diferencias de redacción en el articulado.

Sin embargo, estas declaraciones de principio no se corresponden con cambios en el articulado arriba citado referido a las relaciones jurisdiccionales de los juzgados con los consejos, y de estos con el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Asimismo, los principios de jerarquía y subordinación que definirían la justicia militar se expresan en las nuevas regulaciones proyectadas, como por ejemplo, la “De los visitadores” (título VII del proyecto), es decir, vocales a designar por el CSJM para “*el control, verificación y evaluación del adecuado cumplimiento de las funciones jurisdiccionales por parte de los integrantes de la Justicia Militar*” (artículo 89º del proyecto de LOJM). Cabe indicar que en el proyecto, la función de estos vocales visitadores es distinta a la del órgano de control administrativo. Como se sabe, en la medida en que el ejercicio de funciones jurisdiccionales requiere de garantías para la independencia de quienes las ejercen, estos no pueden estar sometidos a controles jerárquicos respecto de dichas funciones. De manera que si bien el propósito de un régimen de visitas como mecanismo de control por parte del Consejo Supremo de Justicia Militar, busca optimizar la impartición de justicia militar, lo consigue a costa de confirmar una estructura jerarquizada propia de un órgano administrativo, antes que jurisdiccional.

Esta configuración más cercana a la de un cuerpo administrativo que a la de un orden jurisdiccional, se destaca al verificarse que entre los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción en cada nivel de la judicatura se encuentra la posesión de determinados grados militares, los mismos que también son relevantes para la definición de la instancia de inicio de las causas. Así, el CSJM, integrado sólo por oficiales generales y almirantes en situación de actividad, conoce originariamente de los delitos cometidos por coroneles, capitanes de navío y oficiales generales o almirantes, configurándose así un fuero personal (inciso 10 del artículo 12º de la LOJM, reproducido en el inciso 10 del artículo 14º del proyecto). Evidentemente, normas como estas tienen sentido en un cuerpo muy jerarquizado, donde los grados que se ocupan pesan en todas las relaciones internas de la institución, a diferencia de lo que ocurre en la justicia común, donde cada juez, desde un juez de paz hasta la Corte Suprema tienen la misma potestad, en su materia respectiva, sobre todas las personas, con independencia de su cargo o posición social.

Finalmente, cabe referirse al nombramiento de los integrantes de la justicia militar. Conforme la ley vigente, el de los Consejos Superiores o de Guerra se realiza por resolución suprema refrendada por el ministro del sector (artículo 23º). El proyecto mantiene esta disposición, agregando que el nombramiento será a propuesta del presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar (artículo 19º). Asimismo, se explicita que también los integrantes de éste se nombran por resolución suprema (artículo 8º), a propuesta de los ministros de Defensa e Interior.

No obstante, cabe destacar que en el ánimo de acentuar los rasgos de autonomía de la justicia militar, la propuesta publicada indicaba que este nombramiento se haría con opinión favorable del presidente de la Corte Suprema, mientras que la versión posterior indica que con opinión favorable del presidente del Consejo Nacional de la Magistratura. Aunque en todos los casos, se indica que los jueces militares serán nombrados por el Poder Ejecutivo, sin precisar el órgano.

## **2. Naturaleza disciplinaria - garantista de la justicia militar**

La configuración según principios de jerarquía y subordinación propios del funcionamiento de los institutos armados, se explicaría en los fines de los jueces y tribunales militares, “*encargados de mantener en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional la moralidad, el*

*orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por ley*" (artículo II del título preliminar del proyecto de LOJM, que parte de lo normado en su símil de la ley todavía vigente). Es decir, estamos claramente ante una institución con fines disciplinarios, aunque de cierto modo separada de las cadenas de mando operativo.

En efecto, a pesar de que el artículo I del título preliminar de la LOJM declara a los tribunales de la justicia militar como parte de las FFAA, el artículo III indica que *"la justicia militar es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa"* aunque sí *"de los organismos judiciales de mayor jerarquía"*. Esto se repite en el proyecto presentado, por lo que puede entenderse que sus fines no son sólo disciplinarios, sino garantistas al interior de los institutos armados. Es decir, puede notarse tanto en la ley vigente como en el proyecto, una preocupación por la autonomía de la justicia militar respecto de los mandos militares, aunque en la práctica su ubicación en las Fuerzas Armadas haya hecho estéril esta preocupación. En cualquier caso, la justicia militar en un Estado de Derecho debe responder a la búsqueda de garantizar a los miembros de las FFAA procesos sancionatorios acordes con los principios de un debido proceso.

Es decir, puede afirmarse que actualmente la justicia militar cumple una doble finalidad: de un lado corregir mediante sanciones los comportamientos que afectan el orden, la moral o la disciplina necesarias para el correcto funcionamiento de las FFAA y la PNP. De otro, asegurar que la imposición de las respectivas sanciones se aplique efectivamente cuando corresponda, garantizándose el derecho de defensa de los encausados. Precisamente, la aplicación de la ley ante conflictos que requieren una alta especialización técnica es uno de los motivos por los que no resulta extraño a los ordenamientos jurídicos contemporáneos la existencia de tribunales especializados al interior del Poder Ejecutivo, en diversas materias.

En efecto, refiriéndose a ellos, dice el profesor Santamaría Pastor que *"la existencia de estos órganos responde a causas variadas, de las que deben resaltarse dos: primera, la necesidad de reforzar la observancia del principio de imparcialidad, confiando la toma de decisiones (o su preparación) en asuntos conflictivos a órganos específicos y mayoritariamente compuestos por funcionarios (o profesionales ajenos a la administración, en algún caso), y extrayéndolos de la competencia de los órganos gestores. Y segunda, la necesidad de conocimientos técnicos especializados para la valoración de las peticiones o posturas enfrentadas."*<sup>120</sup> Sin embargo, como bien apuntan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández refiriéndose a los tribunales económico-administrativos, *"los referidos tribunales son, pues, órganos administrativos en sentido estricto, si bien especializados (...), lo cual les dota de una cierta independencia en la medida en que no están insertos en la organización administrativa a través de vínculos jerárquicos. La inexistencia de vínculos de ese tipo y la especialización de su función, resultado de su separación de órganos gestores, ha facilitado, sin duda, la acusada "jurisdiccionalización" del procedimiento, pero ni esta intensificación de los moldes procesales, ni la denominación de tribunales que tradicionalmente se da a estos órganos, autoriza a calificar(los) como una verdadera jurisdicción"*<sup>121</sup>.

Sin embargo, a pesar de que los tribunales y jueces militares se estructuran en el Perú

---

<sup>120</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991; p. 1056.

<sup>121</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1999; tII, p. 537.

cómo los mencionados tribunales administrativos, en el interior del Poder Ejecutivo, en nuestro país se les reconoce a sus resoluciones calidad de cosa juzgada, no pudiéndose revisar en otra sede, salvo en el caso de afectaciones al debido proceso a través de procesos de amparo o hábeas corpus o tratándose de la aplicación de la pena de muerte en vía de casación ante la Corte Suprema conforme lo señala el artículo 173º de la Constitución. Esto genera un grave problema en su funcionamiento.

### 3. Déficit de imparcialidad para la imposición de penas privativas de libertad

Si bien el *ius puniendi* o potestad punitiva del Estado es único, existe una diferencia sustancial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. En el primero el Estado afecta bienes básicos de los individuos, como la libertad personal y las libertades conexas, es decir, aquéllos que están en la base del funcionamiento del sistema. Por eso es que la aplicación del Derecho Penal en un Estado de Derecho se ciñe a principios como el de *última ratio* (sólo debe aplicarse cuando todos los demás mecanismos del sistema han fallado) y el de *mínima intervención* (debe usarse sólo en la medida en que sea estrictamente necesario), los cuales están rodeados de garantías, las mismas que pueden relajarse en la aplicación de sanciones administrativas. Entre estas garantías están las de independencia e imparcialidad de los juzgadores.

