

INDICE

PRESENTACION

INTRODUCCION: ALCANCES Y FINALIDAD DEL INFORME

PRIMERA PARTE: LOS DISTINTOS MODELOS: UNA APROXIMACION AL DERECHO COMPARADO

1. SISTEMA BRITANICO
2. SISTEMA EUROPEO CONTINENTAL
3. SISTEMAS QUE CIRCUNSCRIBEN LA JUSTICIA MILITAR AL TIEMPO DE GUERRA

SEGUNDA PARTE: MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE

1. LA CONSTITUCION DE 1993
 - 1.1 Unidad de la función jurisdiccional: la denominada "jurisdicción militar"
 - 1.2 Relaciones entre la justicia militar y el Poder Judicial: casación ante la Corte Suprema
 - 1.3 Juzgamiento de civiles por tribunales militares
 - 1.4 Delito de función y principio de igualdad: el rechazo de los fueros personales
2. LEGISLACION VIGENTE

TERCERA PARTE: TEMAS BASICOS PARA UNA PROPUESTA DE REFORMA

1. EXTENSION DE LA JUSTICIA MILITAR
 - 1.1 Diferenciación de la justicia penal militar con las infracciones disciplinarias
 - 1.2 Extensión de la justicia militar en tiempos de paz: criterios tradicionales
 - a) En razón de los sujetos
 - b) En razón del delito
 - c) En razón del lugar
 - 1.3 Justicia militar y regímenes de excepción
 - 1.4 Justicia militar en tiempos de guerra
2. CONFIGURACION LEGAL DEL DELITO DE FUNCION
 - 2.1 Delito militar
 - 2.2 Delito de función en la legislación vigente
 - 2.3 Delito de función y derechos humanos
 - 2.4 Principio de legalidad: tipificación de los delitos de función por el Código de Justicia Militar
 - 2.5 Adecuación del sistema de penas
 - 2.6 Juzgamiento de delitos comunes en los tribunales militares: el artículo 324° del Código de Justicia Militar
 - 2.7 Delito de función: los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de retiro.
3. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR
 - 3.1 Diseño orgánico de la justicia militar
 - 3.2 Composición de los tribunales militares
 - 3.3 Contendas de competencia
 - 3.4 Casación ante la Corte Suprema: conformación de una Sala Penal especial
4. JUSTICIA MILITAR Y DEBIDO PROCESO
 - 4.1 Derechos básicos

- a) Independencia
 - b) Imparcialidad
 - c) Publicidad de los procesos
 - d) Derecho al juez natural
 - e) Defensa
 - f) Recurso ante tribunal superior. Prohibición de la “reformatio in peius”
 - g) Non bis in idem
- 4.2 Proceso acusatorio y justicia militar
- 4.3 Garantías constitucionales: procedencia del hábeas corpus

CUARTA PARTE: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. REFORMAS CONSTITUCIONALES
2. REFORMAS LEGALES

ANEXOS

1. AMBITO DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES.
Tribunal Constitucional español. Sentencia N° 60/91, del 14 de Marzo de 1991
2. DELIMITACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN
 - 2.1. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Contienda de competencia N° 07-94, Lima, 11 de Febrero de 1994
 - 2.2. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal “C”. Contienda de competencia N° 12-97, Lima, 18 de Julio de 1997
 - 2.3. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-358/97, 05 de Agosto de 1997
3. IMPARCIALIDAD Y COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES
Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° C-141/95, 29 de marzo de 1995
4. JUZGAMIENTO DE CIVILES POR TRIBUNALES MILITARES: JUEZ COMPETENTE, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y *NON BIS IN IDEM*
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 17 de Septiembre de 1997; caso Loayza Tamayo. Puntos XIV y XV.
5. HABEAS CORPUS Y JUSTICIA MILITAR
 - 5.1. Sala Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima, Resolución N° 97, Lima, 13 de Febrero de 1997
 - 5.2. Resolución Defensorial N° 012 -97/DP, de 24 de Marzo de 1997

Presentación

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

Entre los órganos de mayor relevancia en un Estado de Derecho están aquellos que desarrollan funciones jurisdiccionales, pues a través de ellos se resuelven conflictos de modo firme y definitivo en el marco del respeto de los derechos de las personas. En este sentido, la Defensoría del Pueblo puede realizar investigaciones referidas al ámbito de la administración de justicia, buscando contribuir a que su funcionamiento guarde armonía con las pautas que orientan un Estado democrático.

En el Perú, una de las instituciones que ejercen funciones jurisdiccionales son los tribunales militares que, de acuerdo a la Constitución, intervienen cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional cometen delitos de función. Asimismo, pueden juzgar a civiles tratándose de los delitos de traición a la patria (que incluye al terrorismo agravado), y cuando infringen las normas del servicio militar obligatorio.

Sin embargo, la mayor parte del desarrollo legal relativo a la justicia militar es anterior a la regulación constitucional vigente, registrándose en los últimos años situaciones de tensión entre instancias de la justicia común y la militar. Por ello, la Defensoría del Pueblo consideró necesario evaluar su adecuación a los principios y derechos que orientan un régimen democrático. Entre estas situaciones destacan el juzgamiento de civiles por tribunales castrenses, la ausencia de una revisión por parte de la Corte Suprema de las resoluciones dictadas por la justicia militar, el conocimiento de delitos comunes que no constituyen delitos de función por parte de esos mismos tribunales, el incumplimiento de parte de sus miembros de las resoluciones de la justicia común, entre otros aspectos. Estos temas que trascienden los casos particulares en los cuales se han presentado, cuentan con un evidente carácter general referido precisamente al rol y extensión de la justicia militar en un Estado democrático de Derecho.

En esta perspectiva, la Defensoría del Pueblo designó una Comisión Especial integrada por los doctores Luis AVILA GONZALEZ, Francisco EGUIGUREN PRAELI, Arsenio ORE GUARDIA y el Dr. Samuel ABAD YUPANQUI, Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales, a quienes se solicitó realizar el presente informe. A todos ellos expreso mi especial agradecimiento por su valioso aporte y por su rigurosidad en el cumplimiento de los plazos establecidos.

La Defensoría del Pueblo hace suyo el presente informe que plantea los temas que consideramos medulares para una reforma de la justicia militar respetuosa de los derechos de las personas y de los principios que sustentan un régimen democrático.

Nuestra propuesta supone un necesario acercamiento y fortalecimiento de las relaciones cívico-militares, que permita arribar de forma concertada a las reformas que se postulan. Esto formará parte de un proceso mayor de democratización de la sociedad peruana, en el que la Defensoría del Pueblo se halla decididamente comprometida.

Lima, 4 de marzo de 1998

Jorge Santistevan de Noriega
Defensor del Pueblo

INTRODUCCION: ALCANCES Y FINALIDAD DEL INFORME

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

Para el cumplimiento de estos objetivos, al Ombudsman o Defensor del Pueblo, en tanto institución no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos ciudadanos, le corresponde un activo papel en el plano propositivo y de formación de conciencia ciudadana. Una labor de esta naturaleza se ha desarrollado, entre otros países, en la Defensoría del Pueblo de Colombia¹ y en la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala².

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

Para tal efecto, se dispuso la conformación de una Comisión Especial integrada por los doctores Arsenio ORE GUARDIA, Francisco EGUIGUREN PRAELI y Luis AVILA GONZALEZ, encomendando al Dr. Samuel B. ABAD YUPANQUI, Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, la conducción de la Secretaría Técnica de la Comisión. Asimismo, la referida Comisión contó con la asistencia del Sr. Pier Paolo Marzo.

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

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

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

El presente informe no pretende agotar todos los temas que pueden ser materia de una reforma de la justicia militar en el Perú, sino tan sólo plantear los aspectos centrales a tomar en cuenta en una tarea de esta envergadura. Tampoco formula una propuesta de nuevo Código de Justicia Militar o de una Ley Orgánica de Justicia Militar, sino tan solo trata de fijar los lineamientos que deberían acogerse en una labor de tal naturaleza.

