



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO  
RUIZ GALLO**



**ESCUELA DE POSTGRADO**

**MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y  
GOBERNABILIDAD**

**TÍTULO: “LA INCONSTITUCIONALIDAD Y LA REFORMA DE LA  
JUSTICIA MILITAR EN EL PERU”**

**Tesis presentada para optar el Grado Académico de Maestro en  
Derecho con Mención en Constitucional y Gobernabilidad**

**PRESENTADA POR: EDGAR ALBERTO NUÑEZ CUEVA**

**LAMBAYEQUE – PERU - 2012**

**TITULO: “LA INCONSTITUCIONALIDAD Y LA REFORMA DE LA  
JUSTICIA MILITAR EN EL PERU”**

---

**AUTOR**  
**EDGAR NUÑEZ CUEVA**

---

**ASESOR**  
**RAUL CHANAME ORBE**

**Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”, para optar el Grado Académico de MAESTRO, EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD.**

**APROBADO POR:**

---

**PRESIDENTE DEL JURADO**  
**DR. RENAN ARBILDO PAREDES**

---

**SECRETARIO DEL JURADO**  
**MANUEL BERMUDEZ TAPIA**

---

**VOCAL DEL JURADO**  
**MARIANO LARREA CHUCAS**

**2012**

## **DEDICATORIA**

**Con afecto y cariño a mis padres Víctor y María, quienes son mi permanente aliento y motivación a encontrar fuerza y superación en este camino difícil.**

## **AGRADECIMIENTO**

A la Escuela de Post – Grado de la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”, en las personas de sus catedráticos, por su ejemplar dedicación y aportes académicos personales a mi formación durante el programa de Maestría en Derecho.

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD Y LA REFORMA DE LA JUSTICIA  
MILITAR EN EL PERU”**

## ÍNDICE

ÍNDICE	03
RESUMEN	04
ABSTRACT	05
INTRODUCCIÓN	06
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	09
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	09
1.2. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	27
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	28
1.4. OBJETIVOS	28
1.5. IMPORTANCIA	29
1.6. JUSTIFICACIÓN	29
CAPÍTULO II: BASES TEÓRICO DOCTRINARIAS	30
2.1. ANTECEDENTES	30
2.2. BASES TEÓRICAS	30
2.3. BASES TEÓRICAS	37
2.4. MARCO CONCEPTUAL	129
CAPÍTULO III : HIPÓTESIS Y VARIABLES	130
CAPÍTULO IV : METODOLOGÍA	132
CAPÍTULO V : PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	134
CONCLUSIONES	149
SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES	151
FUENTES DE INFORMACIÓN	152
ANEXOS	162

## **RESÚMEN**

La presente tesis realiza un estudio científico sobre la INCONSTITUCIONALIDAD Y LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ, tema que abordo a partir de las diversas normas que se han promulgado, derogado y modificado de acuerdo con los cuestionamientos formulados tanto a nivel del Tribunal Constitucional como por aquellos que señalan la necesidad de proporcionarle a la justicia militar los fundamentos constitucionales.

En el Capítulo I desarrollo la Situación Problemática, realizando una descripción y delimitación de las inconstitucionalidades que ha presentado la justicia militar policial desde el año 2006 hasta la actualidad, con el Decreto Legislativo 1094. Se formulan los respectivos problemas, objetivos e hipótesis, con sus variable e indicadores, a efectos de tener un manejo metodológico del problema y establecer con precisión las contradicciones de la justicia militar policial con el espíritu de la Constitución.

En el Capítulo II desarrollo el marco teórico, el mismo que contiene las referencias conceptuales, antecedentes así como diversas teorías que se han esgrimido sobre la justicia militar policial. Es en este capítulo donde cito la evolución histórica de la justicia militar policial en el Perú, precisando los diversos momentos donde la inconstitucionalidad se ha convertido en su principal escollo para su legitimidad.

En el Capítulo III señalo las hipótesis y las variables, indicando sus indicadores y la respectiva operacionalización. En el Capítulo IV indico la metodología a emplearse, precisando el método así como los instrumentos empleados. En el Capítulo V señalo los resultados del trabajo estadístico, precisando además sus resultados. Finalmente se desarrollan las conclusiones y sus respectivas recomendaciones, las mismas que se orientan a establecer el carácter constitucional de la justicia militar policial, proponiendo alternativas orientadas a darle a dicha vía una adaptación a lo que exige la Constitución Política vigente.

## **ABSTRACT**

The present thesis realizes a scientific study on the UNCONSTITUTIONALITY AND THE REFORM OF THE MILITARY JUSTICE IN PERU, topic that I approach from the diverse procedure that have promulgated, repealed and modified in agreement by the questions formulated so much to level of the Constitutional Court as for those that indicate the need to provide to him to the military justice the constitutional foundations.

In the Chapter I I develop the Problematic Situation, realizing a description and delimiting of the unconstitutionality that has presented the military police justice from the year 2006 up to the current importance, with the Legislative Decree 1094. There are formulated the respective problems, aims and hypothesis, with his variable and indicators, to effects of having a methodological managing of the problem and of establishing accurately the contradictions of the military police justice with the spirit of the Constitution.

In the Chapter II I develop the theoretical frame, the same one that contains the conceptual references, precedents as well as diverse theories that have been used on the military police justice. It is in this chapter where I mention the historical evolution of the military police justice in Peru, needing the diverse moments where the unconstitutionality has turned into his principal reef for his legitimacy.

In the Chapter III I indicate the hypotheses and the variables, indicating his indicators and the respective operacionalización. In the Chapter IV I indicate the methodology to use, needing the method as well as the used instruments En the Chapter V indicate the results of the statistical work, needing in addition his results. Finally there develop the conclusions and his respective recommendations, the same ones that are orientated to establish the constitutional character of the military police justice, proposing alternatives orientated to giving him to the above mentioned route an adjustment to what it is required the Political in force Constitution.



## INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los avances de la Doctrina del Derecho Penal Militar en nuestro país, en los últimos 5 años, hemos asistido a cambios sustantivos en la Legislación Especial de la Justicia Militar Peruana, considerando la Nueva Ley de Justicia Militar y su respectiva Ley Orgánica, cuya promulgación generó controversias entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y el Ministerio Público, así como la Corte Suprema, con respecto a diversas instituciones que componen la justicia castrense, su organización, estructura y funcionalidad.

La presente Tesis plantea la problemática que se suscitó, a raíz de la nueva legislación Justicia Militar Policial, explicando las posiciones de orden Jurídico-Constitucional, haciendo un deslinde, de las instituciones involucradas, precisando la constitucionalidad, la forma en que se adecua al Estado de Derecho, y la Problemática Jurídica que intento resolver a partir del presente trabajo.

Si bien desde hace un tiempo tanto la doctrina como algunas instituciones del Estado, se habían pronunciado en torno a la discutible configuración de los tribunales militares en el Perú y algunas conductas recogidas en el Código de Justicia Militar, fue una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra algunas disposiciones del Decreto Ley N° 23201, más conocido como Ley Orgánica de Justicia Militar, del Decreto Ley N° 23214 o código de Justicia Militar y la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27860, del Ministerio de Defensa en la parte referida al Consejo Supremo de Justicia Militar, declarada fundada en parte; la que dio inicio a la presente reforma de la justicia militar en nuestro país y trajo como consecuencia la emisión de una normatividad con disposiciones cuya inconstitucionalidad ha sido confirmada por el Supremo Intérprete de nuestra Constitución.

En efecto, el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia de fecha 9 de agosto de 2004, recaída en el Expediente N° 0023-2003-AI/TC, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo y exhortó al Congreso de la República a que, en un plazo no mayor de doce meses contado a partir de la publicación de dicha sentencia (30 de octubre de 2004), dicte la legislación que corresponda de acuerdo con lo expresado en ella. El supremo intérprete de la Constitución así estableció lo que se conoce como una *vacatio sententiae*, vencida la cual los efectos de la sentencia aquí mencionada adquirirían plena vigencia.

Con posterioridad, el 4 de noviembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitió una Resolución Aclaratoria, a propósito del pedido formulado por el Procurador encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y su delegado, en torno a algunos alcances de su sentencia de fecha 9 de agosto de 2004, resolución que fue publicada el 7 de enero de 2005. Ante la inminencia del vencimiento del plazo inicialmente establecido por el Alto Tribunal y no teniendo aún siquiera un avance significativo la normativa que sustituiría la declarada inconstitucional, éste, creemos nosotros es una decisión opinable, decidió considerar que aquél no vencía el 30 de octubre del 2005, que fue lo que en un principio dijo, sino el 7 de enero de 2006, esto es, en la fecha en que se publicó la resolución aclaratoria. Es así, como luego, con fecha 7 de enero de este año, se publicó la Ley N° 28665, denominada Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial y el 11 de enero, el Decreto Legislativo N° 961 o también conocido como Código de Justicia Militar Policial. No obstante, no tuvo que pasar mucho tiempo para que salten a la vista las inconstitucionalidades que presentaba la legislación recientemente emitida. Ello motivó sendas demandas de inconstitucionalidad que interpusieron la Fiscalía de la Nación y el Colegio de Abogados de Lima contra algunas disposiciones de la Ley N° 28665, Ley de Organización,

Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial.

En los primeros días del mes de Setiembre del 2010 se publicó, el Decreto Legislativo 1094, que promulgó un nuevo Código de Justicia Militar Policial. Para promulgar el nuevo Código de Justicia Militar Policial se argumentó que se buscaba la adecuación a una sentencia del TC del 2006. Se señala que el nuevo código no cumple con lo ordenado por el TC, ya que repite delitos que este tribunal declaró inconstitucionales debido a que no calificaban como delitos de función y que debían juzgarse en el fuero común. Además, no solo endurece algunas sanciones contra el personal militar y policial, por delitos que el fuero militar no debería juzgar, sino que también recorta derechos básicos al personal militar y policial.

# **CAPÍTULO I**

## **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

El Derecho Penal Militar es privativo y se ampara en el artículo 173 de la Constitución Política del Estado, tipifica los delitos de función; es decir, aquellas conductas ilícitas penales cometidas por militares y policiales en el cumplimiento de su misión. En la actualidad, está regulado por el Nuevo Código de Justicia Militar y Policial, Decreto Legislativo N° 961 y su Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Ley N° 28665.

La justicia castrense tiene sus propias instancias, fiscales, así como un procedimiento específico establecido en las leyes de la materia. El anterior Código de Justicia Militar, no era garantista y establecía un procedimiento donde se vulneraban diversos derechos del procesado, quien no podría ejercer una defensa adecuada a su favor. En la actualidad, con el nuevo Código de Justicia Militar Policial existe básicamente un profundo respeto por el debido proceso, así como también la consideración de diversas garantías que amparan al procesado, el mismo que inclusive puede acudir a instancias supramilitares, como por ejemplo, el Tribunal Constitucional.

El nuevo Código de Justicia Militar Policial destaca porque considera al Policía de manera expresa, configurándose de una manera más precisa y exacta la forma en que dicha jurisdicción nos alcanza. Debemos considerar que existe una tendencia, la misma que se basa en crear un exclusivo Código de Justicia Policial, dado que en nuestro tiempo, la labor de la Policía está más cerca de los civiles que de ostentar connotación militar.

La aplicación del nuevo Código de Justicia Militar Policial revela una justicia castrense que inicialmente se quiso incorporar a la justicia común y ordinaria, pero con jueces y fiscales especializados en lo militar, lo que implicará que efectivos de los institutos armados y policiales se capaciten y especialicen en las nuevas orientaciones de la justicia castrense, la misma que se muestra respetuosa de las garantías procesales, tratando de evitar que las decisiones que se tomen en este fuero, sean arbitrarias y que por todo lo contrario, estén debidamente motivadas.

Dando cumplimiento a la Sentencia del TC, en el mes de Marzo 2005 se conformó un Grupo de Trabajo al que se le encargó elaborar los predictámenes de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar. Este grupo de trabajo estuvo conformado inicialmente por un representante del Tribunal Constitucional, un representante de la Corte Suprema de Justicia de la República, un representante del Ministerio Público, un representante del Ministerio de Defensa, un representante del Ministerio del Interior, dos representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar y dos representantes del Centro de Altos Estudios Nacionales – CAEN; posteriormente se invitó a un representante de la Defensoría del Pueblo.

El 07 de Enero del 2006, se publica en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 28665 – Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, con lo cual supuestamente se daba cumplimiento al mandato del TC y se reformaba orgánicamente a la Justicia Militar. Sin embargo, casi de inmediato se hicieron conocer de manera pública los primeros análisis críticos con respecto a esta nueva Ley de Justicia Militar. Así se argumentó que la referida ley no era otra cosa que un maquillaje legislativo para sacarle la vuelta a la interpretación constitucional que plasmó el TC en las referidas sentencias del 2004 y, permitir así, que la Justicia Militar permanezca casi igual y, sobre todo, con un largo "periodo de gracia" de 4 años en el que permanecería casi intocada por efecto mismo de la citada Ley.

### **1.1.1. DECRETO LEGISLATIVO N° 961 – NUEVO CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL.**

De la misma manera y cumpliendo con la Sentencia del TC, el Congreso de la República por Ley N° 28636, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar mediante Decreto Legislativo, en un plazo de treinta y cinco (35) días hábiles el Código de Justicia Militar Policial.

El 11 de Enero del 2006, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 961 mediante el cual se aprueba el Código de Justicia Militar Policial, el mismo que consta de cuatro Libros, quinientos veintiséis artículos, dos Disposiciones Complementarias, cinco Disposiciones Finales y dos Disposiciones Transitorias.

Sobre el Nuevo Código de Justicia Militar Policial, la Resolución Defensorial N° 0018-2006/DP del 11 de Abril del 2006, en su acápite Sexto, dejó expresado que el concepto constitucional del delito de función y su desarrollo desde el Derecho Penal era desconocido por el Decreto Legislativo N° 961, que aprueba el Código de Justicia Militar Policial. En efecto, dice la citada Resolución, de la calificación del delito de función como un delito de infracción de deber y de la diferenciación de fines y roles asignados por la Constitución a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional se desprende, como lógica consecuencia, que debe diferenciarse necesariamente entre delitos de función militar y delitos de función policial, toda vez que los ámbitos de deberes extra penales o administrativos infringidos son distintos por mandato constitucional. Sin embargo, el Código de Justicia Militar elimina esta distinta configuración funcional de deberes que se deriva de la Constitución, al considerar a militares y policías como sujetos activos de delitos en los cuales los deberes infringidos no competen a los segundos, ya que tienen relación con la garantía de la independencia, soberanía e integridad territorial. Así, es el caso del delito de posesión no autorizada de información tipificado en el artículo 79º, el delito de capitulación indebida tipificado en el artículo

118º o el delito de daños a operaciones por culpa tipificado en el artículo 136º del Código de Justicia Militar

La citada resolución defensorial, también especifica que se vulnera el concepto constitucional del delito de función cuando el Código de Justicia Militar Policial (CJMP) tipifica como tales a conductas que en estricto configuran delitos comunes, ya que pueden ser cometidos por particulares, lo que se demuestra por el hecho que injustos con igual o similar contenido se encuentran tipificados en el Código Penal. Así, se identifican, por ejemplo, los supuestos típicos contemplados en artículo 66º del CJMP calificados como delitos de traición a la patria. Muchas de estas conductas están también tipificadas entre el artículo 325º al 334º del Código Penal, que también los denomina como delitos de traición a la patria. Por su parte, los delitos de rebelión, sedición y motín tipificados entre el artículo 68º al 77º del CJMP se encuentran contemplados con igual denominación en los artículos 346º a 353º del Código Penal. Otro tanto sucede con los delitos de ultraje a los símbolos patrios tipificados entre los artículos 81º y 82º del Código de Justicia Militar, mientras que figuras similares se encuentran tipificadas en los artículos 344º y 345º del Código Penal.

Lo cierto es, que tanto la Ley N° 28665 como el DL N° 961 – Código de Justicia Militar Policial, tan pronto se hicieron de conocimiento público mediante su publicación en el Diario Oficial El Peruano, fueron objeto de una serie de críticas y cuestionamientos con respecto a su constitucionalidad, derivando nuevamente en sendas demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

### **1.1.2. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR LA FISCAL DE LA NACION Y COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA CONTRA ALGUNOS ARTICULOS DE LA LEY N° 28665.**

Con fecha 24 de Enero 2006, el Ministerio Público a través de la Fiscal de la Nación, solicita ante el Tribunal Constitucional se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de los artículos de la Ley N° 28665, por considerar que vulneran los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de autonomía del Ministerio Público, de independencia e imparcialidad, así como el derecho de igualdad ante la ley.

En la citada demanda, la Fiscal de la Nación cuestiona diversas disposiciones de la Ley N° 28665. En primer lugar, aquellas que “trasgreden los principios constitucionales de unidad y autonomía” del Poder Judicial y del Ministerio Público, al crearse de manera inorgánica una Sala Suprema Penal Militar Policial y Fiscales Supremos Penales Militar Policial; también se cuestiona el hecho que los magistrados siguen siendo militares en actividad que forman parte del “Cuerpo Judicial” y “Cuerpo Fiscal” penal militar policial, dependientes de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Fiscal Supremo Penal Militar Policial respectivamente, con lo cual se vulneran los principios de independencia, imparcialidad y objetividad en la actividad jurisdiccional.

La Fiscalía de la Nación rechaza aquellos artículos de la Ley que considera constituyen una “vulneración al principio de igualdad y no discriminación”. Entre ellos, el que dispone que sólo los Vocales Supremos del cuerpo judicial militar policial desempeñaran la presidencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial, excluyendo a los dos Vocales Supremos de la Jurisdicción Ordinaria que también integran esta Sala. El 17 de Febrero 2006, la Decana del Colegio de Abogados de Lima también solicita al Tribunal Constitucional, se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N° 28665, por considerar que trasgreden los



principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de independencia e imparcialidad, de autonomía del Ministerio Público, de independencia del Consejo Nacional de la Magistratura, así como el derecho a la igualdad ante la ley.

### **1.1.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAIDA EN LA DEMANDA PRESENTADA POR LA FISCAL DE LA NACION Y EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA CONTRA ALGUNOS ARTICULOS DE LA LEY Nº 28665.**

El 29 de Mayo del 2006, en una sentencia de más de 70 páginas, recaída en el Expediente Nº 0004-2006-PI/TC, el TC declaró fundada en parte la demanda formulada por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley Nº 28665, por considerar que vulneraba los principios constitucionales de unidad e independencia de la función jurisdiccional en el caso del Poder Judicial, la autonomía del Ministerio Público y las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), así como el derecho a la igualdad ante la ley.

Asimismo, el TC precisa en su Sentencia que la Constitución ha establecido que la única materia que puede conocer la jurisdicción militar se encuentra limitada al conocimiento de los procesos penales en los que se verifique la comisión de delitos de la función militar. Considera que el legislador se encuentra prohibido de otorgar a esta jurisdicción la competencia para conocer cualquier otro tipo de materias, incluida procesos como los constitucionales cuya tramitación ha sido confiada a la jurisdicción constitucional.

Con respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima, el 13 de Junio del 2006, el TC dictó sentencia recaída en el Expediente Nº 0006-2006-PI/TC, expulsando del ordenamiento jurídico diversos párrafos y frases contenidos en 15 artículos de la Ley Nº 28665, en 4 de sus disposiciones transitorias y en 4 de sus disposiciones modificatorias y derogatorias. Entre ellos, los

referidos al “Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial”, la función del Fiscal Supremo Penal Militar Policial de “defender la competencia de la justicia castrense en las contiendas que se promuevan”, la atribución del pleno del Consejo Superior Penal Militar Policial de formular propuestas de candidatos aptos para formar parte de dicho colegiado; la asignación a la Sala Suprema Penal Militar Policial del conocimiento de los delitos perpetrados por los jueces y fiscales que actúan ante la justicia militar las atribuciones de la Oficina de Control de la Magistratura de la justicia castrense y de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público; y, la suspensión hasta por cuatro años de la facultad del Consejo Nacional de la Magistratura de nombramiento de jueces y fiscales militares.

#### **1.1.4. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA EN CONTRA DE ALGUNOS ARTICULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 961 – CODIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL.**

El 08 de Mayo 2006, el Colegio de Abogados de Lima, plantea ante el TC una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 66 al 68, 70 al 76, 78 al 82, 90 al 93, 95 al 103, 106 al 111, 115 al 117, 119, 121 al 130, 132, 134 al 149 del Decreto Legislativo N° 961 publicado el 11 de Enero de 2006 en el Diario Oficial El Peruano (Exp. N° 0012-2006-AI/TC).

El 09 de Agosto del 2006, en Audiencia Pública, la Defensoría del Pueblo sustento su posición ante el TC con respecto a la demanda planteada por el Colegio de Abogados de Lima.

Tanto para la Defensoría del Pueblo como para el Colegio de Abogados de Lima, el Nuevo Código de Justicia Militar Policial no respeta el concepto constitucional de Delito de Función, al sancionar como delito castrense conductas que pueden ser cometidas por civiles y no solo por militares y policías. Al mismo tiempo asume la tipificación de conductas calificadas como contrarias al Derecho Internacional Humanitario que, en

sentido estricto, no protege intereses militares o policiales, sino bienes jurídicos comunes como la vida, la integridad o la salud. A su vez, contiene una serie de delitos que en rigor solo deben merecer sanciones disciplinarias por su escasa gravedad, con lo cual desnaturaliza al Derecho Penal que en el Estado constitucional sólo se debe utilizar para las infracciones graves. Es así como el pleno del Tribunal Constitucional dejó al voto la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima (CAL) y la Defensoría del Pueblo contra el Código de Justicia Militar Policial aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 961.

#### **1.1.5. SITUACION ACTUAL DEL PROCESO DE REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERU.**

El proceso de reforma de la Justicia Militar en el Perú sigue en marcha, falta aún por definir la decisión del TC con respecto a la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar Policial, pero nos atrevemos a pensar que confirmará en gran parte los extremos de la demanda interpuesta, lo que significará elaborar otro cuerpo de leyes a través de un nuevo Código de Justicia Militar Policial o la supresión definitiva del mismo incorporando los denominados delitos de función como un Capítulo especial anexo al Código Penal en vigencia, esta vez sin duda alguna, con estricta sujeción al mandato constitucional; pero si, ya se emitió sentencia con respecto a la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley N° 28665 – Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, el cual debe ser modificado antes del 31 de diciembre del 2006 en que se cumple la *vacatio sententiae* establecida por el TC. En este extremo, mediante RS N° 362-2006-DE/SG publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de Agosto del 2006, se conforma una Comisión Especial para que evalúe una vez mas, la situación de la organización jurisdiccional especializada en material penal militar policial y proponga los proyectos normativos pertinentes acorde con las nuevas Sentencias del TC,

debiendo presentar sus conclusiones y recomendaciones el 31 de octubre de 2006, las que también confiamos plenamente, definirán un modelo de justicia militar totalmente adecuada a los principios del Estado de Derecho, al sistema democrático; y, al pleno respeto de la unidad y exclusividad de la función judicial definida por la Constitución Política del Estado, es decir formando parte de la estructura del Poder Judicial, con sujeción a sus órganos de control, y con Magistrados nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura de acuerdo a Ley.

El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos de la nueva ley que regula las funciones, atribuciones y composición de la Justicia Militar Policial.

En su sentencia de más de 70 páginas, dicho organismo deroga y modifica aquellos artículos que colisionan con lo establecido por la Constitución Política del país respecto a la independencia y autonomía del Poder Judicial y Ministerio Público. De esta forma el Tribunal Constitucional acogió en parte la demanda de inconstitucionalidad que presentó la fiscal de la Nación, Adelaida Bolívar para derogar esta polémica norma.

Los detalles sobre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a este tema se darán a conocer en las próximas horas pues la sentencia esta siendo notificada a las partes involucradas en este caso, vale decir, el Ministerio Público, Congreso y el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Hasta ahora, las críticas a la nueva regulación en materia de JUSTICIA MILITAR se han circunscrito a la Ley 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en el ámbito penal militar policial. Por lo mismo, también las acciones e iniciativas legales del Colegio de Abogados de Lima, Fiscalía de la Nación, Poder Judicial, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, han sido emprendidas en torno a ella.

En ese escenario, ha venido "pasando piola" el Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial, que tampoco responde a lo dispuesto en la Constitución y, en realidad, sólo representa un intento de "maquillaje legislativo" con el propósito de burlar la interpretación constitucional que sobre el concepto de delitos de función sentó el Tribunal Constitucional (TC), particularmente, en sus sentencias de fechas 16 de marzo (Exp. N° 0017-2003-AI/TC) y 9 de agosto del 2004 (Exp. 0023-2003-AI/TC), y de burlar la subsecuente obligación de aprobar un nuevo marco legal de la justicia castrense bajo tal parámetro.

Nuestras críticas al Código son las siguientes. En principio, es producto de una delegación de facultades al Poder Ejecutivo promovida por los congresistas Iberico y Mulder, con base en la completa renuncia a legislar, la entrega del tema a los militares y la virtual exclusión de la sociedad civil en el análisis y decisión del tema. Al respecto, es de recordar que según la propuesta de delegación de facultades (mayo de 2005) la elaboración de la norma requería de "criterios técnicos jurídicos muy avanzados" y tenía que "desarrollarse dentro de un ámbito de consenso, de acuerdo con los ciudadanos con uniforme"; que, según las actas del debate parlamentario (noviembre de 2005), el Congreso no estaba en condiciones de presentar un Código de Justicia Policial y Militar, que sí "lo pueden elaborar" los especialistas "que están en el Consejo Supremo de Justicia Militar "; que el Ejecutivo "ya tiene los proyectos elaborados en ese sentido" y que en la comisión que nombre el Ejecutivo "no cabe que se metan otras organizaciones ajenas"; y que, en esas condiciones, la delegación de funciones al Poder Ejecutivo para que mediante Decreto Legislativo y en el plazo de 35 días calendario, dicte el nuevo Código de Justicia Militar Policial, fue aprobada en el Parlamento (noviembre de 2005) por 62 votos a favor, 5 en contra y 10 abstenciones.

En segundo lugar, es un Código que, conforme a los términos y condiciones consensuadas en el Congreso, posteriormente estatuidas en la Ley 28636 y complementadas en la Resolución Suprema N° 701-2005-

DE/SG, fue elaborado por una Comisión integrada en su mayoría por representantes del sector castrense (6 de 7), con exclusión total de instituciones tales como el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, para no mencionar a la sociedad civil. Un Código que, en ese contexto y valgan verdades, está hecho a la medida de un Consejo Supremo de Justicia Militar que persiste en la idea de una organización de justicia propia para los militares y que maneja un concepto amplísimo, casi totalizador, de los delitos de función.

En tercer lugar, se trata de un Código que desnaturaliza el concepto constitucional de los denominados delitos de función que, conforme a la interpretación del TC, deben limitarse a aquellos que importan una infracción al deber propio, exclusivo e inherente al personal castrense en situación de actividad y que lesionan bienes jurídicos militares (fundamentos 110 y siguientes, y 134-A de la sentencia recaída en el Exp. 0017-2003-AI/TC; 81 de la sentencia recaída en el Exp. 0023-2003-AI/TC; y 15 y 24 de la sentencia recaída en el Exp. 3194-2004-HC/TC).

En ese sentido, es de observarse que el Código tipifica como delitos militares:

- a) Un importante conjunto de conductas que sólo describen afectaciones a bienes jurídicos de carácter común y no militar. En efecto, el listado que presenta el Código de Justicia Militar Policial comprende por lo menos 44 tipos penales (traición a la patria, rebelión, sedición, motín, infidencia, contra el Derecho Internacional Humanitario, injuria, difamación, agresión, omisión de cumplimiento de deber, falsificación o adulteración de documentos, etc.) que, si bien tienen al personal militar como sujeto activo o agente de la perpetración, exceden el ámbito objetivo del delito de función castrense, en los términos expuestos por el propio TC en las sentencias antes citadas, toda vez que afectan bienes jurídicos que no son propios, particulares y relevantes para la existencia de la

organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las Fuerzas Armadas. Además de incorporar figuras que fácilmente encajan en tipos penales previstos para cualquier funcionario público (entre los que, por cierto, se podrían encontrar los militares) y/o tipificar acciones de evidente carácter particular, que en la mayoría de los casos ya se encuentran previstas como tales en el Código Penal común.

- b) Un conjunto de conductas que importan meras infracciones de carácter disciplinario o administrativo. Así es, el Código de Justicia Militar Policial califica como delitos de función por lo menos 21 conductas (violación de consigna, omisión de aviso, abandono de escolta, incapacidad voluntaria para el servicio, insubordinación, desobediencia, excusa indebida, etc.) que constituyen meras infracciones de carácter administrativo, es decir, que carecen de "gravedad suficiente", que no afectan bienes jurídicos de relevancia o protección constitucional y que no merecen tutela penal.

Resulta evidente que el legislador ha expedido el Código de Justicia Militar Policial franqueando los parámetros y límites impuestos por la Constitución, pues ciertamente no tiene una libertad absoluta para calificar una conducta como delito de función. En este caso, el poder punitivo se ha ejercido con una amplitud tal que ha desvirtuado por completo el restringido concepto constitucional de delitos de función, afectando el principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos. En concreto, el legislador, nada congruente con los principios constitucionales, ha delimitado de forma indebida y equívoca el bien jurídico tutelado, calificando o tipificando un conjunto de conductas de naturaleza penal ordinaria o constitutivas de meras infracciones de carácter administrativo como delitos de función, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta.

En quinto lugar, al orientarse a la preservación de determinados principios -orden, disciplina, jerarquía, obediencia- que en realidad corresponde confiar a la administración militar y no a la justicia penal, el Código de Justicia Militar Policial contraviene el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos configurado a partir de los artículos 43 (cláusula del Estado social y democrático), 44 (deber primordial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de amenazas contra su seguridad), 45 (sometimiento del *ius puniendi* a las limitaciones formales y sustantivas de la Constitución) y penúltimo párrafo del artículo 200 de la Constitución (principio de proporcionalidad).

En sexto lugar, al prever conductas ya definidas con antelación como delitos ordinarios por el Código Penal común, el Código de Justicia Militar Policial lesiona de manera directa el principio de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, literal "d" de la Constitución), pues posibilita que la misma acción pudiera ser subsumida en cualquiera de los tipos penales y, en consecuencia, juzgada por los tribunales castrenses o por la justicia ordinaria, según la discrecionalidad de las agencias de control penal.

En séptimo lugar, el Código de Justicia Militar Policial incurre en un "vicio de irrazonabilidad" al repetir tipos penales comunes ya previstos en el Código Penal, con el claro propósito de sustraer su juzgamiento de la esfera de competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Estando a la manifiesta inconstitucionalidad del Código de marras corresponde que, tal como se hizo oportunamente contra la Ley 28665, la Fiscalía de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Colegio de Abogados de Lima demanden su expulsión del ordenamiento jurídico ante el TC.

Por cierto, con base en la idea de que las condiciones y reglas generales de punición son las mismas para todo tipo de delito, independientemente de sus particularidades, nosotros insistimos en que la descripción de las conductas típicas debe reunirse en un solo cuerpo



normativo y debe unificarse el catálogo de penas; y que, por lo mismo, el nuevo diseño de los contados delitos de función no importa la existencia de un código penal militar, pues resulta suficiente y conveniente para un Estado de Derecho que aquellos pocos ilícitos sean incorporados al código penal común. Mantenemos, pues, nuestra posición en el sentido que el listado de delitos de función debería estar comprendido en el Capítulo II-A "De los delitos de función militar" del Título XVIII sobre "Delitos contra la Administración pública" del Código Penal.

#### **1.1.6. DECRETO LEGISLATIVO Nº 1094**

La Justicia Militar Policial Peruana, desde el año 2006 hasta la actualidad ha tenido avances y retrocesos, determinados por su contenido confrontacional con lo recomendado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y lo establecido por el Tribunal Constitucional. La tendencia actual, establecida por el Decreto Legislativo 1094 se orienta a restituir la autonomía del fuero militar policial, la misma que ha sido cuestionada por encubrir y no investigar y sancionar a militares involucrados en graves hechos de violación de los Derechos Humanos<sup>1</sup>.

El Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo Nº 1094, ha restituido gran parte de los delitos de función que la jurisprudencia del Tribunal había declarado abiertamente inconstitucionales. El código ha reintroducido 15 nuevos tipos penales que deberían ser ventilados en el fuero común, por citar solo tres ejemplos: 1) delito de rebelión, 2) delito de sedición y 3) delitos contra el DIH; no es que estos delitos dejen de existir y dejen de ser juzgados y sancionados, sino que según el Tribunal Constitucional deben salir de la justicia militar y ser juzgados por el fuero común, veamos:

- a. El delito de rebelión, ya que el bien jurídico protegido es el "régimen constitucional", el cual NO es un bien jurídico

---

<sup>1</sup> CARRUITERO LECCA, Francisco. "Nueva Ley de la Justicia Militar Policial vía Interpretación Constitucional" . Ediciones Jurídicas. Lima Perú. 2010. pag. . 21

institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Sin embargo, ahora se ha vuelto a tipificar en el artículo 60º del nuevo código, lo cual no solo es inconstitucional, sino que además sube la pena que antes se establecía entre 5 y 15 años; en el nuevo código está entre 15 y 25 años.

- b. El delito de sedición, cuando este se refiera a impedir el incumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, o cuando se refiera a participar en algún acto de alteración del orden público. En este caso también, el bien jurídico protegido NO es propio de las FFAA o de la PNP. En el anterior código la pena era hasta un máximo de 10 años de pena privativa de libertad, ahora será no menor de 15 años sin establecerse un número máximo de años.
- c. También fueron declarados inconstitucionales los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (normas mínimas a seguir por los Estados en conflictos armados); en total 13 artículos que según manifestó el Tribunal Constitucional no son delitos de función, ya que los bienes jurídicos de la VIDA, la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva no son exclusivos de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, este nuevo código mantiene tres capítulos especiales (III, IV y V) para el tema: Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional humanitario, Delitos de empleo de métodos prohibidos en la conducción de hostilidades, y Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades.

Adicionalmente, este nuevo código endurece las sanciones de delitos que sí habían sido declarados constitucionales por el TC, de tal manera que se recortan los derechos del personal militar o policial, por ejemplo:

- a. El nuevo delito de Motín no solo endurece la sanción por un año más, de cinco años a seis, lo cual no es mucho. Lo cuestionable es que antes era sancionado cuando, en forma TUMULTUARIA, el militar o policía exigía la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos, o efectuaba cualquier reclamación. En cambio ahora con el nuevo código, el militar o policía en grupo, es decir basta que sean dos personas: “Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectúa cualquier reclamación” estará cometiendo delito de motín. En la práctica están impidiendo que militares y policías tengan derecho a reclamar su sueldo o su alimentación, y a quienes generalmente les recortan estos derechos son al personal técnico y de tropa, no conocemos casos hasta ahora en que a los generales se les haya recortado la ración de rancho. A esto habría que sumarle que cuatro miembros que dirigen el Consejo Supremo de Justicia Militar firmaron el Acta de sujeción, en la cual juraron fidelidad a Fujimori y Montesinos, y que a la fecha no han deslindado públicamente de este documento, como es el caso del general Carlos Mesa Angosto, quien el día de ayer manifestó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la sentencia del TC de 2006 (la cual se ha mencionado) había quedado sin efecto debido a otra sentencia posterior del mismo Tribunal Constitucional, lo cual es falso. .
- b. Lo que podemos ver, es que con el simulado argumento de defender a militares y policías se ha buscado impunidad para unos pocos (no todos los militares están acusados de violaciones a los derechos humanos y no solo se buscaba impunidad para militares y policías); y de esta manera, polarizando el debate, llevándolo al falso y conocido “buenos contra malos”, se ha aprovechado también para restringir

derechos a la gran mayoría de militares y policías en beneficio de unos pocos que tienen el poder de decidir sobre cosas tan básicas como la alimentación y los sueldos de todos.

#### **1.1.7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Nº 126-2011-FMP/TSMP/SG**

Es de fecha 08 de agosto 2011 y publicada en el diario Oficial El Peruano el 10 de setiembre del 2011, “Oficializan acuerdos y aprueban NUEVO REGLAMENTO DE LA LEY Nº 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial”<sup>2</sup>.

Esta norma oficializa el acuerdo de Consejo Ejecutivo del Fuero Militar de fecha 05 agosto 2011 que deja sin efecto el Reglamento de la Ley Nº 29182, Ley de Organización y funciones del Fuero Militar Policial, aprobado por acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Policial de fecha 23 abril 2009 y publicado por Resolución Administrativa Nº 066-20009-TSMP/SG de fecha 12 mayo 2009. Esta norma establece la estructura, organización, jurisdicción, competencia, funciones y atribuciones específicas del Fuero Militar Policial (en adelante la Ley), sus modificatorias y complementarias en concordancia con la Constitución Política del Perú y las leyes de la República.

En su artículo 2 señala que es responsabilidad de todos los Operadores del Fuero Militar Policial (Vocales, Jueces y Fiscales de todos los niveles, Relatores, Secretarios de Sala o de Juzgado, Defensores de Oficio y Personal Auxiliar y de Apoyo de los Organos de Control, Educación, Inspectoría, Defensa Judicial y demás personal conformante de la organización técnico-administrativa del Fuero Militar Policial, cumplir y hacer cumplir la Ley, bajo responsabilidad funcional. Dicho reglamento se aplica en el ámbito penal militar policial, a nivel nacional y en estricta observancia de lo previsto en la Constitución Política del Perú.

---

<sup>2</sup> Deroga a la Resolución Administrativa Nº 066-2009 FMP de fecha 12 de mayo 2009.

#### 1.1.8. CASO CHAVÍN DE HUANTAR

La jurisprudencia nacional e internacional señala que **el fuero militar no es el ámbito en el que se deban resolver casos de derechos humanos**. Ello porque es una instancia judicial excepcional, destinada para delitos de función, entre los que no se encuentran las ejecuciones extrajudiciales<sup>3</sup>.

En este caso, **el error del Estado peruano fue absolver a los comandos en el fuero militar, cuando el sobreseimiento del caso para ellos, al no existir pruebas que los incriminen, debió darse en el Poder Judicial**. Y este paso a la justicia militar resultará difícil de sostener a partir de la existencia de un estado de emergencia, ya que este argumento ha sido rechazado en anteriores ocasiones por el sistema interamericano de derechos humanos.

La Corte Interamericana viene diciendo más o menos lo mismo: **la intervención de esta justicia privativa viola la Convención Americana, que exige un juez competente, con independencia e imparcialidad**. Un juez militar es competente para temas de seguridad y disciplina pero no para violaciones de derechos humanos, donde procesa a sus mismos pares y no produce garantías de un debido proceso.

**El caso ante el sistema interamericano no tiene nada que ver con la inocencia o culpabilidad de los comandos**. Pero la resolución del tema en instancias internas ha sido tan mala (y dilatoria) que nos complicará la vida en San José, tanto al no resolver el juicio contra los gallinazos del SIN en un plazo relativamente breve, como por llevar el caso ante un fuero que no era pertinente y con al menos una resolución con problemas de motivación.

---

<sup>3</sup> RODRIGUEZ BRIGNARDELLO, Hugo. "Chavín de Huántar ante la CIDDDH. Un caso complejo y ciertas trasmutaciones deliberadas.. pág. 23

Dos lecciones que deben quedar de este caso son: 1. Aprender a diferenciar a los héroes de los villanos en esta historia y 2. saber que los procesos y procedimientos formales no están hechos por gusto, sino que tienen una razón de ser. A ver si el Estado lo entiende en los próximos meses.

## **1.2. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

Luego de haber descrito la problemática relacionada con el tema, a continuación con fines metodológicos será delimitada en los siguientes aspectos:

### **a. DELIMITACIÓN ESPACIAL**

El estudio se desarrollará en el Distrito Judicial Militar – Policial de Lima.

### **b. DELIMITACIÓN TEMPORAL**

El período, que se utilizará como parte de la investigación, abarcará desde el año 2010 - 2011.

### **c. DELIMITACIÓN SOCIAL**

Delimitar socialmente este tema implica lograr la funcionalidad de la Justicia Militar, a partir de su legalidad y sobre todo, que la nueva normatividad vigente permita encontrar mecanismos de entendimiento, respetando los fueros, con el Ministerio Público y con la Corte Suprema del Poder Judicial.

### **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

#### **PROBLEMA GENERAL**

¿En qué forma la Inconstitucionalidad viene generando cuestionamientos a la reforma de la Justicia Militar Policial en el Perú?

#### **PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

- a. ¿De qué manera el Decreto Legislativo 1094 sigue incumpliendo con el criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?
- b. ¿En qué medida la incorporación de nuevos ilícitos militares policiales tipificados en el Decreto Legislativo 1094 vulnera los estándares establecidos en la Constitución Política y los Tratados Internacionales?
- c. ¿En qué forma el Decreto Legislativo 1094 encubre conductas que vulneran derechos fundamentales bajo la denominación de delitos de función?

### **1.4. OBJETIVOS**

#### **OBJETIVO GENERAL**

Señalar la forma en que la Inconstitucionalidad viene generando cuestionamientos a la reforma de la Justicia Militar Policial en el Perú.

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Determinar la forma en que el Decreto Legislativo 1094 sigue incumpliendo con el criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Establecer el modo en que la incorporación de nuevos ilícitos militares policiales tipificados en el Decreto Legislativo 1094 vulnera los estándares establecidos en la Constitución Política y los Tratados Internacionales.

Explicar la manera en que el Decreto Legislativo 1094 encubre conductas que vulneran derechos fundamentales bajo la denominación de delitos de función.

### **1.5. IMPORTANCIA**

Es importante este Proyecto de Tesis porque contribuirá a delimitar las facultades y prerrogativas constitucionales que tiene el Fuero Privativo Militar Policial frente a la Justicia Común, delimitando de esta forma los criterios doctrinarios, legales y jurisprudenciales que fundamentan la autonomía de la Justicia Especializada.

### **1.6. JUSTIFICACIÓN**

Se justifica desde el punto de vista teórico por cuanto, se pretende forjar una Doctrina Militar – Policial, acorde con la reforma del Estado, de tal manera que la Justicia especializada contribuya en la mayor eficiencia y funcionalidad del Fuero Privativo Militar.

Desde el punto de vista práctico, este Proyecto de Tesis, busca establecer una interpretación jurídico – constitucional, que sirva para la formación, capacitación y especialización del personal militar – policial.



## **CAPÍTULO II**

### **BASES TEÓRICO DOCTRINARIAS**

#### **2.1. ANTECEDENTES**

Según Cáceres Patrón Altamirano, en su Tesis para Obtener el Título de Maestría en Derecho Penal UIGV. 2007, Titulado: “Problemas Constitucionales a partir de la Reforma de la Justicia Militar en el Perú”, concluye que debemos adecuar nuestra Justicia Militar a los Cánones Constitucionales, de acuerdo con las tendencias actuales, las mismas que se insertan en el contexto de Reforma del Estdo.

#### **2.2. BASES TEÓRICAS**

##### **2.2.1. MARCO FILOSÓFICO**

##### **2.2.1.1. ESCUELA FILOSÓFICA DEL JUSNATURALISMO**

Alzamora señala que “es la corriente del pensamiento jurídico que parte del concepto de que sobre el derecho vigente, es decir, las reglas dictadas por los hombres, existe un derecho superior compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de su contenido y como pauta de actuación y decisión de los agentes aplicadores del derecho. Se le define como el conjunto de principios que permite lograr una coordinación de las acciones humanas interferidas intersubjetivamente”<sup>4</sup>.

Expone los principios del Derecho concebidos por la razón y fundados sobre la naturaleza del hombre, en suma, los ideales de lo permanentemente justo. Esta corriente se ha desarrollado desde los albores de la humanidad. Al respecto hacemos una apretada visión histórica.

Sus características son:

- Es universalmente válido para todos los hombres, porque son preceptos que no se basan en circunstancias accidentales sino en la naturaleza

---

<sup>4</sup> ALZAMORA VALDEZ, J. (1,993) “Instituciones del Derecho”. UNMSM. Lima-Perú. pág. 120.

humana. No puede concebirse una convivencia racional y ordenada donde no se observen sus principios básicos.

- Es necesario, porque sus normas se presentan como ineludible imperativo de la razón, que percibe la relación ontológica entre el ser y su finalidad, entre el hombre y el bien.
- Es inmutable, en sus primeros principios, precisamente porque responde a una necesidad ontológica basada en la naturaleza misma del hombre. En cambio, las relaciones concretas a la que se les aplica el Derecho Natural pueden cambiar.

Para el EL JUSNATURALISMO MODERNO, los efectos revolucionarios de la idea del derecho natural yacentes desde la antigüedad y alimentados por el cristianismo, emergieron en los siglos XVII y XVIII con gran fuerza y dinamismo.

Correspondió a Hugo Grocio (1583) abrir este periodo, afirmando que “El derecho natural es un dictado de la razón que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral”. Plantea la independencia del jusnaturalismo, de la divinidad, ya que reside en la razón y la sociabilidad.

Grocio señala que el instinto de sociabilidad era la base del derecho natural –dictada por la razón- y cuyas normas resultaban del consentimiento de los Estados, por lo que conservaron su valor aunque Dios no existiese.

Siendo la naturaleza del hombre la fuente directa del Derecho Natural, la mediata es Dios, al cual está sujeta a través de aquellos principios internos que ha hecho existan en nosotros.

Samuel Pufendorf, considera que el derecho natural se encuentra en el ejercicio y en el mantenimiento de la sociabilidad del hombre. Deduce que todas las cosas que promueven necesaria y universalmente la sociabilidad son concebidas como ordenadas por el derecho natural, y que en todas las cosas

que la impiden o destruyen entran en la categoría de lo prohibido. Parte del criterio de que el hombre es un animal sociable y no social, que inicialmente es un ser aislado que se asocia por un contrato dando lugar al Estado.

Christian Tomasio (1655) sostiene que la fuente del derecho natural es la felicidad, la que sólo se logra con una vida digna y justa. En verdad se trata de una ética cuya máxima estaría dada por el hacer de uno mismo, lo que uno quisiera que los demás hicieran de sí mismos.

Con lo expuesto por los autores citados, era lógica que si el derecho nace de la naturaleza humana, el principio de la igualdad fuera desarrollado. A favor de este principio operó la afirmación de que el Estado fue creado como resultado de un “Pacto” entre los hombres.

La idea del Contrato Social (Pacto), la afirmación de los derechos naturales humanos y la idea del “Estado de Naturaleza” constituyeron las ideas políticas y jurídicas más poderosas entre los siglos XVII y XIX.

Los derechos naturales tomaron importancia después de la Revolución Inglesa de 1688. Por ellos se reivindica la supremacía de la ley sobre la voluntad del gobernante; estos, por ser fundamentales para la dignidad del hombre son inviolables.

La idea del “Estado de Naturaleza” fue expresada magistralmente por Juan Jacobo Rousseau (1712). Su consigna fue el retorno de la naturaleza, aludiendo con ello a un modo de vivir a la vez primitivo e ideal opuesto a la existencia artificial que veía a su alrededor, el orden político fijado y aún a la cultura establecida.

El Estado de Naturaleza según Rousseau, era como el esplendor de un paraíso perdido, como un estado de cosas dentro del que el hombre no estaba

constreñido por convencionalismos o artificios sociales; por tanto, a fuerza, libre e igual.

En síntesis Rousseau plantea “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual uno, uniéndose a todos los demás no obedezca sino a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes”.

El Jusnaturalismo Contemporáneo, sostiene la visión del derecho natural varía sustancialmente a raíz de los aportes dados por Emmanuel Kant, al campo de la filosofía. Es valioso lo expuesto en su “Crítica de la Moral Práctica y en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Un seguidor de él, Rodolf Stammler, postula un derecho natural de sentido Kantiano: “no existe, ningún precepto jurídico que por razón de su contenido pueda establecerse de manera absoluta”. No cabe, por consiguiente, sino “establecer un método formal universalmente válido capaz a determinar cuando la substancia necesaria mudable del derecho, históricamente condicionada recibe la propiedad de ser objetivamente justa”. Este carácter puramente formal del derecho natural hace que éste pueda tener diversos contenidos, según los diversos materiales empíricos ordenados conforme a ese método formal invariable. Es decir, que se trata de un derecho inmutable en la forma pero mudable en su contenido. Aparece también Giorgio del Vecchio (1878), para quien el derecho natural es una idea puramente formal a la que pueda acomodarse o no el derecho; lo que permite valorar el derecho positivo y medir su intrínseca justicia.

Considero que esta tendencia filosófica descansa en una concepción trascendental porque superpone los principios naturales de la moral y la ética, principio válido para todos los hombres, sobre las relaciones jurídicas, sustantivas y procesales creadas por el hombre a través del Estado.

### **2.2.1.2. ESCUELA HISTORICISTA**

La concepción histórica del derecho aparece en el siglo XIX al influjo del romanticismo. Afirma Finch que “el Derecho, como todas las instituciones sociales, como la costumbre, como el lenguaje, son fuerzas orgánicas del crecimiento y desarrollo que se producen dentro de los cauces propios, en relación íntima con los grupos populares correspondientes”<sup>5</sup>.

Sus mejores exponentes son Federico Carlos de Savigny (21) y Jorge Federico Puchta.

Savigny intenta en sus obras unir el derecho y la vida, considerando que aquél es la vida de los hombres.

El Derecho es considerado como un producto del carácter nacional y del espíritu peculiar de un pueblo. Sostiene que en cada pueblo se desarrollan ciertas tradiciones y costumbres que por su práctica continúa, acaban por convertirse en normas jurídicas. Señalan que la ley no contiene todo el derecho ni el más importante. Más aún, esta no es sino el derecho consuetudinario traducido a un esquema conceptual por la autoridad del Estado; por tanto el legislador es tan sólo un descubridor de la jurisdicción pre-existente en el pueblo.

Para los historicistas, en general, hay una ligazón estrecha entre el derecho y el ambiente en que surge. El ordenamiento jurídico funciona en la vida cotidiana no en el mundo de las teorías; se expresa en los hechos sociales y necesita de la aquiescencia de los hombres a cuya vida afecta, dado que incide sobre sus actos e intereses.

Valorativamente, debe reconocerse que el historicismo ha servido para contrarrestar el excesivo entusiasmo de los jusnaturalistas al insertarle al derecho un sentido histórico; pudiéndose observar así la variabilidad de los ideales jurídicos, según las diversas circunstancias, pueblos y épocas. También dejó en claro que el derecho, al ser un producto social, es consecuencia de la convivencia y de la estrecha relación con los demás elementos sociales y culturales.

---

<sup>5</sup> FINCH, John. “Introducción a la Teoría del Derecho”. (1984). Labor Universitaria Manuales. Santiago de Chile.. Pág. 140.

### **2.2.1.3. EL POSITIVISMO**

Esta corriente jurídica surge de la aceptación de una serie de principios filosóficos expuestos por Augusto Comte, a mediados del siglo XIX.

Manifiesta García Toma que “el positivismo refleja toda una actitud frente al problema del conocimiento y es la expresión más clara del espíritu cientista de la época. El conocimiento positivo se refiere a lo real, a los hechos, a lo que constata con la experiencia sensible externa. Por lo tanto, su objeto se encuentra en las leyes que rigen a los fenómenos”<sup>6</sup>.

El positivismo rechaza la metafísica por cuanto ella pretende estudiar algo no constatable; por ello, vago dudoso.

Para el positivista no existe nada más allá del mundo percibido de las cosas corporales; y de la experiencia sensible. Su método es el de las ciencias físico-naturales, el cual opera en virtud de la causalidad. Toda causa tiene un efecto, al extremo de expresar en su tema que: “Saber para preveer, proveer para preveer”.

Comprende: el Positivismo Analítico, el Positivismo Sociológico y la Teoría Pura del Derecho. Precisamente, esta última teoría es la visión del derecho expuesta por Hans Kelsen que intenta definir las condiciones previas válidas en todo análisis jurídico correcto.

### **2.2.1.4. EL NEOPOSITIVISMO**

Sobre las bases de la concepción positivista del derecho, surge desde finales del siglo XIX, una reformulación de sus postulados. Se consideran como expresiones del Neo Positivismo las siguientes:

#### **A. EL SOCIOLOGISMO**

Según RECASENS SICHES “tiene como fuente de inspiración la tesis pragmáticas de William James. Este sostiene que la verdad es lo que funciona mejor, lo que conviene a cada parte de nuestra vida y puede unirse a todo el conjunto de nuestra experiencia”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. (1992). “Teoría del Derecho”. CONCYTEC. Lima-Perú.. pág. 297.

<sup>7</sup> RECASENS SICHES, Luis. (1982) “Filosofía del Derecho”. Ediciones Jurídicas. México.. Pág. 106.

Esta corriente surge como una protesta contra la concepción jusnaturalista y como una reacción contra la esterilidad y formalismo de la jurisprudencia analítica. Sostiene que, para interpretar el derecho hay que proceder a una concienzuda comprensión y a una correcta valoración de las realidades sociales vigentes en determinado momento histórico. Para ello, se requiere un profundo conocimiento sociológico de los hechos, necesidades y vicisitudes sociales y una profunda colaboración de las demás ciencias sociales.

Estima que el derecho es un fenómeno social que nace y evoluciona en virtud de la acción de los diversos factores de la convivencia colectiva y que mantiene una relación íntima con los hechos y las realidades de la vida social.

Plantea que es un producto de las fuerzas sociales y no una voluntad formal del soberano.

El ilustre jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes Jr. es considerado como el precursor del sociologismo, al haber expuesto en su obra "The Common Law", en 1897, que "La vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones del orden público reconocidas o inconscientes, aún los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos han tenido una influencia mucho mayor que los silogismo en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, como si contuviera los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas".

Holmes, si bien acepta la existencia de formas y estructuras para explicar dogmáticamente al derecho, estima que es más importante la búsqueda y consolidación de los fines que una sociedad pretende alcanzar mediante juricidad, así como las razones para deseárselos.

Benjamín Cardozo, (1870-1938) Magistrado de la Corte de Apelaciones de Nueva York, dentro de esta perspectiva, ha resumido en 4 fases el proceso mental de un magistrado al emitir un fallo:

Utilización del método de deducción lógica;

Utilización del método histórico evolutivo para conocer la línea de desenvolvimiento de una norma por el transcurso de los tiempos;

Búsqueda de datos que permitan conocer las costumbres y las convicciones sociales vigentes;

Búsqueda de las consideraciones existentes de justicia y de bienes social:

Ello le lleva a asegurar de que la sentencia no es únicamente un proceso de descubrimiento, sino también, en grado considerable, un proceso de creación.

El juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el derecho pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta.

## **B. UTILITARISMO**

Tendencia filosófica cuya esencia y planteamiento radica en una concepción práctica sobre el hombre, las cosas y los diversos fenómenos. Esta escuela propugnada por Alfred Séller en Inglaterra, durante las primeras décadas del siglo XX, hoy en día se ha convertido en el paradigma de la ideología contemporánea y neoliberal.

En tal sentido se propugna una creciente tendencia hacia la búsqueda de todo aquello que pueda tener una utilidad económica significativa; concepción en la que todo se reduce a lo útil que pueda ser el hombre, sin importar su dignidad y trascendencia.

### **2.3. BASES TEÓRICAS**

De acuerdo con Enrique Bernalles Ballesteros<sup>8</sup> el análisis de la jurisdicción militar en relación al marco constitucional vigente revela dos situaciones

---

<sup>8</sup> **BERNALES BALLESTEROS, Enrique**. “Constitución de 1993”. Ediciones Jurídicas. Lima Perú. Edición Actualizada. 2001 pág. 123.



relacionadas entre sí. De untado, subsiste la tendencia histórica de las Fuerzas Armadas a considerarse como un estatuto especial dentro del Estado que demanda autonomía e independencia castrenses, aunque naturalmente la Constitución diga y ordene lo contrario.

#### **A. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA JUSTICIA MILITAR PERUANA**

Los ejércitos han experimentado, como toda institución, progresivos cambios a lo largo de la historia. En un principio se constituían por sujetos que formaban grupos, más o menos organizados, destinados a participar en empresas bélicas, que se disolvían tanto pronto concluían las guerras. A fines del siglo XV, la instauración de los Ejércitos permanentes trae consigo la institucionalización de las estructuras militares, tanto en lo que se refiere a ejércitos cuanto a los órganos administrativos que se ocupaban de los problemas bélicos. La cohesión y eficacia de esta nueva clase de Ejércitos se construirá a través de un régimen jerárquico y de unidad que supone exigir a sus integrantes disciplina, subordinación y lealtad.

Con el fin de garantizar la vigencia de la disciplina cuanto la subordinación absoluta a las órdenes de los superiores, se dictan normas que castigan aquellas conductas que no cumplen con las reglas del servicio y del régimen disciplinario. Las primeras se protegen penalmente, mientras que las segundas tienen una cautela menor que se traduce en sanciones administrativas. Se va formando así un Derecho militar y, como consecuencia lógica, aparece una justicia militar propia de esta nueva esfera del Estado.

Tal y como sucedió en otras ramas del derecho, el ordenamiento jurídico militar peruano estuvo fuertemente influido por las normas españolas que procedían de la colonia. En el siguiente apartado serán tratados puntuales rasgos del modelo de justicia militar vigente durante la colonia<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> CARRUITERO LECCA, Francisco. "Nueva Ley de la Justicia Militar Policial vía Interpretación Constitucional". Ediciones Jurídicas. Lima Perú. 2010 pág. 23.

## **1) LA JUSTICIA MILITAR EN LA COLONIA**

Las últimas Ordenanzas que rigen en el Perú colonial fueron las de Carlos III, vigentes a partir del 22 de octubre de 1768 para todos los Ejércitos de España y a partir de la Real Orden de 20 de septiembre de 1769 para todas las colonias. El Tratado VIII de las Ordenanzas Generales estaba destinado a regular tanto la competencia de los órganos judiciales militares como su composición y actuación. El título X se dedicó a tipificar los delitos militares y comunes que serían enjuiciados por los tribunales militares. Algunos delitos difícilmente tenían relación con el ámbito militar tal como el “juramento execrable por costumbre”, “el ultraje de imágenes divinas”, “ultraje a sacerdotes”, “violencia de mujeres” o el “contrabando”.

En relación con el procedimiento por el que se sustanciaban los delitos, cabe señalar que éste presentaba una etapa investigadora a cargo de un fiscal instructor, que pudo ser el sargento mayor del regimiento o su ayudante o, en su defecto, el designado por el capitán general. Al fiscal le corresponde la investigación del delito denunciado y, a su término, debe emitir un dictamen pidiendo pena o absolución. El fiscal contaba con la asesoría de un escribano, también militar del grado de tropa. Finalizado el sumario, la causa se remitía al consejo de guerra a quien le correspondía el enjuiciamiento de la causa. Los consejos de guerra podían ser de dos clases, consejos ordinarios o consejo de oficiales generales. Al primero le correspondía el enjuiciamiento de los militares que pertenecían a la tropa mientras a los segundos el de los oficiales. La composición de estos Consejos no era idéntica, pues mientras el ordinario se componía de capitanes, con excepción del comandante de la compañía del acusado, el de oficiales generales está formado por oficiales de grado superior a coronel. Los Consejos no eran permanentes, puesto que se constituían para cada caso concreto por orden del capitán general, a quien además le correspondía la tarea de nombrar a los miembros del consejo.

En el juicio que celebraba el consejo intervenía el fiscal que instruyó el sumario y el Auditor, en calidad de asesor, sin voto. Se ha dicho que era en el

capitán general en quien residía el *imperium*, puesto que las sentencias dictadas por los consejos de Guerra antes de ser ejecutadas, debían necesariamente de contar con la aprobación del capitán general, previo dictamen del Auditor, y cuando no se produjese acuerdo entre el capitán general y el Auditor se producía el disenso, que debía ser resuelto por una instancia superior. Aunque las Ordenanzas no se acatarán plenamente en las Colonias, debido a las particulares condiciones de los ejércitos españoles en ultramar, no cabe duda que han tenido una gran influencia en la legislación militar de la etapa republicana. Ello obedece, como explica Hurtado Pozo, al vacío legislativo originado por la no promulgación de leyes básicas, lo que determinó la supervivencia de la legislación española.

Una prueba de la influencia de la legislación española puede apreciarse en los distintos Códigos de Justicia Militar que han tenido vigencia en el Perú. En todos, sin excepción, la potestad jurisdiccional castrense, entendida como la facultad para resolver los conflictos en el ámbito penal militar estaba, tal y como sucedía en las Ordenanzas, en manos de militares legos en derecho. Como se apreciará en el siguiente epígrafe, la configuración de la justicia castrense en la actualidad guarda aún ciertos vestigios del pasado.

## **2) EL ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA MILITAR PERUANA**

El modelo de justicia militar que diseñan las Ordenanzas ha sufrido ciertas reformas que merecen una valoración positiva, aunque en determinados aspectos se mantienen rasgos prácticamente inalterados<sup>10</sup>.

Dos aspectos de la regulación merecen especial atención, de un lado, el carácter permanente de los consejos y, de otro, la participación del elemento técnico. Los consejos han dejado de constituirse especialmente para cada caso, existiendo consejos de guerra y consejos superiores de justicia de las Fuerzas Policiales (Art. 15 LOJM). En cuanto a la composición técnica, los consejos se

---

<sup>10</sup> VALENCIANO ALMOYNA, J. "En torno a un nuevo Código de Justicia Militar". En: *REDEM*, núm. 35, ene-jun, 1980. pág. 123

componen de un presidente y dos vocales, uno de los cuales deberá ser del cuerpo jurídico militar. Igual sucede con el Juez Instructor permanente, que será siempre un miembro del cuerpo jurídico militar (Art. 31 LOJM). El consejo se constituye además por el auditor y un fiscal del cuerpo jurídico militar (Art. 22 LOJM). Este reforzamiento de lo jurídico en la composición de los órganos judiciales militares, ciertamente mejorable, es consecuencia inevitable de la función que realizan y de las normas que aplican, que necesita de expertos en leyes. Piénsese en la normativa administrativa, penal y procesal militar, especialmente compleja de la que se sirven los jueces militares, a la que se suman las singularidades del régimen castrense.

Al Auditor le corresponde una función asesora de tipo genérico y paralelamente interviene en los juicios tomando parte en las deliberaciones, proponiendo cuestiones de hecho y redactando las sentencias que el consejo pronuncie (Art. 74.3 y 4 LOJM). Dicha función, no obstante, tiene un freno cuestionable puesto que el Auditor no vota la sentencia, a cambio de lo cual emite un dictamen. Los consejos, a los que supuestamente se atribuye la potestad jurisdiccional, emiten sus resoluciones previo dictamen del Auditor y si existiese disenso con éste, la causa se eleva en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar (Art. 309 CJM).

El papel del Auditor en los procesos penales militares es cuestionable. Podría pensarse que no tiene un papel decisivo en el proceso judicial, sin embargo, en los supuestos de disenso con el consejo, su dictamen podría llegar a ser determinante, siempre y cuando el Consejo Supremo aprobara su posición. Ello supone plantear si debe exigírsele imparcialidad en el ejercicio de su función. Sobre él no recae la condición de parte, como sucede con el Ministerio Público, a quien además se le atribuye la obligación de promover de oficio o a petición de parte la acción de la Justicia Militar. Es un hecho cierto que la posibilidad de determinar la decisión de un juicio conlleva la necesaria imparcialidad en el desempeño de su función. Sin embargo, el resto de funciones que la LOJM encomienda al Auditor hace difícil que pueda ejercer su

función con imparcialidad, pues su intervención en el proceso no se limita a la etapa del juicio encargada al Consejo, sino que debe también dictaminar toda denuncia así como las instrucciones concluidas. Todo ello supone haber tomado contacto con el objeto del proceso y haber efectuado, sin duda alguna, una valoración de los hechos que le impide actuar con imparcialidad.