En ese contexto, puede verse que la justicia militar en el Perú tal como está configurada, aun cuando ofrece mayores garantías que la estructura de mandos o la de los sistemas de control de personal militar, para la realización de procedimientos sancionatorios militares, no cumple con los estándares organizativos necesarios para la aplicación de penas privativas de la libertad. En efecto, su organización jerárquica y su adscripción al Poder Ejecutivo, al configurar a los tribunales y jueces militares como si fueran órganos administrativos, afectan su imparcialidad para el juzgamiento de ciertas conductas de extrema gravedad.

Esto se puso claramente de manifiesto cuando, por efecto de las normas especiales que se dieron en el marco de la lucha antiterrorista, se les otorgó competencias para juzgar los actos de terrorismo agravado, denominado “traición a la Patria” en el Decreto Ley N° 25659. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que: “*En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador*”<sup>122</sup>. En base a este argumento, la Corte consideró afectada la garantía al tribunal imparcial prevista en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Similar argumentación ya había sido desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia, en sentencias citadas en el informe defensorial Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú.

De esta forma, puede verse cómo si bien el tener tribunales relativamente separados de las instancias de gestión les permite actuar con relativa independencia de los mandos, esta no es lo suficiente como para permitir la toma de decisiones sobre la libertad de una persona, al margen de su condición civil o militar. En efecto, estas decisiones, dada su extrema gravedad, requieren, de un lado, un estricto apego a la legalidad, y de otro, la más amplia independencia posible de criterio de los juzgadores, lo que no se produce cuando éstos se encuentran subordinados a otras instancias.

---

<sup>122</sup> Caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 130. Similar criterio fue reiterado en el Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, párrafo 114.

Por ello, en la justicia común de un Estado de Derecho, cada juez, en sí mismo considerado, goza de garantías de independencia e imparcialidad como las dispuestas en el artículo 152º de la Constitución peruana, garantías de que no disponen los jueces militares. Es más, los jueces militares instructores y los de los consejos se hallan subordinados a sus instancias superiores. Cabe señalar que, dados los mecanismos de revisión mencionados líneas arriba, buena parte de la función jurisdiccional se concentra en el Consejo Supremo de Justicia Militar. Sin embargo, éste en principio hace únicamente un control formal de legalidad de las sentencias y procedimientos de instancias inferiores, como se desprende de los artículos 642º y 643º del Código de Justicia Militar (reproducidos en los artículos 651º y 652º del proyecto)<sup>123</sup>, por lo que la decisión sobre los hechos queda en ellas. Y en los casos en que el CSJM revisa hechos, nos encontramos ante otro problema, también de gravedad: la ausencia de intermediación entre el procesado y su caso, y la instancia decisoria.

Por ende, una reforma de la justicia militar debe suprimir la posibilidad de que tribunales ubicados y nombrados en el Poder Ejecutivo, y sin garantías de independencia e imparcialidad como las previstas en el artículo 146º de la Constitución, puedan imponer penas privativas de la libertad, como actualmente ocurre. En esa dirección, las conductas que al afectar la institucionalidad castrense también afecten gravemente al conjunto de la institucionalidad social, y por lo tanto, sean susceptibles de tipificarse como delitos sancionados con penas limitativas de derechos fundamentales, deberían ser juzgadas por jueces o tribunales que, especializados en lo penal-militar, estén adscritos al orden jurisdiccional común, o, alternativamente, gocen de un régimen institucional con las mismas garantías de imparcialidad que los jueces comunes, como se desarrollará más adelante.

### **III. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR**

#### **1. Delimitación del delito de función**

Como ya se indicó en el informe defensorial *Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú*, es alrededor de la definición del delito militar, llamado delito de función por el texto constitucional peruano (artículo 173º), que se organiza la justicia militar. Es precisamente su protección la que da sentido a la organización de jueces y tribunales. En ese sentido, resultan destacables las modificaciones propuestas por los proyectos presentados, en los que se precisan los alcances de la justicia militar. En efecto, según el artículo IV del Título Preliminar del proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar *“El Fuero Privativo Militar es un ámbito jurisdiccional específico y exclusivo para juzgar los delitos de función militares a que se refiere el Artículo 173º de la Constitución Política”*. Asimismo, el artículo siguiente señala las características de los delitos de función militares. Así, según los proyectos de ley, que sobre este punto contienen precisiones importantes respecto de la versión publicada,

*“Los delitos de función militares son aquéllos estrictamente vinculados a la función castrense y están circunscritos exclusivamente a los hechos previstos y penados en el Código de Justicia Militar.*

---

<sup>123</sup> Causales de revocación o de nulidad de la sentencia.



*Las características esenciales que configuran un delito de función militar son las siguientes:*

- *Que sea cometido por personal militar o policial en situación de actividad.*
- *Que el delito se haya cometido en acto del servicio.*
- *Que el bien o valor jurídico vulnerado sea propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.*
- *Que el agraviado no sea civil, salvo el caso de delitos culposos.”*

Completando la definición, en el artículo VII del TP del proyecto de LOJM se precisa que:

*“las disposiciones del CJM no son de aplicación al personal militar y policial en situación de retiro, salvo que las infracciones cometidas se hubieren producido cuando se encontraban en la situación de actividad o disponibilidad. De igual manera no son de aplicación a los civiles, con excepción de lo establecido por el artículo 173º de la Constitución Política.”*

De esta manera, a partir de tales desarrollos, puede concluirse que, salvo por la excepción del artículo 173º del texto constitucional, estamos a punto de ver definitivamente suprimida la posibilidad de que civiles o militares ajenos a la situación de actividad puedan ser encausados por la justicia militar, como ocurrió en diversas ocasiones en la década pasada. Ello permitiría superar varios problemas causados por la legislación y prácticas de la justicia militar en años anteriores.

Así por ejemplo, en los proyectos de CJM se suprime el criterio en razón del lugar, regulado en los actuales artículos 319º inciso b) y 326º del Código de Justicia Militar, e incorporado, con modificaciones, en la versión publicada, en sus artículos 328º inciso b) y 332º. Cabe indicar que de esta manera se sigue la recomendación expuesta en el informe defensorial sobre “Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú”, donde se indicaba que *“si tenemos en cuenta que la existencia de la justicia militar sólo se justifica en base a un criterio material, es decir la comisión de delitos de función, se puede concluir que el lugar en que se realicen esas funciones no es relevante ni para calificar las conductas ni para el mantenimiento de dichos valores, por lo que creemos que el criterio de lugar debería suprimirse.”*

## **2. Delitos contra los derechos humanos**

Por otro lado, se despeja la vía para suprimir la posibilidad de que la justicia militar pueda juzgar delitos que afecten derechos humanos, tema en el que también ha habido pronunciamientos expresos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en el caso Durand y Ugarte, en el que señaló que:

*“(los militares) hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no”<sup>124</sup>.*

En esa dirección, en el inciso b) del artículo 330º de la propuesta publicada (artículo 331º en la versión corregida y presentada en el Congreso), se establece que la justicia militar

<sup>124</sup> Caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto del 2000, párrafo 118.

tampoco será competente para juzgar militares “cuando el delito implique torturas, desaparición forzada de personas, genocidio y homicidio calificado en agravio de militares o civiles”, recogiendo así la redacción de la Ley N° 26926, que incorporaba los delitos contra la humanidad en el Código Penal. En efecto, en estos casos el afectado con la conducta no es, en primer término, la institución castrense, sino la persona, siendo los bienes jurídicos vulnerados personalísimos. Precisamente por ello, sería más adecuado a la Constitución y a la CADH, que se disponga que en general, los delitos que atenten contra los derechos humanos quedan fuera de la competencia de la justicia militar, pudiendo hacerse una enumeración como la realizada; pero de carácter abierto. De esta manera se evitarían los conflictos en caso de cometerse delitos distintos a los señalados, como por ejemplo, detenciones arbitrarias, que en las actuales circunstancias podrían encontrar tipos penal-militares en las que también se encuadren (siguiendo el ejemplo, puede revisarse el inciso 1 del artículo 193° de la propuesta de CJM, que tipifica como abuso de autoridad el “privar a cualquiera indebidamente de su libertad personal”).