En esta dirección, el documento ha sido estructurado en cuatro partes fundamentales. La primera, trata de brindar el marco general sobre los principales modelos de justicia militar en la experiencia comparada, haciendo hincapié en las tendencias que los definen. La segunda parte, aborda las características y limitaciones del modelo constitucional diseñado por la Carta de 1993, así como el marco legal -preconstitucional- vigente. En la tercera parte se desarrollan temas centrales. En efecto, a partir de una diferenciación del derecho penal militar con el derecho disciplinario militar, se postula que la justicia militar se circunscriba a conocer los delitos de función entendidos como delitos militares. Una concepción constitucional y democrática de los delitos de función excluye la existencia de “fueros personales”, asimismo excluye de su contenido a los delitos contra los derechos humanos y a los sujetos que en alguna ocasión han vestido uniforme. De otro lado, la organización de la justicia militar constituye, también, parte central del informe, así como el necesario respeto del debido proceso que implica la posibilidad de acudir a la garantías constitucionales en determinadas circunstancias. Finalmente, como consecuencia de lo expresado a lo largo del informe, en la cuarta parte se formulan puntuales conclusiones y recomendaciones que tratan de fijar las bases para una reforma de la justicia militar en el Perú.

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

PRIMERA PARTE

LOS DISTINTOS MODELOS: UNA APROXIMACION AL DERECHO COMPARADO

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

*"conviene recordar que ha sido un rasgo típico de la sociedad tradicional, del que perviven en la moderna no pocos residuos, el de la particularidad, mayor o menor, de los ejércitos con respecto a la sociedad global. Una manifestación de dicho rasgo -cuya versión patológica sería un cierto grado de autonomía del mando militar en relación con el poder civil- es la existencia de un ordenamiento jurídico singular, de carácter fundamentalmente sancionador, que tiene como objetivo prioritario tutelar determinados valores -entre ellos, con marcado relieve, la disciplina- definidos y vividos como indispensables para la eficacia e incluso para la propia existencia de la institución castrense. La especialidad de este ordenamiento se ha subrayado, en no pocas ocasiones, con tanta fuerza que se ha rechazado la posibilidad de que su interpretación y aplicación se realice desde una instancia jurídica ajena a los ejércitos"*³.

Agrega el citado autor, Presidente de la Sala V del Tribunal Supremo Español, que en el Derecho Militar histórico de su país no existía una clara línea delimitadora entre lo penal y lo disciplinario en el ámbito sancionador, ni en lo sustantivo ni en los procedimientos de actuación en cada uno, así como tampoco en cuanto a los órganos encargados de su aplicación. Ello se tornaba más complejo ante "la acentuada confusión entre la potestad de mando y la potestad jurisdiccional, y a la postre el predominio de la primera sobre la segunda"⁴.

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

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

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

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

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

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

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

1. SISTEMA BRITANICO

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

Las principales características del modelo británico son: la rigurosa delimitación de las competencias de las cortes marciales y de las personas que éstas pueden juzgar, siendo aplicables a los militares en actividad y a los reservistas, sólo mientras dura su servicio activo. En cuanto a los no militares, la regla es que no están sujetos a la ley militar, ni siquiera en tiempo de guerra, salvo escasas y aisladas excepciones. Los tribunales militares, en todos los casos, son órganos que no tienen existencia permanente, siendo expresamente convocados, por la autoridad pertinente, para el enjuiciamiento de un determinado caso o casos⁶.

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

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

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

exclusivamente por magistrados civiles.

Al igual que en el caso británico, en los Estados Unidos de Norteamérica las Cortes Marciales y tribunales militares tampoco tienen carácter permanente; se conforman sólo para el juzgamiento de un determinado delito. "El primer código militar americano fue promulgado en 1775 por el Congreso Continental, el cual fue elaborado según el modelo de los artículos de guerra británicos"; en 1950, el Congreso promulgó el Código Uniforme de Justicia Militar que regula las ofensas penales y disciplinarias, y que ha sido enmendado en 1968 y 1983⁷.

En relación a la competencia de la justicia militar, cabe anotar que los miembros de la policía son juzgados por los tribunales civiles. En ningún caso los civiles, en tiempo de paz, pueden ser desviados de su juez natural ni sujetos a la jurisdicción castrense. La competencia se circunscribe a "la comisión de una ofensa militar legalmente reconocida por un militar en servicio activo"⁸, pero pueden llegar a juzgar delitos comunes y delitos militares.

Los fallos de los Consejos de Guerra -que pueden ser sumarios, especiales o generales- que condenan a un general o almirante, que impongan la pena de muerte, la pérdida del empleo a un oficial, la expulsión del servicio con deshonor, o la pena de reclusión por más de un año, son recurribles ante una segunda instancia denominada Tribunales de Revisión (Board of Review). Cabe una tercera y última instancia, el Tribunal Militar de Apelación, integrado por tres jueces civiles designados por el Presidente de los Estados Unidos, previo consentimiento del Senado; el mandato de estos jueces es de quince años.

Finalmente, las resoluciones del Tribunal Militar de Apelación pueden ser revisadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos mediante un "auto de avocación", siempre que el Tribunal de Apelación "haya aceptado con anterioridad una petición de revisión"⁹. La doctrina ha sido clara en señalar que resultaría inconstitucional cualquier pretensión que busque impedir al Supremo Tribunal conocer de un caso donde estime que pueda haberse producido alguna violación a derechos o garantías de cualquier ciudadano.

2. SISTEMA EUROPEO CONTINENTAL

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

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

8 Ob. cit., p.10-18

9 Ob. cit., p.10-20

justicia militar para tiempo de paz¹⁰.

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

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

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

A fin de garantizar la independencia de los tribunales militares, su composición hace predominar el número de magistrados militares sobre el de personal de armas, para asegurar tanto el mayor conocimiento técnico-jurídico como la autonomía frente a la estructura jerárquica de mando. El Tribunal de Apelación es uno solo, de cuyos cinco miembros tres son magistrados militares; obviamente la Corte Suprema de Casación, última instancia del proceso, está integrada sólo por magistrados civiles. Los magistrados militares tienen el mismo régimen de los magistrados ordinarios, siéndoles aplicables un único marco orgánico y estatutario, lo que fortalece su independencia ante las autoridades militares y el propio Poder Ejecutivo.

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

Como señala Fernández Segado¹¹, concordando con el desarrollo de la doctrina del Tribunal Constitucional, la ubicación de los tribunales militares dentro del Título correspondiente al Poder Judicial no sólo reafirma el principio de unidad jurisdiccional sino que clarifica los fundamentos de especialización que justifican la existencia de tribunales

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

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

militares, antes que su vinculación a criterios corporativos. Ello es coherente, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 123º constitucional según el cual el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los niveles, salvo en materia de garantías constitucionales. Y la referencia a la competencia de los Tribunales Militares para lo estrictamente castrense, permite superar el clásico tríptico competencial, en razón de la materia, del sujeto y del lugar; para circunscribirse al juzgamiento de los delitos militares. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la expresión “ámbito estrictamente castrense” debe interpretarse en el sentido que la justicia militar sólo es competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar, agregando que el carácter especial de la justicia militar hace necesario que sea interpretada restrictivamente presumiendo la competencia de los jueces ordinarios¹².

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

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

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

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

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

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

SEGUNDA PARTE

¹² DIEZ-PICAZO Luis María, “Régimen constitucional del Poder Judicial”, Madrid: Civitas, 1991, p.38

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE

1. LA CONSTITUCION DE 1993

La Constitución vigente, aprobada luego de la ruptura constitucional del 5 de abril de 1992, ha establecido un diseño de la justicia militar que se aleja de los modelos contemporáneos y que denota una vocación expansiva respecto al previsto por la Carta anterior (1979)¹³.

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

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

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

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

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

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

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

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

Todo ello no sólo denota un apreciable interés por fortalecer y expandir la justicia militar, sino además un notable descuido en el empleo de la terminología apropiada. En efecto, como ha señalado Juan Monroy, la acepción del vocablo “jurisdicción” en el citado dispositivo constitucional para referirse al “fuero militar”, constituye un uso incorrecto del concepto pues, en rigor, sólo se trata de la expresión de una “competencia material exclusiva”¹⁴. Y es que cuando nos referimos al principio de la unidad de la función jurisdiccional, se quiere indicar que:

"La jurisdicción (...) es necesariamente única; es imposible conceptualmente que un Estado tenga más de una jurisdicción. Sin embargo, tradicionalmente se ha venido hablando de la jurisdicción civil, de la penal, etc. (...) No existen, pues, varias

¹³ AZABACHE César, “De nuevo sobre la justicia militar”, La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios III, Lecturas sobre Temas Constitucionales 11, Lima: CAJ, 1995, p.154

¹⁴ MONROY GALVEZ Juan, “Introducción al proceso civil”, Tomo I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, pp.230-231

jurisdicciones sino varias manifestaciones de una única jurisdicción”¹⁵.