Es evidente que las cosas han cambiado en la justicia militar desde el tiempo de las Ordenanzas, sin embargo, la jurisdicción sigue siendo considerada un imprescindible y necesario atributo del militar, entendida con un concepto disciplinarista de la justicia en el que se confunde el mando con la jurisdicción. Así puede observarse en la facultad concedida al Presidente de la República o al Consejo Supremo de Justicia Militar de ordenar al juez militar que abra instrucción, sustituyendo de esa forma la decisión judicial que debe adoptarse de forma independiente y sometida a la ley.

Resulta sorprendente que siempre se haya mantenido a los magistrados profesionales fuera del ámbito militar, como si fuesen incapaces de enjuiciar conductas militares; y, que el nombramiento de los miembros de los Tribunales Militares, de cualquier grado, sea una atribución exclusiva del Gobierno. Tal ha sido el distanciamiento entre la justicia militar y la ordinaria que toda reforma legislativa experimentada en el Perú tiene su germen en la organización judicial militar, no en vano, todos los Códigos de Justicia Militar han sido dictado por regímenes militares. Incluso el proyecto de reforma del Código de Justicia Militar y de la Ley Orgánica de la Justicia Militar publicado en El Peruano en julio del 2001, procede del Ministerio de Defensa y será debatido en el Congreso en la Comisión de Defensa, como si se tratase de una materia militar.

### **3) LOS PROYECTOS DE REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR**

El conflicto escenario vivido entre los años 2000 y el 2001, que supone el fin del gobierno de Fujimori, el surgimiento de un gobierno de transición y, finalmente, la instauración de un nuevo gobierno, provocó el nacimiento y expansión de un espíritu reformista que va desde la supresión de la Constitución de 1993 y la vuelta a la de 1979 hasta la reforma de la justicia castrense. Sobre

este aspecto de la reforma, se hará referencia en este estudio a dos propuestas: el proyecto de ley N° 1733 presentado por el congresista Henry Pease, que proviene de lo que podría llamarse la sociedad civil y el proyecto de reforma de la LOJM y CJM, procedente del Ministerio de Defensa.

Ambos proyectos merecen un análisis profundo, lo que se supondría desviarse del objetivo de este estudio, que es el de establecer el estado actual de la justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción. En este punto, realizaremos una breve descripción de las propuestas más relevantes acompañadas de un comentario en torno a la conveniencia o no de instaurarlas en el ordenamiento jurídico militar<sup>11</sup>.

#### 4) **EL PROYECTO DEL CONGRESISTA HENRY PEASE**

Este Congresista propone una reforma que, en lo fundamental, pretende primero, que la competencia de los tribunales militares no se extienda a los militares en retiro; segundo, que se incluya el delito contra la constitucionalidad y el Estado de Derecho; tercero, que la Sala Penal de la Corte Suprema conozca en casación las sentencias dictadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar; y, en cuarto y último lugar, que los militares del Consejo Supremo de Justicia Militar y de los Consejos de Guerra sean sustituidos por militares en retiro.

Centraremos nuestra atención en dos de las reformas propuestas por el proyecto del congresista; lo que no impide que se formule una crítica global. Es evidente que el proyecto responde a intereses coyunturales, y ello trae consigo que pretenda resolver sólo algunos problemas y a cambio margine otros interrelacionados con los primeros. Con ello el legislador elude dar un adecuado tratamiento normativo a cuestiones conflictivas, desplazando la problemática a los jueces que deben aplicar dichas normas.

Ello se desprende, por ejemplo, de la nueva conducta delictiva que pretende introducir en el CJM, cuyo lenguaje jurídico registra términos ambiguos

---

<sup>11</sup> ALVAREZ ROLDAN, L. "La nueva Jurisdicción Militar". En: *REDEM*, N° 53, t. I, enero/junio, 2006.

y conceptos vagos, que no responden a los habituales problemas del lenguaje natural o la tecnicidad de su manifestación jurídica, sino que pueden proceder de una mala técnica legislativa. Lo anterior, intencional o no, puede manifestarse en un género de supuestos en situación de indefinición normativa calculada. Las circunstancias anotadas, como se ha dicho anteriormente, se proyectan en su conjunto sobre la actividad del juez coadyuvando a hacerla, en alguna medida, incierta. Por otro lado debe tenerse en consideración que la conducta que pretende agregarse al CJM, tiene figuras homólogas en el Título XVI y XVII del Código Penal Peruano de 1991 y por lo tanto, de ser cometidas por militares, ello no supondría su impunidad sino que correspondería a los tribunales ordinarios.

Un segundo aspecto del proyecto, sin duda innovador, reside en atribuir la potestad jurisdiccional a militares en retiro. Para ello, sería el Consejo Nacional de la Magistratura el encargado de nombrar a los militares en retiro que integrarían el Consejo Supremo de Justicia Militar y nombraría también a los que desempeñan funciones en los Consejos Superiores, seleccionando a los propuestos en ternas por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

En este aspecto, es clara la intención del proyecto, pues se pretende fortalecer la posición de independencia de los jueces militares, asignando una función tan importante como el nombramiento a un órgano autónomo sin vínculos con el Ejecutivo. No en vano, la Constitución atribuye expresamente al Consejo Nacional de la Magistratura la selección y el nombramiento de los jueces, adquiriendo un carácter instrumental para la independencia, al tener entre sus funciones. Sin embargo, esta propuesta provoca ciertas interrogantes por un lado, y no ataja los problemas de los jueces militares, por otro. En este orden, y si el Consejo Nacional de la Magistratura tiene como fundamental función –que no la única- la selección y nombramiento de los jueces y fiscales, nos preguntamos si el nombramiento de los vocales militares los realizará por concurso público y si realizará una evaluación personal. En directa conexión con lo anterior, cabe preguntarse también en torno a la capacidad del Consejo para evaluar a los militares, al carecer de criterios y parámetros suficientes para

avaluar una carrera militar que no presentará méritos jurídicos, que tradicionalmente sirven al Consejo para resolver los concursos.

A pesar de la conveniencia de atribuir a un órgano constitucional independiente la selección de los vocales militares, persiste un grave defecto de la justicia castrense, que reside en la atribución de la potestad jurisdiccional a tribunales compuestos en su mayoría por militares, que carecen del conocimiento técnico necesario para impartir justicia. Tampoco el proyecto elimina los inconvenientes del singular entorno en el que se ejerce la justicia militar, pues al atribuir exclusivamente a militares la jurisdicción, mantiene la distorsión que en la aplicación de la justicia generan valores militares como la disciplina, jerarquía o subordinación. Ello podría superarse si los tribunales castrenses incorporan también magistrados profesionales.

A tenor de todo lo expuesto, cabe reflexionar sobre la conveniencia de que el Consejo Nacional de la Magistratura ejerza sus funciones en el ámbito de la justicia militar no designado a militares en retiro como propone el congresista Pease, sino a magistrados profesionales que impartan junto a miembros del cuerpo jurídico militar, también designados por el Consejo, la potestad jurisdiccional militar. Ello no supondría un problema para el Consejo en materia de selección y nombramiento, como sucede con los militares en retiro, pues en el caso de los jueces profesionales podría valorar sus conocimientos en derecho militar y en el caso de los miembros del cuerpo jurídico –en tanto abogados– podría evaluar sus méritos académicos y su actividad jurídica en los ejércitos.

Por último, y en lo que debe constituir un error de redacción, se advierte que el proyecto sólo hace referencia a los consejos superiores y no a los consejos de guerra, aunque parece razonable pensar que se refiere a la dos clases de consejos.



## **5) LOS PROYECTOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA**

Estos proyectos son de mayor envergadura que el analizado anteriormente, pues suponen una reforma importante en los pilares de la Justicia Militares, tanto en la norma que regula su estructura orgánica como en la que determina su competencia y procesos. Por lo tanto, centraré la atención en dos de las intenciones que parecen inspirar la reforma que proviene del Ministerio de Defensa. En primer lugar, restringir las atribuciones de los tribunales militares y, en segundo lugar, afianzar la independencia de los jueces militares.

Para conseguir el primer objetivo, el proyecto restringe la competencia de los tribunales militares por razón de la persona y por razón del delito. En el primer caso, el proyecto postula que la jurisdicción militar se ejerce exclusivamente sobre militares en situación de actividad o disponibilidad, excluyendo expresamente a los militares en retiro, siempre y cuando no hayan cometido el delito cuando estaban en activo. Excepcionalmente, se prevé que los tribunales castrenses sea competentes para enjuiciar a civiles por delito de traición a la patria y por infracciones a la ley del servicio militar (Art. 328 PCJM).

En el segundo caso, se limita la competencia material de los tribunales militares a delitos previstos y penados en el CJM. Sin embargo, y aquí reside uno de los problemas del proyecto, aún cuando el espíritu de la norma merece alabanzas, la técnica legislativa no es apropiada, pues introduce ciertos preceptos que, sin llegar a ser contradictorios, pueden generar cierta confusión y acabar sirviendo a fines espurios, como puede ser la ampliación de la competencia de los tribunales castrenses. En ese sentido puede observarse que el título preliminar del PLOJM dedica tres preceptos a delimitar el ámbito de actuación de los tribunales militares. El Art. IV establece que el fuero privativo militar juzga exclusivamente los delitos de función militares; mientras en el Art. V y en el VI se define lo que se entiende por delito de función. A estos preceptos se suman los del PCJM que marcan los límites de la jurisdicción militar, y así en el Art. 328 se expresa que la jurisdicción militar se ejerce, en tiempo de paz, por razón del delito y del lugar. El primer criterio se define en el Art. 329, repitiendo

la definición que consta en los arts. V y VI del título preliminar del PLOJM; y pese a quedar muy claro que la jurisdicción militar sólo conoce los delitos previstos en el CJM se precisa en el Art. 330 que los delitos de torturas, desaparición forzada de personas, genocidio y homicidio calificado en agravio de militares o civiles no pueden atribuirse a los jueces militares. La obviedad de este precepto es manifiesta puesto que ninguno de esos delitos pueden configurar un delito de función ni pueden ser considerados delitos militares, al no estar previstos en el CJM. Sin embargo, resulta también evidente que, aunque innecesario, dicho precepto pretende evitar que se repitan excesos del pasado.

Cuando el PCJM determina la competencia por razón del lugar, establece que el delito inherente a la función del militar, cometido en algunos de los establecimientos militares que detalla corresponde a la jurisdicción militar (Art. 332). Dicho precepto podría generar cierta confusión, puesto que al incluir el criterio del lugar sin precisar a qué delitos inherentes a su función se está refiriendo, podría llevar a alguno a entender que todo delito cometido con ocasión de acto de servicio en un establecimiento militar corresponde a los jueces militares. La interpretación de las normas que atribuyen competencia a los jueces militares debe realizarse de manera restrictiva primero, y sistemática después. Atendiendo a ello, el criterio del lugar constituye un elemento a tener en cuenta por el juez al determinar si la conducta configura o no un delito previsto en el CJM, de ninguna manera debe entenderse como un elemento preferente para considerar un delito como militar, puesto que los únicos delitos sobre los que tienen jurisdicción los jueces militares son aquellos previstos en el CJM, según el proyecto.

Ahora bien, resulta conveniente que se haya eliminado la cláusula en virtud de la cual los tribunales militares podían conocer conductas previstas en el código penal común, cuando agraviado e inculpado son militares, tal como prescribe actualmente el Art. 324 CJM. Debe valorarse positivamente en el PCJM que los casos de conexión subjetiva y objetiva, entre civiles y militares o

entre delitos civiles y militares, se atribuyan a los tribunales ordinarios (arts. 330, 350 y 351 PCJM).

El segundo de los objetivos del proyecto que parece intentar reforzar la independencia de los jueces militares, es la facultad que concede al presidente de la República para designar a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, a propuesta de los Ministros de Defensa y del Interior, tras un proceso de evaluación conjunta realizado y con opinión favorable del presidente de la Corte Suprema (Art. 7 PLOJM). En el caso de los miembros de los consejos, tanto los de guerra como los superiores, se prevé que sus miembros sean nombrados a propuesta del presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar por resolución suprema refrendada por el ministro del sector.

En este punto, la reforma pretende “garantizar una adecuada selección de los miembros de los mismos (Consejo), así como su plena autonomía en el ejercicio del cargo”. Parecen entender los autores del proyecto, que al atribuir la designación al Presidente de la República, para el caso del consejo supremo, y al Presidente del Consejo, para los consejos, se quiebra la relación de dependencia entre los vocales militares y los órganos de la Administración Militar. En nuestra opinión, que la facultad de designar a los cargos judiciales recaiga en el Ministro de Defensa, en el Presidente de la República o en las más altas autoridades militares, siempre supone que continúe en manos del Ejecutivo, con todos los riesgos que ello entraña.

En suma, no parece que el proyecto introduzca reformas en materia de independencia judicial. El Poder Ejecutivo continúa ejerciendo respecto de los jueces militares una facultad que no ostenta sobre los jueces ordinarios. Precisamente a éstos últimos los designa el Consejo Nacional de la Magistratura, un órgano autónomo del Ejecutivo, que no tendría porqué excluirse del mecanismo para designar a los jueces militares.

## **6) APUNTES CONSTITUCIONALES SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES: COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA EN EL CASO LA CANTUTA**

### **a) INTRODUCCIÓN**

Un estudio del caso *La Cantuta* supone, para la mayoría de los peruanos, traer a la memoria sucesos que no desean ser recordados. Desde 1980 la actuación de los grupos subversivos Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru mantuvo en vilo al país, lo que provocó que se adopte la decisión de dar a las fuerzas armadas el control del orden interno en las zonas declaradas en emergencia. Desde entonces, se desató una cruenta guerra interna entre el Estado Peruano y los citados grupos subversivos. Durante los años que duró dicho enfrentamiento, especialmente después del “autogolpe” del 5 de abril de 1992, las autoridades militares y civiles olvidaron en algunos momentos su función primordial de respetar y proteger la población. Con el objetivo de desarticular a los comandos subversivos atentaron y violaron derechos fundamentales de los subversivos así como de personas que no eran parte de esos grupos armados<sup>12</sup>.

Durante esos años los ciudadanos vivían en estado de indefensión en medio del fuego de dos grupos que llegaron a usar los mismos métodos de ataque y defensa. Lo lamentable de esta forma de enfrentamiento fue que el Estado llegó a actuar igual y en algunos casos peor que los perseguidos, usando todo su aparato defensivo en desarticular a los grupos subversivos, sin considerar en su actuación los límites impuestos por nuestro ordenamiento constitucional.

El citado enfrentamiento y el estado generalizado de inseguridad –entre otras circunstancias que por exceder el objetivo de este trabajo no mencionaremos- trajeron como consecuencia que los controles institucionales del poder se fueran diluyendo. Paulatinamente el Poder Ejecutivo fue

---

<sup>12</sup> CARRUITERO LECCA, Francisco. “Nueva Ley de la Justicia Militar Policial vía Interpretación Constitucional” . Ediciones Jurídicas. Lima Perú. 2010. Pág. 231

concentrando cada vez más poder y la actuación de las Fuerzas Armadas, constituidas para garantizar la independencia, soberanía y la integridad territorial, se fue desvirtuando, sumiéndonos en un estado de crisis constitucional y democrática. Debido a dicha crisis, los límites que se derivan del contenido de los derechos fundamentales y las competencias institucionales establecidas en la Constitución fueron sobrepasados.

En ese contexto, y como paradigma de lo que sucedía en nuestro país se produjeron los hechos que dieron origen al caso *La Cantuta*. Los acontecimientos que lo conforman son muestra de los excesos que cometieron las Fuerzas Armadas con el apoyo y encubrimiento de las autoridades civiles. Como desarrollaremos seguidamente, el gobierno autocrático que se instauró en el Perú no tuvo reparos en aprobar normas inconstitucionales, manipular al Poder judicial y al Ministerio Público, y ampliar ilegítimamente la competencia de los tribunales militares para proteger a los responsables de los luctuosos hechos que configuran este caso.

En el presente trabajo, nos limitaremos a analizar, desde una perspectiva constitucional, el fallo de la Corte Suprema de la República en la contienda de competencia planteada por el Consejo Supremo de Justicia Militar, respecto al juzgamiento de los oficiales del Ejército Peruano responsables de la ejecución de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”. En ese sentido, abordaremos el diseño constitucional de los tribunales militares, el fundamento de los mismos, el contenido de los denominados delitos de función y la competencia de los tribunales militares en delitos que afectan gravemente los derechos fundamentales.

Finalmente, resulta imprescindible mencionar que durante el mes de agosto de 2001 el caso La Cantuta volvió a conciliar el interés de la opinión pública. En esta oportunidad, en la noche del 27 de agosto el Congreso de la República determinó que el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori era

responsable político de los hechos que conforman este caso. Dicha decisión fue adoptada por el voto unánime de los 75 congresistas que se encontraban habilitados para emitir su voto.

#### **b) ANTECEDENTES Y DESENLACE DEL CASO LA CANTUTA**

En mayo de 1991 los claustros de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle-“La Cantuta” fueron objeto de una intervención militar. En desmedro de la autonomía universitaria, se instalaron en ambas casas de estudio destacamentos del Ejército Peruano, a los denominaron Base de Acción Cívica. La razón esgrimida por el Poder Ejecutivo para ordenar dicha medida fue la necesidad de eliminar la actividad subversiva del interior de las mencionadas universidades. Desde entonces se incrementaron las actividades de inteligencia militar dentro de las universidades. Profesores y alumnos eran seguidos, vigilados e incluso amenazados por los efectivos militares acantonados en los campus universitarios.

Lamentablemente, la presencia militar en las universidades, como componente de la estrategia contra subversiva, propició abusos y además sofocó el movimiento político estudiantil y trajo consigo un clima desfavorable al debate político y a la confrontación de ideas, situaciones que son propias del quehacer de los claustros universitarios.

En ese contexto, el 18 de julio de 1992 luego de la media noche, un escuadrón del Ejército Peruano ingresó a los dormitorios de los estudiantes de la Universidad Nacional de Educación y detuvo, con base en una relación de nombres, a nueve estudiantes de esa casa de estudios. Hizo lo propio con el docente Hugo Muñoz Sánchez, quien fue extraído de su domicilio y detenido en presencia de su cónyuge. Según los testigos de los hechos, las diez personas no fueron informadas sobre los cargos que pesaban sobre ellos ni se les comunicó a dónde serían conducidos, se les sustrajo de sus habitaciones y tal

como se encontraban fueron introducidos en vehículos con lunas polarizadas y conducidos con rumbo desconocido.

Los procesos de *habeas corpus* iniciados tanto por las autoridades de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta” como por los familiares de la víctimas fueron infructuosos, no sirvieron para conocer el lugar de su detención ni el estado en que se encontraban los nueve estudiantes y el profesor. Es más, las autoridades militares contra las que se iniciaron los mencionados procesos negaron la existencia de tales detenciones y obstaculizaron las investigaciones jurisdiccionales. Por otro lado, el desarrollo de estos procesos tampoco fue regular; existieron dilaciones indebidas y pronunciamiento erráticos por parte del órgano jurisdiccional. Obviamente, esta actitud de los jueces contravino la naturaleza y fines del *habeas corpus*, el cual se caracteriza por ser un procedimiento breve y sencillo para proteger de manera rápida y adecuada el derecho a la libertad individual y los derechos conexos a ella.

La misma actitud hostil y de falta de colaboración fue sostenida por las autoridades militares frente a la investigación que inició el Ministerio Público por la desaparición de los nueve estudiantes y el profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”.

Las mencionadas anormalidades así como la resistencia de las autoridades militares, de alguna manera evidenciaban, tempranamente, la intención del poder político y militar de ocultar y proteger a los responsables de los hechos acaecidos la noche del 18 de julio de 1992 en el campus de la citada universidad.

Posteriormente, en julio de 1993, gracias a la investigación realizada por los periodistas de la Revista *Sí*, se descubren fosas con restos óseos en las localidades de Huachipa y Cieneguilla. La primera hipótesis sobre estos restos fue que correspondían a los nueve estudiantes y un profesor de la Universidad

Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”. La investigación que realizó el Ministerio Público corroboró lo que el poder político trató de ocultar: los restos óseos pertenecían a las personas detenidas en la mencionada universidad el 18 de julio de 1992, las cuales habían sido sometidas a torturas y luego ejecutadas por los oficiales y sub oficiales del Ejército Peruano que integraban el denominado Grupo Colina.

El 16 de diciembre de 1993, el Ministerio Público denunció ante el Poder Judicial a los integrantes del Grupo Colina por los delitos de secuestro, desaparición forzada de personas y asesinato en agravio de los nueve estudiantes y el profesor. La mañana del 17 de diciembre, a menos de 24 horas de recibida la denuncia y con inusual celeridad, el Juez Provisional de 16° Juzgado Penal dictó el auto que abría la investigación jurisdiccional del caso. Por la tarde de ese mismo día, el Consejo Supremo de Justicia Militar promovió contienda de competencia argumentando que el caso venía siendo tramitado ante él y su jurisdicción excluía la del juez penal.

De acuerdo al artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la solución de la contienda de competencia planteada correspondía a la Sala Penal de la Corte Suprema. Es esta instancia jurisdiccional la que resolvería en último término que los tribunales militares juzguen a los miembros del grupo Colina.

Las Salas de la Corte Suprema están integradas por cinco magistrados y para formar resolución, de acuerdo al artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se requería alcanzar el voto conforme de cuatro de ellos. Asimismo, el artículo 144 de mismo cuerpo legal disponía que cuando no se reúnan los cuatro votos conformes se produce “discordia”, y ésta se resuelve a través de un procedimiento de dirimencia que consiste en llamar a votar a los vocales menos antiguos hasta lograr el número de votos requerido para formar resolución.

Al aplicarse el procedimiento descrito al caso La Cantuta, la Sala Penal de la Corte Suprema no pudo alcanzar el número de votos necesarios para formar



resolución: tres de los vocales se pronunciaron a favor de los tribunales militares y dos de ellos, los magistrados Almenara y Sivina, atribuyeron competencia a la justicia ordinaria, produciéndose la situación de discordia.

Cuando debía producirse la dirimencia, la mayoría gobiernista del Congreso aprobó la Ley N° 26291, destinada a regular la solución de contiendas de competencia entre los tribunales militares y el Poder Judicial. La mencionada ley entró en vigencia el 11 de febrero de 1994, precisamente el día en el que se reunió la Sala Penal de la Corte Suprema para resolver definitivamente la contienda de competencia. La citada Ley dispuso que las contiendas se resolvieran por mayoría simple de los votos emitidos por la Sala competente de la Corte Suprema. Asimismo estableció, de un lado, la modificación de toda norma que se le opusiera; y, del otro, su aplicación inmediata a todos los procedimientos que se encontraran en trámite, sin requerir nueva votación.

Esta ley, además de contravenir lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, fue dada para un supuesto específico –el caso La Cantuta- e hizo evidente el afán de poner fin a la contienda de competencia y dejar en manos de los tribunales militares el juzgamiento de los responsables de la desaparición y ejecución de los nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”.

A pesar de la evidente inconstitucionalidad de la Ley N° 26291 –también conocida como “Ley Cantuta”- fue aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema en la contienda de competencia. Los tres magistrados que inicialmente votaron a favor del juzgamiento en los tribunales militares se pronunciaron por la aplicación inmediata de la Ley N° 26291, mientras que los mismos magistrados que argumentaron y votaron a favor de la competencia de la justicia ordinaria, se pronunciaron por la inaplicación de la denominada “Ley Cantuta” y la continuación del trámite del procedimiento de discordia.

El fallo final de la Corte Suprema señaló, sin mayor análisis que estando vigente la Ley N° 26291, la votación realizada anteriormente permanecía y formaba resolución, haciendo innecesaria la intervención del Vocal dirimente y la continuación del procedimiento de dirimencia.

Así pues el 11 de febrero de 1994, con el voto de los magistrados Pantoja, Iberico y Montes de Oca, la Sala Penal de la Corte Suprema concluyó la contienda de competencia a favor de los tribunales militares, los mismos que se encargaron de juzgar y condenar a los integrantes del Grupo Colina. Finalmente, en junio de 1995 los oficiales y suboficiales del Ejército que integraban el Grupo Colina fueron amnistiados.

### **(1) El Fallo**

En líneas generales puede afirmarse que los vocales que formaron la mayoría requerida por la Ley N° 26291 alegaron que para solucionar este tipo de conflictos bastaba con determinar si la presunta violación a la ley penal fue sometida en acto de función y si el lugar donde ocurrió el evento se encontraba en de estado de emergencia.

Sobre la base de una argumentación poco sólida, estos magistrados expresaron que:

- La detención y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, es decir la infracción penal, fue cometida por el personal militar en cumplimiento de actos de función.
- En la fecha en que ocurrieron los hechos del caso, la Provincia de Lima se encontraba en estado de emergencia declarado por el Decreto Supremo N° 036-92 DE/CCFFAA. Por ello, era de aplicación el artículo 10 de la Ley N° 24150 de 6 de junio de 1985, que disponía que los integrantes de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que se encuentren prestando servicios en zonas declaradas en estado de excepción quedan sujetos a

la aplicación del Código de Justicia Militar y las infracciones tipificadas en dicho código que hayan sido cometidas en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación al servicio.

Finalmente, citaron una relación de pronunciamientos previos emitidos en casos similares al de La Cantuta, en los cuales se otorgó competencia a los tribunales militares.

## **(2) El Voto Singular**

El voto singular de los magistrados Almenara y Sivina, difiere del fallo descrito no sólo en el sentido, sino en la forma en como se realiza el análisis jurídico. Estos magistrados toman a la Constitución como punto de partida de su argumentación, especialmente en lo que se refiere a los tribunales militares y su competencia, reconociendo como excepcional el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales militares. Los principales fundamentos de su voto fueron los siguientes:

- De acuerdo a lo establecido en los artículos 139 inciso 1 y 173 de la Constitución es posible inferir que los tribunales militares sólo son una instancia que ejerce la función jurisdiccional en un ámbito estrictamente funcional. Su existencia tiene como objetivo resguardar, fundamentalmente, la disciplina militar en las Fuerzas Armadas y Policiales. Salvo las excepciones que la propia Norma Fundamental establece con respecto al juzgamiento de civiles por tribunales militares.
- El delito de función es el parámetro que determina la extensión de la competencia de los tribunales militares. En ese sentido, la Constitución establece un concepto restringido del delito de función, cuyos límites están fijados en función de tres presupuestos. El ilícito penal debe tener relación directa con el ámbito funcional de las instituciones militares y policiales, afectando bienes jurídicos exclusivamente castrenses. Además esta conducta debe estar tipificada como delito en el Código de

Justicia Militar. Y finalmente, debe existir un nexo causal entre el delito cometido y la función encomendada al sujeto activo, la cual puede ser cumplida deficientemente, no ser cumplida o extralimitarla.

- Los hechos que configuran el caso La Cantuta no configuran delito de función, debido a que los bienes jurídicos tutelados no son estrictamente militares ni tienen relación con el ámbito funcional de los institutos armados.
- Los bienes jurídicos afectados son presupuesto indispensable para la vida en comunidad y propios del derecho penal común, por ello, la investigación y eventual sanción por su afectación corresponde a los tribunales ordinarios.
- Los ilícitos cometidos por el personal militar que integraba el Grupo Colina como son secuestro, desaparición forzada de personas y asesinato, se encuentran únicamente tipificados en el Código Penal.
- No existe nexo de causalidad entre los hechos que configuran el caso y las funciones militares encargadas al Ejército Peruano, sobre todo porque nunca las autoridades militares reconocieron como acto de servicio la incursión del Grupo Colina en la Universidad Nacional de Educación La Cantuta.
- Es inconstitucional la interpretación que la mayoría de los vocales hace del artículo 10 de la Ley N° 24150. La declaración de estado de emergencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 137 de la Constitución, sólo autoriza la restricción de los derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y tránsito. Dicha norma no suspende las garantías judiciales propias del debido proceso, como es la competencia del Poder Judicial para investigar y juzgar los delitos y faltas comunes. En último caso, si existe incompatibilidad entre la Constitución y la Ley N° 24159, debe prevalecer la primera.

- Finalmente, señalan que en la solución de las contiendas de competencia entre los tribunales militares y los pertenecientes al Poder Judicial no se aplica el criterio del juez que previno, es decir, del juez que conoció primero el caso.

### **c) TEMAS EN CONFLICTO**

En relación con la resolución glosada se pueden plantear diversas interrogantes, la primera de ellas referida a cuáles son los alcances de la justicia militar en el Perú, así como cuál es la justificación de la existencia de tribunales militares en nuestro ordenamiento constitucional: son o no realmente necesarios y cómo se incardinan con el principio de unidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo, cabe preguntarse sobre el contenido de su competencia, cuáles son los parámetros que permiten determinar las materias que son competencia de los tribunales militares en relación a la competencia que le corresponde a los tribunales ordinarios. Siendo pertinente reflexionar también sobre los elementos que permiten establecer qué es un delito de función.

En la medida que el Estado peruano tuvo que afrontar circunstancias que pusieron en riesgo su seguridad e integridad, y hacer frente a ellas con los mecanismos que establece la propia Constitución, cabe examinar qué papel corresponde a los tribunales militares en estados de anormalidad constitucional, es decir, en los denominados estados de excepción.

Finalmente, en relación al caso concreto sería oportuno establecer cuál es la relación entre los tribunales militares y los delitos que afectan gravemente los derechos fundamentales.

### **a) La Unidad de la Función Jurisdiccional y los Tribunales Militares**

Durante la primera etapa de evolución histórica del Estado Moderno, es decir en los Estados pre-constitucionales se consideraba que los derechos y libertades no correspondían a los seres humanos como manifestación de su dignidad sino que les pertenecían en tanto fueran miembros de una organización

corporativa. La pertenencia a un grupo social u organización definía el estatus jurídico de las personas, es decir los derechos, libertades y normas que les fueran aplicables. El Estado basado en estamentos concebía a las normas que regían la situación de las personas de acuerdo a las características del grupo del que formaban parte. En esa medida, tales personas eran sometidas a tribunales constituidos en razón de su condición personal y eran procesadas conforme a normas específicamente diseñadas para un estamento o clase social.

En el Estado constitucional, los principios que sustentaban el Estado estamental se han superado. Uno de los principios básicos que conforman un Estado Constitucional es el principio de igualdad, por el cual todas las personas tienen iguales derechos y libertades, y salvo una razón objetiva y razonable, el estatus jurídico y las normas aplicables a los seres humanos está definido de igual forma para todos.

El artículo 139 inciso 1 de la Constitución establece que la función jurisdiccional es única y exclusiva del Poder Judicial, esto supone que este órgano sería el único con capacidad para emitir actos jurisdiccionales y que todos los conflictos sociales que se presenten serán resueltos de forma definitiva por el Poder Judicial. Este principio es coherente con el principio de igualdad en cuanto los individuos tenemos derecho a ser tratados igual ante los tribunales y a que no se creen tribunales de excepción en función a las personas. De acuerdo al Texto Constitucional, son los tribunales que conforman el Poder Judicial los únicos encargados de administrar justicia a todos los ciudadanos, sin importar su pertenencia a un determinado grupo social, corporación, raza, sexo religión, etc.

El principio de unidad en la función jurisdiccional constituye también una garantía de independencia de los jueces y del derecho de los ciudadanos a ser juzgados por un órgano independiente e imparcial, conforme a los cánones del debido proceso adjetivo. Esto ha sido asumido por Fernández Segado cuando afirma *que la clave del principio de unidad se encuentra en el hecho de que la*

*garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una organización judicial ordinaria, entendiendo por tal, aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto su competencia.*

A pesar de la importancia del mencionado principio, el mismo artículo 139 inciso 1 establece que existen excepciones al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, siendo una de éstas el funcionamiento de tribunales militares. Esta excepción, no debe ser entendida como un privilegio constitucional, consistente en el establecimiento de un órgano especial en donde se juzgue a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional de manera más benévola. Una interpretación de este tipo supondría aceptar la existencia de normas contradictorias al interior de la Constitución y eso contraviene la idea misma de Constitución.