### **3. Limitación de la extensión en razón de los sujetos**

La definición de delito de función militar propuesta se confirma en el Título Segundo de las disposiciones generales del libro segundo de los proyectos de Código de Justicia Militar, donde se desarrolla “a quienes se extiende la justicia militar”. De ese modo, en la propuesta de artículo 329° de los proyectos presentados en el Congreso, se indica que:

*“Por razón del delito, la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas contra los militares en situación de actividad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y a cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas taxativamente en este Código.”*

Es decir, se limita la competencia de la justicia militar al personal militar y policial en actividad. Cabe indicar que esta redacción supone una mejora sustancial respecto del texto publicado el 1 de julio. En efecto, dicha versión extendía esa competencia a los miembros de las FFAA y de la PNP en situación de disponibilidad, lo que resultaba incongruente con la noción misma de delito de función, dado que esta situación implica el estar separado, temporalmente de las funciones policiales o militares. Asimismo, dicha versión del proyecto extendía la competencia de la justicia militar a las infracciones cometidas como consecuencia o con ocasión del servicio, en una fórmula amplia, lo que abría la posibilidad a interpretaciones incongruentes con la Constitución y el ordenamiento internacional.

Sin embargo, aun así esto suponía un importante avance respecto del texto vigente, que no hace mención alguna a las características de los delitos de su competencia, limitándose a extenderla ciegamente sobre los miembros de las fuerzas armadas. Es más, el inciso c) del artículo 322° del Código de Justicia Militar asimila inconstitucionalmente a la condición de militares al personal civil que labora en los institutos armados y policiales.

En efecto, a pesar de que la Constitución de 1993 derogó dicho inciso al restringir la justicia militar a los delitos de función cometidos por militares (salvo en el caso de terrorismo y traición a la Patria) aun se presentan casos en que la justicia militar ha pretendido juzgar a civiles, como ocurrió recientemente en Piura, en el caso de los señores Marco Aurelio Garrido Gibaja y Wilfredo Nizama Taboada, cajero y contador civiles, respectivamente, de la Comandancia de la Primera Región Militar del Ejército Peruano, sobre el que el juez militar sustituto respectivo abrió un proceso, llegando incluso

a disponer su reclusión<sup>125</sup>. Asimismo, el 27 de mayo de 1997 el Consejo de Guerra Permanente de Zona Judicial de la Fuerza Aérea abrió instrucción contra el ingeniero José Miguel Manco Pisconti, ex – director regional del SENAMHI. Hasta el momento, a pesar de tratarse de un funcionario civil que por lo tanto, no podía cometer delitos militares, se encuentra en calidad de procesado por la justicia militar, si bien el Consejo Supremo de Justicia Militar ya ha remitido la causa al juzgado militar permanente de la zona judicial de la FAP, con la opinión del auditor general y del fiscal general en el sentido de que se suspenda el proceso y se decline jurisdicción a favor del fuero común.

#### **4. Revisión de la competencia de la justicia militar sobre los miembros de la Policía Nacional**

Un tema pendiente de revisión en las propuestas de reforma, es la sujeción de los miembros de la Policía Nacional a la competencia de la justicia militar. En efecto, a pesar de que las funciones castrenses y las policiales tienen diferencias sustanciales, en cuanto sus objetivos y medios son sumamente distintos, en el Perú todavía la justicia militar es competente para el juzgamiento de miembros de la Policía Nacional.

Cabe indicar que la distinta naturaleza de las situaciones que tienen que afrontar de un lado las Fuerzas Armadas y de otro, las organizaciones policiales, lleva a una diferente organización, con sus correspondientes culturas organizativas, todo lo cual debería traducirse en distinciones en cuanto a sus regímenes disciplinarios y sancionadores. Sólo para anotar una distinción, a modo de ejemplo, en las organizaciones policiales cuanto menor es el rango del funcionario, mayor es su grado de discrecionalidad cotidiana, a la inversa de lo que ocurre en las Fuerzas Armadas tradicionalmente estructuradas: el policía en la calle tiene mucho mayor margen de decisión frente a las múltiples situaciones que se le presentan diariamente, que los mandos habitualmente destacados en oficinas. Estas diferencias en la cultura organizativa se acrecientan tratándose de cuerpos especializados en investigación.

En el Perú, estas consideraciones se verían reforzadas en el marco del proceso de reestructuración policial en curso, el mismo que plantea, entre otros importantes aspectos, la desmilitarización de la Policía Nacional, enfatizando su condición de agencia pública prestadora de servicios públicos de seguridad a la población, garante cotidiana de derechos individuales y colectivos. De esta manera, la propia definición del delito militar haría quedar a los miembros de la Policía Nacional fuera de la competencia de la justicia castrense, lo que hace indispensable la discusión de este aspecto en el marco tanto de la reforma policial, como la de la justicia militar.

#### **5. Confirmación del carácter atrayente de la justicia común**

En concordancia con las precisiones planteadas respecto de la competencia de la justicia militar, los proyectos presentados contienen algunas reformas en las reglas para resolver conflictos de competencia, que confirman el carácter excepcional de la justicia militar. De esta manera, se establece que cuando civiles son partícipes de delitos militares (el caso del *extraneus*), la justicia militar no será competente para conocer las causas seguidas

---

<sup>125</sup> Instrucción 11002–2001-0068, abierta por el Teniente Coronel César Augusto Yactayo Felipa, juez sustituto de la Primera Región del Ejército, contra quien se interpusieron sendos hábeas corpus, declarados fundados por la Sala Penal y el Quinto Juzgado Penal de la Corte Superior de Piura en junio del presente año.

contra los militares involucrados, conforme al inciso a) del artículo 330° del proyecto de CJM publicado y al inciso a) del artículo 331° de la versión posterior de dicho proyecto.

Esto se confirmaba en el artículo 350° del proyecto publicado, que resolvía adecuadamente la afectación al principio de igualdad implícita en el artículo 341° del actual CJM, por el cual ante la comisión de un mismo hecho por militares y civiles, los primeros serían juzgados por la justicia militar y los segundos, por la justicia común. Es decir, un mismo hecho sería juzgado de forma sustancialmente distinta según la ocupación del autor, en contravención de principios básicos del Estado de Derecho (en todo caso, la ocupación podría ser causa de atenuantes o agravantes, más no de la aplicación de fueros personales). En cambio, en el artículo mencionado se propone que los casos de coautoría civil-militar de un delito, conocerá del mismo la justicia común. Esta misma solución sería la aplicable cuando se cometa un hecho constitutivo de delitos comunes y militares, conforme al artículo 351° de la propuesta publicada.

Sin embargo, en este tema las versiones presentadas en el Congreso optan por una fórmula mixta, reconociendo el carácter atrayente de la justicia común cuando *“exista concierto”* entre militares y civiles; pero manteniendo la duplicidad de jurisdicciones en los demás casos. La aplicación del artículo respectivo requiere interpretar que el *“concierto”* se refiere a la participación en calidad de coautor. No obstante que esta interpretación permite una aplicación de la ley conforme a la Constitución, la doble regulación propuesta dificulta la interpretación del artículo siguiente, referido al concurso ideal de delitos, que indica que *“cuando se ejecute un solo hecho constitutivo de dos o más delitos de que deban conocer jurisdicciones distintas, se procederá en la misma forma que la señalada en el artículo anterior”*.