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

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

El esquema constitucional antes expuesto se complementa con los artículos 141° y 173°. Según el artículo 141°, corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia, según los casos, y "conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173". Y dicho artículo dispone que "la casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte". De esta manera, los indicados preceptos constitucionales establecen una justicia militar, separada e independiente, que parece obedecer más bien a criterios de interés corporativo y de segregación. Se desechó así el proyecto remitido por la Corte Suprema al Congreso Constituyente Democrático que proponía la casación de las resoluciones de los tribunales militares ante dicho supremo tribunal¹⁶.

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

Cabe recordar que aunque el artículo 140° contempla la posibilidad de que se imponga la pena de muerte por los delitos de traición a la patria (en caso de guerra) y de terrorismo, este precepto constitucional no puede aplicarse en cumplimiento del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José -ratificado por el Estado peruano-, que impide extender la pena de muerte a delitos anteriormente no contemplados por el Estado Parte. De modo pues que, en realidad, ninguna sentencia de la Justicia Militar -ni siquiera en tiempo de paz- sería recurrible en casación ante la Corte Suprema ni susceptible de revisión por este alto tribunal.

El argumento utilizado para cuestionar la revisión por parte de la Corte Suprema de las decisiones de los tribunales militares priorizó la coyuntura al considerar que los delitos de terrorismo, en su modalidad agravada de traición a la patria, no debían ser revisados en casación por la Corte Suprema pues ello podía conducir a la expedición de indebidas

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

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

órdenes de libertad de los procesados ante presiones de los magistrados ¹⁷.

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

1.3. Juzgamiento de civiles por tribunales militares

Pero si ya resulta grave esta virtual excepción total de control por la Corte Suprema al conjunto de los fallos de la Justicia Militar, el asunto se torna más delicado cuando la propia Constitución, en el citado artículo 173^o, si bien se refiere al delito de función como supuesto que determina la competencia de la justicia militar, extiende la aplicación del Código de Justicia Militar y la competencia del Fuero Militar para el juzgamiento de civiles en los delitos de traición a la patria y de terrorismo (en los casos que determine la ley¹⁸), incluso en tiempo de paz. Obviamente los fallos y las penas que se impongan a estos civiles procesados, también quedan exentos de revisión por la Corte Suprema, situación francamente inconcebible en un Estado Democrático de Derecho.

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

“...a los civiles juzgados en los tribunales militares se les niega el derecho a ser oídos por un juez independiente e imparcial, derecho que les confiere el artículo 8.1. de la Convención. El cometido principal de las Fuerzas Armadas consiste en combatir a los terroristas, luchando en el plano militar contra los grupos armados irregulares y esta es su principal función en la campaña contra la subversión. La Comisión considera que las fuerzas armadas exceden su función natural cuando juzgan a los civiles acusados de pertenecer a los grupos subversivos, porque esta función corresponde a la justicia penal ordinaria”¹⁹.

Por ello, la Comisión mostró su preocupación ante la constitucionalización de ciertas disposiciones como el artículo 173^o de la Carta de 1993, que ha consagrado el juzgamiento de civiles por tribunales militares en los casos de traición a la patria (terrorismo agravado). De ahí que en su Informe correspondiente a 1996 haya recomendando la modificación de dicho artículo de la Constitución para adecuarlo a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe agregar, que el juzgamiento de civiles ante tribunales militares lleva consigo un debilitamiento de la vigencia de los elementos que conforman el debido proceso. En este

¹⁷ DIARIO DE DEBATES DE LA COMISION DE CONSTITUCION Y REGLAMENTO DEL CCD, realizada el 23 de junio de 1993, <http://www.congreso.gob.pe>

¹⁸ El Decreto Ley N° 25659, del 13 de agosto de 1992, configuró una modalidad agravada de terrorismo al que denominó traición a la patria. Dicho texto normativo estableció que eran competentes para su juzgamiento los tribunales militares. La vigencia de una legislación de esta naturaleza ha sido cuestionada precisamente porque afectaba el respeto al debido proceso. Cf. INFORME DE LA COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES, “Sobre la Administración de Justicia en el Perú”, Lima: IDL, 1994, pp. 68 y ss

¹⁹ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Organización de Estados Americanos, Informe Anual 1996, pp. 772-773

sentido, el Comité de Derechos Humanos ha observado en cuanto a los tribunales militares que juzgan civiles que:

“Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de la justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14.”²⁰

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

Además, siguiendo lo dispuesto por la Carta de 1979, se establece que quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio (SMO) están sometidos al Código de Justicia Militar. Este dispositivo extiende la competencia de la justicia militar a los civiles que incumplen el SMO, ya sea que se nieguen a prestar el servicio u omitan hacerlo, como a quienes efectivamente se han incorporado. Cabe indicar que ambos supuestos son distintos y en otros ordenamientos cuentan con un tratamiento diferenciado, pues en el primer caso se trata de un delito común y en el segundo de carácter militar. Esto último porque se adquiere el status militar sólo con la efectiva incorporación en filas²¹.

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

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

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

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

Una denominación técnicamente más exacta hubiera sido la de "delito militar" para evitar

²⁰ Comentario General Nº 13, párr. 4, cit. por ODONELL Daniel, "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988, p.161

²¹ La Ley Orgánica 13/91 de 20 de diciembre sobre el Servicio Militar introdujo el artículo 135º bis h) al Código Penal español, configurando como delito contra el deber de prestación del servicio militar el supuesto en que una persona citada para cumplir con el servicio militar no se incorpora a las Fuerzas Armadas. Cf. FERNANDEZ SEGADO Francisco (editor), "El servicio militar: aspectos jurídicos y socioeconómicos", Madrid: Dykinson, 1994, pp. 123-124.

caer en ambiguas normas legales que permitan sustraer de la justicia ordinaria al personal castrense que cometa delitos comunes. Así por ejemplo sucede, entre otras, en las Constituciones de la República Federal del Brasil (artículo 124º), Honduras (artículo 90º), Paraguay (artículo 174º) y Uruguay (artículo 253º).

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

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

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

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

2. LEGISLACION VIGENTE

Durante nuestra vida republicana hemos tenido seis Códigos de Justicia Militar: El de 1865, que no llegó a entrar en vigor²²; el de 1898, con cuarenta años de vigencia; el de 1939, con once años; el de 1950, con trece años; el de 1963, con diecisiete años de

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

duración, y el actual, que data de 1980²³.

La legislación vigente que regula la justicia militar es tributaria de épocas previas a la Constitución de 1980. En efecto, la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar son textos normativos dictados a fines de la segunda fase del Gobierno Militar, días antes de entregar el poder a la civilidad. Sus disposiciones, sin embargo, se han inspirado en Códigos anteriores. Así, por ejemplo, sucede con la calificación de los llamados delitos conexos que sirven para determinar la competencia de la justicia militar, pues si uno compara el artículo 44º del Código de Justicia Militar de fines del siglo pasado (1898) con el artículo 335º del Código vigente llegará a la conclusión que se trata de textos normativos idénticos²⁴.

En este sentido, la Ley Orgánica de Justicia Militar, se expidió a través del Decreto Ley N° 23201 de fecha 19 de julio de 1980. Por su parte, el Código de Justicia Militar fue aprobado por el Decreto Ley N° 23214 de 24 de julio de 1980, y se ha basado en el código anterior (1963), tratando de armonizar sus disposiciones con las propuestas introducidas a la Constitución de 1979.

De otro lado, aún existe legislación previa a la Constitución de 1993 que ha tratado de expandir la competencia de la justicia militar durante la vigencia de los regímenes de excepción. Se trata de la Ley N° 24150, cuyo artículo 10º señala que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que presten servicios en las zonas declaradas en estado de excepción están sujetos a la aplicación del Código de Justicia Militar.

Parte de esta legislación preconstitucional se ha tratado de actualizar a través de la Ley N° 26677, de 24 de octubre de 1996. Dicha Ley modificó diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar y del Código de Justicia Militar, con la finalidad de corregir algunos aspectos de orden orgánico y procesal. Por último, en fecha reciente, se ha dictado la Ley N° 26926 que califica a los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada como delito contra la humanidad, estableciendo que su juzgamiento corresponde a la justicia común.

TERCERA PARTE

TEMAS BASICOS PARA UNA PROPUESTA DE REFORMA

Tradicionalmente se ha indicado que la finalidad de la justicia militar es mantener el orden, la moral y la disciplina en las instituciones armadas y policiales. Esta concepción

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

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

ha sido recogida por el artículo II del Título Preliminar del Código de Justicia Militar, modificado por la Ley Nº 26677, aunque consideramos que ella debe adecuarse a los principios democráticos, a la noción del delito militar y a la necesaria -y moderna- distinción entre delitos e infracciones disciplinarias.