Dentro de un Estado definido como democrático como el peruano, tal y como lo reconoce el artículo 44 de la Constitución, no es admisible la idea de fueros privativos para los integrantes de una corporación. En los Estados democráticos todo ciudadano, en teoría, es igual a los demás y un signo de esta igualdad es que debe ser juzgado por el mismo órgano jurisdiccional que sus pares.

En ese sentido, una interpretación del artículo 139 del Texto Constitucional coherente con el principio de unidad de la constitución que da cuenta de la relación e interdependencia existente entre los diferentes elementos de la Constitución, es considerar que la incorporación de los tribunales militares en nuestro edificio constitucional atiende a razones objetivas también previstas en nuestra Constitución.

La existencia de los tribunales militares debe ser considerada una excepcional delegación del ejercicio de la función jurisdiccional en determinados y específicos supuestos. Obviamente, esta delegación se justifica en la voluntad

del constituyente de proteger determinadas funciones que desempeñan los tribunales militares, en relación con el papel que deben cumplir las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en nuestro sistema constitucional.

Así pues y en función al contenido de los valores que se buscaban proteger en nuestro Texto Constitucional y su repercusión en nuestro crecimiento como Estado democrático, el constituyente ha realizado un trabajo de ponderación entre el principio de unidad de la función jurisdiccional y el papel que cumplen los tribunales militares y, con base en ello, ha considerado pertinente establecer una excepción al primero. Indiscutiblemente, el cumplimiento de la labor jurisdiccional por parte de los tribunales militares en tanto excepción, debe ser interpretada de manera restrictiva y responder a las razones que motivaron su incorporación en nuestra Constitución.

En esa línea de ideas, la razón de ser de los tribunales militares será la de garantizar el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional. De acuerdo con los artículos 165 y 166 de la Norma Constitucional, la primera tiene como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial mientras que la Policía Nacional tiene como misión garantizar, mantener y restablecer el orden interno. El cumplimiento de estas funciones requiere una organización eficiente que actúe con celeridad para mantener la disciplina y el orden interno entre sus miembros. Parte de esta organización son los tribunales, los cuales deberán desempeñarse como una instancia altamente entendida en el contenido de los deberes militares y capaz de determinar las infracciones a los mismos.

Los tribunales militares hallan su justificación al interior de un Estado Constitucional, en la necesidad de especialización de los órganos encargados de administrar justicia. Las tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, en tanto organización bélica del Estado indispensable para el cumplimiento de los requerimientos defensivos de la comunidad, demandan la existencia de una vía



judicial específica para el conocimiento y, de ser el caso, sanción de los delitos que los afecten.

Lamentablemente, el diseño constitucional del ámbito competencial de los tribunales militares no responde con coherencia a las razones que fundamentan su existencia y actuación. El artículo 173 de la Constitución no sólo establece que los tribunales militares son competentes para conocer los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, sino que extiende el ámbito de su competencia a delitos comunes, como lo son el terrorismo y traición a la patria. Esta medida obedece a los tiempos autocráticos en que fue concebida la Constitución, por ello trastoca la naturaleza de los tribunales militares, convirtiéndolos en una herramienta estatal de control político y un arma contra la subversión.

Entendemos que el artículo 173 de la Constitución debe ser revisado y modificado. Se debe apuntar a reducir la actuación de los tribunales militares al juzgamiento de delitos de función cometidos, obviamente, por los miembros de las institucionales armadas. Sólo en este supuesto se concretaría el fundamento constitucional de la actuación de los jueces militares.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Defensoría del Pueblo en su informe “Lineamiento para la reforma de la justicia militar en el Perú” al señalar que la competencia de los tribunales militares respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional rechaza concepciones subjetivas – fueros personales- y deba circunscribirse al supuesto del delito de función; de lo contrario, no sólo se estaría afectando la norma constitucional sino además el derecho a la igualdad.

Asimismo, la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional del Perú, conocedora de los problemas que suscitó la ampliación indiscriminada de la competencia de los tribunales militares en nuestro país, recomendó que los citados tribunales constituyan una instancia especializada y

autónoma de la judicatura ordinaria, encargados, únicamente, de procesar a militares que hayan cometido delito de función castrense.

En función a lo sostenido, resulta lamentablemente que la resolución que pone fin al conflicto de competencia en el caso La Cantuta no se haya detenido en examinar este tema. Por el contrario, el fundamento constitucional de los tribunales militares en un tópico ausente en la resolución. La actuación de los mismos fue considerada absolutamente natural, incluso sobrepasando el concepto de delito de función. Situación distinta se presentó en el voto singular de los vocales Almenara y Sivina. Los mencionados magistrados atinadamente afirmaron que los tribunales militares sólo tienen competencia funcional basada en su objetivo de garantizar la disciplina y el orden entre los miembros de los institutos armados.

Por último, consideramos errado que el concepto de acto de función y la declaratoria de estado de excepción en la ciudad de Lima se hayan tomado como puntos de partida para determinar la competencia de los jueces militares. A nuestro juicio, ambos constituyen criterios superados. Los elementos que determinan la competencia de los tribunales castrenses es la condición militar del sujeto activo y la comisión de un delito de función.

#### **b) Delito de Función**

En la línea de lo que hemos sostenido en el anterior epígrafe, consideramos a los tribunales militares una excepción a la regla de unidad de la jurisdicción. En consecuencia, su competencia debe restringirse al ámbito estrictamente militar, específicamente a la infracción de deberes propios de la función militar. Estos deberes, obviamente, sólo pueden ser incumplidos por los miembros activos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. En el Perú, entonces, el concepto de delito de función y la condición de miembro de la Fuerzas Armadas o policiales son los únicos parámetros para fijar la competencia de los jueces militares, debe relacionarse *con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares,*

*en función a los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado “utimiles”, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante.*

Con relación a la configuración de delito de función, la dogmática penal se ha encargado de determinar cuáles son los elementos que permiten calificar un delito como tal. En ese sentido, siguiendo a la jurisprudencia nacional el profesor San Martín afirma que esta calificación estará condicionada al cumplimiento concurrente de: *a) que el ilícito penal tenga relación directa con el ámbito funcional de las instituciones militares o policiales de las instituciones armadas, en cuanto afectan bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las fuerzas armadas; b) que el ilícito penal se encuentre previsto en el Código de Justicia Militar; y c) que exista un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función encomendada, que sólo puede derivarse del cumplimiento deficiente de función, del incumplimiento o de la extralimitación de la misma no bastando la mera ocasionalidad.*

A tenor de lo expuesto, se configura un delito de función cuando concurren tres elementos; primero que se lesione un bien jurídico militar, que se cumpla con el principio de legalidad penal y que exista una relación entre la comisión de la infracción con el cumplimiento de los deberes militares.

Concretamente en el caso La Cantuta, la aplicación de estos presupuestos tal y como lo hicieron los vocales Almenara y Sivina en su voto singular, demuestra que no se trataba de un supuesto de delito de función; y, especialmente, que a pesar de la condición militar de los sujetos activos la competencia del mismo correspondía a los tribunales ordinarios.

Los bienes jurídicos afectados por la desaparición forzada del profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta” fueron la vida, la integridad física y la libertad personal, los cuales no atañen a intereses exclusivamente castrenses, por el contrario, son bienes que el Estado y la sociedad en su conjunto consideran esenciales para el desarrollo de la vida en comunidad. Tampoco la desaparición forzada de personas, asesinato y secuestro son delitos tipificados, como tales, en el Código de Justicia Militar.

Es evidente que en el presente caso no existió un nexo causal entre los delitos esenciales y el cumplimiento de un servicio encomendado. Los delitos cometidos por los integrantes del Grupo Colina no correspondieron al incumplimiento, cumplimiento deficientemente o extralimitado de un acto de servicio, entendiendo éste como las actividades o funciones específicas que le corresponde cumplir a un sujeto militar por su condición de tal. En el marco de un Estado de derecho, declarado incluso en estado de emergencia, resulta errado sostener que corresponde a los agentes militares secuestrar, torturar y asesinar a personas sospechosas de la comisión de un delito. El cumplimiento de las funciones que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas de ningún modo se condice con la actuación del Grupo Colina, estos de ningún modo pueden ser considerados actos de servicio.

Es un hecho que los derechos fundamentales son un límite a la actuación del Estado, del sistema penal y naturalmente, de las Fuerzas Armadas. Por ello bajo ninguna circunstancia es posible considerar como actos de servicio la actuación de escuadrones de aniquilamiento integrados por miembros de ésta. Incluso en el supuesto en el que cuenten con el beneplácito de su comando o de las autoridades políticas. Además, este tipo de agrupaciones, en el marco de un Estado democrático y constitucional como pretende ser el Perú, no forman parte la estructura de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

En función a lo señalado hasta aquí, podemos afirmar que fue un error de la Sala Penal de la Corte Suprema sostener que “para dirimir la presente competencia entre dos fueros es preciso determinar si la presunta violación de la Ley penal ha sido cometida en acto de función”. La comisión de un delito en ocasión de estar cumpliendo servicios propios de la función militar no constituye un criterio para determinar la competencia de los tribunales militares. Precisamente en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al sostener que *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*. Además, como hemos mencionado antes, a nuestro modesto entender, los actos cometidos por el Grupo Colina no pueden ser considerados actos de servicio.

Hasta el momento se ha descartado el concepto de acto de servicio como criterio suficiente para determinar la competencia de los jueces militares en el Perú. En el siguiente apartado nos ocuparemos de la relación de determinar cuál es la relación entre tribunales militares y estados de excepción.

### **c) Tribunales Militares y Estados de Excepción**

Durante el desenvolvimiento de la vida de los Estados suelen presentarse situaciones que afectan el normal funcionamiento de sus instituciones y la convivencia armónica entre los miembros de la comunidad. Tales como las guerras, motines, catástrofes naturales, terrorismo, entre otras. Muchas veces estas circunstancias ponen en riesgo la estabilidad del Estado, ante lo cual es necesario adoptar medidas de salvaguarda. A través de estas medidas se enfrenta la crisis y se busca restablecer el orden perdido, siendo un ejemplo típico de estas medidas las declaratorias de estados de excepción.

Los estados de excepción suponen que el gobierno aumente su competencias y atribuciones habituales mientras que los individuos sufren restricciones mayores al ejercicio de sus derechos. En la medida que dichos estados están previstos en la propia Constitución, la doctrina suele denominarlos etapas de “dictadura constitucional”. Asimismo y dado que la declaración de estado de excepción responde a circunstancias concretas y, en principio, pasajeras, se trata de una medida transitoria cuyas características y límites se encuentran previstos en la Constitución y algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La Constitución de 1993 no es ajena a esta realidad constitucional y en su artículo 137 dispone que el Presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso, puede decretar por plazo determinado, en todo o parte del territorio nacional, estado de excepción. Establece también dos clases o tipos de estados de excepción. El primero es el denominado estado de emergencia que se declara en caso perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofes o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. El segundo de ello es el estado de sitio cuya declaración obedece a supuestos de invasión, guerra exterior, guerra civil o el peligro inminente de que se produzca.

En el presente trabajo nos interesa conocer lo referido al estado de emergencia, en la medida que este fue uno de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema para atribuir competencia a los tribunales militares en el caso La Cantuta.

De acuerdo a la Constitución, con la declaración de estado de emergencia, se restringen o suspenden el ejercicio de los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de tránsito, de reunión y a no ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El plazo de la declaración no debe exceder los sesenta días y su prórroga requiere nuevo decreto. Asimismo, las Fuerzas Armadas, si así lo dispone el Presidente de la República, asumen el

control del orden interno. Es evidente entonces que sólo cuatro derechos son afectados por la declaración de estado de emergencia, quedando intactos los otros derechos reconocidos por la Constitución.

Como hemos sostenido al inicio de este comentario, el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional es una garantía de la independencia de los jueces y del derecho de los ciudadanos a ser juzgado por un órgano independiente e imparcial. La independencia e imparcialidad de los tribunales constituyen garantías del debido proceso y en esa medida son derechos de las personas al interior de un proceso. Asimismo, el citado principio sienta las bases de la competencia de los tribunales, convirtiéndolos en una manifestación del derecho a un tribunal competente. Este derecho, supone la imposibilidad de ser sometidos a un proceso por autoridades que carezcan de competencia. También importa el respeto al principio de legalidad, esto es, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente determinada.

En ese sentido, y en la medida que el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional es un presupuesto para la satisfacción del derecho a un debido proceso, y éste es un derecho que no se suspende por la declaración de estado de emergencia, el citado principio tampoco resulta afectado por una declaración de este tipo. La distribución del ejercicio de la función jurisdicción establecida en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución, permanece intacta con la declaración de estado de emergencia. En situaciones de normalidad constitucional y durante estados de emergencia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial será la regla y el funcionamiento de los tribunales militares una excepción a la misma, pero únicamente para los supuestos específicos establecidos en el artículo 173 de la Constitución.

En la misma línea argumentativa, se ha pronunciado la Defensoría del Pueblo al afirmar que *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 consecuencia y de acuerdo a una interpretación respetuosa de los principios de unidad de la Constitución y corrección funcional, durante la vigencia de estados de emergencia, los tribunales militares seguirán juzgando delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y los tribunales ordinarios los delitos comunes cometidos por integrantes de las mencionadas instituciones.

Lamentablemente, un desarrollo similar a los argumentos expuestos sólo lo encontramos en el voto singular de los magistrados Almenara y Sivina. En la resolución adoptada por la mayoría de la Sala Penal de la Corte Suprema se evidencia una interpretación distorsionada del ambiguo artículo 10 de la Ley N° 24150, con el fin de atribuirle un contenido abiertamente inconstitucional.

Sin embargo, aunque el artículo 10 de la Ley N° 24150 podría ser calificado de ambiguo e incluso de innecesario, pensamos que fue posible interpretarlo de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución. En nuestra opinión, hubiese bastado que la Sala entendiera que cuando la Ley N° 24150 se refiere a infracciones al Código de Justicia Militar cometidas por agentes militares realizando actos de servicios en zonas declaradas en emergencia, éstas sólo puede ser delitos de función y en ningún caso delitos comunes. Esta interpretación hubiese concretado la fuerza normativa de la Constitución y armonizado lo dispuesto por una norma preconstitucional con los contenidos del Texto Fundamental.

#### **d) Derechos Humanos y Tribunales Militares**

Los derechos humanos son *un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.* Es decir, son facultades



y atribuciones necesarias para el libre desarrollo de todos los seres humanos, en esa medida, responden a necesidades físicas, psíquicas y espirituales.

También llamados derechos fundamentales, los derechos humanos tienen un doble carácter, no sólo constituyen derechos subjetivos, es decir de cada ser humano, sino que paralelamente son instituciones jurídicas objetivas que requieren de la actuación del Estado para su protección y desarrollo. Son elementos esenciales del orden constitucional por lo que el Estado debe proteger y promover el ejercicio efectivo de los mismos. Su vulneración afecta el sistema constitucional mismo.

Precisamente sobre el aspecto objetivo de los derechos humanos el profesor Pérez Luño ha destacado que *corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática*. En ese sentido, el aspecto objetivo de los derechos fundamentales exige acciones concretas por parte del Estado para garantizar la existencia de una sociedad democrática. Son instituciones que deben ser promovidas y protegidas por el Estado, sobre todo frente a cualquier ataque.

En relación con lo anterior, debe entenderse que cuando estos derechos resultan vulnerados o amenazados, el Estado tiene la obligación de investigar y sancionar a los que resulten responsables. La protección penal de estos derechos corresponde al Estado en tanto bienes jurídicos del sistema democrático y constitucional, cuya afectación no sólo lesiona a la víctima sino también al citado sistema.

La protección que el sistema penal brinda al bien jurídico derechos humanos supone que frente a su violación el Estado reaccione a través de sus órganos ordinarios. Por tanto, el juzgamiento de los individuos que cometan

agresiones contra los derechos humanos debe corresponder al órgano jurisdiccional del Estado, que en el caso del Perú es el Poder Judicial.

Tal y como venimos afirmando, el profesor y los nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta” fueron víctimas de desaparición forzada, tortura y ejecución extrajudicial. La actuación del Grupo Colina violentó sus derechos humanos a la vida, la integridad física y la libertad personal. Es decir, se cometió contra ellos una violación continuada de varios de sus derechos fundamentales.

Esta vulneración de derechos fundamentales, como toda afectación de estos derechos, debió ser investigada y, de ser el caso, reprimida por los tribunales que integran el Poder Judicial. Estos debieron ser declarados competentes para juzgar a los integrantes del mencionado grupo. Además, era y es evidente que los delitos que afectan derechos humanos escapan a la competencia que la Constitución atribuye a los tribunales militares.

Desde el punto de vista penal, la tipificación de los mencionados delitos busca proteger bienes jurídicos como la vida y la libertad personal de las personas. Es decir, bienes esenciales de la persona y necesarios para la vida en comunidad cuya protección corresponde a los tribunales ordinarios. Su vulneración atañe al Estado y a la sociedad en su conjunto, debido a que el artículo 1 de la Constitución establece una opción de estos por la defensa de la persona humana y su dignidad.

En suma y para concluir, suscribimos lo sostenido por los Vocales Almenara y Sivina en relación a este tema. Específicamente cuando señalan que: *tales ilícitos no tutelan bienes jurídicos estrictamente militares no tienen relación con el ámbito funcional de los institutos castrenses, por afectar bienes jurídicos fundamentales como la vida, la seguridad y libertad personal, la integridad persona, cuya afectación o procesamiento corresponde siempre a la jurisdicción ordinaria por ser presupuesto indispensables para la vida en común*

*de toda la sociedad, y no un estamento o institución especial.* Para concluir, resulta evidente que los bienes jurídicos afectados por la actuación de los integrantes del Grupo Colina no estaban relacionados con la función militar sino con el desenvolvimiento de la vida en sociedad. En esa medida, la Sala Penal de la Corte no debió otorgarle competencia a los tribunales militares para el juzgamiento de estos sujetos.

#### **e) CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES**

En el marco de un Estado democrático, los elementos centrales para determinar la competencia de los tribunales militares son la condición militar del sujeto activo y la comisión de un delito de función. En ese sentido, es necesario superar el criterio del lugar donde sucedieron los hechos o la manipulación del concepto de acto de servicio, para determinar la competencia de estos tribunales.

Asimismo, una interpretación amplia del delito de función y la competencia de los tribunales militares es evidentemente inconstitucional pues sería asignarle un contenido que no es compatible con el resto de derecho recogidos en la Constitución y la competencia asignada al Poder Judicial. En ese sentido, se vulnera, como ya lo hemos indicado, el principio de unidad de la constitución y de corrección funcional.

Puede afirmarse que el diseño constitucional de la competencia de los tribunales militares responde a un determinado contexto histórico, por ello, en el marco de la transición política que el Perú está atravesando, debe ser reservado y modificado. Urge dejar fuera de su competencia a los delitos que lesionan bienes jurídicos ordinarios.

En tanto se concrete la reforma de la Constitución, es preciso privilegiar interpretaciones restringidas de la competencia de la justicia militar, evitando su extensión a casos como el presente. Resulta indispensable tener en cuenta que los derechos fundamentales constituyen límites infranqueables a la actuación del

Estado, sobre todo de órganos excepcionales como los tribunales militares. Únicamente los tribunales ordinarios son competentes para investigar y, eventualmente, sancionar a los responsables de violaciones de estos derechos, con mayor razón si se trata de agentes del Estado.

La historia del Perú ofrece numerosos ejemplos de formas de ejercicio del poder que no gustan de ser controladas. Por ello es imprescindible recordar que la interpretación respetuosa de las disposiciones constitucionales es uno de los pilares necesarios para consolidar un verdadero Estado social y democrático en el que se garanticen los derechos fundamentales y exista un mayor acercamiento al difícil objetivo de racionalizar el poder.

## **B. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR**

### **1) ANTECEDENTES**

A pocos días de entrar en vigor la Constitución de 1979 y del retorno a la democracia, tras 11 años de dictadura militar, el saliente gobierno del general Morales Bermúdez promulgó el Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar (19 de julio de 1980), y el Decreto Ley N° 23214 (24 de julio de 1980). Ambas normas, que hasta la actualidad regulan la justicia militar, nacían con el propósito de adaptar el ámbito normativo castrense al nuevo ordenamiento constitucional, que se inauguró el 28 de julio de ese año.

Tal intención, sin embargo, tuvo limitaciones. La modificaciones más importante que introdujeron estas normas fue la limitación de la pena de muerte sólo para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior, reproduciendo en los demás el esquema que básicamente tenía la justicia militar antes de la Carta de 1979. Los autores de las leyes, no sólo evitaron la participación de los civiles en la discusión de las reformas que requería la justicia militar, sino que, además, consiguieron mantener intacto el modelo que

caracteriza a este ámbito del poder punitivo desde 1898, año en el que entró en vigencia el primer Código de Justicia Militar.

Esta situación de ilegitimidad constitucional se agudizó en los años posteriores, cuando la justicia militar con la colaboración del poder político y la Corte Suprema, extendió su ámbito de competencia al juzgamiento de delitos ajenos a la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses, como violaciones a los derechos humanos, terrorismo y conductas propias de la criminalidad organizada violenta.

En este contexto, instituciones vinculadas a la defensa de los derechos humanos como el Instituto de Defensa Legal (IDL) e instituciones estatales como la Defensoría del Pueblo y un importante número de académicos especialistas en la materia, señalaron reiteradamente la necesidad de una reforma sustancial de la justicia militar. Frente a ello, el Consejo Supremo de Justicia Militar y, en general, las Fuerzas Armadas, negaban los evidentes problemas de legitimidad constitucional que afectaban a la justicia militar a la par que defendían la expansión de su ámbito competencial.

Esta situación, junto a la manipulación política desplegada sobre los tribunales militares para asegurar la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos por un lado, y la sanción a militares críticos al gobierno fujimorista por otro, determinó que la cuestionada constitucionalidad de la justicia militar se sumara una importante crisis de legitimidad social. No extraña pues que a comienzos del año 2002, algunos ex miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar se encuentren sometidos a procesos penales, en los que se les imputa la presunta comisión de delitos relacionados con el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Es por ello que en el actual proceso de institucionalización democrática que se viene desarrollando en el Perú y en el marco de discusiones y discrepancias sobre una serie de temas, existe un amplio consenso, incluso en el seno de las Fuerzas Armadas, sobre la necesidad de realizar modificaciones a

la legislación penal militar. Las discrepancias –que existen evidentemente– responden a la magnitud de los cambios que deben realizarse, y en esa medida resulta de interés revisar las propuestas de reforma que se han dado a conocer en el país, especialmente, la propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar y de Código de Justicia Militar, publicadas por el Ministerio de Defensa en la separata especial del diario oficial “El Peruano”, en su edición del domingo 1 de julio del año 2001.

En el presente estudio serán abordadas estas dos propuestas, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque constituyen las únicas propuestas integrales de reforma, en el sentido que proponen la aprobación de una nueva Ley Orgánica de Justicia Militar y de un nuevo Código de Justicia Militar. En segundo término, porque independientemente de que fueron acogidas por el Poder Ejecutivo, expresan la posición institucional de las Fuerzas Armadas y permiten, en consecuencia, conocer hasta qué punto dichas iniciativas legislativas se encuentran dispuestas a asumir reformas constitucionales, de orientación político criminal político y de técnica jurídica.

## **2) OBSERVACIONES PRELIMINARES**

### **a) *Un primer paso positivo en el camino hacia las reformas***

Debemos destacar, en primer lugar, el hecho de que existan en trámite ante el Congreso varias propuestas de reforma de la justicia militar, que provienen tanto del Poder Ejecutivo cuanto de congresistas pertenecientes a distintos partidos y agrupaciones políticas. Todas estas propuestas vienen siendo evaluadas por una Subcomisión de Trabajo del Congreso presidida por la congresista del APRA Judith de la Mata, a la que se encargó el estudio de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar.

Ello refleja, en cierto modo, el interés que se viene brindando a este tema, situación que contrasta notablemente con la poca atención que se le dispensó durante los gobiernos de Fernando Belaúnde, Alan García y Alberto Fujimori,

llegando incluso en este último caso a considerarse “*políticamente incorrecto*” plantear reformas sustanciales a la justicia militar. Lo anterior explica pues, que la justicia militar a diferencia de otros sectores del poder punitivo estatal, sea el ordenamiento jurídico que menos reformas experimentó desde su entrada en vigor en 1980.

Merece también una valoración positiva la decisión del Ministerio de Defensa de publicar sus propuestas de Ley Orgánica y de Código de Justicia Militar en el diario oficial, lo cual constituye un hecho sin precedente en la justicia militar y refleja un importante cambio de actitud por parte de las Fuerzas Armadas, al evidenciar la necesidad de extender el debate sobre la justicia militar a todos los ámbitos de la sociedad. El Ministerio de Defensa puso a disposición del público durante ocho días –plazo que en nuestra opinión debió ser mayor- una dirección postal y electrónica, una línea telefónica y un número de fax, con la finalidad de que se hicieran llegar sugerencias y comentarios con relación a sus propuestas.

En consecuencia con lo anterior, el 24 de setiembre del año 2001, el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, vicealmirante Armada Peruana, José Noriega Lores, acudió a la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, con la finalidad de exponer los principales lineamientos de las propuestas mencionadas. Similares presentaciones se verificaron el 24 de octubre del mismo año ante la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno e Inteligencia del Congreso, así como siete días más tarde ante la Comisión de Justicia del Congreso de la República.

En la primera de sus presentaciones, el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar realizó una autocrítica institucional, al admitir ante los congresistas que la justicia militar contribuyó al mantenimiento del régimen corrupto y autoritario del fujimorismo, entre otras cosas, ampliando indebidamente su ámbito competencial a delitos ajenos al ámbito castrense.

Sin perjuicio de todo lo positivo, hubiese sido conveniente que las propuestas mencionadas nacieran del diálogo previo y el trabajo conjunto entre civiles y militares y no de un esfuerzo unilateral del colectivo castrense. Lo anterior contribuiría a superar la perversa tendencia a pensar que la justicia militar es sólo un problema de los militares, idea presente tanto entre los militares cuanto en numerosos ámbitos civiles. De ese modo, se habrían enriquecido las propuestas desde su nacimiento y contarían con una mayor cuota de legitimidad; pero, sobre todo, serían el resultado de un consenso político, factor indispensable para llevar adelante cualquier reforma legislativa de esta naturaleza.

***b) La suerte parlamentaria de las propuestas del Ministerio de Defensa***

El 25 de julio del año 2001, a tres días de concluir el gobierno de transición presidido por Valentín Paniagua, el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad de iniciativa legislativa que le confieren los artículos 107° y 125° de la Constitución, presentó al Congreso de la República, con algunas modificaciones, las propuestas de ley publicadas por el Ministerio de Defensa en el diario oficial. De este modo, la propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar se convirtió en el Proyecto de Ley N° 1966/2000-CR, mientras que la propuesta de Código de Justicia Militar en el Proyecto de Ley N° 1967/2000-CR.

La conclusión de la legislatura correspondiente al periodo parlamentario del gobierno de transición supuso el archivo de ambos proyectos, hasta que el 12 de octubre del año 2001, y en el nuevo periodo parlamentario 2001-2006, el congresista de “Perú Posible” Marciano Rengifo Ruíz- elegido en la primera legislatura de dicho periodo parlamentario como 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, en tanto que el Proyecto de Ley N° 1967/2000-CR en el Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR.



Ahora bien, el 6 de noviembre del año 2001, el congresista de la “Unión Parlamentaria Descentralista” y Presidente de la Comisión de Justicia, Daniel Estrada Pérez, presentó el Proyecto de Ley N° 1203/2001-CR (Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar) y el Proyecto de Ley N° 1204/2001-CR (Proyecto de Código de Justicia Militar). Sin embargo, ambos proyectos son exactamente iguales, respectivamente, al Proyecto de Ley N° 1107/2001-CR y al Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR. Sorprende por tanto que al justificar sus propuestas, el congresista Estrada exprese que tales proyectos sufrieron modificaciones al *“... habérseles incorporados los aportes provenientes de sectores especializados después de su publicación en el diario oficial El Peruano”*.

De este modo, y siempre sobre la base de las propuestas de Ley Orgánica de Justicia Militar y de Código de justicia Militar publicadas por el Ministerio de Defensa, se encuentran en trámite ante el Congreso, dos proyectos de Ley Orgánica de Justicia Militar idénticos (El Proyecto de Ley N° 1107/2001-CR y el Proyecto de Ley N° 1203/2001-CR) y dos proyectos de Código de justicia Militar también idénticos (El Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR y el Proyecto de Ley N° 1204/2001-CR).

Evidentemente, una situación como la descrita, no constituye un ejemplo del trabajo parlamentario coordinado y serio, en un tema que requiere del más alto nivel de consenso. Por el contrario, dicho proceder genera, por un lado, confusión entre las personas e instituciones interesadas en aportar ideas, y por otro, obstaculiza el seguimiento y la participación que entraña todo debate legislativo.

### **3) EL SILENCIO DE LAS INICIATIVAS EN MATERIA CONSTITUCIONAL**

Resulta preocupante la ausencia de propuestas de reformas constitucionales sobre la justicia militar, que acompañen a los proyectos de ley en trámite ante el Congreso. Habría sido importante conocer la posición de las Fuerzas Armadas y del Consejo Supremo de Justicia Militar, sobre las propuestas de reforma constitucional que al respecto han planteado instituciones

como la Defensoría del Pueblo y la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú.

De este modo, se desconoce una vez más la posición de las Fuerzas Armadas y sobre todo del Consejo Supremo de Justicia Militar, acerca de las propuestas para corregir la redacción del inciso 1) del artículo 139 y los artículos 141 y 173 de la Constitución, con el fin de configurar a la justicia militar como una especialidad jurisdiccional que forme parte del Poder Judicial. Ello significará tener en el vértice del sistema de justicia militar a la Corte Suprema y, consecuentemente, someter a sus magistrados a la previa designación del Consejo Nacional de la Magistratura, sustrayendo tal facultad al Poder Ejecutivo.

Tampoco se tiene conocimiento de la postura castrense en torno a las propuestas de reforma constitucional destinadas a limitar la competencia material de la justicia militar, excluyendo la posibilidad de juzgar a civiles por la comisión del delito de terrorismo y de traición a la patria en tiempo de paz. Lo cierto es que ha primado el silencio respecto de estos temas, que esperamos responda a consideraciones de oportunidad y no al convencimiento de que nada debe cambiar en el actual margen de competencias de los tribunales militares.

#### **4) LOS PROYECTOS DE REFORMAS PARCIALES EN TRAMITE ANTE EL CONGRESO**

Como ya se indicó al destacar el interés que provoca la reforma de la justicia militar, las iniciativas al respecto no se circunscribieron a los proyectos anteriormente reseñados, sino que incidieron también en modificaciones puntuales. Así, en la primera legislatura correspondiente al periodo parlamentario 2001-2006, se presentaron cinco proyectos de ley que proponen reformas puntuales sobre distintos aspectos de la legislación penal militar vigente. En primer lugar, el 27 de julio del año 2001, el congresista del partido “Perú Posible”, Henry Pease, presentó el Proyecto de Ley N° 163/2001-CR, que propone la modificación de varios artículos del Código de Justicia Militar, de la

Ley Orgánica de Justicia Militar, así como del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 17-93-JUS.

En concreto el proyecto del congresista Pease plantea excluir de la competencia personal de la justicia militar, a los civiles y militares en situación de retiro. Asimismo propone –equivocadamente a nuestro entender dado el bien jurídico que se pretende proteger– tipificar como delito militar la realización de actividades políticas proselitistas por parte de militares y policías en actividad que lleven a influenciar o viciar la voluntad popular o los resultados electorales. En el ámbito procesal incorpora el recurso de casación contra las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar, que será resuelto por la Corte Suprema. Y entre las modificaciones orgánicas, destacan la elección de los vocales del Consejo Supremo de Justicia Militar por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, así como la composición de tribunales militares por oficiales en situación de retiro.