Incluso, el proyecto precisa que en caso de duda acerca de la competencia, ésta se determinará según a quien le corresponda juzgar el delito con la pena más grave, y de ser iguales, la preferencia en el juzgamiento le correspondería a tribunales comunes (artículo 352°). La aplicación de esta norma debe tener en cuenta además los amplios márgenes de las penas militares.

No obstante, el carácter atrayente de la justicia común no llega a realizarse a plenitud, manteniéndose la norma por la cual *“si una infracción estuviese comprendida en este código (CJM) y en el común, conocerá de la causa la justicia militar si ésta se encuentra expedita conforme a las reglas sobre jurisdicción y competencia contenidas en este Código”* (artículo 340° del vigente Código de Justicia Militar y 348° de la propuesta publicada, mantenido en los proyectos presentados en el Congreso). En consecuencia, al momento de la evaluación correspondiente, habrá que atender a si la presunta infracción puede tipificarse como un delito militar, conforme a la definición del mismo. Es decir, para que la justicia militar sea competente no basta la tipificación del hecho en el Código de Justicia Militar, sino que este hecho debe estar *“estrictamente vinculado a la función castrense”*, es decir, militar. De esta manera, la regulación propuesta podría ocasionar la disminución radical de las contiendas de competencia, e incluso su desaparición si se interpreta adecuadamente, extrayéndole todos sus alcances, la definición propuesta de delito militar en cuanto *“estrictamente vinculados a la función castrense”*.

De modo que afectaciones a bienes jurídicos comunes a todo el Estado, como el patrimonio militar o la vida y la salud humana, no serían de competencia de la justicia militar, aun si estuvieran señaladas como delitos en el Código de Justicia Militar. Lo que exige su depuración del CJM y de sus proyectos de modificación.

## 6. Supresión de artículos de extensión indebida de la competencia

Debe destacarse también la propuesta de modificación de los artículos relativos a las faltas, que al suprimir las llamadas “faltas contra el espíritu militar” (inciso i del artículo 727º del CJM vigente), elimina una inconstitucional ampliación de la competencia de la justicia militar a personas retiradas de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, resulta saludable la supresión de los artículos por los que se pretendía extender la competencia de la justicia militar a los delitos comunes, como el artículo 324º del CJM, que regulaba los casos en que el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito eran militares, en los cuales se pretendía hacer competente a la justicia militar aun cuando la infracción hubiera sido común. Si bien este artículo debería entenderse derogado por la Constitución, no siempre fue asumido así por la justicia militar.

En suma, al definirse el delito militar como un delito especial propio, que sólo puede ser cometido por personal policial o militar en actividad o en disponibilidad, la regulación de la justicia militar se hace conforme a la Constitución, en lo referido a sus alcances subjetivos.

## 7. Adecuación al ordenamiento interamericano

De esta manera, nuestro ordenamiento se adecuaría a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de reconocimiento del derecho al juez natural. En efecto, en el párrafo 128 de la sentencia en el caso Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana se había pronunciado en ese sentido:

*“La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En este sentido se definía en la propia legislación peruana (artículo 282 de la Constitución Política de 1979). El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.”<sup>126</sup>*

Poco después, en otro caso donde el Estado peruano era parte la Corte Interamericana confirmó que:

*“(…) en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas*

---

<sup>126</sup> Caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 128. Esta mismo criterio fue reiterado en el Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrafo 112.

*militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*<sup>127</sup>.

A nuestro entender, de esta interpretación de la Corte se desprende un mandato a los Estados Parte de la Convención para que modifiquen aquellas disposiciones internas que permiten el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares. Excepciones como la gravedad de los delitos o el respeto pleno del debido proceso ante estas instancias, no aparecen para la Corte como justificaciones de una opción diferente.

## **IV. LOS DELITOS Y LAS PENAS MILITARES**

### **1. Subsistencia de delitos comunes bajo la competencia de la justicia militar**

Como ya se indicó, la definición de los delitos de función militares hecha en los proyectos de LOJM y CJM, traen una muy importante novedad respecto a la legislación vigente, al vincularlos estrictamente a la función castrense. De esta manera se acoge el criterio expuesto en el informe sobre "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú", en el sentido de considerar a los delitos militares como delitos especiales propios. Es decir, delitos que por su propia naturaleza sólo los puede cometer una persona que se desempeña como un militar en actividad. En consecuencia, no podrán tipificarse como delitos militares aquéllas conductas que no sean propias de la actividad militar.

Sin embargo, en los proyectos de Código de Justicia Militar no se extraen todas las consecuencias derivadas de esta definición. Así, los delitos contra el patrimonio y contra la fe pública (secciones VIII y IX, respectivamente, a partir de la propuesta de artículo 288º), incluyendo los delitos contra la administración de justicia (artículo 311º y siguientes), si bien pueden afectar las condiciones de operación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, no están estrictamente vinculados a la función castrense.

En efecto, delitos de disposición indebida de objetos del Estado, malversación, fraude, encubrimiento, falsificación de documentos, y los tipificados contra el deber y la dignidad de la función, entre otros, pueden ser cometidos tanto por militares como por civiles, lo que evidencia que no encuadran en una definición referida a lo "estrictamente castrense", y por lo tanto, resultan contradictorios con el artículo 173º de la Constitución, que restringe la competencia de la justicia militar a los delitos de función, a los de terrorismo y traición a la Patria. Asimismo resultarían contradictorios con las definiciones de delitos militares de los artículos respectivos de los proyectos de LOJM y CJM. Así por ejemplo, no se cumpliría la condición exigida en el inciso c) del proyecto de artículo 330º, que indica "*Que el bien o valor jurídico vulnerado sea propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*". Cabe precisar que el término "propio" debe entenderse como "exclusivo" en su naturaleza. De otro modo, no tendría sentido especificar tal condición.

En consecuencia, una reforma de la regulación de la justicia militar en el Perú que sea consecuente con sus propios postulados, debe llevar a una exhaustiva revisión de los delitos tipificados en el actual Código de Justicia Militar y en los proyectos respectivos, de

---

<sup>127</sup> Caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto del 2000, párrafo 117. Este criterio fue reiterado en el caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, párrafo 113.

modo que sólo sean juzgados por los tribunales militares los “*estrictamente vinculados a la función castrense.*”

## **2. Mantenimiento de algunos delitos contra los derechos humanos bajo la competencia de la justicia militar**

El inciso b) del artículo 330º de la propuesta publicada de CJM, reproducido en el inciso b) del artículo 331º de los proyectos de ley actualizados en el Congreso supone un importante avance al ratificar la exclusión de la competencia de la justicia militar para los delitos que impliquen torturas, desaparición forzada de personas, genocidio y homicidio calificado. Sin embargo, aun se mantienen artículos que podrían generar innecesarias contiendas de competencia, en especial al regular supuestos del abuso de autoridad (artículos 192º y siguientes) como el infligir maltratos, golpes o ultrajes (inciso 2 del artículo 192º); la privación de la libertad personal (inciso 1 del artículo 193º) o la comisión de vejámenes (inciso 7 del artículo 193º de la propuesta). O cuando en varios tipos se considera la muerte como resultado (artículos 304º o 198º).

Se hace necesario entonces, su modificación o supresión, en el marco de la exclusión general de la competencia de la justicia militar de las conductas que afecten derechos humanos, de modo que estos delitos puedan ser juzgados por la justicia común. En ese sentido, debe saludarse la supresión de la imposición de tormentos (inciso 1 del artículo 192º) como causal de abuso de autoridad.