En este sentido, más precisa nos parece la definición expuesta por Francisco Fernández Segado, para quien la razón de ser de la justicia militar radica “en la necesidad de mantener a los Ejércitos como una eficaz organización de combate en orden al más exacto cumplimiento de los altos fines que les asigna la Constitución”²⁵. Siguiendo al Tribunal Constitucional español, “los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas (...) como organización bélica del Estado indispensable para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional”, implican la necesidad de una vía judicial específica para el conocimiento y eventual represión de los delitos que los afecten²⁶.

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

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

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

a) el criterio del fin intimidador de las sanciones militares, expresado en la mayor severidad de las penas en el Derecho Militar, lo que exigiría tribunales especiales que compartan la racionalidad del objetivo que se busca. Al respecto, Jiménez y Jiménez²⁷, en opinión que compartimos, observa que

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

²⁵ FERNANDEZ SEGADO Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, en “Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Domingo García Belaunde)”, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 1997, p.154.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 60/91, del 14 de Marzo de 1991, sobre competencia de los tribunales militares para conocer del delito de omisión al Servicio Militar Obligatorio, fundamento jurídico Nº 3. Boletín de Jurisprudencia Constitucional Nº 120, p. 10. Madrid, 1991.

²⁷ JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco. Introducción al Derecho Penal Militar. Madrid, 1987. Editorial Civitas, p. 89.

b) o, la mayor eficacia procesal de los tribunales castrenses. Este ha sido un argumento recurrente para fundamentar tribunales de excepción sobre distintas materias. En cuanto a la justicia militar, es necesario reconocer que ésta resulta funcional para prevenir o enfrentar los ilícitos relativos a las funciones militares. Este reconocimiento no puede extrapolarse para justificar la ampliación de la competencia de los jueces militares, ni para la negación o restricción innecesaria de las garantías del debido proceso. En la misma dirección, cabe recordar que en un Estado de Derecho no puede afirmarse la mayor o menor eficacia *per se* de unos tribunales frente a otros. Al respecto, aun resultan vigentes las palabras de José Gálvez, vencedor del combate del Dos de Mayo, en la Convención de 1856, cuando planteó el dilema: “o son buenos los jueces ordinarios y entonces no hay razón para los fueros, o son malos y entonces hay que reformar el Poder Judicial.”²⁸

De esta forma, todo acercamiento a los tribunales militares deberá tener en cuenta que su justificación como organismos excepcionales frente al conjunto de órganos jurisdiccionales comunes se basa en la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en relación a ella deben ser juzgadas, asumiéndose que los jueces militares, “con conocimientos militares y técnicos, tienen la necesaria capacidad para el análisis crítico del caso y para ponerlo en relación con el alcance de la norma”²⁹ penal militar. Esto será, pues, la medida de la extensión de su competencia.

1. EXTENSION DE LA JUSTICIA MILITAR

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

Modernamente se viene distinguiendo el derecho penal militar del derecho disciplinario militar. De esta manera, se atribuye a las autoridades militares y policiales correspondientes el ejercicio de la potestad disciplinaria; en cambio, las autoridades judiciales especiales serán las encargadas de conocer y sancionar los delitos militares. Así por ejemplo, en España las Leyes Orgánicas 12/1985, de 27 de noviembre, sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, y 13/1985, de 9 de diciembre, que aprueba el Código Penal Militar, fijan esta clara distinción. “Consecuentemente, los órganos jurisdiccionales militares dejan de conocer indiscriminadamente de las faltas a diferencia de lo que sucedía con el Código de Justicia Militar de 1945”³⁰.

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

Una aproximación adecuada podría realizarse recurriendo a los criterios generales de aplicación del *ius puniendi*. Así, se considera que las normas penales son la *ultima ratio* respecto de los mecanismos de control social con los que se cuenta para proteger determinados bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro afectaría los presupuestos de la convivencia en un Estado de Derecho. En esta dirección, sólo cuando se trate de prevenir y sancionar conductas sumamente lesivas para la comunidad, habiendo fallado

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

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

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

todos los otros medios de control social, debería recurrirse a las normas penales, siempre que su aplicación sea idónea³¹ para el mencionado fin. Debido a la gravedad de las sanciones penales, que implican la privación o restricción de la libertad, su aplicación deberá estar rodeada de las garantías que derivan del principio de legalidad y del debido proceso legal.

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

Cabe indicar que el Código de Justicia Militar regula los delitos y las faltas, ambos de naturaleza penal. Define a las faltas militares por oposición a los delitos, precisando que se trata de conductas que infringen las normas del Código de Justicia Militar y de los reglamentos militares (artículo 725^o). En la práctica, se acoge un criterio de orden cuantitativo fundado en la magnitud del injusto, como puede comprobarse de la comparación del artículo 727^o con los distintos tipos penales descritos a lo largo del Código³².

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

Si bien pareciera que el Código de Justicia Militar efectúa una clara distinción entre los diferentes tipos de infracciones y de sus correspondientes sanciones, una lectura atenta de sus disposiciones penales lleva a encontrar algunas conductas cuya gravedad no justifica su persecución y sanción penal a través de la justicia militar. Por ejemplo, “levantar voces para no hacer ejercicios” (artículo 111^o inciso 3), conducta tipificada como “motín militar” y sancionada con prisión (artículo 112^o); “dirigirse al superior con palabras descomedidas, despectivas o imperiosas, o con ademanes inconvenientes” (artículo 147^o inciso 5, uno de los supuestos del delito de insulto al superior, sancionado con prisión o reclusión militar); o en general, las conductas configuradoras de “faltas contra el espíritu militar”³³ (artículo 727^o inciso f).

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

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

33 “Artículo 727^o.- Se considera falta: f): Contra el espíritu militar: murmurar o permitir en el inferior murmuraciones contra el servicio, tolerar especies o manifestaciones contraria al espíritu de abnegación, austeridad o sobriedad que debe caracterizar a los miembros de los Institutos

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

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

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

a) En razón de los sujetos.

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

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

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

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

Armados; embriagarse en público, **fuera del servicio**, promover o participar en desórdenes o escándalos que originen o puedan originar la intervención de la policía, penetrar uniformado a garitos, cabarets, casas de prostitución o lugares análogos; familiarizarse los Oficiales con los individuos de tropa en forma que afecte su autoridad o prestigio; dar motivo fundado para que se le demande por deudas; recibir dádivas para cumplir su deber o ejecutar o no algún acto, y todo acto que atente contra el decoro o dignidad profesional.”

cometidos por medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan ante tribunales comunes.

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

b) En razón del delito.

La justicia militar conoce de los delitos de función. Esto es así porque la condición de militar o de policía está en función del cumplimiento de las misiones propias de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, las cuales para realizarse requieren de cierta organización y disciplina. De esta manera, uno es militar en la medida en que actúa como tal, dentro del cuerpo militar.

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

“En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policial. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.”³⁴

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

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

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-358/97, del 5 de agosto de 1997, sobre inconstitucionalidad de diversos artículos del Código Penal Militar, p. 13.

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

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

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

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

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

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

En palabras de un especialista en Derecho militar peruano:

“No existe justificación alguna para que los tribunales militares juzguen a los terroristas por razones de celeridad, severidad en las penas a imponerse y protección de los magistrados militares, ya que esas mismas condiciones se deben ejercer por el Poder Judicial, cuya tarea es justamente administrar justicia. Si bien

es cierto que los magistrados tanto civiles como militares deben contar con las facilidades y seguridades en el cumplimiento de su difícil misión, también los enjuiciados deben tener la garantía de ser sometidos a sus propios Fueros, siendo una excepción para el caso de los civiles su sometimiento a los tribunales militares por el delito de traición a la Patria en caso de guerra exterior, por las circunstancias especiales que este hecho reviste, y para los militares al fuero común por infracciones ajenas a los delitos de función.”³⁵

c) En razón del lugar

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

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

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

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

1.3. Justicia militar y regímenes de excepción

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

³⁵ BENDEZÚ JÁUREGUI, Luis. ¿El terrorismo, competencia del Fuero Militar? EN: Revista Peruana de Derecho Militar, N°1, año 1. Instituto académico de Derecho militar, Lima, 1986, p. 31

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

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

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

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

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

Las contiendas de competencia serán resueltas en un plazo máximo de treinta días.