En segundo lugar, el 28 de agosto del 2001, el congresista por la alianza política “Unidad Nacional”, Antero Flores-Araoz Esparza, presentó el Proyecto de Ley N° 176/2001-CR, a través del cual propone excluir a los militares y policías en situación de retiro, de la competencia de la justicia militar. En tercer lugar, el 2 de agosto del año 2001 la congresista de “Unidad Nacional”, Emma Vargas, presentó el Proyecto de Ley N° 209/2001-CR, a través del cual plantea la derogación del inciso 1) del artículo 180° del Código de Justicia Militar, que califica a los *tormentos* como abuso de autoridad y no como tortura. En cuarto lugar, el 18 de octubre de 2001, el congresista por la agrupación política “Frente Independiente Moralizador”, Heriberto Benitez Rivas, presentó una propuesta idéntica a la de la congresista Vargas, a través del Proyecto de Ley N° 1006/2001-CR.

En quinto y último término, el 9 de noviembre del año 2001, Alcides Chamorro Balvín, congresista del “Frente Independiente Moralizador”, presentó el Proyecto de Ley N° 1245/2001-CR. Este proyecto plantea la derogación de los artículos 18°, inciso 14° del artículo 21° y el artículo 65° del Código de

Justicia Militar –que regulan las figuras de reincidencia y reiterancia- así como toda aquella normas del mismo Código que agrave la pena o medida de seguridad, en mérito a la reincidencia o reiterancia. El propósito de esta iniciativa legislativa es eliminar del ordenamiento jurídico penal militar, las mencionadas figuras propias de un derecho penal de autor, así como todas las consecuencias jurídicas previstas como resultado de las mismas.

## **5) LAS PROPUESTAS DE LEY ORGANICA DE JUSTICIA MILITAR Y DE CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DEL MINISTERIO DE DEFENSA**

Las propuestas del Ministerio de Defensa serán presentadas según los temas que a nuestro juicio constituyen elementos esenciales en el proceso de reforma de la vigente legislación penal militar. A la vista de la *suerte parlamentaria* de las referidas propuestas, trabajaremos haciendo referencia en primer lugar a los textos publicados por el Ministerio de Defensa en el diario oficial, indicando, de ser el caso, los cambios incorporados en los proyectos de ley que sobre la base de aquellos fueron presentados por el Poder Ejecutivo e impulsados, sin modificación adicional, por los congresistas Rengifo y Estrada.

En ese sentido, a afectos expositivos, denominaremos “*Propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar*” o “*Propuesta de Código de Justicia Militar*”, según corresponda, a los textos publicados por el Ministerio de Defensa en el diario oficial; mientras que denominaremos “*Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar*” o “*Proyecto de Código de Justicia Militar*”, según corresponda, a los textos presentados por el Poder Ejecutivo e impulsados por los congresistas Rengifo y Estrada.

## **6) LA PROPUESTA DE LEY ORGÁNICA DE JUSTICIA MILITAR**

Conviene destacar en primer lugar la pertinencia de iniciar la Propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar con una Exposición de Motivos, en la que, además de detallarse de manera sucinta las principales modificaciones que se

plantean, se señalan las razones que sustentan la necesidad de las mismas. Así, se sostiene que la iniciativa es la consecuencia de un ejercicio de autocrítica, ante el profundo deterioro sufrido por la justicia militar y su actual desprestigio.

La Exposición de Motivos varía en el Proyecto, toda vez que se explican las razones por las cuales no se tomaron en consideración las observaciones planteadas tras la publicación de la propuesta en el diario oficial.

Se descartan sugerencias de reforma, tales como la composición del Consejo Supremo por militares en situación de retiro, el establecimiento del recurso de casación ante la Corte Suprema contra las decisiones de la justicia militar, la creación de una sala especializada en lo penal militar en la Corte Suprema, así como la prohibición de que los miembros de la justicia militar sean oficiales de armas. Del mismo modo, se rechaza tanto la posibilidad de eliminar la figura del Auditor cuanto la configuración del Ministerio Público de la justicia militar como un órgano independiente y autónomo de la estructura jurisdiccional.

Formalmente, la Propuesta se divide en un Título Preliminar y once títulos en los que se regulan, respectivamente, la organización y atribuciones de los tribunales de justicia militar, la justicia militar en tiempo de paz y de guerra, la organización del cuerpo jurídico militar. Asimismo, se aborda el juramento de los miembros de la justicia militar, las suplencias, los visitadores, el órgano de control, los órganos de apoyo administrativo, las normas que regulan el año judicial, vacaciones y suspensión del despacho judicial, así como la obligación de los presidentes de los consejos y de los jueces instructores de visitar los establecimientos de reclusión. En el Proyecto se agrega el Título XII, que cuenta con dos artículos que regulan el tipo de insignia que deben llevar obligatoriamente los magistrados de la justicia militar en el ejercicio público de sus funciones y en ceremonias oficiales.

La Propuesta cuenta además con tres disposiciones complementarias donde se establece que el Reglamento Orgánico de la Justicia Militar será el instrumento donde se reflejarán los cambios orgánicos que se proponen, así como la obligación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de facilitar el personal necesario para las tareas propias de la justicia militar. También se designa a la procuraduría pública a cargo de los asuntos de la justicia militar, como la encargada de asumir la defensa de los intereses de ésta.

Finalmente, en tres disposiciones transitorias se establece, respectivamente, cómo deben sucederse las reformas, la obligación del Consejo Supremo de Justicia Militar de elaborar y tramitar la aprobación del Reglamento Orgánico de la Justicia Militar y, por último, la vigencia de la eventual ley orgánica desde el día siguiente de su publicación.

En el Proyecto se modificó la Primera Disposición Transitoria, al condicionarse la adecuación de la justicia militar a la vigencia del Reglamento Orgánico y no como sucedía en la propuesta, haciendo depender tal hecho de la decisión progresiva del Consejo Supremo de Justicia Militar con relación a las nuevas sedes, la composición de los consejos y las extensiones territoriales de las zonas judiciales.

**a) *Precisión del delito de función y limitaciones de competencia***

La interpretación del concepto *delito de función* al que hacía referencia el artículo 282° de la Carta de 1979 y que recogió posteriormente el artículo 173° de la Constitución de 1993, resultó una fuente de conflicto constante. La justicia militar y la Corte Suprema –cuando debía resolver los conflictos de competencia– realizaron una interpretación extensiva de este concepto, a partir de criterios de ocasionalidad y causalidad, ampliando así la competencia personal de los tribunales militares a supuestos en los cuales no estaba en juego la protección de bienes jurídicos castrenses.

En ese sentido, constituye un avance importante la definición normativa del *delito de función* que se plantea en la Propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar. Concretamente, en el artículo V del Título Preliminar se configura este concepto a partir de un sujeto activo calificado (personal militar y policial en situación de actividad o disponibilidad) vinculado a la afectación de un bien jurídico propio de la función castrense. De este modo, se señala que los delitos de función son aquellos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, lo cual obliga a depurar del mismo, los tipos penales *militarizados*. Esto es, aquellas conductas, como el prevaricato cometido en la justicia militar, que en estricto no protegen bienes jurídicos castrenses, pero que son calificadas como delito militar por el legislador en función de la ocasionalidad.

Dos ventajas presentan el artículo V del Título Preliminar del Proyecto. En primer lugar, concreta el alcance del delito de función al presentar de manera desagregada los elementos esenciales que configuran dicho delito. Se señala que el sujeto activo debe ser un militar o policía en situación de actividad, que cometa un delito en acto de servicio afectando un bien jurídico institucional y propio de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y que el agraviado no sea competencia *rationae personae* de la justicia militar, al personal que se encuentre en situación de disponibilidad. Ello se justifica, según la Exposición de Motivos del Proyecto, en el hecho de que estas personas no se encuentran jurídicamente sometidas al mando castrense, por lo que no podrían cometer ilícitos funcionales.

Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar de la Propuesta se encarga de precisar que los delitos cometidos por el personal militar o policial que no se encuentren tipificados en el Código de Justicia Militar, serán considerados delitos comunes y enjuiciados por la justicia ordinaria. En el Proyecto se simplifica y perfecciona la redacción del primer párrafo de esta norma, al indicar simplemente que el Código de Justicia Militar tipificará los delitos de función, eliminando la referencia a las características esenciales de los mismos.

Siempre sobre la competencia *rationae personae* de la justicia militar, el artículo VII del Título Preliminar de la Propuesta excluye expresamente al personal militar y policial en situación de retiro, salvo que se trate del juzgamiento de delitos cometidos cuando se encontraban en situación de actividad o disponibilidad. Asimismo, reproduciendo lo señalado por el artículo 173° de la Constitución, amplía esta exclusión competencial a los civiles, salvo en el caso de la comisión del delito de traición a la patria y de terrorismo que determine la ley, fórmula constitucional que permite, a nuestro juicio, una indebida ampliación de la competencia de la justicia militar y que por ende requiere ser revisada. Por su parte, el Proyecto postula en el artículo VII del Título Preliminar, la exclusión de la competencia de la justicia militar del personal militar y policial en situación de disponibilidad.

Resultan positivas las precisiones que contiene la Propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar y los avances del Proyecto, toda vez que expresan la voluntad de corregir la negativa tendencia histórica de la justicia militar, de expandir su ámbito competencial al juzgamiento de delitos que no protegen bienes jurídicos militares. Se avanza, pues, hacia una especialidad jurisdiccional material o de causa, antes que a un fuero personal que resulta contrario al principio de igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución.

Al respecto resulta oportuno recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia del mes de junio de 1998 recaída en el proceso de hábeas corpus (Expediente N° 585-96-HC/TC), caso *Villalba Zapata*, estableció que la justicia militar no era competente para conocer delitos cometidos por militares en situación de retiro. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 29 de setiembre de 1999 recaída en el caso *Cesti Hurtado*, condenó al Estado peruano por vulnerar el derecho al juez natural del señor Gustavo Cesti Hurtado, al haber sido juzgado por un tribunal militar pese a su condición de militar retirado.



En el mismo sentido, merece ser destacada la sentencia de la Sala de Derecho Público de 2 de febrero del año 2001, recaída en un proceso de hábeas corpus (Expediente N° 100-2001-HC). En dicho proceso, conocido como el caso *Valdelomar Cabanillas*, la Sala entendió que la justicia militar no era competente para juzgar al personal civil que labora en las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

En conclusión, cabe valorar positivamente que tanto la Propuesta cuanto el Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar, hayan recogido las limitaciones al ámbito de competencia de la justicia militar que desde hace algunos años viene propugnando la justicia constitucional y la jurisdicción supranacional.

#### ***b) La justicia militar como órgano del Poder Ejecutivo***

De acuerdo con el artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano se organiza según el principio de separación de poderes, razón por la cual el ejercicio de las funciones esenciales del poder estatal debe recaer en órganos distintos, a efectos de garantizar la esfera de libertad de los individuos. En este esquema, la organización de la función jurisdiccional merece especial atención, en la medida que constituye la garantía última para proteger la libertad de las personas frente a un desempeño arbitrario de los otros dos poderes del Estado.

Por ello, preservar a la función jurisdiccional fuera del ámbito de actuación de los otros poderes del Estado, constituye una de las características esenciales de todo Estado constitucional de derecho. En consecuencia con lo anterior, la independencia con la que desempeñan sus cargos los jueces y magistrados frente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, se convierte en una garantía constitucional de naturaleza orgánica en interés de los jueces y, fundamentalmente, de los justiciables, a los que se asegura que dicha función estatal, que incide en su esfera de libertad, se encarga a funcionarios sometidos únicamente a la Constitución y a la leyes.

Precisamente, el incumplimiento de esta garantía es una de las notas que ha caracterizado a la justicia militar a lo largo de nuestra historia republicana. Y, lamentablemente, se advierte que dicho problema persiste, concretamente en el art. 1 del Título Preliminar de la Propuesta, cuando establece que los dos, los mismos que dependen del Ministerio de Defensa. Se intenta sustentar erróneamente esta fórmula, en una interpretación del inciso 1° del artículo 139° de la Constitución. Esta norma constitucional, en una redacción poco afortunada, establece el principio de unidad de jurisdicción excluyendo la posibilidad de establecer “*jurisdicciones independientes*” y de otro lado admite como excepciones a dicho principio, a la “jurisdicción” militar y la arbitral.

Sin embargo, la discutible posibilidad de configurar a la justicia militar al margen del Poder Judicial, a partir de la interpretación de la norma constitucional antes mencionada, en ningún caso podría llevar a sostener que deba formar parte del Poder Ejecutivo, con una clara merma del principio independencia y al margen de las garantías constitucionales que informan la organización y función jurisdiccional. De ahí que resulte incorrecto intentar dar cobertura constitucional al artículo I del Título Preliminar de la propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar, a partir del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución.

Por lo anterior, resulta acertado que en el Proyecto se haya eliminado del artículo I del Título Preliminar, la referencia a la dependencia orgánica de la justicia militar respecto de los Institutos Armados y del Ministerio de Defensa, señalando simplemente que los Tribunales Militares son autónomos y se sustentan en el inciso 1° del artículo 139° de la Constitución. A pesar de ello, será preciso analizar en qué medida esta autonomía se extiende a otros aspectos orgánicos y sobre todo a los aspectos funcionales de la justicia militar, en su relación con los órganos superiores, especialmente el Consejo Supremo y, en general con el Poder Ejecutivo.

### **c) Relación con la Corte Suprema**

La justicia militar sigue siendo tratada en la propuesta de Ley Orgánica como un órgano judicial ajeno a la justicia ordinaria, salvo por puntuales situaciones en las que se somete a la Corte Suprema. Tras omitir referencia alguna a los artículos 141° y 173° de la Constitución, que establecen la competencia de la Corte Suprema para conocer del recurso casación contra las sentencias de la justicia militar que impongan la pena de muerte, el artículo 4° de la Propuesta y del Proyecto, con alguna modificación, regulan los supuestos excepcionales en los cuales la Corte Suprema conoce asuntos castrenses.

En el inciso 1° establecen que la Corte Suprema será la que dirima las contiendas de competencia entre la justicia militar y la ordinaria. El inciso 2° atribuye competencia a la Corte Suprema para pronunciarse en los pedidos de extradición planteados por tribunales militares. En la Propuesta, el inciso 3° regula la competencia originaria de la Corte Suprema para conocer de la comisión de delitos militares imputados al Presidente de la República en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, así como a los ministros de Defensa, del Interior y los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Esta fórmula se modifica en el Proyecto, donde se divide el inciso 3° de la Propuesta en dos incisos. Así, en el inciso 3° del Proyecto se establece que la Corte Suprema conoce originariamente los delitos cometidos por los miembros del Consejo Supremo, por delitos previstos en el Código de Justicia Militar. Adicionalmente se incorpora en un 4° inciso la competencia originaria de la Corte Suprema para conocer las causas seguidas contra el Presidente de la República, congresistas y ministros de Estado, por la eventual comisión del delito de traición a la patria.

De este modo, Propuesta, primero y Proyecto, después, descartan la posibilidad de configurar a la Corte Suprema como el vértice de la justicia militar

y el punto de convergencia con la ordinaria, al limitar la competencia de aquella a los supuestos reseñados. En conclusión, no podrá con estas nueva regulación conocer en casación los fallos del Consejo Supremo de Justicia Militar, confirmando así el papel excepcional que la Corte Suprema ha venido desempeñando en lo que a delitos militares se refiere.

**d) El Ministerio Público de la Justicia Militar**

Una materia que no se corresponde con las exigencias del programa penal de la Constitución y que se mantiene tanto en la Propuesta cuanto en el Proyecto, es la peculiar configuración del Ministerio Público en la justicia militar. De acuerdo con el artículo 158° de la Constitución, el Ministerio Público es un órgano constitucional autónomo, al que los incisos 4° y 5° del artículo 159° de la Carta le asignan la dirección jurídico funcional de la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal. En ese sentido, la Constitución otorga la función de investigación de los ilícitos, el requerimiento judicial, así como la función de acusar y sustentar la acusación penal, a un órgano constitucional autónomo.

Sin embargo, entre los artículos 68° a 73°, de la Propuesta y del Proyecto, si bien se le otorga al Ministerio Público de la justicia militar funciones de investigación, persecutorias y requirientes, en el segundo párrafo de los respectivos artículos 68°, se establece que los fiscales forman parte de los tribunales a que pertenecen, teniendo las mismas prerrogativas que sus demás miembros. Asimismo, 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 contradice el mandato constitucional antes señalado, 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.

En la Exposición de motivos del proyecto, se intenta justificar tal fórmula inconstitucional apelando a una “inviabilidad práctica”, que curiosamente no se explica. Se recurren también a las “implicancias económicas” que traería consigo crear un órgano autónomo, consecuente con la Constitución y con las garantías de la administración de justicia militar. Por lo demás y para concluir con este punto, se sostiene también que el Ministerio Público de la justicia militar no depende del órgano jurisdiccional; sin embargo, ello no se refleja ni en el texto expreso de la norma ni en la significativa verticalidad de la justicia militar.

#### **e) La Propuesta de Código de Justicia Militar**

Tanto en la Propuesta cuanto en el Proyecto de Código de Justicia Militar, se incorpora una Exposición de Motivos que resume las principales modificaciones que se plantean al vigente Código de Justicia Militar. En la Exposición de Motivos del Proyecto se explican las modificaciones introducidas en la Propuesta, las mismas que serán presentadas al abordar los temas seleccionados para nuestro análisis.

Llama poderosamente la atención que en ambas Exposiciones de Motivos, y tal como sucedió en 1980, los militares vuelvan a justificar la reforma del Código de Justicia Militar en la necesidad de adecuarlo a las exigencias constitucionales y a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lo anterior, provoca entonces algunas interrogantes. ¿En 1980 no se adecuó el Código de Justicia Militar a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos? ¿Dichos textos han sufrido una evolución tal que la norma militar requiere una nueva modificación? Cabe recordar que el programa penal de la Constitución no ha sufrido variaciones importantes entre la Carta de 1979 y la de 1993, menos aún los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Formalmente, la Propuesta y el Proyecto se organizan en cuatro Libros. El primero de ellos está destinado a los *Delitos y las Penas*, cuenta con nueve secciones que regulan respectivamente un conjunto de disposiciones generales,

el sistema de penas, los delitos contra la seguridad y el honor de la nación, los delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado, y los delitos que afectan a la disciplina de los institutos armados. También se incluyen los delitos contra los deberes de función y las infracciones en el ejercicio de mando o autoridad, los delitos que afectan el servicio militar, delitos contra el patrimonio y contra la fe pública.

Repitiendo una inadecuada técnica normativa de la legislación vigente, el Libro Segundo está destinado a lo que la propuesta denomina *Procedimientos Judiciales* y regula respectivamente en sus once secciones un conjunto de disposiciones generales sobre los procesos ante la justicia militar, los incidentes, las diligencias previas, el procedimiento ordinario y la instrucción, el juzgamiento, las diligencias hasta el estado de audiencia, el trámite de los procesos en ausencia del acusado, la organización del despacho en los Consejos. Asimismo, se regula el proceso ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, la ejecución de las sentencias, los procesos especiales y los procesos extraordinarios. De este modo, los aspectos sustantivos de la legislación penal militar terminan mezclados con las regulaciones de orden procesal.

El Libro Tercero está dedicado a las *Faltas* y en su Título Único se regulan las faltas y sus correcciones. El Libro Cuarto está dedicado a regular la vigencia y aplicación del eventual nuevo Código con relación al Código vigente y la legislación ordinaria, los fondos de la justicia militar, así como un conjunto de disposiciones finales y transitorias.

#### **f) *Algunas correcciones importantes***

Un primer aspecto que merece ser destacado en la Propuesta y en el Proyecto de Código de Justicia Militar –aunque con algunas deficiencias técnicas como veremos más adelante en el caso de la tentativa, por ejemplo- es la inclusión entre los artículos 1° al 18° de algunos principios fundamentales que deben regir la potestad punitiva del Estado. Así pues, se consignan de manera expresa los principios de legalidad, jurisdiccionalidad de las penas, prohibición

de la analogía (aunque sin precisar que esta prohibición sólo alcanza a la analogía desfavorable), lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, entre otros.

Por su parte, el artículo 329° de la Propuesta de Código de Justicia Militar recoge las mismas limitaciones a la competencia personal de la justicia militar que contempla la Propuesta de Ley Orgánica. Sin embargo, en el Proyecto se reforma positivamente el referido artículo 329°, al eliminar la referencia que hace a los criterios de ocasionalidad y causalidad para determinar la comisión de un delito de función.

En lo que a la competencia *ratione personae* se refiere, el artículo 329° del Proyecto de Código de Justicia Militar, tal y como establece el Proyecto de Ley Orgánica, excluye del ámbito de competencia de los jueces militares al personal en situación de disponibilidad.

Especial atención merece también el artículo 330° de la Propuesta. En dicho precepto se excluye de la competencia de los jueces castrenses a los militares que cometan delitos de función *“en concierto o complicidad con civiles”*. Tal medida supone la confirmación de la justicia ordinaria como jurisdicción preferente y atrayente. El mismo artículo prescribe que la justicia militar no será competente *“cuando el delito implique torturas, desaparición, forzada de personas, genocidio y homicidio calificado en agravio de militares y civiles”*. Dicha propuesta resulta redundante, dado que en esos supuestos los bienes jurídicos no guardan relación con las funciones de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y sus correspondientes instituciones. Idéntica regulación se contempla en el artículo 331° del Proyecto, reservándose el artículo 330° para incorporar una norma donde se detallan de manera expresa los elementos que configuran el delito de función.

El artículo 328° del Proyecto de Código afina el de la Propuesta, y suprime el criterio de atribución de competencia por razón del lugar, por ejemplo, cuando el delito se comete en una instalación militar. De este modo, el Proyecto

de Código restringe el ámbito de competencia de los tribunales militares a los delitos vinculados estrictamente con la función castrense.

En relación con las “*obediencia debida*”, tanto la Propuesta de Código cuanto el Proyecto de Código, en el art. 25° inciso 7, respectivamente, perfilan su redacción y regulación.

Tal figura está prevista actualmente en el inciso 7° del artículo 19° del Código de Justicia Militar, con la fórmula “*El que procede en virtud de obediencia al superior*”. Los proyectos la sustituyen por la “*acción u omisión constitutiva de un injusto penal como consecuencia del cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior jerárquico*”. Del mismo modo, al supuesto de la orden ilícita como límite a la invocación de la “*obediencia debida*”, se agrega en la Propuesta y el Proyecto, la referencia a que la orden no podrá –además– ser ilegal.

Una rectificación, sin duda relevante, introducida en la Propuesta de Código, es la eliminación de las *Cortes de Honor*, previstas en el actual Código de Justicia Militar. Esta figura, propia del derecho disciplinario militar y por tanto ajena a la materia regulada en el Código, violenta en ciertas circunstancias principios tales como el de legalidad y proporcionalidad debido, fundamentalmente, a la vaguedad y ambigüedad de las infracciones.

#### **g) Deficiencias terminológicas y dogmáticas**

Uno de los aspectos cuestionables de la vigente regulación de la justicia militar, que se reproduce sustancialmente en la Propuesta y el Proyecto de Código, es la utilización inadecuada de técnicas legislativas y de la terminología jurídico penal. Y ello, a pesar de las críticas planteadas a la Propuesta y aceptadas, en algunos casos, en el Proyecto. Se consiguió pues que el artículo 10° denomine *dolo* y no *intención* al aspecto subjetivo de la conducta ilícita que



fundamenta la pena; y que el artículo 15° no sancione los actos preparativos cuando los mismos constituyan *confabulación*.

La situación, sin embargo, resulta preocupante si se advierten los problemas que presenta la parte general del derecho penal militar, consagrada en el Proyecto. Allí es precisamente donde se encuentran las categorías dogmáticas del derecho penal que, como expresaba Von Liszt, siguen constituyendo “*la barrera infranqueable de la política criminal*” y uno de los límites más importantes del ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

No cabe duda que los códigos no constituyen lugares adecuados para reflejar las disputas dogmáticas, no obstante ello, nada justicia que no se tomen en cuenta los avances en la regulación de categorías jurídico penales y de la terminología apropiada.

Así, a título demostrativo y en lo que a terminología se refiere, la Propuesta de Código al igual que la legislación vigente, denomina *delincuente* al sujeto activo del delito o responsable penalmente. En el Proyecto se elimina tal calificativo del *nomen iuris* correspondiente a la regulación de la responsabilidad penal, aunque se sigue mantiene en el articulado. En efecto, en el artículo 16° se utiliza el mencionado término para referirse al sujeto activo del injusto. Asimismo, en el artículo 45° del Proyecto se hace referencia a quien haya *delinquido* sólo por culpa y no a quien haya *actuado* y por ende es *actor* o *sujeto activo* y no *delincuente*. Esta terminología refleja tendencias de corte moralizantes en la justicia militar, a la par que agudiza el estigma que el sistema penal genera en las personas sometidas al mismo.

En esa misma línea, los correspondientes artículos 21° de la Propuesta y el Proyecto de Código, señalan que el cómplice primario debe practicar *maliciosamente* algún acto esencial para la realización del injusto, término a todas luces ambiguo y que concede un elevado margen de discrecionalidad al juzgador, en perjuicio del principio de legalidad.

Tal y como se adelantó, ni la Propuesta ni el Proyecto de Código corrigen las deficiencias en materia de categorías dogmáticas. Así y en ambos casos, el artículo 21° considera autor al instigador y al cómplice primario, eliminando de este modo toda diferencia entre la autoría y la participación, limitando esta última categoría para el cómplice secundario. Del mismo modo, los respectivos artículos 15° de la Propuesta y el Proyecto, mantienen la problemática y anacrónica diferenciación entre la tentativa y el delito frustrado, mientras que los correspondientes artículos 16° mantienen la sanción atenuada de la persona que desiste voluntariamente la consumación del injusto.

Afortunadamente el artículo 24° del Proyecto supone un avance respecto de la Propuesta, al eliminar la reincidencia y reiterancia como circunstancia agravante de la responsabilidad; sin embargo, mantiene estas figuras –propias de un derecho penal de autor- a los efectos de la determinación de la pena. Tal circunstancia carece de justificación y resulta contrario al principio de culpabilidad, que obliga a determinar la pena de manera de forma proporcional al hecho.

Para concluir puede apreciarse que, tanto en la Propuesta cuanto en el Proyecto de Código de Justicia Militar, persisten las deficiencias terminológicas y la incorrecta regulación de las categorías dogmáticas que presenta la legislación vigente.

#### ***h) Sistema de penas***

En cuanto al sistema de penas, la Propuesta y el Proyecto de Código incorporan algunas novedades, que no consiguen, a pesar de ello, adecuar la legislación penal militar a los parámetros de respeto de la dignidad de la persona humana, legalidad, proporcionalidad y los fines preventivos de la pena exigidos por la Constitución.

Dentro de las novedades, el artículo 28° de la Propuesta y el Proyecto de Código, elimina las penas de internamiento, penitenciaria y reclusión, todas en estricto penas privativas de libertad, razón por la cual carecía de sentido mantener varias penas de la misma naturaleza.

Este criterio lamentablemente no se extendió a la pena de arresto prevista para las faltas, aunque en puridad se trate de una privación de libertad de duración menor (entre 10 a 90 días). De este modo, se mantiene como única pena privativa de libertad, la pena de prisión y el arresto para el caso de las faltas. Por su parte, los correspondientes artículos 29° de la Propuesta y el Proyecto de Código, eliminan la interdicción civil como pena accesorio.

El Proyecto de Código agrega algunas modificaciones adicionales. Así, en sus artículos 60° y 61°, incluye al derecho de gracia como supuesto de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena, respectivamente. En su artículo 17° establece que en el caso del concurso ideal, además de aplicarse la pena del delito más grave, el juez podrá considerar las penas previstas en los tipos penales concurrentes como agravantes, sin más límite que su criterio. Tal medida puede colisionar, en cierto sentido, con el principio de legalidad. Por su parte, el artículo 81° señala que el cumplimiento de la pena accesorio de inhabilitación de menor o igual duración que la pena principal, produce de manera inmediata la rehabilitación del penado.

El Proyecto también agrega algunas precisiones respecto de la Propuesta, como la contenida en su artículo 33°, que establece la obligatoriedad y no sólo la posibilidad, de tener con consideración el tiempo de la prisión preventiva a los efectos de computar la pena. Asimismo, en su artículo 40°, el Proyecto de Código precisa que la pena de inhabilitación perpetua tiene alcance sobre los servicios prestados en las Fuerzas Armadas y no cabe extenderla a otra actividad. El artículo 49° del Proyecto aclara que en el caso del delito continuado, la agravación de la pena sólo puede hacerse hasta el máximo de la pena conminada.

Y en lo que a la pena de muerte se refiere, la Propuesta y el Proyecto reproducen el esquema de la legislación vigente. Se mantienen 16 supuestos en los cuales cabe imponer la pena de muerte. Conviene advertir en este punto que la posibilidad de aplicación de la pena de muerte prevista en la Constitución, es hasta cierto punto contraria a los valores de la propia Carta fundamental, que se construyen sobre la base del respecto de la persona humana como el fin supremo del orden jurídico y social. Tampoco se corresponde con el acento preventivo especial que la Constitución reconoce a la pena en el inciso 22° de su artículo 139°, como concreción de su artículo 1, en el ámbito de la ejecución de la pena.

En ese sentido, no es posible argumentar que el artículo 140° de la Constitución, que admite la posibilidad de imponer la pena de muerte, constituye una excepción al artículo 1° y al inciso 22° del artículo 139° de la misma, ya que ello equivaldría a sostener que el fundamento del ordenamiento jurídico y social se invierte radicalmente cuando una persona comete el delito de traición a la patria en caso de guerra y de terrorismo que la ley señale. Esta posibilidad resulta insostenible en el marco de un pacto político personalista como el que se expresa en el artículo 1° de la Constitución peruana, ya que no procede subordinar la vida humana, máximo valor del ordenamiento, a intereses colectivos o comunitarios. De ahí que la pena de muerte resulte constitucionalmente difuncional, toda vez que entraña reconocer que el control social del Estado, cuyo fundamento último son los ciudadanos, puede eliminarlos en nombre de ellos mismos.

También se podría argumentar para justificar la pena de muerte, que la posibilidad de su imposición viene reconocida por el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que no prohíbe de manera absoluta esta pena. Sin embargo, este argumento tampoco resulta admisible, toda vez que además de regir el principio de interpretación *pro homine*, dicha norma no autoriza la pena de muerte, sino que desde una opción claramente abolicionista,

se limita a regular un régimen de progresiva eliminación de la pena por parte de los Estados parte del referido tratado. Por lo demás, el artículo 40° de la Constitución no obliga a sancionar con pena de muerte determinadas conductas y, únicamente, admite la posibilidad de su imposición. No existe inconveniente alguno entonces para que el legislador pueda prescindir de esta pena.

Igualmente cuestionable, siempre desde parámetros constitucionales, se presenta el excesivo margen que se otorga al juez, para la determinación de la pena de prisión en los correspondientes artículos 32° de la Propuesta y el Proyecto de Código. Así pues, la pena de prisión podrá ser determinada entre 1 a 20 años, lo cual en cierto modo resulta contrario al principio de legalidad en su expresión de taxatividad, así como al principio de proporcionalidad.

La Propuesta y el Proyecto de Código mantienen siete tipos de penas principales y cinco penas accesorias, todas ellas organizadas en una lógica eminentemente retributiva y disciplinaria. Sería conveniente una revisión de este sistema a efectos de racionalizarlo y hacerlo compatible con el principio de proporcionalidad. El legislador penal debe tener siempre en cuenta que la regulación de las penas supone ingresar en el ámbito de la limitación de los derechos fundamentales, espacio donde debe moverse con cautela y conforme a parámetros de legitimidad constitucional.

De acuerdo con lo anterior, el legislador se encuentra vinculado fundamentalmente al respecto por la dignidad de la persona humana previsto en el artículo 1° de la Constitución, a la función de prevención general de la pena derivada de la naturaleza de control social que le viene impuesto al derecho penal por el artículo 44° de la Carta fundamental, así como a las funciones de prevención especial de la pena establecidas expresamente en el inciso 22° del artículo 139° de la propia Constitución. Adicionalmente a ello, se deben tener en consideración los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tanto en la determinación de los tipos de penas a establecer, como en la sanción de las conductas tipificadas.