Esto sin perjuicio de considerar que la sanción de ilícitos de cualquier tipo, incluso los militares, si es que implican penas privativas de la libertad, requiere de jueces con las garantías de independencia e imparcialidad que actualmente no poseen los jueces y tribunales militares, configurados, como ya se indicó de manera muy similar a la de unos tribunales administrativos.

## **3. Necesidad de revisar la permanencia de ciertos delitos militares**

Asimismo, aun asumiendo que la justicia militar tal como está diseñada pueda conocer de delitos en tiempos de paz, distintos a las infracciones disciplinarias, cabe preguntarse por la pertinencia de imponer sanciones penales a delitos como el abandono de destino por personal reenganchado, o la desertión simple cometidos por quienes prestan el servicio militar voluntario (artículos 233º y 236º de los proyectos), fuera de situaciones de conflicto armado.

En efecto, reconociendo que estas conductas del personal de tropa generan serios perjuicios a la institucionalidad militar, debe tenerse en cuenta que en el marco de un servicio militar voluntario se relativiza el reproche que sus responsables merecen. Más aun cuando no tiene sentido exigir la permanencia en una institución militar de una persona que tiene un deseo tan fuerte de retirarse de las Fuerzas Armadas, que está dispuesto a cometer lo que hoy se tipifica como un delito.

En ese sentido, y conforme a los principios de intervención mínima y fragmentariedad del Derecho Penal, que lo llevan a ser considerado como una *ultima ratio* en el Estado de Derecho, consideramos que una sanción penal sería excesiva para la magnitud de la conducta, en la medida en que ésta se cometa por personal de tropa. Asimismo, debe recordarse que el fin de la pena es la resocialización del sancionado, conforme al inciso

22) del artículo 139º de la Constitución, lo que difícilmente se conseguiría con una pena de prisión militar.

Por el contrario, una sanción proporcional sería una multa que permita cubrir el costo de reposición del personal desertor, con suspensión de derechos políticos como el de acceder a funciones públicas en cualquier nivel del Estado, mientras no cumpla con la pena de multa. O, alternativamente, con una pena restrictiva de la libertad, como la prestación de servicios comunitarios, por ejemplo. Lamentablemente, si bien la regulación del sistema de penas propuesta supone importantes avances respecto al modelo vigente, no contempla estas modalidades, así como no se contemplan otras instituciones propias de la parte general de los ordenamientos penales contemporáneos.

#### **4. Sistema de penas**

##### **4.1. Supresión de penas anacrónicas**

Otra de las novedades de las propuestas es la supresión de las penas de penitenciaría, internamiento y reclusión militar, debido a su evidente anacronismo. En efecto, conforme a los proyectos objeto de análisis, las sanciones que afectan el núcleo central de los derechos fundamentales serán únicamente las penas de muerte y de prisión, así como las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos y civiles. De esta manera se facilita, además, la aplicación de los criterios generales para la aplicación de penas previstos en el artículo 46º del Código Penal, norma a la que el artículo 743º de la propuesta ocasionalmente podría remitir.

De otro lado, resulta saludable que en cuanto a las penas accesorias se haya modificado la regulación de la inhabilitación perpetua, limitándola a la prohibición de prestación de servicios en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Sin embargo, a juzgar la redacción del artículo 81º de la propuesta de CJM, persiste la posibilidad de que las penas accesorias persistan cuando la principal se haya extinguido, lo que resulta contrario a una lógica moderna, donde lo accesorio sigue a lo principal.

##### **4.2. Persistencia de indeterminación en las penas, afectándose los principios de estricta legalidad y de la ley penal**

A pesar de la supresión de las penas anacrónicas, persiste una gran indeterminación en la regulación de la pena de prisión, lo que contraviene el principio de estricta legalidad, que informa todo el Derecho Penal. En efecto, puede notarse que no se indica un rango de aplicación de la pena, señalándose únicamente el máximo o el mínimo de pena. Curiosamente, en varios delitos, configurados para bienes jurídicos de diverso tipo, las penas giran alrededor de los 10 años de prisión (cf. artículos 297º: hurto, 293º y 290º: malversación, 259º: autorización de suministro de víveres o medicamentos en mal estado o adulterados, 135º: intento de ataque a centinela o fuerza armada, 124º: motín, 122º tercer párrafo: sedición atenuada, 115º: rebelión, 112: apología de ultraje a la Nación y a sus símbolos, 111º: ofensas a la PNP o a las FFAA, 110º: ultraje a la Nación y a sus símbolos representativos y 104º: delitos contra el derecho humanitario, entre otros).

##### **4.3. Afectación del principio de proporcionalidad**

Lo descrito origina situaciones de clara desproporción, como puede verse al comparar la sanción para el menosprecio público de los héroes consagrados (artículo 110º), con la



rebelión (inciso b del artículo 115<sup>o</sup>), el empleo de “violencias innecesarias” (inciso 9 del artículo 192<sup>o</sup> en concordancia con el artículo 195<sup>o</sup>), o el retar a duelo a un inferior de la justicia militar, todas estas conductas sancionadas con una pena de prisión no mayor de 10 años. Es más, en un mismo artículo pueden encontrarse incisos con sanciones similares para conductas que suponen afectaciones de valor claramente distinto, como ocurre con la ofensa de palabra a un parlamentario (inciso 7 del artículo 107<sup>o</sup>), penado con prisión no mayor de 10 años, al igual que el ataque sin necesidad alguna a hospitales, asilos, templos (inciso 2) o el saquear a los habitantes en el marco de una guerra (inciso 4 del mismo artículo 107<sup>o</sup>).

En ese contexto de indeterminación de la pena conminada, la eliminación de la *reformatio in peius* se hacía imprescindible, como oportunamente se propone en el artículo 634<sup>o</sup> de los proyectos de CJM. Esto además facilitará el ejercicio del derecho a la doble instancia, expresión del derecho fundamental a la defensa.

Cabe indicar que en general, puede notarse que el sistema de delitos y penas del Código de Justicia Militar, tanto en la versión vigente como en las propuestas está diseñado en gran parte en función de situaciones de guerra convencional. A partir de esta consideración es posible reafirmar lo considerado al comienzo de este análisis, en el sentido de que en tiempo de paz la justicia militar debería estar restringida a la sanción de infracciones disciplinarias propias de las funciones castrenses, a menos que su estructura cambie radicalmente y se rodee de las garantías propias de toda judicatura moderna, y por lo tanto, estructurada a partir del principio de separación de poderes.

En todo caso, puede observarse que la sección primera de los proyectos de CJM si bien incorpora varios principios básicos del Derecho Penal, como los referidos a la lesividad, prohibición de analogía, y proporcionalidad de la pena, aun mantiene criterios ya superados, como suponer genéricamente la responsabilidad por culpa o negligencia (algo que sí es admisible en sede administrativa – disciplinaria), confundir la tentativa con un desistimiento voluntario (que por lo tanto, no debería estar penado, a diferencia de aquélla), o considerar la reincidencia para la determinación de la pena<sup>128</sup>.

Asimismo, de la revisión de la sección primera del CJM puede concluirse que al regularse en la parte general del Código Penal las normas de aplicación e interpretación del sistema de delitos y penas, como por ejemplo, las normas de extinción de la acción penal, de la rehabilitación, de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, etc., se generan duplicidades cuando un ordenamiento especial vuelve a regularlos, como ocurre actualmente con el CJM y sus proyectos de reforma. En ese sentido, una propuesta de reforma integral debería considerar el asumir dicha parte general como aplicable directamente al juzgamiento de delitos militares, pudiéndose mantener aquéllas normas específicas de la justicia militar, como las penas de arresto, separación del servicio o expulsión de los institutos armados.