La referida norma ha sido calificada de ambigua y técnicamente innecesaria³⁶. Y es que su primera parte parecería que trata de dejar de lado el criterio asumido en el presente informe, es decir, que la justicia militar debe circunscribirse a los delitos de función, pues indica que los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales que prestan servicios en las zonas de excepción quedan sujetos al Código de Justicia Militar. La segunda parte trata de delimitar esta competencia para circunscribirla a las infracciones cometidas “en el ejercicio de sus funciones”.

Si la norma en cuestión hubiera tratado de reiterar lo dispuesto por la Constitución ella carecería de sentido. Probablemente la intención que subyace a ella, ha sido la de propiciar una interpretación extensiva que amplíe los márgenes de intervención de la

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

justicia militar a partir de la expresión “delitos en el ejercicio de la función”, que podría interpretarse como una cláusula de mayor amplitud que la de “delito de función”. A nuestro juicio, luego de la vigencia de la Carta de 1993, la norma debe interpretarse a la luz de la Constitución y entender que no puede introducir mayores cambios pues carece de rango constitucional. De lo contrario habría sido derogada por la propia Constitución pues, evidentemente, la norma posterior de mayor jerarquía prima sobre la anterior.

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

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

1.4. La justicia militar en tiempos de guerra

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

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

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

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

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

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

Estas características están presentes en la normatividad penal militar peruana, que en estado de guerra considera delitos las contravenciones a disposiciones del Poder Ejecutivo y a órdenes de los Comandos Militares (artículo 2º, segundo párrafo del Código de Justicia Militar); y establece reglas especiales para los procesos, como otorgar plazos máximos de doce horas para la acusación fiscal y para la preparación de la defensa (artículos 715º y 717º del Código de Justicia Militar, respectivamente) en el denominado “Juicio en el Teatro de Operaciones”. Asimismo, constituye al Comandante del Teatro de Operaciones como director de la administración de justicia militar en el territorio de su mando (artículos 48º y siguientes de la Ley Orgánica de Justicia Militar)³⁷ .

De esta manera, resulta necesaria la revisión de la legislación militar en casos de conflicto armado externo³⁸, situación que se agrava si se extiende su aplicación a civiles. De esta manera, atendiendo a la gravedad de tales circunstancias y a que la especialidad de esta regulación ha de fundarse en la necesidad de mantener la eficacia de las fuerzas armadas del Estado, se ha de reconocer también como fin el de mantener la vigencia de los principios esenciales que lo sustentan, tal como lo sostienen Zaffaroni y Caballero al afirmar que:

“el principio republicano cobra mayor vigencia aun en la guerra, al menos en cuanto al requerimiento de racionalidad de los actos de poder, dado que lo enorme de la necesidad y el debilitamiento del control calmo de la racionalidad de los actos de poder impuesto por la presencia actual del peligro, requiere que se extreme el cuidado en el uso de la recta razón por parte de quien lo detenta, particularmente cuando se trata de militares, es decir, de profesionales justamente formados para esa circunstancia.”³⁹.

Así por ejemplo, sería conveniente precisar desde qué momento se entiende iniciado el estado o tiempo de guerra, así como el momento en que éste ha de considerarse expirado⁴⁰. Asimismo, debería definirse la extensión del “Teatro de Operaciones”, o en todo caso, los criterios que el Alto Mando ha de considerar para determinarlo. Estos

³⁷ El “Teatro de Operaciones” es un territorio delimitado por razones estratégicas, que bien puede comprender extensas áreas geográficas, aún las no comprendidas directamente en acciones de guerra.

³⁸ Para Antonio Millán-Garrido, “incluso conceptualmente, la drástica separación entre legislaciones de paz y de guerra, que podía justificarse en la contienda tradicional, que trastocaba, en todos los órdenes, la vida civil, no parece hoy oportuna”, ob. cit. p. 64.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y CAVALLERO, Ricardo Juan. Derecho Penal Militar. Lineamientos de la parte general. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Ariel, 1980; p. 90.

⁴⁰ A manera de ejemplo, el Código Penal Militar de España dispone en su artículo 14º que el tiempo de guerra comprende “el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas.”

criterios, así como el desempeño de la justicia militar en el estado de guerra han de estar informados por el principio de razonabilidad propio de las actuaciones de toda autoridad de un Estado democrático.

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

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

2. CONFIGURACION LEGAL DEL DELITO DE FUNCION

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

- El "delito de función" implica la presencia de un sujeto activo militar (o policial), y de un bien jurídico militar (o policial) afectado, de modo que al faltar cualquiera de dichos elementos, quedaría desintegrada la noción del delito de función para dar paso a la de un delito de características comunes. Cabe indicar que el sujeto pasivo de los delitos militares siempre reviste un carácter institucional, dados los bienes jurídicos estrictamente castrenses que se busca proteger.
- La referencia a "delitos contra los deberes de función" se efectúa en razón de que éstos son en realidad casos de incumplimiento de deberes castrenses, cuya especial sanción es garantizada por el ordenamiento, es por ello que para poder saber cuáles son esos "deberes de función", muchas veces tendrá que recurrirse a otros dispositivos castrenses, como los reglamentos de los institutos armados.
- Nos encontramos frente a "delitos en el ejercicio de la función" cuando la conducta típicamente reprimida se comete en un momento en el que el sujeto activo se encontraba desempeñando una función especial. En el ámbito militar los delitos en el ejercicio de la función se cometen cuando el agente realiza actos de servicio, lo que no siempre ha de ocasionar una lesión a los bienes jurídicos estrictamente castrenses que los delitos militares y la justicia militar buscan proteger. En ese

sentido, no necesariamente un delito cometido en el ejercicio de la función militar deberá ser juzgado por tribunales castrenses de acuerdo al Código de Justicia Militar. Es decir, en el ejercicio de la función militar podrían cometerse delitos comunes de conocimiento de tribunales ordinarios.

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

2.1. El delito militar

Algunos autores definen al delito militar como aquella acción u omisión que de una manera u otra, específicamente, destruya o anule, disminuya o perjudique, en cuanto a su función de elemento bélico del Estado, los elementos del material humano o del material físico del mismo⁴¹.

Suele acudir a la clásica definición del tratadista italiano di Vico⁴², según el cual el delito militar importa la violación de un deber del oficio de militar, lo que le permite concluir que el referido delito, en su esencia objetiva, se compone de dos elementos: calidad militar del culpable y calidad militar del hecho. En este sentido, la situación militar del culpable es esencial al delito militar ya que éste importa una violación de un deber militar, y sólo en muy raras excepciones los sujetos extraños a la actividad militar pueden cometer delitos militares. Asimismo, la calidad militar del hecho resulta de la índole castrense del deber violado: si el deber violado es común, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aún cuando sea perpetrado por militar.

Una perspectiva interesante y bastante concreta la brinda el profesor argentino Bidart Campos para quien los delitos militares “son los que dañan bienes jurídicos de la institución armada, y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales”⁴³.

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

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

42 DI VICO Pietro, “Dirito Penale Militare”, p.112, citado por Renato Astrosa Sotomayor.p.70.

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

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

- Delitos militares propios serían los que únicamente puede cometer un militar. A estos delitos también se les denomina esencialmente militares pues constituyen una infracción a los deberes de función que sólo incumbe a quien tiene esa situación, por consiguiente afectan principalmente un bien jurídico militar. En los casos en que la lesión no se reduzca únicamente a tales bienes estaríamos ante un concurso ideal con delitos comunes, debiéndose ponderar la importancia que ambos tipos de bienes jurídicos tienen para el ordenamiento jurídico en general a efectos de determinar el juez competente;
- Los delitos militares impropios se configurarían mediante la “militarización” de bienes jurídicos comunes por consideraciones de política criminal, por lo que también se les suele llamar delitos militarizados. En consecuencia, sus sujetos activos podrían ser indistintamente civiles o militares, al no exigirse la infracción de deberes estrictamente castrenses. Es el caso del delito de traición a la Patria en caso de guerra exterior, donde se “militariza” el bien jurídico Seguridad Nacional, tal que se considera como un deber militar de todos los ciudadanos, civiles o militares, la no colaboración con el enemigo, por lo que su infracción es de juzgamiento de autoridades judiciales castrenses. Esta figura no debe confundirse con la de los delitos comunes que son incorporados a la competencia de los tribunales militares sin alterar su naturaleza⁴⁴, como el terrorismo y sus modalidades.