**i) Bienes jurídicos tuteladas**

En lo sustancial, puede decirse que las iniciativas legislativas no contienen cambios importantes en materia de bienes jurídicos. Los tribunales militares continuarán enjuiciando, como infracción militar, el delito contra el patrimonio del Estado a través de la sanción de figuras como la malversación y el fraude, la administración de justicia, el prevaricato y la fe pública. La protección de estos bienes jurídicos por los tribunales militares, resulta de dudosa constitucionalidad, en la medida que no son figuras propias de la función castrense, sino que trascienden dicho ámbito.

De este modo, se *militarizan* una serie de conductas que en estricto deben ser juzgadas por la justicia ordinaria. Así, la *fe pública* no se convierte en un bien jurídico castrense por el solo hecho que un militar falsifique un documento. Similar cuestionamiento se podría plantear respecto del patrimonio del Estado.

La sistemática de los bienes jurídicos protegidos en la Propuesta y el Proyecto no observa, como debiera, los principios de mínima intervención y fragmentariedad. En primer lugar, no se asume la necesidad de revisar una serie de tipos penales de cuestionable constitucionalidad como los que sancionan las distintas conductas consideradas como ultrajes a la nación, a sus símbolos representativas y a los institutos armados, en la medida que pueden colisionar con la libertad de expresión al interior de las Fuerzas Armadas.

Al mismo tiempo, numerosas conductas sancionadas como delito, sólo podrían representar peligro o afectar bienes jurídicos castrenses en tiempo de guerra, tal como sucede con el reclamo de las órdenes del superior, conducta que es calificada como delito de sedición en los correspondientes artículos 121° de la Propuesta y el Proyecto.

A su vez, otras conductas típicas como levantar voces para no hacer ejercicios, ofender al superior por escrito o dejar de cumplir cualquier tipo de órdenes, previstas en los respectivos artículos 123°, 154° y 170° de la Propuesta y el Proyecto, constituyen –en estricto- infracciones de naturaleza disciplinaria a las que debería aplicarse sanciones proporcionales a la entidad de las mismas.

De este modo, la Propuesta y el Proyecto no corrigen la inexistencia de una adecuada distinción entre delitos, faltas e infracciones disciplinarias, a partir de los principios de merecimiento de pena (valoración positiva de protección jurídico penal de un bien jurídico) y necesidad de pena (capacidad de cumplir con los fines constitucionalmente asignados al derecho penal). Al respecto, debemos recordar que la selección de los bienes jurídicos a tutelar por el derecho penal, constituye uno de los aspectos centrales de todo sistema punitivo, ya que de ello dependerá en buena cuenta no sólo la eficacia del sistema penal de cara a los fines que la Constitución asigna al derecho penal, sino también su propia legitimidad.

El legislador penal debe guiarse en su tarea de tipificación por los principios de merecimiento y necesidad de pena. Estos principios no son otra cosa que la traducción al derecho penal de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, que constituyen el parámetro de legitimidad de las limitaciones a los derechos fundamentales, reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consonancia con lo anterior, la selección de bienes jurídicos no es una actividad sujeta al mero arbitrio del legislador, sino que se trata de una actividad político criminal limitada por parámetros jurídicos constitucionales y, por ende, sujeta también a un control jurídico constitucional.

El actual contexto de reconstrucción en el que se encuentran las Fuerzas Armadas, tras un proceso de significativo deterioro institucional, se presenta propicio para realizar cambios importantes en la regulación de la justicia militar.

A la oportunidad política se suma la redefinición del rol institucional de las Fuerzas Armadas.

En ese sentido, la reforma de la justicia militar debe tener en cuenta la necesaria profesionalización de las Fuerzas Armadas, de cara a los nuevos retos de seguridad y defensa nacional que se plantean y plantearán al Estado peruano. Por ello, cualquier proceso de reforma debe comenzar por redefinir el diseño constitucional de la justicia militar, luego de un debate amplio sobre temas como la necesidad o no de una justicia militar permanente, el juzgamiento del delito de traición a la patria en tiempo de paz y el de terrorismo por la justicia militar, así como su integración al Poder Judicial como una especialidad jurisdiccional.

Asimismo, la reforma de la legislación penal militar debe hacerse desde el marco del programa penal de la Constitución y, por ende, desde el respeto de los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, la observancia de los principios básicos de legalidad, igualdad, exclusiva protección de bienes jurídicos, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas, no puede mantenerse al margen.

Para concluir, será conveniente dejar atrás la arcaica idea de que la justicia militar es un asunto de interés exclusivo de los militares, puesto que los fines de defensa y seguridad del Estado asignados por la Constitución, forman parte del interés general. Por ello, toda reforma debe ser el fruto de un proceso de discusión entre civiles y militares y no de la imposición legislativa de un solo sector. Resulta, en consecuencia, altamente positivo que la propuesta del Ministerio de Defensa haya sido acogida por el Poder Ejecutivo y presentada como iniciativa legislativa para su discusión en el Congreso de la República, junto a otras propuestas de modificación importantes. En este contexto, es necesario que las comisiones del Congreso encargadas de dictaminar las propuestas de reforma, así como en la Sub Comisión de Trabajo presidida por la congresista Judith de la Mata, promuevan el debate, a través de las solicitudes



de opinión y de las audiencias públicas. De este modo podrán incorporarse a esta discusión una serie de instituciones y especialistas que desde hace ya buen tiempo vienen reclamando reformas a la justicia militar y realizando una serie de propuestas al respecto.

### **C. NUEVA LEY ORGÁNICA DE LA JUSTICIA MILITAR**

La nueva Ley Orgánica de la Justicia Militar ( Ley N° 28665), lejos de configurar una justicia militar de conformidad a los postulados de un orden democrático de derecho, lo que ha hecho es legalizar un estado de cosas manifiestamente incompatibles con la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) así como los convenios y tratados internacionales en vigor, que se adscriben en una cultura de pleno respeto por los derechos fundamentales. Así lo sostuvo la fiscal de la Nación, Adelaida Bolívar, quien en la víspera presentó ante el TC una demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la citada norma, que regula la organización, funciones y competencias de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial.

La Ley N° 28665 explicó es antinómica con la Ley Orgánica del Ministerio Público en varias de sus disposiciones, sobre todo con respecto a la autonomía de la institución, y con el despojo de las facultades discrecionales del fiscal de la Nación, que al instituir los fiscales supremos penales militares policiales, se vulnera el principio de autoridad máxima, y se pretende que estos fiscales especializados se integren en la institución, bajo sus propias reglas, principios y valores. “En otras palabras, se quebranta la autonomía de la institución, al crearse en realidad una unidad especializada paralela al Ministerio Público, que desarrolla sus mismas funciones, contrariamente a lo dispuesto en el fallo del TC”, manifestó. Para la fiscal suprema, con la creación de esta unidad “paralela” se mina directamente el sistema democrático de derecho, la institucionalidad de la administración y el principio de separación de poderes. Pero la citada ley no sólo sería inconstitucional e incompatible con la estructura organizacional del Ministerio Público, sino que también transgrediría el proceso formativo de las normas, pues únicamente mediante leyes orgánicas se puede regular la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución. Es decir –añadió– es incompatible con la ley fundamental en el fondo, pero además en la forma de su origen normativo.

La Ley N° 28665, Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, lejos de representar un avance en el encauzamiento de la justicia militar al Estado de Derecho y de dar cumplimiento a lo dispuesto por las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia (particularmente la recaída en el Exp. 023-2003-AI/TC), insiste en el diseño de una justicia paralela al Poder Judicial y al Ministerio Público que mina la institucionalidad de la administración de justicia, y en definitiva, conduce a la militarización de la justicia común.

La Ley N° 28665 no plantea una real y sólida integración de la justicia militar al Poder Judicial, creando tan sólo una Sala Suprema Penal Militar Policial que, de manera forzada, incrusta en la Corte Suprema, aunque cuidándose de regular una composición mixta y, sobre todo, una mayoría castrense en ella. A dicha Sala Suprema Penal Militar Policial, por cierto, se le otorga atribuciones para dirimir contiendas de competencia. Las demás instancias judiciales no tienen conexión orgánica ni forman parte de la estructura del Poder Judicial, reproduciendo más bien el anterior esquema organizativo y paralelo previsto en la Ley Orgánica de la Justicia Militar: el novísimo Consejo Superior Penal Militar Policial asume las funciones del Consejo Supremo de Justicia Militar; los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales desempeñan el rol de los llamados Consejos de Guerra; y, los Juzgados Penales Militares Policiales reemplazan a los Juzgados Militares.

La Ley en mención instituye un conjunto de órganos legales paralelos al Ministerio Público, creando una Fiscalía Suprema Penal Militar Policial que incrusta en la Junta de Fiscales Supremos, al tiempo que las demás instancias, es decir, las Fiscalías Superiores Penales, Fiscalías Territoriales y Fiscalías Penales Militares Policiales ante Juzgado, no guardan ningún nexo orgánico y físico con el Ministerio Público.

La legislación en análisis promueve una jurisdicción especializada con una carrera judicial y fiscal propia, con una OCMA propia, con estructura propia, con pliego presupuestal propio, con auxiliares jurisdiccionales propios (del

Cuerpo jurídico de las FFAA) y con Academia de la Magistratura propia. En síntesis, una justicia militar paralela, por fuera, del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Teniendo en cuenta la manifiesta incompatibilidad de la Ley N° 28665 con los principios y mandatos de la LEY fundamental, el 24 de enero del 2006, la Fiscal de la Nación -con el respaldo de la Junta de Fiscales Supremos- ha presentado una demanda de inconstitucionalidad contra 30 artículos de la Ley N° 28665. En primer lugar, contra aquellas disposiciones que "transgreden los principios constitucionales de unidad y autonomía" del Poder Judicial y del Ministerio Público; en segundo lugar, contra un grupo de artículos de la Ley que importa la "vulneración de los principios de independencia, imparcialidad y objetividad en la actividad jurisdiccional"; y, finalmente, contra aquellos artículos de la Ley que constituyen una "vulneración al principio de igualdad y no discriminación". En ese mismo sentido, también, conviene recordar que con fecha 05 de febrero, los señores consejeros Aníbal Torres Vásquez y Efraín Anaya Cárdenas han dirigido una comunicación al Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura solicitando la convocatoria a una reunión del Pleno de dicha entidad a fin de debatir la inconstitucionalidad de la Ley N° 28665.

#### **D. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 126-2011-FMP/TSMP/SG**

Esta norma oficializa el acuerdo de Consejo Ejecutivo del Fuero Militar de fecha 05 agosto 2011 que deja sin efecto el Reglamento de la Ley N° 29182, Ley de Organización y funciones del Fuero Militar Policial, aprobado por acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Policial de fecha 23 abril 2009 y publicado por Resolución Administrativa N° 066-20009-TSMP/SG de fecha 12 mayo 2009. Esta norma establece la estructura, organización, jurisdicción, competencia, funciones y atribuciones específicas del Fuero Militar Policial (en adelante la Ley), sus modificatorias y complementarias en concordancia con la Constitución Política del Perú y las leyes de la República.

En su artículo 2 señala que es responsabilidad de todos los Operadores del Fuero Militar Policial (Vocales, Jueces y Fiscales de todos los niveles, Relatores, Secretarios de Sala o de Juzgado, Defensores de Oficio y Personal Auxiliar y de Apoyo de los Órganos de Control, Educación, Inspectoría, Defensa Judicial y demás personal conformante de la organización técnico-administrativa del Fuero Militar Policial, cumplir y hacer cumplir la Ley, bajo responsabilidad funcional.

Dicho reglamento se aplica en el ámbito penal militar policial, a nivel nacional y en estricta observancia de lo previsto en la Constitución Política del Perú.

En su artículo 8 establece que son Operadores del Fuero Militar Policial. Los operadores del Fuero Militar Policial, Vocales, Jueces o Fiscales de todos los niveles, el Jefe del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial, así como los Relatores y secretarios de Sala o Juzgado, proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial.

En su artículo 11 señala que concordante con el artículo VIII del título Preliminar de la ley, entiéndase como función militar policial el ejercicio regular en aquellas tareas, actividades, acciones u operaciones que les corresponde realizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto, consecuencia o con ocasión del servicio, en razón a las finalidades que la Constitución y la ley dispone para estas instituciones.

## **E. DERECHO COMPARADO**

### **1. ESPAÑA**

Según **Perruca Albadalejo, Victoriano**<sup>13</sup>, con la introducción de una Monarquía Constitucional en España, y la promulgación de la Constitución española el 27 de diciembre de 1978, las cortes militares quedaron limitadas en su jurisdicción a asuntos estrictamente militares. El artículo discute sobre las

---

<sup>13</sup> **Perruca Albadalejo, Victoriano.** “Régimen Jurídico General de 'la Ocupación' Militar en Respeto de la Soberanía y los Derechos Humanos” pág. 11

reformas siguientes hasta el código penal militar de 19 de diciembre de 1985. Los crímenes militares se definen actualmente para incluir lo siguiente: (1) aquello que actúa contra la seguridad nacional; (2) rebelión en tiempo de guerra; (3) crímenes contra la nación española y la institución de los militares; (4) sedición militar, insubordinación, y abuso de autoridad; (5) no llevar a cabo las obligaciones; (6) ofensas del tráfico aéreo y marítimo; y (7) actuar contra la administración de la justicia militar.

Lamentablemente la función jurisdiccional, en el ámbito referido a la justicia militar y policial, en España ha sido duramente cuestionada por su flagrante vulneración a diversos principios constitucionales tales como el principio democrático de separación de poderes, el principio de unidad de la función jurisdiccional y las garantías de independencia, imparcialidad e inamovilidad en el ejercicio de dicha función del Estado.

## **2. VENEZUELA**

En Venezuela desde la década de los 90, para los miembros activos de la Fuerza Armada y, para veteranos juristas militares y militarólogos, existía la concepción de que la Justicia Militar nunca dejaría de ser “Justicia Militar de Comando” como siempre lo fue, a pesar de la escalada política que se gestó a partir de 1992 (4F) con el fin de eliminarla o al menos, transformarla en “Justicia Militar Judicial de Derecho”. Muchas fueron nuestras advertencias, incluyendo la solicitud de nulidad de mas de 25 artículos del Código de Justicia Militar, que por inconstitucionalidad introdujimos en la Corte Suprema de Justicia (Exp. 573 / 24-2-93). Expediente donde pueden ver la defensa hecha de manera ofensiva para el demandante, por la Fiscalía General de la República, la Consultoría Jurídica del Congreso y del propio Ministro de la Defensa, quien motu proprio y una triste asesoría jurídica del propio Ministerio, defienden la “maravilla” del Código, “tan bueno, que ha durado mas de cincuenta años”. No puede olvidarse la oposición política del momento contra los insurgentes del 4F y del 27N. Y, es por demás inolvidable la cara del Dr. Martínez Mótola ante las cámaras de televisión,

leyendo uno tras otro los decretos que aperturaban los tribunales militares especiales.

Se decía entonces que: “No puede haber espacios de la administración de justicia, en los cuales tenga una ingerencia determinante el Poder Ejecutivo... y que las decisiones que el Jefe del Estado tome en estos casos, no tengan la mas mínima posibilidad de ser revisadas en cuanto a su propiedad y legalidad”. No hubo entonces cautela para mirar hacia un futuro inmediato y escuchar la voz de alarma que obligaba a tomar previsiones y correcciones jurídicas, con el fin de preservar en su sano fin y juicio la Justicia Militar.

Según Enrique Prieto Silva<sup>14</sup> “Hicimos la propuesta de reforma, pero cambiado el ministro, surgió una suerte de “magos”, quienes esperaban otra dirección en la conducción de los poderes del Estado y, en lugar de racionalizar la norma penal militar, se incrementaron los tribunales, se incorporaron muchos nuevos abogados al equipo y se olvidaron del problema. Fue una suerte de expertos, - muchos abogados militarólogos-, quienes fueron llamados a la docencia para la especialización de los nuevos juristas militares. En verdad, ellos eran expertos, pero en la vieja justicia y se aferraban a un equívoco muy común en los militares: “eso está en la Ley”. Por desgracia, se cree en la legalidad de cualquier norma, sea esta reglamentaria constitucionalmente o una simple norma emanada del propio Ministerio, cumpliendo o no las formalidades establecidas en la doctrina que recoge la Constitución. Otra desgracia mas, fue la aparición en escena del proyecto y luego “Código Orgánico Procesal Penal”.

Todo el esfuerzo se volcó a adaptar el proceso militar ordinario al juicio oral y a la confección de modernas salas para los juicios, pero se dejó de lado lo fundamental: definir el alcance del fuero y de la jurisdicción y militar. Mas grave aún, se maquilló la estructura del Código y se le calificó de Orgánico, pero no se clarificaron los elementos fundamentales de un cuerpo normativo que, como el Código de Justicia o Penal Militar, contiene tanto el derecho sustantivo como el adjetivo de la materia. Mientras tanto, se transformó la Corte Marcial en

---

<sup>14</sup> PRIETO SILVA, Enrique. “La Nueva Justicia Militar”. Caracas Venezuela. 2011. Pág.44

ESCUELA para la formación o transformación de oficiales en abogados, pero no se definió la “MATERIA PENAL MILITAR”. Es decir, no se hizo lo que era fundamental y necesario: “Concebir, definir y normalizar la tipología o penología y la penalidad jurídica militar. No se adaptaron los delitos establecidos en el viejo Código, a los cambios universales, no solo de la ciencia jurídica, sino de la ciencia y el arte militar y mucho menos, se incorporaron los nuevos delitos surgidos.

La actual coyuntura conflictiva en la competencia sobre los posibles y supuestos delitos militares, nos permite criticar una vez mas lo que consideramos un error conceptual sobre lo que son los jueces naturales. No dudamos, en que siempre se han juzgado conductas delictivas por los tribunales militares, sin que estas sean delitos militares. Tal es el caso actual, pero hay un yerro jurídico doctrinario cuando se dice que “los civiles deben ser juzgados por los tribunales civiles y los militares por sus tribunales”. Hay tanto error en la expresión, que se olvida o se desconoce la competencia por la materia. El juez militar es al delito militar, como lo es el laboral a la violación del trabajo, el mercantil al comercio, el de menores a los violadores de la ley del menor y del adolescente, o cualquiera otra especialidad material.

No puede olvidarse que el derecho militar es parte del derecho público y por lo tanto, está constituido por normas jurídicas donde predominan los intereses colectivos. Es regulador de la propia organización del Estado y de las relaciones de gobernantes y gobernados, dentro de la cuales se ubica a la institución militar. Desde hace tiempo se discute, sobre el origen de este derecho, por lo que unos plantean que el mismo nació de la voluntad de los legisladores, otros de los estadistas; y otros, que surge de la voluntad de los jefes militares. Al respecto, muchos historiadores refieren que, “el derecho militar no es más que el producto histórico de un determinado momento de civilización y cultura social”, por cuanto los legisladores y gobernantes, no hacen más que reflejar la situación jurídica y social ya existente. Hay un triple paralelismo entre la evolución de la táctica militar, de la disciplina y de la sociedad.

Pero ante la discusión sobre este paralelismo y el surgido como de derecho civil y derecho militar, ha aparecido el conflicto de las competencias, que no han sido muy bien comprendidas, por lo que universalmente se ha concluido en que, lo normal es que la jurisdicción civil (se refiere las materias) atraiga a la militar. Así lo recoge la nueva Constitución venezolana, que prácticamente reduce la Justicia Militar al enjuiciamiento de los delitos típicos militares, que son los que no se han actualizado. Lamentablemente, muchos militares, inclusive juristas, piensan que la sola calificación del Código de orgánico, permite su aplicación por encima de otras leyes también orgánicas, considerando como naturaleza de la materia militar la especialidad del sujeto activo (actor militar). Decir que el militar será juzgado por sus tribunales, no es verdad, ya que el militar cuando viola un derecho común (llamado civil), es enjuiciado por la justicia ordinaria, tal como ha quedado asentado en el COPP y en la Constitución.

Por la otra parte, ¿puede un civil (no militar) cometer un delito militar?. Cuando se dilucide este conflicto, definiendo y aclarando lo que son delitos militares, que no de los militares, se habrá resuelto el problema de las competencias. No es tan simple la respuesta, como la han planteado el Fiscal, el Defensor del Pueblo y el Canciller. Pareciera, que hay más confusión en ellos y muchos otros, que en los propios militares, quienes lo han demostrado en el conflicto, que no es de pantaletas.

El fundamento constitucional de la Justicia Militar lo encontramos en la Seguridad del Estado, mientras se mantengan vigentes los criterios sobre Independencia, Soberanía y Fronteras, y el de la Fuerza Armada como institución garante de la Seguridad y la Defensa Nacionales. Resolver el conflicto no es difícil, pero tampoco será simple, mientras no se inmiscuya en la investigación al poder político del Estado y los militares lo vean de otra manera, distinta al coto privado. Y, cuando el Derecho Penal Militar deje de ser, como dice el coronel César Sánchez León en el prólogo del libro antes mencionado, que observan los tratadistas: "...un área o zona que es vista muchas veces, con cierto recelo. Es esa parte del Derecho Penal que se refiere a la administración de la justicia castrense, y que, en los países o sociedades de vocación



autocrática, tratan de convertir en ‘derecho de los militares’. “En Venezuela. La situación no difiere en mucho. En nuestro medio, el derecho penal militar, se le ha pretendido en algunos casos y aún en épocas recientes, ojalá superadas, convertirlo en ‘Derecho de algunos y de algunas circunstancias’...”

### **3. CHILE**

Urge una reforma a la justicia militar que excluya a los civiles y someta a los militares a una justicia que satisfaga las garantías básicas del debido proceso. Por lo demás, a raíz del fallo *Palamara* esa reforma constituye una obligación para Chile. Sin embargo, la reforma legal se percibe como una realidad lejana. A la dilación en que incurrió el Gobierno anterior se suma la indefinición de la administración actual. El Gobierno del Presidente Piñera debe definir su estrategia para dar cumplimiento a la condena de la Corte Interamericana, buscando acuerdos con el mundo militar y reexaminando las iniciativas actuales. Por ahora, se espera para diciembre de 2010 un anteproyecto que es parte de una estrategia de tres leyes que deben ser aprobadas por el Congreso.

Por otra parte, los jueces, fiscales y representantes políticos chilenos parecen no entender la importancia del fallo *Palamara*. Los civiles y militares imputados de delitos que no son de índole militar siguen siendo sometidos a esta jurisdicción especial, como si el cumplimiento del fallo solo pudiera sobrevenir luego de la reforma legislativa. Los casos de José Huenante, Matías Catrileo, L.Q.P. y otros lo demuestran. Otro tanto puede decirse del incremento de los casos en corte marcial por delitos de maltrato de obra y violencia innecesaria.

El año 2005, en el fallo *Palamara Iribarne*, Chile fue condenado internacionalmente en razón del sistema de justicia militar que impera hasta hoy en el país. Han pasado cinco años y la situación no ha variado de forma relevante, con lo cual se mantiene nuestro estatus de país incumplidor de sus obligaciones de derechos humanos.

Las críticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han sido reiteradas por numerosos organismos internacionales, apuntan a dos aspectos centrales: 1) el alcance excesivo de la justicia militar, que le permite juzgar a civiles, y 2) la ausencia de las garantías de juicio justo, derecho a la defensa e

imparcialidad del tribunal, entre otras, en los procedimientos seguidos ante tribunales militares. Todas ellas siguen vigentes.

El presente capítulo rinde cuenta acerca de la forma en que Chile se rehúsa a cumplir con su obligación internacional. Las iniciativas legales para reformar la justicia militar se ven lejanas y con un pronóstico incierto, aunque las recientes negociaciones a raíz de la huelga de hambre de comuneros mapuche podrían acercar posiciones y traer algunas novedades. Asimismo, las conductas de nuestras autoridades, policías, jueces, fiscales y políticos se encuentran lejos de cumplir con el mandato internacional.

Se podría demostrar fácilmente la relevancia y el alcance de la justicia militar en Chile conociendo la cantidad de casos en que civiles se ven sometidos a ella, pero ocurre que reunir información estadística al respecto es difícil: el sistema de registro de los juzgados militares no es computacional, se basa en el conteo manual de los expedientes que se

encuentran en los distintos juzgados militares del país; además, los registros de esas causas no están disponibles para el público en la página web del Poder Judicial, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl). La única información que se entrega son los ingresos y términos de las cortes marciales, pero no la cantidad de causas pendientes ante ellas. Peor aún, los datos solo aluden a ingresos en general, sin distinguir por tipos de delitos o el sujeto activo sometido a la justicia militar.

Así, para tener una imagen del universo de casos que hoy van a justicia militar en Chile se debe recurrir a otro tipo de registros, más artesanales. Se acudió a tres fuentes: la tradicional revisión del libro de ingresos de la Corte Marcial de Santiago, la información de prensa y los datos disponibles en la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ).

Según el libro de ingresos de la Corte Marcial de Santiago, los casos referidos a maltrato de obra a Carabineros y de violencia innecesaria se han incrementado en forma sostenida durante los últimos años. De la naturaleza de estos casos se desprende necesariamente que hay civiles sometidos a la justicia militar.

Mientras la cantidad de casos en la Corte Marcial se mantiene relativamente estable, con un leve incremento de 1.105 a 1.136 entre 2007 y 2009, no ocurre lo mismo respecto de los delitos de violencia innecesaria y maltrato de obra a Carabineros. En 2007 había 360 casos ante la Corte Marcial, cifra que durante 2009 se elevó a 543, esto es, un incremento del 50,8%. Dado que los ingresos en estos últimos tres años solo han aumentado en 2,8%, es posible concluir que la mayoría de los casos en Corte Marcial involucran a civiles, que no deberían estar sometidos bajo ningún concepto a esta jurisdicción, que se supone excepcional. El panorama para 2010 no es auspicioso. El 29 de abril ya había 743

casos en Corte Marcial, de los cuales el 35,6% corresponde a maltrato 105 de obra y a violencia innecesaria. A esta altura del año, son 265 los casos en Corte Marcial que involucran a civiles.

Los números revelados por Carabineros de Chile a un medio de prensa son más complejos, ya que consignan un mayor número de civiles sometidos a justicia militar que la información revelada por la revisión del libro de ingresos de la Corte Marcial. Los datos indican que, en promedio, dos mil casos al año corresponden solo a maltrato de obra a Carabineros.

En 2008 la cifra ascendió a 1.933, mientras que en 2009 fue de 2.057, y se divide en denuncias por maltrato físico o verbal. En 2008 hubo 1.511 agresiones físicas y 422 casos de insultos; en 2009 se denunciaron 1.460 agresiones físicas y 597 casos de maltrato de palabra.<sup>66</sup> La otra cara de la moneda corresponde a denuncias por violencia innecesaria, detención abusiva y detención ilegal, delitos en que civiles son víctimas de Carabineros. En ellos una persona imputa a un carabinero porque lo detuvo ilegalmente, lo golpeó innecesariamente, o lo humilló y maltrató. La única información disponible al respecto son los datos con que cuenta la CAJ en su Oficina de Derechos Humanos. Según ellos, se encuentran vigentes 201 causas en dicha dependencia, de las cuales 120 son por concepto de violencia innecesaria y los otros tipos penales mencionados. Aunque lamentablemente no es posible tener una noción del universo real de

este tipo de casos, la información que brinda la CAJ sirve para graficar un aspecto de gran importancia para este *Informe*: que la justicia militar está lejos de cumplir con los aspectos básicos del debido proceso, especialmente en lo relativo al plazo razonable.

#### **4. COLOMBIA**

LA FIGURA DEL FUERO MILITAR HA SIDO TAN ANTIGUA y fundamental para la construcción de los modelos democráticos del Estado de Derecho, como controvertida tanto por sus usos como por sus abusos.

En Colombia el Constituyente de 1991 delimitó el fuero militar en el artículo 221, bajo el entendido que de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, solamente conocen las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales deben integrarse por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. Dentro del concepto de Fuerza Pública y por ende, de aplicación del fuero militar, se cobijan a los miembros de la Policía Nacional, siempre que los delitos sean cometidos en servicio activo, y en relación con dicho servicio.

En desarrollo del postulado constitucional, el legislador ha establecido como principios y reglas fundamentales bajo los cuales debe gravitar el fuero militar, los siguientes: legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, favorabilidad, exclusión de analogía, igualdad ante la ley, cosa juzgada, conocimiento de la ley, juez natural, funcionalidad de la pena y de las medidas de seguridad; integración y prevalencia de las normas rectoras.

Con ocasión de las heridas que se han abierto por la conmemoración de trágicos eventos acontecidos en la historia colombiana, en los que la barbarie y la irracionalidad con la que carros blindados y fusiles oficiales dispararon contra toda una generación ilustre de juristas -y contra el país entero-; resulta oportuno

revisar el tratamiento que la Corte Constitucional le ha dado a la figura del fuero militar en su corta pero brillante existencia.

Siendo tradicionalmente reiterativa en su posición, la Corte ha venido sosteniendo que el fuero militar constituye “una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria”. Para la Alta Corporación, el fuero militar rebasa el marco del Derecho Procesal, para constituir por igual un desarrollo normativo de carácter sustancial orientado por los siguientes parámetros:

El fuero militar cobija únicamente a los hechos y actos que son objeto de regulación penal militar, es decir, aquellos que se encuentran subordinados a “reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil que marcan una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria”, de manera que se establecen claras diferencias de tratamiento en lo relativo a las responsabilidades y deberes que se predicán del ciudadano común, frente a las de un miembro de la Fuerza Pública, particularmente en lo que atañe a las consecuencias penales.

En dicho sentido, el régimen penal de los militares resulta completamente diferente del que se aplica a los ciudadanos en general, constituyendo dos universos normativos absolutamente distintos, regidos de igual forma por jurisdicciones diferentes: la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria. No obstante la diferencia normativa y procedimental de los dos sistemas, ambos deben armonizar con los principios, valores y derechos del orden constitucional, articulándose en defensa de la coherencia sistemática de la Carta Política. La aplicación del fuero militar solo es posible a través de la concurrencia de dos elementos, materializados a través de un factor *subjetivo* y de un factor *funcional*. El primero hace referencia a la pertenencia a la institución castrense y la membresía *activa* a la misma, al tanto que la segunda atañe a que la conducta investigada haya sido cometida en relación directa con el servicio.

Ahora bien, de acuerdo a la propia Carta Política, recae en el legislador la competencia de regulación –a través de un código-, del diseño de la estructura y funcionamiento de la jurisdicción penal militar, y de los procedimientos instructivos y de juzgamiento; así como de las conductas puniblemente reprochables que ante dicho poder son sometidas.

Como desarrollo de las potestades concedidas por el Constituyente al legislador, solamente en éste recae la competencia para diseñar la estructura jurídica de la jurisdicción penal militar, incluso para introducir las modificaciones que sean advertidas como necesarias, excluyéndose de ésta prerrogativa a la propia Fuerza Pública.

Finalmente, el hecho de que exista un marco jurídico especial para investigar y juzgar a los militares, no constituye privilegio alguno para desarticular la armonía que debe tener dicho régimen con el resto del ordenamiento jurídico y en particular, con la Carta, de forma que al “juez de constitucionalidad le corresponderá establecer la conformidad entre la regulación que desarrolla la jurisdicción penal aplicable a los miembros de la fuerza pública y la Carta Política”.<sup>1</sup>

#### **4.1. Finalidad y justificación de la existencia del fuero militar**

Ha sido particularmente a través de las sentencias C-399 de 1995 y C-1149 de 2001, en donde la Corte ha sentado con mayor claridad su posición respecto de los fines y justificaciones de la existencia de una institución como la del fuero militar. Es así como el Máximo Tribunal ha sostenido que dicha figura es justificativa dentro del modelo del Estado Social de Derecho, en razón a la naturaleza misma de la Fuerza Pública, esto es, la loable misión de defender la soberanía nacional, la independencia, el orden público, así como la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.<sup>2</sup> En tal sentido, la Fuerza Pública ejerce y desarrolla una serie de funciones vitales para la supervivencia del Estado, de forma que sus miembros deben someterse al cumplimiento de reglas, obligaciones y deberes particulares y diferentes a los de los ciudadanos.