## **V. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR**

### **1. Deficiencias en las garantías de independencia e imparcialidad en el diseño**

---

<sup>128</sup> HUERTA Miguel, Los delitos en el proyecto de Código de Justicia Militar. EN: Debate sobre reforma de la Justicia Militar en el Perú. Separata de la revista *Ideele* N° 141, octubre del 2001, p. 10 y ss.

## vigente de la justicia militar.

En todo sistema u organismo, el diseño orgánico, que incluye aspectos estáticos u orgánicos como la estructura de la entidad, y dinámicos o funcionales, como los mecanismos de incorporaciones y ceses de los miembros, debe ser funcional a los fines de la entidad. En el caso de los organismos jurisdiccionales, se trata de garantizar la administración de justicia de forma oportuna y confiable, para lo cual son indispensables de un lado, una adecuada distribución de los órganos jurisdiccionales, y de otro, la independencia de los mismos.

Precisamente, en cuanto a las formas a través de las cuales se puede garantizar la independencia de la judicatura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que *"uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución"*<sup>129</sup>. Asimismo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, ha señalado que *"la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas"*<sup>130</sup>.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha llamado la atención sobre las dificultades para que la garantía del tribunal independiente sea respetada por los tribunales militares, debido a su conformación. Específicamente, al analizar el caso Castillo Petruzzi, la Corte afirmó que:

*"(...) de conformidad con (las normas sobre la justicia militar) el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares"*<sup>131</sup>.

A nuestro parecer, desarrollado en el informe sobre Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú, mantener la actual composición de las instancias de la justicia militar, no se condice con la Constitución, en cuanto ésta exige para el ejercicio de la función jurisdiccional garantías de independencia, autonomía y profesionalismo, de difícil cumplimiento por funcionarios integrados a la carrera militar. Esta exigencia se hace más patente cuando se trata de juzgar conductas cuyo combate se encarga precisamente a las Fuerzas Armadas, como ocurre actualmente con ciertas formas de terrorismo.

Así lo entendió, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, que descartó –por inconstitucional– la participación de oficiales de armas en tribunales militares, por su vinculación a la estructura operativa de mando y por falta de preparación jurídica, sosteniendo que ello atentaba contra el principio de independencia e imparcialidad exigible a todo tribunal. En efecto, según este razonamiento, aplicado al juzgamiento de delincuentes subversivos, si las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos, se mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. En

<sup>129</sup> Caso Tribunal Constitucional, sentencia del 31 de enero del 2001, párrafo 73.

<sup>130</sup> Caso Tribunal Constitucional, sentencia del 31 de enero del 2001, párrafo 75.

<sup>131</sup> Caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 130.

ese sentido, debería derogarse el Decreto Ley 25659, que tipificó el mal llamado delito de “traición a la Patria” (terrorismo agravado).

Por tanto, separar a los jueces militares de los mandos de cada arma es vital para una justicia independiente, debiéndose adoptar las decisiones que permitan la existencia de una auténtica carrera judicial militar, tecnificando a la justicia y profesionalizando a sus magistrados, los mismos que deben ser abogados y con criterios objetivos de adscripción, pudiendo o no integrar el cuerpo jurídico militar.

## **2. Composición de los tribunales militares**

### **2.1. Jueces y consejos subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar**

El proyecto mantiene la composición definida en la Ley N° 26677: actualmente el Consejo Supremo de Justicia Militar tiene competencia nacional y está integrado por diez (10) Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad: ocho vocales, un Fiscal General y un Auditor General. La reforma a Ley Orgánica de Justicia Militar dispuesta por la Ley N°26677 ha establecido que de los ocho vocales, tres deben pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar; asimismo, el Fiscal y el Auditor General son miembros de dicho Cuerpo. Este último es un asesor legal del Consejo que tiene voz pero no puede votar en los asuntos jurisdiccionales (artículo 71° de la LOJM vigente, reproducido en el artículo 68° del proyecto más reciente).

Por su parte, los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia de las Fuerzas Policiales, denominados oportunamente Consejos Superiores de Justicia Militar en los proyectos presentados en el Congreso, se componen de tres vocales, uno de los cuales pertenece al Cuerpo Jurídico Militar. Asimismo, cuentan con un Auditor y un Fiscal del referido Cuerpo Jurídico (artículo 22°, modificado por la Ley N° 26677, artículo 17° de los proyectos en el Congreso).

De otro lado, los Jueces Instructores son los encargados de llevar a cabo la investigación judicial; pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar y pueden ser Permanentes o Sustitutos. Tienen capacidad de fallo en los procesos por delitos contra el patrimonio, delitos que afecten el servicio militar, delitos que afecten la disciplina de los Institutos Armados, delitos contra la fe pública y procedimientos por faltas (artículo 39° de la LOJM, modificado por la Ley N° 26677).

En los proyectos revisados se indica simplemente que “*tendrán capacidad de fallo en las causas sumarias*”, lo que lleva a la revisión de las normas respectivas de los proyectos de CJM. Así, puede verse que en el proyecto publicado se dispone, en su artículo 700°, que serán juzgados en procesos sumarios los mismos delitos considerados en la legislación vigente, más los delitos contra el patrimonio. Mientras que en los proyectos modificados posteriormente se establece que únicamente serán resueltos por jueces instructores los delitos que afecten la disciplina y el servicio militar. Sin embargo, esta capacidad de resolución, aun por estos delitos, es relativizada en el inciso 15) del artículo 21° del proyecto de LOJM, que le encarga a los Consejos Superiores la revisión de “*las sentencias de los jueces militares expedidas en las causas seguidas por delitos sumarios*”, además de las normales apelaciones de dichos fallos.

Es más, tal como se indicó en el primer punto del presente análisis, esta subordinación de todos los órganos de la justicia militar a su Consejo Supremo, el que además de revisar la

mayoría de las decisiones jurisdiccionales, determina los ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de los demás funcionarios de la justicia militar, la configuran como un organismo administrativo antes que jurisdiccional. Por otro lado, esta estructura jerárquica, donde la mayoría de las decisiones finales requieren de un pronunciamiento del CSJM, podría afectar la celeridad de éste para resolver las causas que lleguen a su conocimiento, o la calidad de sus resoluciones.

## **2.2. Selección política de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar**

La dependencia del Ejecutivo de la justicia militar se ratifica cuando se constata que de conformidad con la actual Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

Por ello, es de apreciar la propuesta presentada en el artículo 8º del proyecto de LOJM, que indica que *“los miembros del CSJM serán nombrados por el Presidente Constitucional de la República a propuesta de los ministros de Defensa y del Interior luego de un proceso de evaluación conjunta realizado y con opinión favorable del presidente del Consejo Nacional de la Magistratura.”* Reconociendo la importancia de involucrar al Consejo Nacional de la Magistratura en la selección de los miembros de la más alta instancia de la justicia militar, consideramos que la propuesta mejoraría si la opinión favorable que se exige sea del pleno del Consejo, o en todo caso, de un comisión del mismo, y no sólo de su presidente.

En todo caso, al independizarse el CSJM de los mandos militares, se garantizaría mejor la imparcialidad de su función, aunque siga siendo un tribunal administrativo dependiente políticamente de los ministros de Defensa y del Interior. Precisamente, esta configuración sienta las bases para un nuevo modelo de justicia administrativa, pudiéndose estudiar la reconducción de las sanciones disciplinarias de pase a disponibilidad o a retiro a la justicia militar, y así mejorar el ejercicio del *ius puniendi* en las administraciones militares o policiales. Al respecto, cabe indicar que la Defensoría del Pueblo ha recibido quejas por la imposición de sanciones como las mencionadas en un número tal que permite pensar en que el sistema disciplinario podría mejorarse. Y una justicia militar diseñada como se propone, podría jugar un importante papel en dicho proceso.