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

- Sujeto activo. Debe ser militar tratándose de delitos exclusivamente militares. En palabras de Araujo “los delitos de función sólo pueden ser realizados por militares en servicio activo, porque la función significa ejercicio, cumplimiento de objetivos y fines”.⁴⁵ De acuerdo al artículo 173^o de la Constitución de 1993 pueden considerarse como sujetos activos los civiles en caso de delito de traición a la patria así como quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio. Con respecto a los civiles que cometen delitos militares, la tendencia moderna de los Códigos militares es la de excluirlos de la competencia de los tribunales militares, incluso tratándose de asimilados a los institutos armados, y permitir su juzgamiento por los tribunales civiles.
- Bien jurídico militar (o policial). En el delito militar corresponde a los intereses de índole militar (o policial) que el legislador ha querido proteger en forma especial. El bien jurídico tutelado se puede equiparar así a esa *ratio essendi* del derecho penal militar que para Zaffaroni⁴⁶ consiste en la necesidad de erigir y sostener un cuerpo

⁴⁴ SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. El Delito Militar ordinario. Tesis para obtener el título de abogado por la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, 1997, p. 233.

⁴⁵ ARAUJO CALDERÓN, Roger. El delito de función. EN: Revista Peruana de Derecho Militar, Nº1, año 1. Instituto académico de Derecho Militar. Lima, 1986, p. 27-29.

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

técnico, que en tiempo de paz tiene carácter preventivo frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme -la guerra- y en tiempo de guerra asume carácter defensivo⁴⁷.

Cabe indicar, como señala Sandoval Coronado, que “lo que determina la existencia del delito militar no es el sujeto pasivo, sino el tipo de bien jurídico lesionado por el militar que actúa como sujeto activo del delito”⁴⁸. En todo caso, el sujeto pasivo viene a ser el destinatario de la acción prohibida que en un sentido amplio puede ser el titular del bien jurídico tutelado que en los delitos militares es la institución militar.

2.2. El delito de función en la legislación vigente

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

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

Cabe señalar que el antecedente del referido artículo se encuentra en la Carta de 1979, concretamente, en la propuesta presentada por la Comisión de Fuerza Pública y Defensa Nacional de la Asamblea Constituyente de 1978-79, según la cual: “*Los miembros de la Fuerza Pública, en los casos de delitos referidos a su función están sometidos al Fuero Penal Militar y al Código de Justicia Militar*”. Dicha redacción vinculaba los delitos castrenses a las funciones que la Constitución objetivamente asignaba a las Fuerzas Armadas, y al parecer, ése mismo fue el sentido de la expresión “delitos de función”, al momento de la redacción final de la Constitución de 1979⁴⁹

Por otro lado, al debatirse el capítulo sobre el Poder Judicial, las propuestas iniciales sobre la llamada “jurisdicción militar” hacían referencia a la limitación de ésta al conocimiento de los “delitos militares”. Sin embargo, finalmente se consideró que sus alcances ya estaban suficientemente regulados en el capítulo sobre Fuerza Pública y

⁴⁷ Para ARAUJO, Roger, “En el delito de función este bien es la capacidad bélica, moral, integridad y eficiencia de las Fuerzas armadas para cumplir los fines reseñados en la Constitución Política”. Ob. cit., p. 27.

⁴⁸ SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. Ob. cit., p. 225.

⁴⁹ En el Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución la expresión “delitos referidos a su función” aparece cada vez que se mencionó el artículo en no menos de 11 ocasiones. En el Pleno, el artículo se aprobó con la expresión antedicha (Sesión 33^o del Viernes 1 de Junio de 1979). La frase “delitos de función” aparece por primera vez en el proyecto final de la Constitución, presentado en la 38^o Sesión, del Viernes 6 de Julio de 1979. Cf. Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución y el Diario de Debates del Pleno de la Asamblea Constituyente.

Defensa Nacional⁵⁰. Es decir, parecería que para el constituyente de 1979, no existió mayor diferencia entre las expresiones “delitos militares”, “delitos referidos a su función” y “delitos de función”, fórmula que finalmente quedó y que no fue mayormente debatida durante la reforma constitucional de 1993⁵¹.

Conforme se ha expresado, una denominación más exacta sería la de "delito militar". Una opción de esta naturaleza podría ser desarrollada por la ley sobre la base del concepto jurídico de delito de función al que se refiere la Constitución. Es más, el artículo 75º de la Ley Orgánica de Justicia Militar (Decreto Ley Nº 23201) se refiere expresamente a los delitos militares como marco de referencia de la actuación de la justicia militar⁵². Asimismo, el artículo 2º del Código de Justicia Militar alude a la referida expresión⁵³.

Una lectura de la naturaleza expuesta se justifica entre otras razones, por la consideración de la gravedad de los delitos y por el impacto social de dichas conductas, ya que al circunscribirse al ámbito estrictamente castrense se delimitaría mejor la competencia de los tribunales militares⁵⁴. Con ello se le dotaría de mayores garantías al inculpado puesto que se evitaría un posible doble procesamiento por un mismo hecho.

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

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

Como se sabe, la vigencia del referido Código, aprobado por Decreto Legislativo Nº 638 de 25 de abril de 1991, ha quedado suspendida como consecuencia de la promulgación de la Ley Nº 26299.

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

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

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

53 Señala el citado dispositivo que “Se consideran delitos y faltas militares las infracciones previstas en este Código”.

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en el mismo título se hallan otros delitos cuya tipificación en referencia

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

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

Un ejemplo de la incorrecta técnica con que se ha diseñado el abuso de autoridad en el Código de Justicia Militar, es la inclusión bajo ese título de delitos contra la administración de justicia, como lo es el que un superior dificulte las funciones de un tribunal militar o ejerza influencia para que se violente la ley (artículo 192º). Algo parecido puede decirse del coactar la defensa de los acusados, o prolongar o abreviar las penas impuestas por los tribunales militares (artículo 180º inciso 4)⁵⁵; o prolongar indebidamente la detención de una persona sin ponerla a disposición de la autoridad competente (artículo 181º inciso 3).

Tampoco se explica la ubicación del título correspondiente a los delitos contra la administración de justicia en la sección IX, sobre los delitos contra la fe pública. Salvando este error de ubicación, en este grupo de delitos el bien jurídico protegido no es otro que la recta administración de justicia, por lo que sería preferible que se regulen como delitos comunes⁵⁶.

En ese sentido, cabe indicar que en general, los delitos cometidos por los miembros de la magistratura penal-militar en el ejercicio de sus funciones judiciales han de ser investigados por los fiscales comunes del nivel respectivo, correspondiéndole al Fiscal de la Nación la investigación de los delitos de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y de los Consejos de Guerra, y a los fiscales supremos la de los jueces permanentes y sustitutos.⁵⁷

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

2.3. Delito de función y derechos humanos

⁵⁵ Esta disposición, así como la del mencionado artículo 180º inciso 1), se encuentra en el Código de Justicia Militar de 1898, que en su artículo 273º enunciaba: “Hay abuso o usurpación de autoridad: 1º En imponer tormento o pena prohibida por la ley. 2º En prolongar o abreviar las penas impuestas por los juzgados militares, o en coactar la defensa de los enjuiciados”.

⁵⁶ En análogo sentido, FERNANDEZ SEGADO Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, p.205

⁵⁷ Así lo indicó el Fiscal de la Nación, Dr. Miguel Aljovín Swayne, en oficio N° 908-97-MP-FN remitido al Defensor del Pueblo con fecha 01 de Agosto de 1997 en relación al documento preliminar que sobre el presente documento se le alcanzara.

Los delitos contra los derechos humanos conforman figuras delictivas autónomas, debido a lo especial de la relación social desvalorada en los tipos penales que los configuran. Lo específico de esta relación social es el contexto de poder en que se desenvuelve, en donde la indefensión de la víctima frente a un agente que actúa por cuenta o con el consentimiento del Estado es manifiesta. Este contexto de poder distingue a estas figuras delictivas de las demás figuras comunes, haciendo necesaria su regulación diferenciada⁵⁸.

Además, el Estado Peruano ha suscrito tratados que reconocen el deber del Estado de proteger los derechos humanos, así como el deber de prevenir y sancionar las conductas que los afecten⁵⁹. Las disposiciones que recogen estos deberes estatales son normas de orden público internacional, y en virtud del artículo 55º de la Constitución, también de orden público interno. De esa manera, es necesario resaltar que los delitos contra los derechos humanos afectan relaciones internacionales de las que participa el Perú.