Así, la finalidad del fuero militar es que los miembros de la Fuerza Pública sean cobijados por un régimen jurídico penal especial, tanto en el aspecto sustantivo como procedimental, “sacándolos de lo general y común, para darles un tratamiento especializado más no diferente, ni mucho menos preferente ni privilegiado, como se tiende a creer erradamente, atribuyendo connotaciones que ni la Constitución ni la ley han previsto para el fuero militar”.

Entiende la Corte, que la institución del fuero militar nunca ha sido edificada bajo el ideal del favorecimiento de la impunidad, sino de la construcción y funcionamiento de un órgano jurisdiccional especializado, independiente, autónomo e imparcial, que investigue y juzgue las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación, precisamente, con dicho servicio.

#### **4.2. Autonomía e independencia de la jurisdicción penal militar**

Desde Montesquieu hasta nuestros tiempos, se ha concebido la división del poder público en tres ramas autónomas y diferentes, las cuales, no obstante, se articulan ejerciendo entre sí pesos y contrapesos, de manera que permitan desarrollar equilibradamente las diferentes tareas misionales del Estado.

Ahora bien, dentro de la rama del poder público que directamente atañe a la institución del fuero militar, la jurisdicción penal militar no fue integrada de manera expresa a la rama judicial por parte del Constituyente, dado que la Carta señaló que el poder judicial se componía de las jurisdicciones ordinaria, contenciosa administrativa, constitucional, así como por la jurisdicción indígena y la de paz.<sup>3</sup>

Sin embargo, considerando el artículo 116 de la Constitución, la Corte ha señalado que si bien la jurisdicción penal militar orgánicamente “no forma parte de la rama judicial, sí administra justicia en los términos, naturaleza y características consagradas en el artículo 228 ibídem, esto es, en forma

autónoma, independiente y especializada, debiendo en sus actuaciones otorgar preponderancia al derecho sustancial” (C-1149 de 2001).

#### **4.3. Los factores de competencia: subjetivo y funcional**

El ámbito de competencia de la jurisdicción material ha sido uno de los aspectos sobre los cuales la Corte Constitucional se ha visto obligada en mayor medida a pronunciarse en sus diferentes providencias. Sobre el particular, la Máxima Guardiana de la Carta ha sostenido, que la competencia de la jurisdicción penal militar se determina esencialmente por la relación directa existente entre la conducta punible investigada por el miembro de la Fuerza Pública y las funciones constitucionalmente asignadas a ésta. De manera que la ruptura del nexo causal entre dicha conducta y su relación con el servicio, trasladan la órbita de competencia a la jurisdicción penal ordinaria. Del mismo modo lo ha consagrado expresamente el Constituyente primario y el legislador.<sup>4</sup> De ésta forma, la causalidad entre la conducta desplegada y su relación con el servicio, garantiza el objeto de la institución, así como su carácter excepcional.

Por consiguiente, la competencia de la jurisdicción penal militar para investigar y juzgar a sus miembros, se encuentra determinada –y restringida- al aspecto *subjetivo* (la membresía activa a la Fuerza Pública) y al aspecto *funcional* (su relación con el servicio). Sobre el primer aspecto (subjetivo), resulta entonces claro que el fuero militar no cobija a quienes cometan conductas tipificadas en el régimen penal militar, cuando ya no hacen parte del ejercicio activo de la Fuerza Pública.

Sin embargo, la simple pertenencia a la Fuerza Pública no condiciona *per se* la competencia del juez penal militar para investigar la conducta desplegada por el sujeto agente. Es así como la Corte ha sido enfática al sostener que la simple circunstancia de que la conducta sea cometida dentro del tiempo de servicio activo por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o



aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento determine la competencia de la jurisdicción penal militar. “En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al Derecho Penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincuencia imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la

seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias” (C-358 de 1997).

De conformidad con el pronunciamiento anterior, el factor subjetivo determinante del fuero militar, se desfigura por completo y traslada la investigación y juzgamiento de la conducta a la jurisdicción penal ordinaria, cuando acaece cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Cuando el sujeto-agente comete la conducta sin pertenecer a la Fuerza Pública.
2. Cuando perteneciendo el sujeto-agente a la Fuerza Pública, emplea las prerrogativas y/o la investidura de su cargo de manera deliberada para cometer un delito común, dado que las mismas no fueron desarrolladas “en relación con el servicio”, sino con total abuso de su calidad de miembro de las fuerzas castrenses o policivas. En éste caso, su conducta no se asimila a la propia de un miembro de la Fuerza Pública, sino a la de un delincuente común, que simplemente se ha aprovechado de su condición y *status*.

En lo que respecta al segundo elemento determinante de la aplicación del fuero militar, esto es, el aspecto funcional; la Corte ha venido sosteniendo que debe atenderse directamente al concepto mismo del servicio. Sobre éste, se ha dicho que corresponde a la suma de las diferentes misiones que le han sido asignadas a la Fuerza Pública, directamente por mandato constitucional y legal, que en últimas se materializan a través de decisiones y acciones. La “relación con el servicio” atañe, entonces, a la comisión de una conducta tipificada en el régimen penal militar, siempre en relación directa con las funciones que le han sido asignadas al miembro de la Fuerza Pública y no, por la simple utilización de sus prerrogativas o investiduras para comportarse como un delincuente común.

Así, considera la Corte, la misión cuya realización asume un miembro de la Fuerza Pública, cuando se inserta su cuadro funcional, es posible que sea extralimitada en un momento dado, voluntaria o culposamente, por alteración,

por excesos o defectos de acción, “que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del Derecho Penal Militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. 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 policiva. 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” (C-358 de 1997). De conformidad con lo anterior, no tendría aplicación la figura del fuero militar en relación con el factor funcional, cuando el sujeto-agente no despliega la conducta reprochable de manera *directa* y *sustancial* con el ejercicio de la Fuerza Pública. En otras palabras, si el exceso o extralimitación del sujeto-agente acontece por fuera de la realización de una tarea que constituya desarrollo legítimo de las funciones de la Fuerza Pública; no podrá en ningún caso hablarse de fuero militar, puesto que la conducta se despliega sin ninguna relación de funcionalidad. Un par de ejemplos ayudan a clarificar el criterio diferenciador: En cumplimiento de una orden impartida por la autoridad competente, un comando de la Policía es asignado para exigir la documentación que acredite la mayoría de edad de las personas que visitan un lugar de lenocinio. En desarrollo de dicha orden legítima y asignada constitucionalmente dentro del marco funcional general de la Policía, uno de sus

miembros se ve obligado a golpear a un ciudadano que opone resistencia violenta al cumplimiento de la orden. En este caso, la conducta reprochable que pueda ser atribuida al agente, debe ser investigada en el marco del fuero militar, dado que se debió a un exceso o extralimitación en desarrollo de sus tareas funcionales. Caso contrario es el evento del agente de la Policía, que en un día de descanso acude a un establecimiento público y empleando su uniforme y las prerrogativas que el cargo le atribuyen, golpea a otro hombre causándole lesiones personales. En este caso el fuero militar no aplica, porque el miembro de la Fuerza Pública no actuó en cumplimiento de ninguna tarea asignada en virtud de sus funciones.

#### **4.4. De la duda existente entre la relación funcional y el hecho punible**

Hasta aquí resulta claro que el fuero militar opera cuando la conducta cometida por el miembro de la Fuerza Pública es desarrollada en relación directa y sustancial con el servicio. Sin embargo, la Corte Constitucional no ha dudado en reconocer la competencia preferencial de la jurisdicción ordinaria para investigar conductas punitivas cometidas por miembros de la Fuerza Pública, cuando existe *duda* sobre la relación funcional entre el hecho y la actividad que cumplía el sujeto-agente.

En situaciones tan complejas como la planteada, el Máximo Tribunal considera que por constituir la justicia penal militar una jurisdicción excepcional, su competencia solamente puede aparecer cuando nítidamente existe claridad respecto del vínculo funcional del imputado, dado que su competencia excepcional no puede atribuirse por simples inferencias, dudas o suposiciones.<sup>5</sup>

#### **4.5. Delitos de lesa humanidad, contra la libertad sexual y otras conductas punitivas**

Saludablemente el legislador ha excluido expresamente la institución del fuero militar cuando la conducta lesiva se encuentra enmarcada en los crímenes de

lesa humanidad, como la *tortura*, el *genocidio*, la *desaparición forzada*, así como los delitos contra la *libertad sexual*. Por tanto, cualquier orden, cumplimiento de la misma o acción discrecionalmente tomada y dirigida a vejear a un ser humano, a un grupo de personas, ó a abusar sexualmente de las mismas; no puede ser amparada por un manto denominado “fuero militar”, puesto que con ello se estaría dando vía libre a la configuración de una Fuerza Pública protegida por el velo de la excepcionalidad de cuanta conducta violatoria comete.

Sin embargo, la Corte ha dicho en la sentencia C-878 de 2000, que no solamente los crímenes de tortura, genocidio, desaparición forzada y vejación sexual, pueden considerarse como absolutamente ajenos al servicio de la Fuerza Pública y por ende, representen materia de la jurisdicción penal ordinaria. Existen también otras conductas, que “son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio, conductas éstas que, en consecuencia, escapan de la competencia de esta jurisdicción especial. Así, teniendo en cuenta que el factor funcional es el que en últimas determina la competencia de la jurisdicción penal militar, ha de entenderse que existen delitos no enunciados” expresamente, “que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados *“relacionados con el servicio”* y como tales, en ningún caso podrán ser de conocimiento de la justicia castrense. En todos estos casos, corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y juzgamiento de esta clase de conductas.”

#### **4.6. El derecho a saber la verdad**

El denominado “derecho a saber la verdad” constituye una de las reclamaciones más enconadas del moderno Estado Social de Derecho, en su búsqueda por lograr una sociedad justa y un Estado transparente y recto.

El derecho a saber la verdad viene apareciendo con más fuerza en las sociedades democráticas consolidadas y en las que igualmente se jactan de serlo, como el derecho que tiene todo pueblo a conocer su historia de manera

veraz, ocurrida bajo el mando de determinados regímenes y gobiernos, en los que arbitraria y descaradamente fueron manipulados los medios de comunicación y las plumas con las que se escribieron los libros de historia.

El derecho a saber la verdad va mas allá de “desempolvar” los libros y reescribir la historia, para incluso llamar a juicio a los responsables de hechos atroces, que aun se encuentran en vida y que se arropan bajo el manto del olvido, la poesía y la filantropía; ocultándole de ésta forma al pueblo la verdad y su participación decisiva en el engaño, la mentira y la muerte.

Igualmente la Corte Constitucional ya ha venido incorporando en su jurisprudencia, delineamientos generales – unque abstractos- del derecho a saber la verdad, que fueron tomados del salvamento de voto a la sentencia C-293 de 1995, y luego acogidos y desarrollados en las sentencias C-1149 de 2001 y SU-1184 de 2001. En este sentido, la Corte ha superado el criterio eminentemente patrimonial de las víctimas a ser indemnizadas, para trascender a aquél en el que a la sociedad le atañe un derecho intrínseco a que la justicia determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos, así como a determinar a los responsables de tales conductas. “El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarlos.”

Y es que el derecho a saber la verdad no se materializa por medio de obras autobiográficas *postmortem*, sino a través de interrogatorios y rendiciones de cuentas realizados en juicio.

#### **4.7. El rol de la Procuraduría General de la Nación**

Aunque el fuero militar ha sido inspirado como un mecanismo excepcional de competencia especial, los organismos generales de control ejercen y desarrollan su labor en la jurisdicción penal militar.

Es así como el Máximo Tribunal ha sostenido que las funciones de la Procuraduría General de la Nación no se ven limitadas por el fuero militar, ni desde el punto de vista disciplinario, ni en relación con las otras funciones del Ministerio Público, particularmente en lo relativo a su intervención en los procesos de instrucción y juzgamiento criminal.<sup>6</sup>

En lo relativo al aspecto disciplinario, la Procuraduría ejerce sus funciones sin restricción alguna de la influencia del fuero militar, dado que los miembros de la Fuerza Pública son servidores públicos que están sujetos a la supervigilancia disciplinaria de ese organismo.

Por su parte, en lo que respecta a las otras funciones desarrolladas por el Ministerio Público, dicho organismo ejerce sus actividades constitucionales como interviniente en los procesos.

#### **4.8. Ejercicio de la función jurisdiccional**

El ejercicio de la función jurisdiccional amparada por el fuero militar, puede ser desarrollada por miembros de la Fuerza Pública, según habilitación otorgada por la propia Carta Política, esto es, por el Comandante de las Fuerzas Militares, en su condición de Presidente del Tribunal Militar, así como los funcionarios investidos de la condición de jueces de primera instancia en la justicia penal militar.

De igual forma, la Corte ha venido sosteniendo que el principio de la autonomía e independencia que rige la administración de la justicia penal militar, no se afecta por la circunstancia de que los tribunales militares y las cortes marciales estén integrados por miembros de la Fuerza Pública, “mas aún cuando las actuaciones de éstos están amparadas por el principio de la buena fe, según se deduce de los antecedentes de los debates que tuvieron lugar en el Congreso con motivo de la aprobación del Acto Legislativo” de mayo de 1995.<sup>7</sup>

Igualmente, la Corte considera que aunque el legislador haya establecido como requisito para ser magistrado del Tribunal Superior Militar, el ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía, dicha condición no excluye la posibilidad a los civiles para que puedan acceder a los diferentes cargos de tal jurisdicción, diferentes de los que forman parte de los referidos Tribunales y Cortes Marciales.

#### **4.9. El fuero militar no puede favorecer la dosificación punitiva**

Uno de los avances más significativos que ha brindado la jurisprudencia de la Alta Corporación, ha sido en materia de punibilidad de las conductas reprochables de los agentes de la Fuerza Pública. En este sentido, se ha señalado que la protección a los bienes jurídicos no puede considerarse con menor entidad e importancia en el Código Penal Militar, que en el Código Penal; por cuanto ello acarrearía una total violación al principio constitucional a la igualdad.

En dicho sentido, ha dicho la Corte que ante supuestos fácticos iguales, el tratamiento jurídico debe ser igual, puesto que de lo contrario el fuero militar se convertiría en un absoluto privilegio para los sujetos amparados por el mismo, cuando ello no corresponde a su finalidad. En palabras de la Corte, expresadas en la sentencia C-358 de 1997, “No es difícil concluir que tanto el bien jurídico protegido -la vida-, como la descripción de la conducta típica son idénticos. Que el agente sea militar o simplemente civil, no afecta el tipo. En los dos eventos, se comete el delito de homicidio. La circunstancia de que el homicidio tenga relación directa con una acción referida al servicio militar o policial, sólo será relevante para determinar la jurisdicción aplicable, que es un *posterius*, pero desde el punto de vista material y jurídico, el supuesto material, el tipo y la lesión no son diferentes. Si bajo los aspectos relevantes, las dos situaciones son iguales, el tratamiento diferenciado es inaceptable. Por lo tanto, la Corte concluye que en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin violar el principio de igualdad en materia



punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria. Es el caso del delito de homicidio, sancionado en el Código Penal Militar con una pena de prisión de 10 a 15 años -la que se eleva de 16 hasta 30 años si concurren circunstancias de agravación punitiva-, que en el Código Penal recibe un castigo más severo consistente en pena de prisión de 25 a 40 años, que se aumenta de 40 a 60 años si median circunstancias de agravación punitiva. De acuerdo con lo expuesto, las expresiones demandadas que fijan el *quantum* de la pena del delito de homicidio y de las circunstancias de agravación punitiva serán declaradas inexecutable. En estos dos eventos, por razones elementales de integración normativa, las penas serán las que se establecen en las normas respectivas del Código Penal.”

Del pensamiento de la Corte Constitucional, elaborado a lo largo de más de una década de pedagogía en la interpretación de la Carta Política de 1991; se pueden extraer las siguientes conclusiones que permiten delinear el marco general de la institución del fuero militar en Colombia:

1. El fuero militar cobija únicamente a los hechos y actos que son objeto de regulación penal militar, es decir, aquellos que se encuentran subordinados a “reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil, que marcan una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria”.
2. A pesar de la diferencia normativa y procedimental de los dos sistemas, penal militar y penal común; ambos deben armonizar con los principios, valores y derechos del orden constitucional, articulándose en defensa de la coherencia de la Carta Política.
3. El fuero militar nunca ha sido edificado bajo el ideal del favorecimiento de la impunidad, sino de la construcción y funcionamiento de un órgano jurisdiccional especializado, independiente, autónomo e imparcial; que investigue y juzgue las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con dicho servicio.

4. La competencia de la jurisdicción penal militar se determina esencialmente por la relación directa existente entre la conducta punible investigada por el miembro de la Fuerza Pública y las funciones constitucionalmente asignadas a ésta. De manera que la ruptura del nexo causal entre dicha conducta y su relación con el servicio, trasladan la órbita de competencia a la jurisdicción penal ordinaria. Por consiguiente, la competencia de la jurisdicción penal militar para investigar y juzgar a sus miembros, se encuentra determinada –y restringida- al aspecto *subjetivo* (la membresía activa a la Fuerza Pública) y al aspecto *funcional* (su relación con el servicio).

5. La simple circunstancia de que la conducta sea cometida dentro del tiempo de servicio activo por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o aprovechándose de su investidura; no es suficiente para que su conocimiento determine la competencia de la jurisdicción penal militar. Por el contrario, para el efecto debe examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar o policiva.

6. La jurisdicción ordinaria goza de competencia preferencial para investigar conductas punitivas cometidas por miembros de la Fuerza Pública, cuando existe *duda* sobre la relación funcional entre el hecho y la actividad que cumplía el sujeto-agente.

7. No solamente los crímenes de tortura, genocidio, desaparición forzada y vejación sexual; pueden considerarse como absolutamente ajenos al servicio de la Fuerza Pública y por ende, materia de la jurisdicción penal ordinaria. Existen también otras conductas, que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

8. La Corte ha superado el criterio eminentemente patrimonial de las víctimas a ser indemnizadas, para trascender a aquél en el que a la sociedad le atañe un

derecho intrínseco a saber la verdad, es decir, a que la justicia determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos, así como a determinar a los responsables de tales conductas. “El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables”.

9. Para la Corte, las funciones de la Procuraduría General de la Nación no se ven limitadas por el fuero militar, ni desde el punto de vista disciplinario, ni en relación con las otras funciones del Ministerio Público, particularmente en lo relativo a su intervención en los procesos de instrucción y juzgamiento criminal.

10. El principio de la autonomía e independencia que rige la administración de la justicia penal militar, no se afecta por la circunstancia de que los tribunales militares y las cortes marciales estén integrados por miembros de la Fuerza Pública, más aún cuando las actuaciones de éstos están amparadas por el principio de la buena fe.

11. La protección a los bienes jurídicos no puede considerarse con menor entidad e importancia en el Código Penal Militar, que en el Código Penal; por cuanto ello acarrearía una total violación al principio constitucional a la igualdad.

## **2.4. MARCO CONCEPTUAL**

### **CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES:**

Se refiere a las discrepancias que surgieron entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y el Ministerio Público, sobre observaciones que se hicieron a la estructura orgánica de la Justicia Militar, de acuerdo con la nueva Ley.

### **DELITO MILITAR:**

Ilícito penal cometido en el ámbito de la Función Militar. Está tipificado en el Código de Justicia Militar.

### **FUERO MILITAR:**

Es el ámbito en el cual se administra la Justicia Militar, de acuerdo con los lineamientos que son propios del fuero especial.

### **INCONSTITUCIONALIDAD:**

Se refiere a aquellas normas cuya elaboración atenta contra el Orden Constitucional, resquebrajando los principios.

### **JUSTICIA MILITAR:**

Jurisdicción especializada en la Administración de Justicia, administrada de acuerdo con el Código de Justicia Militar.

## **CAPÍTULO III**

### **HIPÓTESIS Y VARIABLES**

#### **3.1. HIPÓTESIS**

##### **HIPÓTESIS GENERAL**

Si se supera la Inconstitucionalidad planteada a partir de la consideración de los criterios de Estado de Derecho entonces se podrán rebatir los cuestionamientos formulados a la reforma de la Justicia Militar Policial en el Perú.

##### **HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**

Si el Decreto Legislativo 1094 adapta su contenido a lo establecido por el Estado Democrático de Derecho entonces cumplirá con el criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Establecer el modo en que la incorporación de nuevos ilícitos militares policiales tipificados en el Decreto Legislativo 1094 vulnera los estándares establecidos en la Constitución Política y los Tratados Internacionales.

Explicar la manera en que el Decreto Legislativo 1094 encubre conductas que vulneran derechos fundamentales bajo la denominación de delitos de función.

#### **3.2. VARIABLES E INDICADORES EN LA INVESTIGACIÓN**

##### **VARIABLE INDEPENDIENTE (X):**

INCONSTITUCIONALIDAD

##### **INDICADORES:**

- X1.** INCUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- X2.** VULNERACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES
- X3.** ENCUBRIMIENTO DE DELITOS COMUNES COMO DELITO DE FUNCIÓN

##### **VARIABLE DEPENDIENTE (Y):**

REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL EN EL PERÚ

**INDICADORES:****Y1** Ley 29182**Y2** DECRETO LEGISLATIVO N° 961**Y3** DECRETO LEGISLATIVO 1094**3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

<b>VARIABLES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>OPERACIONALIZACIÓN</b>
<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	AUTONOMIA	Se medirá a través de la aplicación de encuestas a Vocales e Instructores de la Justicia Militar Policial
	AUTONOMIA ORGANICA	Se medirá a partir de la aplicación de entrevistas a funcionarios y magistrados del la Justicia Militar
	LEGALIDAD	Se medirá a partir de la revisión de la foja de servicios y hoja de vida.
<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	Investigación del Delito de Función	Se medirá a partir de la Encuesta aplicada a los Magistrados Militares Policiales
	Instancias Plurales	Se medirá a partir del Análisis de las Encuestas y los Expedientes.
	Garantía del debido proceso	Se medirá a partir de la Revisión Documental

## **CAPÍTULO IV METODOLOGÍA**

### **4.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

El Tipo de Investigación es APLICADA, por cuanto los datos obtenidos servirán para garantizar la constitucionalidad de la Justicia Militar.

El Método de la Investigación corresponde a un carácter descriptivo explicativo, toda vez que las variables serán descritas y luego se buscará la relación de causa y efecto entre ambas.

El diseño específico será JURÍDICO SUSTANTIVO, ORGÁNICO Y PROCESAL, en la medida que nos permitirá conocer la estructura de la justicia militar y la forma en que está integrada por magistrados, vocales y secretarios militares, en cuya composición se plantea incorporar a Oficiales Abogados Militares en Situación de Actividad.

### **4.2. POBLACIÓN – MUESTRA**

La investigación se circunscribe a los procesos que se tramitan en el Juzgado Militar Policial N° 8 de Lima (Tribunal Militar Policial N° 08 de Lima) teniendo una población compuesta por 560 Oficiales Abogados Militares Policiales.

La Muestra se realizará al azar, comprendiendo el 10% de la población mencionada, es decir, 56 Oficiales Militares Abogados.

También componen la muestra 56 abogados civiles.

#### **4.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

Se recurrirá a:

**REVISIÓN DOCUMENTAL:** Sentencias y Resoluciones del Tribunal Constitucional así como del Fuero Militar Policial.

**ENCUESTAS:** Se aplicará a los jueces y magistrados de la Justicia Militar Policial.

#### **4.4. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

Los datos serán procesados a partir de una codificación de acuerdo a las variables planteadas. Luego se pasará a su representación numérica y porcentual, utilizándose para ello el paquete informático OFFICE, concretamente los programas de Word y Excel.

#### **4.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

##### **4.5.1. TÉCNICAS**

Las principales técnicas que utilizamos en este estudio serán el análisis documental y la encuesta.

##### **4.5.2. INSTRUMENTOS**

Fichas de recolección de datos así como la encuesta (ANEXO1).

#### **4.6. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Las Hipótesis establecidas se han contrastado con los resultados obtenidos, procediéndose a su confrontación y consecuente validación.



## CAPÍTULO V

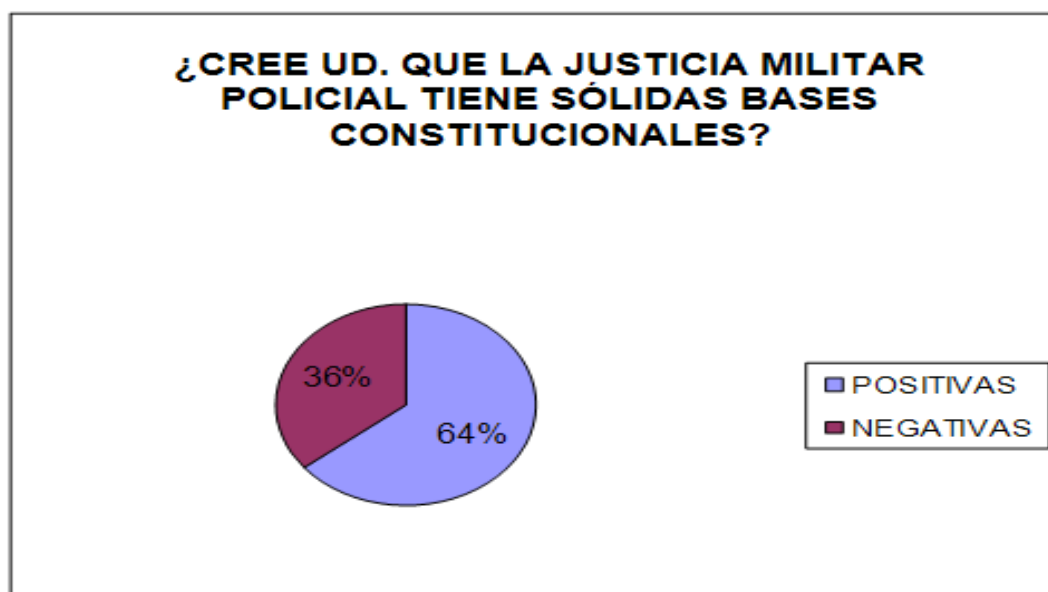
### PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### ENCUESTA A MAGISTRADOS MILITARES-POLICIALES

#### CUADRO N° 01

**¿CREE UD. QUE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL TIENE SÓLIDAS BASES  
CONSTITUCIONALES?**

RESPUESTAS	Nº	%
POSITIVAS	36	64.28
NEGATIVAS	20	35.72
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100</b>

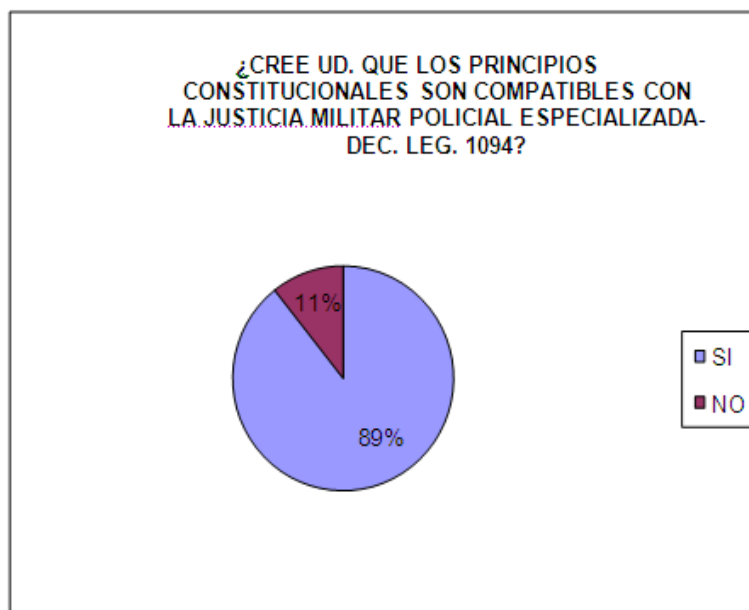


La mayoría de los encuestados (64%) considera que la justicia militar policial vigente, dec. Leg. 1094, si tiene sólidas bases constitucionales, frente a un 36% que considera que no es así.

## CUADRO Nº 02

### ¿CREE UD. QUE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SON COMPATIBLES CON LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL ESPECIALIZADA- DEC. LEG. 1094?

RESPUESTA	Nº	%
SI	50	89.29
NO	06	10.71
<b>TOTAL:</b>	<b>56</b>	<b>100</b>

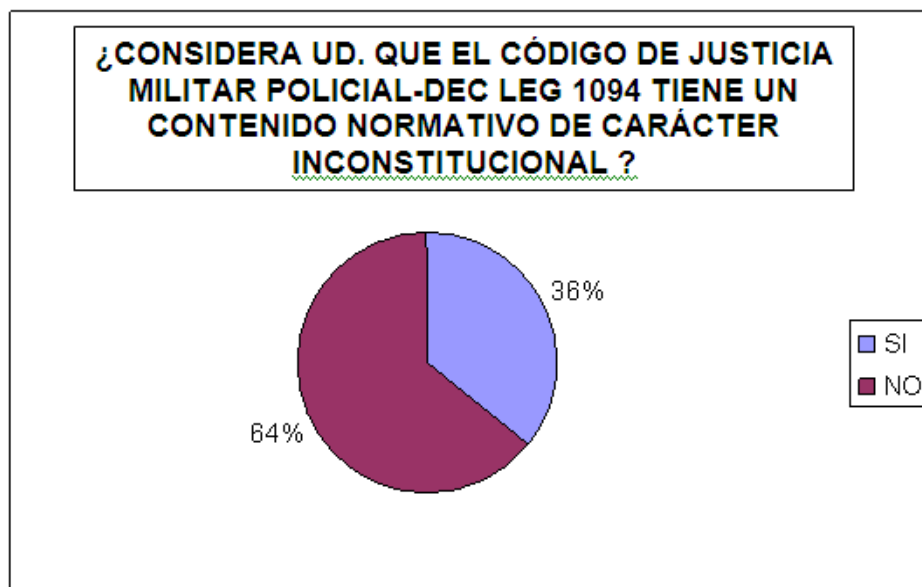


La mayoría (89%) considera que los principios constitucionales si son aplicables a la Justicia Militar Policial Especializada, frente a un 11% que considera que no.

### CUADRO Nº 03

**¿CONSIDERA UD. QUE EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL-DEC  
LEG 1094 TIENE UN CONTENIDO NORMATIVO DE CARÁCTER  
INCONSTITUCIONAL ?**

RESPUESTA	Nº	%
SI	20	35.72
NO	36	64.28
TOTAL	56	100

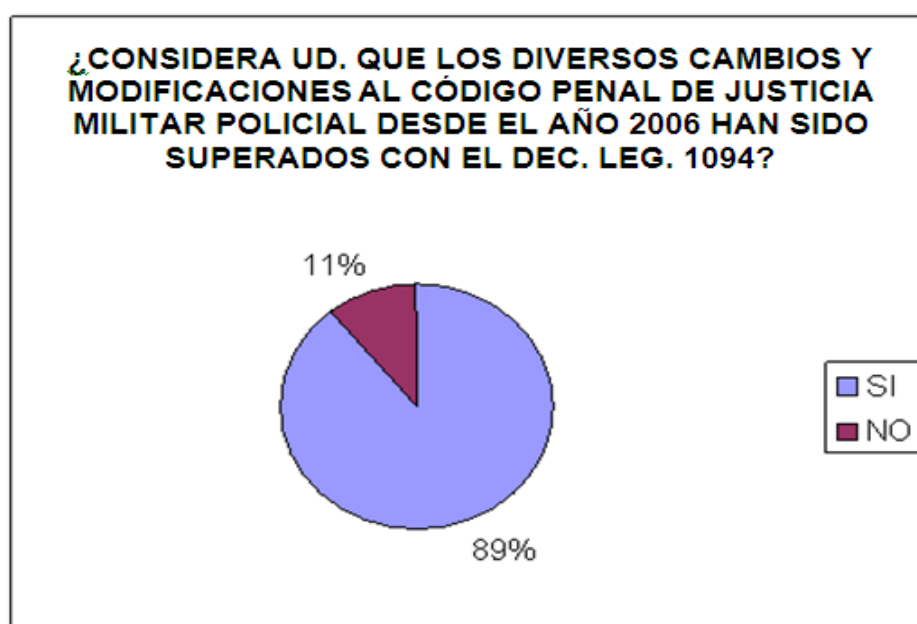


La mayoría (64%), considera que el Código Penal Militar Policial vigente Dec. Leg. 1094 no tiene un carácter inconstitucional. El 36% considera que sí.