## **2.3. El Ministerio Público de la justicia militar**

A diferencia del modelo de Ministerio Público perfilado en los artículos 158º a 160º de la Constitución, configurado como un órgano constitucional autónomo, que tiene, conforme a los incisos 4) y 5) del artículo 159º, la dirección jurídico funcional de la investigación de los delitos desde su inicio, así como el ejercicio de la acción penal, el regulado tanto en el actual ordenamiento sancionatorio militar como en los propuestas de reforma, no tiene autonomía, sino que es parte de la justicia militar.

En efecto, entre los artículos 68º a 73º, de los proyectos de LOJM, si bien se le otorga al Ministerio Público de la justicia militar funciones investigativas, persecutorias y requirientes, similares al Ministerio Público constitucional, en el segundo párrafo del artículo 68º se establece *“que los fiscales integrarán los tribunales a que pertenecen con las mismas prerrogativas de sus demás miembros”*. Asimismo, como bien repara Roberto Pereira:

*”se señala que los fiscales tienen voz y voto en las deliberaciones de carácter administrativo de los tribunales, lo cual no hace otra cosa que confirmar su pertenencia orgánica a los mismos. Con ello se marca una clara diferencia con la opción constitucional, que separa funcional y orgánicamente las labores de investigación, persecución de los delitos y requerimiento judicial, de las labores propiamente jurisdiccionales o de juzgamiento, excluyendo la posibilidad de concentrarlas en un solo órgano”.*<sup>132</sup>

En la exposición de motivos del proyecto, se intenta justificar esta fórmula argumentando una “inviabilidad práctica” que no se explica, así como implicancias económicas que traería consigo cumplir con la Constitución y las garantías de la administración de justicia militar, al crear un órgano autónomo.

Por lo demás, la propuesta mantiene las deficiencias del vigente ordenamiento procesal penal común, en el sentido de no apostar claramente por un modelo acusatorio, donde quien investigue esté separado de quien juzga, de manera que éste, valga la redundancia, no prejuzgue de acuerdo con su propia investigación. En efecto, la exigencia de imparcialidad requiere una distancia especial entre quien juzga y el acto juzgado. Por ello, debe destacarse como un avance del proyecto la ya mencionada restricción de procesos sumarios.

### **3. Relaciones con la justicia común**

En este punto, las propuestas mantienen el esquema vigente, donde una vez definida la competencia de la justicia militar, no hay posibilidades de revisión de los casos por la justicia común, salvo el caso de imposición de la pena de muerte mencionado en el artículo 173 de la Constitución, en el que la Corte Suprema de Justicia de la República conoce en casación de la causa, y los casos del artículo 4º de la Ley Orgánica de Justicia Militar, reproducidos en las propuestas, en los que a la Corte Suprema le corresponde:

- Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre los tribunales militares y los comunes.
- Pronunciarse en los pedidos de extradición formulados por los tribunales militares
- Conocer originariamente en los procesos de competencia de la justicia militar seguidos contra el Presidente de la República, ministros y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, entre otros altos funcionarios.

A nuestro juicio, en un ordenamiento donde las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encuentran subordinadas al poder constitucional, como se desprende de la forma republicana de gobierno y se explicita en el artículo 169º de la Constitución, lo razonable es que la Corte Suprema mantenga su supremacía incluso para los miembros de dichas instituciones. De manera que si se acepta la propuesta de reformar la justicia militar de modo que en tiempo de paz se refuerce su naturaleza de organismo encargado de la justicia disciplinaria, la Corte Suprema podría actuar como tribunal de revisión, como última instancia para los casos que haya terminado de conocer la justicia militar.

Asimismo, manteniéndose el esquema vigente de una justicia militar especializada en lo penal militar, debería admitirse que la Corte Suprema, eventualmente, mediante una sala en lo penal militar como la mencionada líneas arriba, actúe como instancia de revisión para todos los delitos juzgados por jueces o tribunales militares, en resguardo de la

<sup>132</sup> Las propuestas de reforma a la justicia militar. EN: Anuario de Derecho Penal, Lima, 2002.

aplicación e interpretación uniforme del ordenamiento jurídico en general y del que concierne al debido proceso en especial. Cabe indicar que ante la objeción presentada, en el sentido de que habría que esperar una reforma constitucional para hacer viable esta propuesta, dado que la Constitución sólo establece la casación en caso de pena de muerte, debe considerarse que actualmente la propia LOJM vigente señala hasta cuatro casos distintos del mencionado en el texto constitucional como supuestos de revisión por la Corte Suprema.

En efecto, las leyes pueden desarrollar la Constitución más allá de su texto, en la medida en que no vayan contra el mismo o contra los principios que le dan sentido. Y en materia de justicia militar, si bien está reconocida como un orden jurisdiccional independiente del Poder Judicial, puede aceptarse una regulación donde la Corte Suprema sea considerada parte de la justicia militar, como ocurre actualmente y cómo se propone, de acuerdo a los artículos 1º tanto de la LOJM vigente como de los proyectos presentados.

#### **4. Control y apoyo administrativo**

Una particularidad de la propuesta es la precisión de instancias de control, como los ya mencionados “vocales visitadores” y la Inspectoría General de la Justicia Militar, en materia administrativa. Asimismo, se prevén una serie de órganos que estructuran un aparato administrativo moderno al interior de la judicatura militar. Sin embargo, es necesario precisar que un orden jurisdiccional moderno los órganos de control administrativo no pueden interferir con la función jurisdiccional, la misma que radica en cada uno de los jueces. Lamentablemente, esto no se desprende de la redacción de las funciones de los “vocales visitadores” propuestos, lo que debería modificarse en el proceso de reforma.

Entre estos órganos destaca el Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar, previsto desde la Ley Nº 26677. Al respecto, debe considerarse que en el contexto de una reforma que tienda a integrar la justicia militar con el sistema de justicia común, reconociendo la especialidad de los delitos militares, este centro debería relacionarse con la Academia de la Magistratura, ya sea como parte del Poder Judicial o del Consejo Nacional de la Magistratura, de manera que se realicen los mencionados criterios de profesionalismo sin la generación de compartimentos estancos en el sistema de justicia estatal.

De otro lado, la revisión del aparato administrativo de apoyo debería ser aprovechada para corregir disposiciones manifiestamente ilegales, como la difundida mediante la circular Nº 4-P-CSJM-99, del 4 de octubre de 1999, que contraviniendo el principio de gratuidad de la administración de justicia, recogido para la justicia militar en el artículo 307º del CJM y confirmado en el artículo 316º de la propuesta, dispone el cobro de S/. 1 000, 00 (mil nuevos soles) por la interposición de un recurso extraordinario de revisión. Disposiciones como ésta restringen el acceso a la justicia de una forma inadmisibles en un Estado de Derecho, de manera que propuestas de reforma como la planteada deben garantizar mecanismos para corregir estas situaciones y evitar que en el futuro se repitan.

## **VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1. La Defensoría del Pueblo comparte las preocupaciones del Congreso de la República y del Ministerio de Defensa en la modernización de la justicia militar en el Perú, y en ese sentido, comparte la idea de iniciar un proceso de reforma integral de la misma. Este proceso debe conducir a la elaboración de un diseño constitucional y

legal de la justicia militar adecuado a los principios que rigen un moderno Estado de Derecho, así como funcional a la actual situación de nuestras instituciones castrenses y policiales.