Al tener el Derecho Penal Militar su razón de ser en el mantenimiento de la eficacia de la organización de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de los fines que la Constitución les encomienda, la regulación de las conductas tipificadas como delitos contra los derechos humanos escapa claramente de sus alcances⁶⁰. Esto es así por cuanto:

“tales ilícitos no tutelan bienes jurídicos estrictamente militares ni tienen relación con el ámbito funcional de los institutos castrenses, por afectar bienes jurídicos fundamentales como la vida, la seguridad y la libertad personal, la integridad personal, cuya afectación y procesamiento corresponde siempre a la jurisdicción ordinaria por ser presupuestos indispensables para la vida en común de toda la sociedad, y no de un estamento o institución especial”⁶¹

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

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

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

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

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

“que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública (...) ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial”⁶².

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

En ese sentido, no podría aceptarse que una conducta que pueda calificarse como delito contra los derechos humanos pueda ser considerada como un delito de función, o, más precisamente, como un delito militar, dado lo distinto de las relaciones sociales que cada una de estas categorías de delitos buscan desvalorar⁶³. De ahí que sea necesario que una reforma del Código de Justicia Militar excluya de la competencia de los tribunales militares las conductas que impliquen delitos contra los derechos humanos, por razones tanto de la naturaleza y fines de esta judicatura, como de la naturaleza de estos delitos y de los bienes jurídicos afectados, cuya trascendencia no puede quedar circunscrita a los tribunales militares. En esa dirección, es pertinente resaltar la reciente aprobación por el Congreso de la Ley N° 26926⁶⁴, que tipifica y sanciona los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, reconociendo explícitamente la competencia de los jueces comunes para conocerlos.

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

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

- Se suele definir a los tipos penales abiertos como "los que han sido redactados acudiendo a pautas generales, sin precisar las circunstancias, ni indicar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado". Son figuras que deliberadamente contienen referencias ejemplificativas, vagas, indefinidas o equívocas y tendientes a comprender cualquier acción, desconociendo el principio

⁶² Sentencia N° C-358/97, del cinco de Agosto de 1997, sobre inconstitucionalidad de diversas normas del Código Penal Militar

⁶³ Al respecto, el presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar ha declarado recientemente que *“En el fuero militar el bien jurídico que está en primera fila es la disciplina, el orden y la moralidad, la vida está en último lugar.”* en “Vistos”, Semanario Judicial, Lima, Año 1, N° 33, p. 2.

⁶⁴ Publicada en “El Peruano” el 21 de Febrero de 1998.

de taxatividad⁶⁵.

- Por su parte, nos encontramos frente a una ley penal en blanco "cuando parte de la definición del supuesto de hecho de la norma no se contiene en la propia ley penal sino que se remite a una norma distinta". Los problemas que presentan las leyes penales en blanco, en relación al principio de legalidad, aparecen cuando la remisión se lleva a cabo respecto de una disposición de rango inferior al de la propia ley penal, generalmente esto sucede a través de un reglamento⁶⁶.

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

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

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

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

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

2.5. Adecuación del sistema de penas

Resulta imprescindible también adecuar la normatividad vigente sobre delitos militares a los postulados y principios contemporáneos del Derecho Penal, concretamente, del

⁶⁵ VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando, "Derecho Penal. Parte General", 2º ed., Medellín, 1995, p.358.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal. Parte General", Valencia, 1993, p.103".

Código Penal de 1991. En ese sentido, si bien en el Derecho Penal Militar el criterio de prevención general cumple una función preponderante, lo que puede llevar a aplicar penas en principio más drásticas que en el resto del ordenamiento penal ordinario, esto no debe llevar a apartar el criterio de prevención especial, que busca la resocialización de quien delinque, y que informa todo nuestro sistema penal⁶⁷.

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

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

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

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

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

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

Con independencia del juzgamiento de los delitos de terrorismo y traición a la patria por los tribunales militares, el Código de Justicia Militar contempla un supuesto adicional que resulta incompatible con la Constitución. Se trata del artículo 324º del referido Código que

⁶⁷ Esta concepción no es compartida por cierto sector de la doctrina penal militar. Así, para Araujo "En el Derecho Penal Común, existe el principio: "no hay delito sino delincuentes y no hay delincuentes sino hombres", en cambio en el Derecho Penal Militar, más valioso es la disciplina, el orden jurídico, el Estado, la sociedad, por ello el Derecho Penal Militar no persigue la readaptación sino la ejemplarización e intimidación." ARAUJO CALDERÓN, Roger . El delito de función. EN: Revista Peruana de Derecho Militar, Nº1 año 1. Lima, 1986, p. 29.

dispone que los tribunales militares conocen de los delitos comunes cometidos en acto del servicio cuando agraviado e inculpado son militares, aplicándose las normas del Código Penal común.

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

Un dispositivo de esta naturaleza debe ser examinado a la luz del principio de igualdad, reconocido por el artículo 2º inciso 2) de la Constitución; según el cual toda persona que cometa un delito común debería ser juzgado ante los tribunales ordinarios. El hecho que tanto el agraviado como el inculpado sean militares, no justifica objetiva y razonablemente un tratamiento diferenciado.

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

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

A nuestro juicio, el artículo 324º ha quedado derogado por la Constitución vigente pues ella sólo reconoce competencia a los tribunales militares para conocer delitos de función más no -evidentemente- para conocer de delitos comunes⁶⁸. Una interpretación de esta naturaleza, además, sería respetuosa del principio constitucional de igualdad ante la ley.

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

A raíz de continuos sucesos acaecidos en los últimos años en los que se procesó y condenó a miembros de las Fuerzas Armadas en situación de retiro⁶⁹, ha surgido la

⁶⁸ Sin embargo, la Sala Penal C de la Corte Suprema de Justicia dirimió la contienda de competencia a favor de la justicia militar considerando "que las personas procesadas y agraviadas son militares" aplicando, entre otros dispositivos, el artículo 324º del Código de Justicia Militar.

⁶⁹ Entre algunos de los casos de oficiales en situación de retiro que han sido procesados y/o condenados por haber infringido supuestamente el Código de Justicia Militar podemos citar los siguientes:

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

controversia en distintos niveles acerca de si se les debe considerar como sujetos activos de los delitos militares y si esta calificación resulta conforme al marco normativo y fundamentalmente a la Constitución⁷⁰. Incluso, algunos han distinguido la condición del ex-militar, que ha sido expulsado de las Fuerzas Armadas y que se encontraría sujeto a la justicia común, de quien es militar, pero en situación de retiro, y que por mantener una ligazón con la institución estaría sujeto a la justicia castrense⁷¹.

Consideramos que una adecuada concepción del delito militar excluye la posibilidad que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de retiro sean juzgados por los tribunales militares⁷². En efecto, el delito militar requiere para su configuración de una conducta violatoria de un deber relativo a las funciones propias de las fuerzas armadas, lo que requiere como supuesto que la conducta punible haya sido cometida por un militar o policía ejerciendo funciones de tal, para lo cual una condición esencial es que se encuentre en situación de actividad.

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

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

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

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

-
- El Gral.(r) Mauricio Agurto fue acusado el 21 de abril de 1995 por supuestos delitos de "infidencia y ultraje a la Nación". Fue amnistiado.
 - En noviembre de 1996 el Gral.(r) Rodolfo Robles Espinoza fue denunciado, detenido y posteriormente amnistiado.

⁷⁰ Resulta pertinente recordar que incluso el Ministro de Defensa Gral. Tomás Castillo Meza reconoció la existencia de contradicciones entre la Constitución y la legislación militar.

⁷¹ PEZUA VIVANCO David, "Fuero Militar", Diario El Sol, Lima, 22 de Marzo de 1997. Asimismo, el General EP Guido Guevara ha sostenido que "un militar es tal de por vida. Y no puede ser que amparándose en su condición de militar retirado revele informaciones que afectan la seguridad nacional y de las cuales tomó conocimiento cuando estuvo en servicio activo".

⁷² En el Congreso de la República existen al respecto varios proyectos de ley dirigidos a zanjar este controvertido punto, cuya propuesta en común es sustraer a los oficiales en situación de retiro como agentes de los delitos militares. entre los principales tenemos: Proyecto de ley 2361/96-CR (congresista Alva Orlandini), proyecto de ley 2322/96-CR (congresista Jorge Avendaño), proyecto de ley 2352/96-CR (congresista Daniel Estrada), proyecto de ley 2309/96-CR (congresista Antero Florez), proyecto de ley 2357/96-cr (congresista Henry Pease).

señala que:

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

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

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

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

No cuestiona los argumentos expuestos el hecho que el artículo 11º de la Ley de Situación Militar señale que los grados, honores y pensiones militares son dados de por vida, constituyen un derecho del oficial y no pueden serle retirados sino por sentencia judicial y en los casos determinados por ley, pues no es lo mismo el grado que la sujeción a la justicia militar. En efecto, tanto el grado, honores, remuneraciones y jerarquías de los oficiales constituyen beneficios y derechos institucionales de carácter social y tutelar de distinta naturaleza a las obligaciones del militar en actividad⁷³.