## GRUPO Nº 04

**¿CONSIDERA UD. QUE LOS DIVERSOS CAMBIOS Y MODIFICACIONES AL  
CÓDIGO PENAL DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL DESDE EL AÑO 2006  
HAN SIDO SUPERADOS CON EL DEC. LEG. 1094?**

RESPUESTA	Nº	%
SI	50	89.28
NO	06	10.72
TOTAL:	56	100

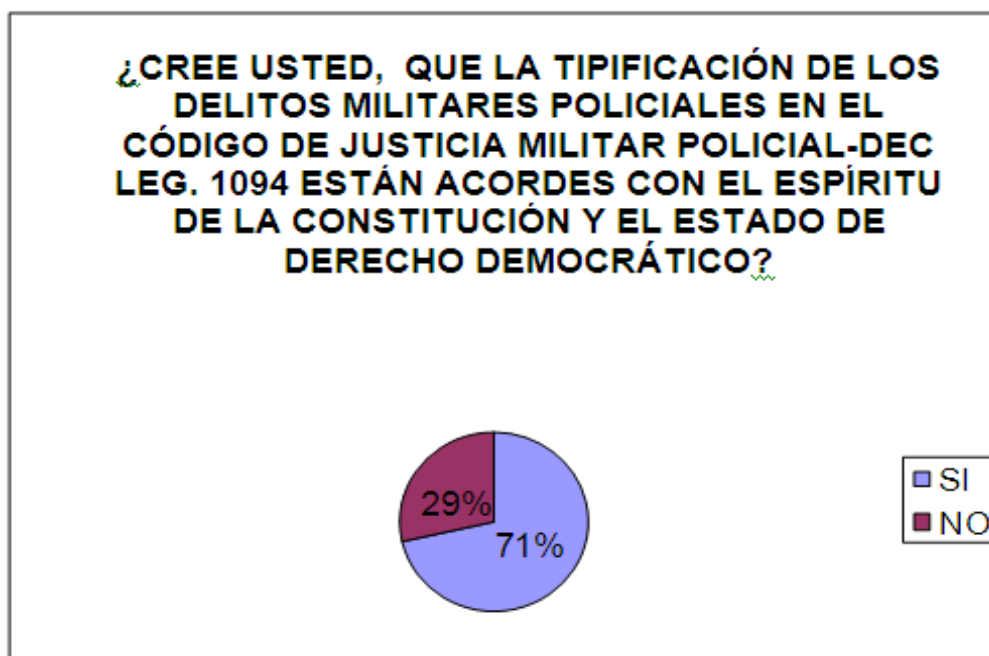


La mayoría (89%) considera que los diversos cambios y modificaciones planteadas al código penal de justicia militar policial, desde el punto de vista constitucional, desde el año 2006 han sido superados con el Dec. Leg. 1094. El 11% considera que no.

## CUADRO Nº 05

**¿CREE USTED, QUE LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS MILITARES POLICIALES EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL-DEC LEG. 1094 ESTÁN ACORDES CON EL ESPÍRITU DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO?**

RESPUESTA	Nº	%
SI	40	71.43
NO	16	28.57
TOTAL:	56	100



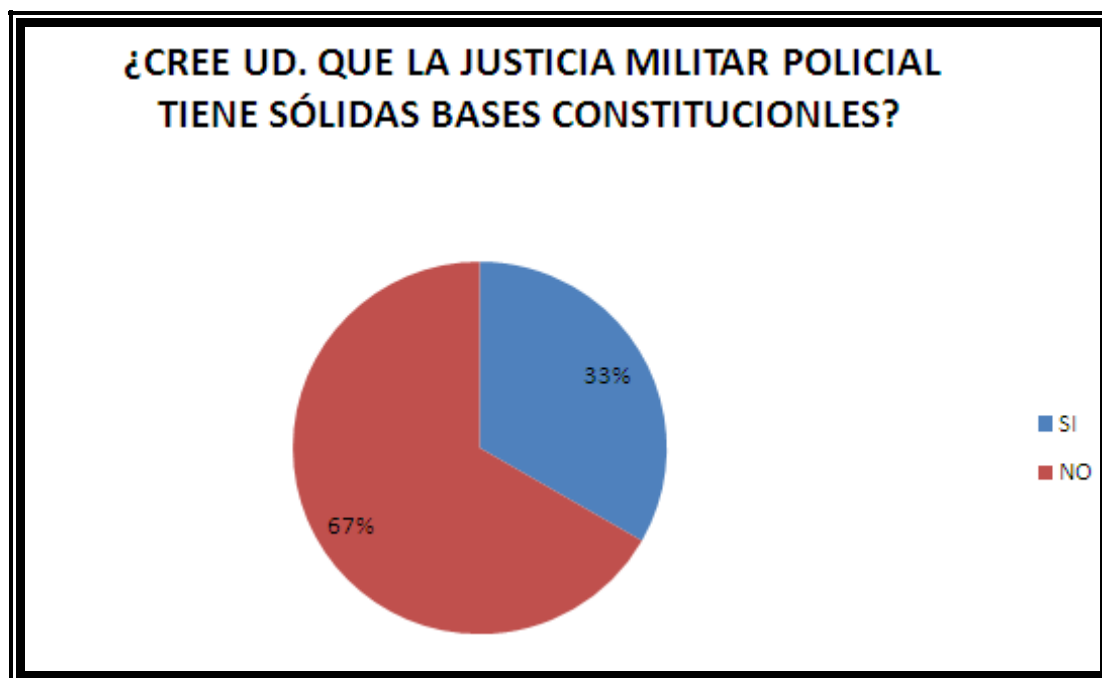
La mayoría de los encuestados (71%) considera que la tipificación de los delitos militares policiales en el Código de Justicia Militar Policial, Dec. Leg. 1094 están acordes con el espíritu de la Constitución y el Estado de Derecho Democrático, frente a un 29% que sostiene lo contrario.

## ENCUESTA TOMADA A LOS ABOGADOS

### CUADRO N° 01

**¿CREE UD. QUE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL TIENE SÓLIDAS BASES CONSTITUCIONALES?**

RESPUESTAS	Nº	%
SI	20	33.34
NO	40	66.66
<b>TOTAL</b>	<b>60</b>	<b>100</b>



La mayoría (67 %) considera que la Justicia Militar Policial no tiene sólidas bases constitucionales, refiriéndose con ello al Código de Justicia Militar Policial, Dec. Leg. 1094. Un 33% considera que sí.

## CUADRO N° 02

**¿CREE UD. QUE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SON  
COMPATIBLES CON LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL  
ESPECIALIZADA- DEC. LEG. 1094?**

RESPUESTAS	Nº	%
SI	25	41.66
NO	35	58.34
<b>TOTAL:</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

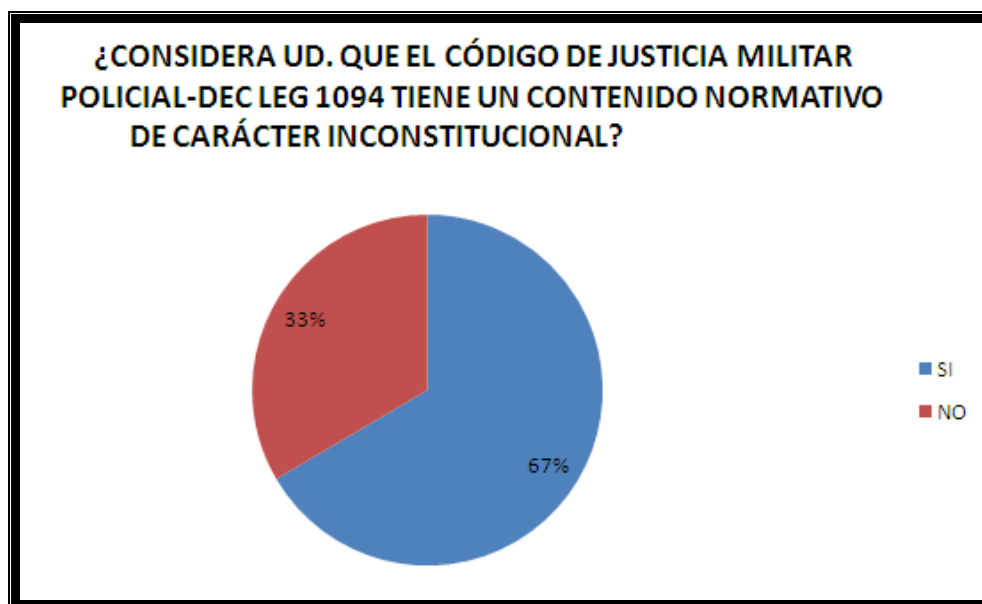


La mayoría (58.34%) considera que los principios constitucionales NO SON COMPATIBLES CON LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL ESPECIALIZADA – DEC. LEG. 1094, frente a un 42% que señala que sí.

### CUADRO N° 03

**¿CONSIDERA UD. QUE EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL-DEC LEG 1094 TIENE UN CONTENIDO NORMATIVO DE CARÁCTER INCONSTITUCIONAL?**

RESPUESTAS	Nº	%
SI	40	66.-66
NO	20	33.34
TOTAL	60	100



La mayoría (66.67%) considera que el Código de Justicia Militar Policial Dec. Leg. 1094 tiene aún en la actualidad un contenido normativo de carácter inconstitucional, frente a un 33 que indica lo contrario.



**CUADRO Nº 04**

**¿CREE UD QUE LA COMPETENCIA MILITAR POLICIAL TIENE BASES CONSTITUIONALES CLARAMENTE DEFINIDAS?**

RESPUESTAS	Nº	%
SI:	10	16.67
NO:	50	83.33
<b>TOTAL</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

**¿CREE UD. QUE LA COMPETENCIA MILITAR POLIICAL TIENE SUS BASES CONSTITUCIONALES CLARAMENTE DEFINIDAS?**



La mayoría (83%) considera que la justicia militar policial tiene sus bases constitucionales claramente definidas frente a un 17% que señala que no.

**CUADRO Nº 05**  
**¿CREE USTED, LA NUEVA LEGISLACIÓN MILITAR POLICIAL SOLUCIONA**  
**LA PROBLEMÁTICA MENCIONADA?**

RESPUESTAS	Nº	%
SI	45	75
NO	15	25
<b>TOTAL</b>	<b>60</b>	<b>100</b>



La mayoría (75%) considera que la nueva legislación Militar Policial si establece una solución a la problemática expuesta, frente a un 25% que señala que no.

# CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

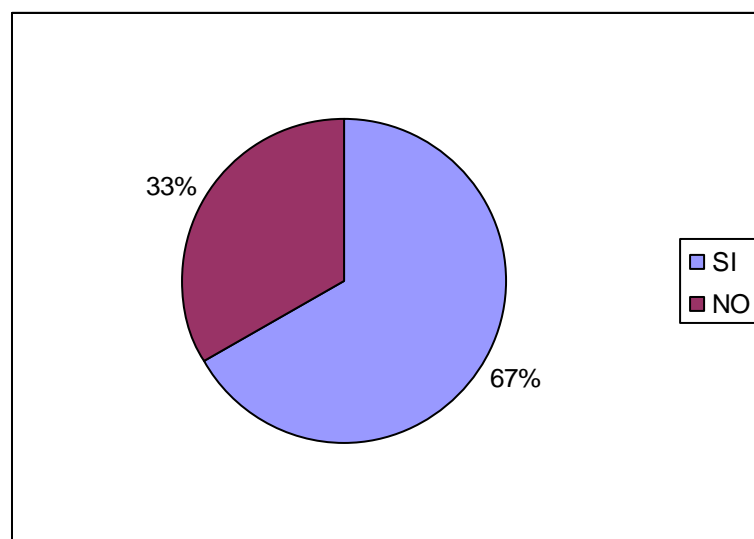
## LA HIPÓTESIS GENERAL:

Si se establece una adecuada interpretación Constitucional y Doctrinaria a partir de las Resoluciones del Tribunal Constitucional entonces se podrá lograr una adecuada aplicación de los Principios Jurisdiccionales en la Justicia Militar Policial especializada.

**SE VALIDA: DE CONFORMIDAD CON EL GRÁFICO N° 01 DE LA ENCUESTA TOMADA A LOS ABOGADOS,** toda vez que la mayoría (66.66%) de los encuestados considera que el fuero privativo militar policial sí puede cumplir con los principios jurisdiccionales, contemplados en el inciso 1 del artículo 139.

**¿CONSIDERA USTED QUE EL FUERO PRIVATIVO MILITAR POLICIAL PUEDE CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES CONTEMPLADO EN AL ART. 139, INCISO 1?**

RESPUESTAS	Nº	%
SI	40	66.66
NO	20	33.34
<b>TOTAL</b>	<b>60</b>	<b>100</b>



### LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

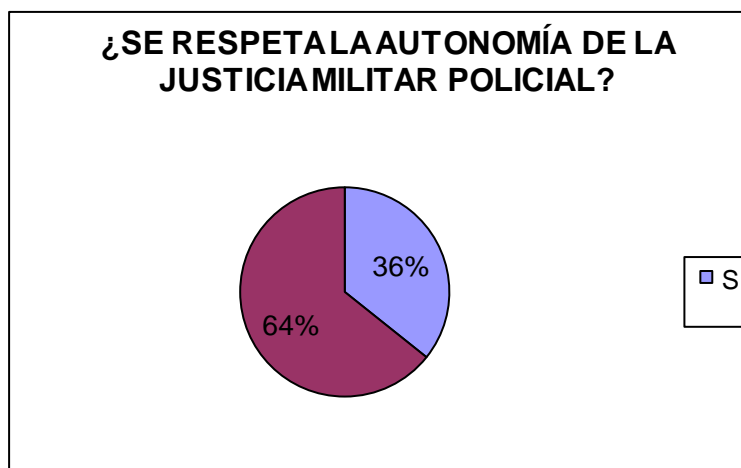
Si se hace prevalecer el Principio de la Unidad Jurisdiccional a partir de una adecuada interpretación del inciso 1 del Art. 139 y del Art. 173 de la Constitución Política entonces se evitará su distorsión por la Configuración Orgánica de la Justicia Militar- Policial.

**SE VALIDA: DE CONFORMIDAD CON EL GRÁFICO N° 03 DE LA ENCUESTA TOMADA A LOS MAGISTRADOS MILITARES-POLICIALES, QUIENES EN SU MAYORÍA (64.28%) CONSIDERAN QUE DESDE EL FUERO COMÚN NO SE RESPETA LA AUTONOMÍA DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL. SI BIEN ES CIERTO QUE ES UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL, SIN EMBARGO CON SU AUTONOMÍA NO VULNERA LA UNIDAD JURISDICCIONAL.**

### GRÁFICO N° 03

**¿SE RESPETA LA AUTONOMÍA DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL  
CONSIDERANDO DICHOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES POR PARTE  
DE QUIENES ESTÁN EN EL FUERO COMÚN?**

RESPUESTA	Nº	%
SI	20	35.72
NO	36	64.28
TOTAL	56	100



### **LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:**

Si se efectúa una interpretación restrictiva del Principio de la Independencia Jurisdiccional a partir de magistrados militares-policiales , entonces se evitará que la subordinación y obediencia jerárquica influya en las decisiones que tomen en la Justicia Militar Policial.

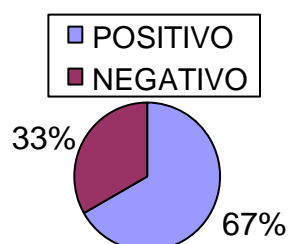
#### **SE VALIDA:**

**DE CONFORMIDAD CON EL GRÁFICO Nº 03 DE LA ENCUESTA TOMADA A LOS ABOGADOS. POR CUANTO LA MAYORÍA DE LOS ABOGADOS (66.34%) CONSIDERA POSITIVO EL DESEMPEÑO DE LOS MAGISTRADOS MILITARES – POLICIALES CON RESPECTO A LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES:**

**¿CÓMO CALIFICA USTED EL ACTUAL DESEMPEÑO DE LOS MAGISTRADOS MILITARES – POLICIALES CON RESPECTO A LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES?**

RESPUESTAS	Nº	%
POSITIVO	40	66.-66
NEGATIVO	20	33.34
TOTAL	60	100

**¿CÓMO CALIFICA USTED EL ACTUAL DESEMPEÑO DE LOS MAGISTRADOS MILITARES – POLICIALES EN ACTIVIDAD CON RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES?**



### **LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:**

Si el Principio de la Exclusividad Jurisdiccional se cumple a partir de una adecuada interpretación de la autonomía orgánica y funcional entonces se logrará que las decisiones de los Magistrados Militares – Policiales influyan positivamente en la Justicia Militar Policial.

**SE VALIDA DE CONFORMIDAD CON EL GRÁFICO Nº 02 DE LA ENCUESTA TOMADA A LOS MAGISTRADOS MILITARES-POLICIALES, QUE EN SU MAYORÍA 89.29%, CONSIDERAN QUE LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES SI SON COMPATIBLES CON LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL ESPECIALIZADA.**

### **GRÁFICO Nº 02**

**¿CREE UD. QUE LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES SON COMPATIBLES CON LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL ESPECIALIZADA?**

RESPUESTA	Nº	%
SI	50	89.29
NO	06	10.71
TOTAL:	56	100



También contribuyen a validar las hipótesis formuladas tanto la Resolución del Caso Chavín de Huantar que corre anexa a la presente tesis, así como el Caso Barrios Altos, resoluciones donde la decisión del Fuero Militar Policial se ajusta a lo establecido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, observándose de esta manera una actitud positiva para adaptar dicha vía a lo establecido en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

## **CONCLUSIONES**

- A. La Justicia Militar Policial tiene fundamentos constitucionales y doctrinarios que justifican la plena aplicación de los principios jurisdiccionales en la Justicia Militar Policial Especializada. La naturaleza excepcional de este fuero, Inc. 1° del Art. 139 concordante con el artículo 173 de la Constitución Política del Estado, considerando su autonomía determinan la aplicabilidad de tales principios, en el contexto del Estado Democrático del Derecho, en la medida que no vulneren aquellos que corresponden a la Justicia Ordinaria, ni colisiones por motivos políticos con las contiendas de competencia, tal como ocurrió en la década pasada.
- B. La Justicia Militar Policial, a partir de la última década, ingreso en una etapa de controversias constitucionales con un sector de la comunidad jurídica, existiendo discusión sobre la autonomía de la justicia especializada en lo militar policial, aspecto que nos permite plantear una estructura y esquema constitucional, donde tanto el fuero común como el militar policial tienen que coexistir sin que existan relaciones o parámetros de subordinación sino de especialización para el caso del fuero militar.
- C. El diseño de la actual Constitución con respecto a la autonomía de la Justicia Militar Policial está contenido en el artículo 173 y no admite algún tipo de injerencia o perjuicio para la estructura orgánica y jurisdiccional de la justicia común ordinaria, razón por la cual se debe hacer prevalecer el artículo mencionado en todos sus extremos, sirviendo de base para la vigencia definitiva del Código de Justicia Militar Policial.
- D. El antagonismo que se presenta con la Justicia Común ordinaria es de orden estructural y orgánico, en cuanto a la conformación de las instancias militares- policiales, encargadas de administrar este tipo de justicia. Ello implica modificar no sólo la normatividad sobre la



estructura de la justicia militar policial, sino también las Leyes Orgánicas, tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial.

- E. La superación de estas controversias constitucionales van a favorecer la autonomía y especialización de la Justicia Militar Policial, más aún con la nueva legislación, donde los principios y procedimientos buscan adaptarse a un proceso garantista y acorde con el debido proceso.
- F. Pese a que en el Perú el fuero militar policial ha mejorado cualitativamente a comparación de lo que era hace 20 años, existe aún cuestionamientos a su organización, funciones y competencia.
- G. El Legislativo, reiteradamente, ha insistido en mantener el fuero militar policial de acuerdo a lo previsto en la Constitución, posición que en un inicio fue rechazado por el Tribunal Constitucional, sin embargo, el máximo órgano de interpretación de la Constitución en su última sentencia –STC 00001-2009-PI/TC- de 04 Diciembre 2009, ha concluido que la nueva organización no colisiona con el texto constitucional.
- H. El fuero militar-policial peruano ha avanzado en temas controversiales, habiendo dejado el juzgamiento de civiles, el desempeño de las funciones jurisdiccionales y fiscales por profesionales del derecho, dejando de lado a personal de armas, sin formación jurídica.
- I. De acuerdo con las entrevistas y las encuestas formuladas, existe predominancia en cuanto a considerar que la justicia militar policial si es concordante con los principios jurisdiccionales.

## **SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES**

- A. Se recomienda elaborar un Proyecto de Ley que contenga una modificación estructural de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal, de tal forma que se pueda establecer en el título preliminar la aplicabilidad de los principios jurisdiccionales y evitar de esta manera las controversias y problemas que se han dado con el fuero común a nivel del Tribunal Constitucional, respecto de la Independencia y Exclusividad que le asiste a la justicia privativa militar policial.
- B. Se propone promover investigaciones jurídicas en este campo, de tal manera que se divulgue una doctrina actualizada sobre la justicia militar policial, a efectos de generar un pensamiento uniforme en la comunidad jurídica nacional sobre la forma en que la justicia especializada en el fuero militar policial, viene respetando las instancias y la estructura orgánica del fuero común, en armonía con los principios jurisdiccionales que le asiste.
- C. Se plantea capacitar, especializar y perfeccionar en forma conjunta, tanto a Magistrados y Fiscales del Fuero Común como del Fuero Militar Policial, de tal manera que se puedan unificar criterios y tendencias, a efectos de evitar o minimizar los roces legales de orden constitucional.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL  
DECRETO LEGISLATIVO 1094  
EDICION OFICIAL  
LIMA PERU  
2010

0017-2003-AI/TC (Ley 24150)  
0023-2003-AI/TC (Decreto Ley 23201, Decreto Ley 23214)  
0004-2006-AI/TC (Ley 28665)  
0006-2006-PI/TC (Ley 28665)  
0012-2006-AI/TC (Decreto Legislativo 951)  
8353-2006-PHC/TC (Ley 28934)  
01605-2006-PHC/TC (29182)  
00005-2007-PI/TC (Ley 28934)  
01524-2007-PHC/TC (Ley 28665)  
05567-2007-PHC/TC (Ley 29182)  
00002-2008-PI/TC (Ley 29166 (Uso de la Fuerza))  
000001-2009-PI/TC (Ley 29182)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl  
JUSTICIA MILITAR ARGENTINA  
EDICIONES JURÍDICAS  
BUENOS AIRES  
2009

Ley N° 28665  
Edición Oficial  
Lima Perú  
2006

**BERNALES BALLESTEROS, Enrique.** "Constitución de 1993". Ediciones Jurídicas. Lima Perú. Edición Actualizada. 2001

CARLOS LLUNCOR: MANUAL DE PREPARACIÓN MILITAR: lima-Perú  
Edic. 1995.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: LECTURAS SOBRE TEMAS CONSTITUCIONALES, 20065.

LOVATON, DAVID: "JURISDICCIÓN MILITAR" Lima-Perú, Instituto de Defensa Legal, 1998.

ORBEGOSO VENEGAS, SIGIFREDO: HISTORIA Y CONSTITUCIÓN: Temas Polémicos; Trujillo-Perú, Edic. Vallejianas, 1995.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ  
EDICIÓN OFICIAL  
LIMA PERÚ  
2003

ABAD YUPANQUI, S. "Jurisdicción y autonomía de la justicia militar". En: Debate sobre reforma de la justicia militar en el Perú. En: *Separata de la revista Idéele*, N° 41, octubre, 2001.

AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo IV, Madrid: 1923.

AGUILO REGLA, J. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". En: *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril 1997, México.

AGUIRRE, C. "La penitenciaría de Lima y la modernización de la justicia penal en el siglo XIX". En: PANFICHI, Aldo y Felipe PORTOCARRERO (editores), *Mundos Interiores*. Lima. 1850-1950. Lima: Universidad del Pacífico. 1995.

ALAIZ VILLAFILLA, C. "El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz". En: *Jurisdicción Militar*, CGPJ, 1992.

ALMAGRO NOSETE, J. *Consideraciones de derecho procesal*, Barcelona: 1988.

ALVAREZ GARCIA, F. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona: 1987.

ALVAREZ ROLDAN, L. "La nueva Jurisdicción Militar". En: *REDEM*, N° 53, t. I, enero/junio, 2006

ANDRES IBÁÑEZ, P. "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo". En: *DOXA*, 15-16, vol. II, 1994.

ANDRIES A. "L'obbedienza militare ed i divieti del diritto internazionale pubblico". En: *Rassegna della Giustizia Militare*, 1986.

ANTÓN ONECA, J. "El derecho penal de la posguerra". En: *Problema Actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971.

APARICIO GALLEGO, J. "La nueva organización de la Justicia Militar". En: *Revista General de Derecho*, XLIII, núm. 512, mayo, 1987.

ARAGONESES MARTINEZ, S. *Derecho Procesal Penal*, con DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., TOME GARCIA, JA. Madrid: 1999.

ARANDA Y ANTÓN, G. *Los actos de comunicación en el proceso penal militar, Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Madrid: 1995.

ARANGUENA FANEGO, C. *Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal*, Barcelona: 1991.

ARNDT *Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls*, NZ Wehr 1960.

AROSAMENA SIERRA, J. "El principio de unidad jurisdiccional". En: *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, R. IV, Madrid: 1991.

ARROYO ZAPATERO, L. "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución". En: *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*. Núm. 1. 1987.

ASENCIO MELLADO, J.M. "La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción militar". En: *Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar*, Madrid: Marzo, 1991.

*Los procedimientos antiterroristas en el "Nuevo Estado" (1939-1945)*, Alicante: 1983, inédita.

*Derecho Procesal Penal*, Valencia: 1998.

*La prisión provisional*, Madrid: 1987.

ASTROSA HERRERA, R. *Derecho Penal Militar*, Santiago de Chile: 1971.

*Derecho penal militar*, Santiago de Chile: 1971.

ATIENZA, M. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona: Ariel, 3 reimp. 1997.

AZABACHE CARACCIOLO, C. "De nuevo sobre la justicia militar". En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, vol. 2, Lima: 1994.

"El delito militar". Ponencia presentada en el Seminario Internacional. *Justicia militar: análisis y perspectivas*, 25 de marzo de 1998.

*El sistema penal de emergencia*. Tesis. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1999.

BACHELET, V. *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Ed. Giuffré, Milán: 1962.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed, Madrid: 1997.

BALADO, M. Y CALONGE VELÁSQUEZ, A. “La aplicación de los Principios Constitucionales al Régimen Disciplinarios de las Fuerzas Armadas”. En: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. IV, Madrid: 1988.

BALLBE, M. *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid: 1983.

BAÑÓN MARTINEZ, R. y OLMEDA GOMEZ, J. “El estudio de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Armadas en España. Institucionalización y Proceso de cambio (1939-1975)”. En: *Institución Militar en el Estado contemporáneo*, Madrid: 1985.

BARBERO SANTOS, M. “El Bandolerismo en la legislación vigente”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970.

“Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de setiembre de 1960”. En: *Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca: 1971.

BARCELONA LLOP, J. “La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 110, 1986.

BARONA VILAR, S. “Medidas alternativas a la prisión provisional”. En: *Seminario sobre Detención y Prisión provisional*, celebrado en Santiago de Compostela: 1995.

*Prisión provisional y medidas alternativas*: Barcelona: 1988.

BASADRE, J. *Historia de la República del Perú*. Lima: La República, 2000. XIV t.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. “Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y posguerra (1936-1945)”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, 1980.

y OTROS. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Barcelona: 1999.

BERMÚDEZ DE LA FUENTE, J.L. "El recurso de casación penal militar. Analogías y diferencias con el recurso de casación penal ordinario". En: *Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar*, Madrid: 1991.

"Las partes en el proceso penal militar". En: *La Jurisdicción Militar*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1992.

BETTIOL, G. "Sul diritto penale militare dell' atteggiamento interiore". En: *Rassegna della Giustizia Militare*, 1984, 1.

BIDART CAMPOS, G. "El estatus constitucional de las fuerzas armadas". En: *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima: 1997.

BLANCH, L. "Della giustizia penale militare e delle sue relazioni con la civile (con nota di Verri P.)". En: *Rassegna della Giustizia Militare*, 1978.

BLASCO GASCO, F. "Derecho Judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliass del juez)". En: *Jueces para la Democracia*, núm. 41, julio/2001.

BLAY VILLASANTE, F. "La cúspide de la jurisdicción militar". En: *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, T. I. Madrid: 1995.

"Problemática penológica de los militares de reemplazo". En: *REDEM*, ene-jun, núm. 65, 1995.

"Privilegios y limitaciones en las leyes sancionadoras militares". En: *REDEM*, núm. 55, T. I, ene-jun, 1990.

BLECUA FRAGA, R. "Los secretos militares en su aspecto penal". En: *REDEM*, núm. 38, jul-dic, 1975.



*El delito de traición y la defensa nacional.* Madrid: 1983.

y RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRITO, J.L. (coords.). *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid: 1988.

BLOCK, *Intervención en el Congreso L'Ordinamento Giudiziario militare nei suoi riflessi internazionali*, organizado por la Fiscalía General Militar de la Corte Suprema de Casación, celebrado los días 22 y 23 de abril de 1998 en la Escuela de Oficiales de los Carabineros en Roma.

BONAGURA, V. *Intervención en el Congreso "L' Ordinamento Giudiziario militare nei suoi riflessi internazionali"*, organizado por la Fiscalía General Militar de la Corte Suprema de Casación, celebrado los días 22 y 23 de abril de 1998 en la Escuela de Oficiales de los Carabineros en Roma.

BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES. *Código penal anotado*. 1995.

BREUREC, F. "Regards sur une évolution de la Justice Militaire en France". En: *Revue de Droit Penal et Militaire*, núm. 3 y 4, 1980.

BRUNELLI, D. "Falsità den diritto penale militare". En: *Digesto delle discipline penalistiche*, V. Turín: 1991.

"Fedeltà e difesa militare (disposizione comuni)". En: *Digesto delle discipline penalistiche*, V. Turín: 1991.

Legge penale militare. En: *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Turín: 1993.

"Militari in congedo (disposizione penali relative ai)". En: *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Turín: 1993.

"Osservazioni sulla natura della giurisdizione militare dopo la legge" maggio 1981, núm. 180. En: *Rassegna della Giustizia Militare*, 84.

“Reati contro la disciplina militare”. En: *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milán: 1987.

“Violazione di consegna e abbandono di posto”. En: *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milán: 1993.

“Reati contro il servizio militare”. En: *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milán: 1987.

y D. E MAZZI, G. *Diritto penale militare*, Milán: 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Barcelona: 1989.

CAFFIO, F. *Ponencia presentada al Congreso “L’ Ordinamento Giudiziario militare nei suoi riflessi internazionali”*, organizado por la Fiscalía General Militar de la Corte Suprema de Casación, celebrado los días 22 y 23 de abril de 1998 en la Escuela de Oficiales de los Carabineros en Roma.

CALDERON SERRANO, R. *Derecho Procesal Militar*. México: 1947.  
*El Ejército y sus Tribunales*. México: T. I – 1944 Y T. II – 1946.

CALDERON SUSIN, E. “Competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz” (artículo 12 L.O.C.O.). En: *Delitos y procedimientos militares*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.

“Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar”. En: *REDEM*, núm. 40 especial, 1982.

“Comentarios de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar”. En: *Revista General de Derecho*, núm. 487.

CARRUITERO LECCA, Francisco. “Nueva Ley de la Justicia Militar Policial vía Interpretación Constitucional”. Ediciones Jurídicas. Lima Perú. 2010.