2. En ese sentido, y en la misma dirección planteada en el Informe Defensorial N° 6 "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú", consideramos que propuestas como las revisadas no pueden plantearse al margen de la discusión de una reforma constitucional a la regulación de la justicia militar, que de un lado confirme la unidad de la función jurisdiccional del Estado, y de otro excluya completamente a los civiles de la competencia de jueces y tribunales militares. Esto a su vez implicaría la derogación del Decreto Ley N° 25659, sobre el procesamiento de los delitos llamados de "traición a la Patria".
3. Teniendo en cuenta el criterio de confirmar la unidad de la función jurisdiccional del Estado, una reforma constitucional debería modificar los artículos 141° y 173° del texto constitucional, de modo que se despeje el camino para que la Corte Suprema pueda conocer, en última instancia o en casación, de casos iniciados ante jueces o cortes especializados en lo militar.
4. De otro lado, y considerando la distinta naturaleza de las instituciones militares respecto de las policiales, también en el marco de una reforma constitucional debería sustraerse de la competencia de la justicia militar a los miembros de la Policía Nacional, tal como lo ha propuesto la Comisión para la reestructuración integral de las fuerzas armadas, y teniendo en cuenta el proceso de reestructuración que se ha iniciado respecto de la Policía Nacional del Perú.
5. Por otra parte, la reforma constitucional debe contemplar el cambio ya operado en nuestro sistema de servicio militar, que ha dejado atrás el servicio militar obligatorio, de modo que la mención al mismo en el artículo 173° del actual texto constitucional carece de sentido, por lo que debería suprimirse.
6. De la revisión tanto de la legislación vigente como de las propuestas de reforma puede verse que el diseño de la justicia militar corresponde a una estructura con fines principalmente disciplinarios, lo que en parte se refleja en su estructura. En efecto, ésta no se corresponde con las facultades de tipo jurisdiccional que se le atribuyen, menos aún con las de imponer penas privativas de la libertad, facultades que deben estar rodeadas de mayores garantías orgánicas, como un sistema de nombramientos que asegure su independencia del Ejecutivo. En ese sentido, se recomienda, por motivos de eficacia funcional y de eficiencia interna, que en un sistema con nombramientos independientes, se independicen a las cortes superiores y a los jueces militares del Consejo Supremo de Justicia Militar, que actualmente centraliza gran parte de las causas de las que conoce la justicia militar.
7. Entre las más importantes innovaciones que los proyectos revisados presentan, destaca la definición propuesta del tipo de delito que definirá la competencia de la justicia militar: el delito de función militar, *estrictamente vinculado a la función castrense*. Por lo tanto, la comisión de este delito sólo podrán realizarla funcionarios militares en situación de actividad y en acto de servicio, y afectando únicamente bienes jurídicos militares.
8. Por ende, quedaría definitivamente suprimida la posibilidad de que militares o policías en situación de disponibilidad o retiro sean juzgados por la justicia militar, así

como que lo sean civiles que trabajan en los organismos del sistema de defensa nacional. Asimismo, queda descartada la posibilidad de que la justicia militar juzgue delitos que afecten bienes jurídicos comunes, entre ellos, delitos que afecten derechos humanos. Esto hace casi imposibles las contiendas de competencia.

9. Sin embargo, aquélla definición no es suficientemente desarrollada al momento de describir los delitos, de manera que se mantienen tipos relacionados con bienes jurídicos comunes, como la libertad personal (inciso 1 del artículo 193º de los proyectos de CJM), el patrimonio estatal, la fe pública y la administración de justicia (artículos 288º y siguientes de los proyectos de CJM). De manera que una reforma legislativa que pretenda modernizar la justicia militar y ser internamente coherente debe conllevar la revisión exhaustiva de los delitos militares, de forma que sólo queden los *estrictamente vinculados a la función castrense* tal como adecuadamente lo propone el proyecto de Ley Orgánica de la Justicia Militar.
10. Asimismo, debería revisarse la conveniencia de mantener como delitos sancionados con penas privativas de la libertad, conductas como las tipificadas como deserción simple o el abandono de destino de personal reenganchado (artículos 233º y 236º de los proyectos de CJM), en tiempo de paz y teniendo en cuenta el marco de un servicio militar voluntario, así como los principios de resocialización de la pena y de mínima intervención del Derecho Penal.
11. Una revisión detallada; pero en conjunto de los delitos militares, permite concluir que la mayoría de aquéllos se encuentran diseñados para un contexto de guerra, lo que resulta congruente con la naturaleza de la función castrense. De los demás, tenemos por un lado a delitos que realmente configurarían ilícitos comunes al no estar estrictamente vinculados a funciones militares, y de otro lado, a infracciones que por su menor gravedad merecerían sanciones de índole disciplinaria. Sin embargo, consideramos correcto que órganos como los de la justicia militar sigan conociéndolos, en la medida en que ésta goza de una mayor distancia con los hechos que los mandos, lo que garantizaría de una mayor imparcialidad. En ese sentido, las sanciones administrativas más graves, como la separación o la suspensión del servicio (pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria) deberían quedar reservadas a dichos órganos especializados.
12. En todo caso, se hace imprescindible seguir revisando el sistema de penas propuesto en los proyectos, considerando como un importante avance la supresión de penas anacrónicas como las de penitenciaría, internamiento y reclusión militar. Siguiendo el tenor modernizador de la propuesta, y considerando que sólo un cuerpo de jueces y tribunales con garantías de independencia e imparcialidad debería imponer penas privativas de la libertad, es necesario precisar los rangos de extensión de las penas y adecuarlos según la gravedad de los bienes jurídicos que se pretende proteger, de forma que se corrijan las desproporciones actualmente existentes, así como las presentes en los proyectos.
13. En ese sentido, para la Defensoría del Pueblo lo más apropiado sería asumir la parte general del Código Penal como directamente aplicable al juzgamiento de los delitos militares, manteniéndose las penas específicas del ordenamiento penal militar, como las de arresto, separación del servicio o expulsión de los institutos armados. Y aun cuando se insista en mantener una parte general en el Código de Justicia Militar, debería estudiarse la inclusión de otro tipo de penas, como las restrictivas de derechos.



14. En cuanto a los aspectos orgánicos de la justicia militar, debe reiterarse que separar a los jueces militares de los mandos de cada arma es vital para una justicia independiente, así como la tecnificación de la justicia y la profesionalización de sus magistrados, los mismos que deben ser abogados y con criterios objetivos de adscripción. Todo esto en la línea de dotar a la justicia militar de las garantías de independencia e imparcialidad imprescindibles para el juzgamiento de conductas que podrían estar afectando gravemente el orden social. En esa misma línea, debe insistirse en la integración del orden penal militar en el orden jurisdiccional común a toda la República, como lo plantea la Comisión para la reestructuración integral de las fuerzas armadas, de manera que la Corte Suprema, mediante una Sala Especializada en lo penal militar pueda conocer en última instancia casos sentenciados por tribunales castrenses.
15. De otro lado, si bien resultan saludables los intentos de dotar de mecanismos de gerencia y control internos eficaces a la justicia militar, estos no pueden afectar las funciones jurisdiccionales, lo que no parecería ocurrir con los vocales “visitadores”, diseñados como instrumentos de control del Consejo Supremo de Justicia Militar respecto de los demás jueces y tribunales del orden jurisdiccional militar.

En todo caso, para la Defensoría del Pueblo resulta fundamental que reformas como las que se plantean, sean debatidas con la participación de los representantes de todos los sectores interesados, miembros o no de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En ese sentido, nuestra institución está a disposición de los mismos para, en el marco de sus funciones constitucionales, contribuir a la constitución de unas Fuerzas Armadas y una Policía Nacional armónicamente integrados a un Estado democrático, y por lo tanto de una justicia militar diseñada en armonía con los principios que articulan un Estado de Derecho.