Tales reconocimientos están vinculados a esferas distintas de la propiamente punitiva y no significan un sometimiento del militar en situación de retiro a los deberes castrenses específicos⁷⁴. En ese sentido el denominado delito de función o delito militar debe vincularse al incumplimiento de los deberes que como militar se tiene. El militar que está fuera del servicio activo, retirado u en otra situación, no se encuentra en condiciones de violar deberes castrenses estrictamente funcionales; su conducta carece de efectos lesivos al bien jurídico objeto de tutela en sede judicial militar.

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

De otro lado, también suele afirmarse que el artículo 12º de la Ley de Situación no ha derogado el inciso 1) del artículo 321º del Código de Justicia Militar⁷⁵ pues la Ley N° 26677 del 24 de octubre de 1996 precisa que las disposiciones del Código de Justicia

⁷³ De no acogerse esta interpretación, del hecho de que todos los que realizan el Servicio Militar Obligatorio conservan a su baja por tiempo cumplido el grado militar que obtuvieron en el activo (artículo 62º del D.Leg. N° 264) podría concluirse, que siguen siendo militares bajo la competencia de los jueces militares.

⁷⁴ SAN MARTIN CASTRO César, "Jurisdicción militar y delitos de función", Autos y Vistos. Comentarios Jurisprudenciales, Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p.238.

⁷⁵ El artículo 321º inciso 1) del Código de Justicia Militar precisa que "son militares para los efectos de este código: los que de acuerdo a las leyes orgánicas de las fuerzas Armadas y de las fuerzas policiales que rigen tienen grado militar o prestan servicio militar".

Militar y de la Ley Orgánica de Justicia Militar sólo pueden ser modificadas por ley expresa y de igual naturaleza⁷⁶. No compartimos dicho argumento, no sólo porque la exclusión de los militares en retiro emana de la propia Constitución, sino porque además la Ley de Situación Militar es anterior a la Ley N° 25677. Además, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, según el cual "Por la derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado". Bajo este sustento la Ley N° 26677 no podría, de manera alguna, hacer recobrar la vigencia de los referidos artículos del Código de Justicia Militar que ya anteriormente habían sido derogados por la Ley de Situación Militar.

De ahí que tampoco compartamos el criterio que considera que la Ley de Situación Militar es una norma administrativa y que "las normas generales de tipo administrativo como el Decreto Legislativo número setecientos cincuentidós (Ley de Situación Militar) en lo que respecta a lo normado en el artículo doce, no puede modificar una norma de tipo específico y judicial, como el Código de Justicia Militar"⁷⁷.

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

3. ORGANIZACION DE LA JUSTICIA MILITAR

3.1. Diseño orgánico de la justicia militar

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

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

El Consejo Supremo de Justicia Militar tiene competencia nacional y está integrado por diez (10) Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad: ocho vocales, un Fiscal General y un Auditor General. La reforma a Ley Orgánica de Justicia Militar dispuesta por la Ley N°26677 ha establecido que de los ocho vocales, tres deben pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar; asimismo, el Fiscal y el Auditor General son miembros de dicho Cuerpo. Este último es un asesor legal del Consejo que tiene voz pero no puede votar en los asuntos jurisdiccionales (artículo 71º). En resumidas cuentas, a partir de 1996, el Consejo Supremo ha incrementado el número de miembros con

⁷⁶ Esta posición fue asumida por el General División EP (r) Gastón Ibañez O'Brien, "Expreso", Lima, 1 de diciembre de 1996.

⁷⁷ Este último argumento fue expuesto en la Ejecutoria del Consejo Supremo de Justicia Militar (tercer considerando), Lima, 6 de Junio de 1995 en el caso del Gral. retirado Carlos Mauricio Agurto.

formación jurídica pues antes se establecía que el Fiscal y el Auditor General eran los únicos que pertenecían al Cuerpo Jurídico Militar (artículo 6º). Cabe agregar, que el Consejo adopta sus resoluciones con el voto de cinco de sus vocales, pues los tres restantes actúan como suplentes (artículo 8º).

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

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

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

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

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

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

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

de competencia y al conocimiento de las causas contra altos funcionarios del Estado y la Iglesia.

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

3.2. Composición de los tribunales militares

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

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

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

“La creación de tribunales con competencia militar significa el reconocimiento de las particularidades del régimen al que están sometidas las personas que ostentan condición militar, pero nada más que eso. La idea de que estos tribunales estén integrados por militares es tan absurda como la que postulara que los tribunales que juzgaran delitos económicos estén integrados por empresarios”⁷⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Contendas de competencia

En todo sistema de justicia el derecho al juez natural requiere de normas precisas para la determinación de la competencia de los tribunales, así como de reglas para resolver los conflictos de competencia que puedan surgir entre estos. Esta exigencia resulta de especial relevancia cuando nos encontramos ante tribunales distintos a los que integran el llamado Poder Judicial⁷⁹, como sucede con los tribunales militares, debiendo resolverse

79 En puridad, cuando la Constitución habla del Poder Judicial, mas que de un poder en el sentido estricto del término (como potestad del Estado) realmente está hablando del conjunto de

los conflictos de competencia que se susciten entre jueces militares y ordinarios de manera tal que se realicen adecuadamente los principios de especialidad y excepcionalidad de la judicatura castrense.

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

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

Sin embargo, a juzgar por la redacción del Código de Justicia Militar, el incidente se tramita en cuerda separada, y por lo tanto, sin suspenderse la tramitación del expediente principal. Esta situación permite la realización de diligencias paralelas que eventualmente podrían dar lugar a la expedición de sentencia en un tribunal que no resulte siendo competente, lo que perjudicaría la eficacia de la administración de justicia⁸⁰. Para evitar problemas de esta naturaleza, sería conveniente introducir en el Código de Justicia Militar una disposición que permita la suspensión de la expedición de la sentencia mientras no se resuelva la contienda de competencia, sin perjuicio de la actuación de las pruebas necesarias y urgentes para el cumplimiento de los fines del proceso.

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

Posteriormente, la Corte Suprema resolvió en favor de la judicatura castrense en el caso de 50 civiles ejecutados extrajudicialmente en Pucayacu y luego enterrados en una fosa común por infantes de Marina. Asimismo, el 14 de Febrero de 1994, la Sala Penal de la Corte Suprema se pronunció por la competencia de la justicia militar en el caso de los

órganos jurisdiccionales comunes que lo ejercen y administran, como puede notarse claramente en el artículo 143º.

⁸⁰ Por ejemplo, en el proceso seguido por las torturas a la suboficial SIE Leonor La Rosa la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar sentenció a los inculcados antes de resolverse la contienda de competencia planteada por el sexto juzgado especializado en lo penal de Lima.

desaparecidos de la Universidad Nacional de Educación, “La Cantuta”, con una intervención legislativa de por medio para modificar el procedimiento de resolución de la contienda de competencia⁸¹.

Recientemente, en el caso de la tortura sufrida por la suboficial del Servicio de Inteligencia del Ejército Leonor La Rosa, la Corte Suprema dirimió la contienda de competencia en favor del Consejo Supremo de Justicia Militar basándose únicamente en la condición militar de las partes implicadas y el lugar de comisión de los hechos delictivos, dando por sentada la calidad militar del delito cometido⁸². Cabe anotar que en este caso la comisión de torturas, configuradoras de delitos comunes, fue reconocida incluso por altas autoridades del Ejecutivo.

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

El criterio de ocasionalidad considera suficiente para calificar una conducta como delito de función que el hecho delictivo se produzca con ocasión de encontrarse el sujeto activo realizando actos de servicio, sin entrar a calificar si existe relación causal entre la acción antijurídica y la específica función militar. Así, en la contienda de competencia 5-85 promovida por el Consejo de Guerra permanente de Marina contra el Juez de primera instancia provisional de Huanta, por el juzgamiento del capitán de corbeta AP Álvaro Artaza Adrianzén, acusado de homicidio calificado de cincuenta personas no identificadas en Pucayacu, Huancavelica, la Corte Suprema⁸³ afirmó que:

“los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar, sino también a todos aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas, pues no se requiere exclusivamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función, basta la simple ocasionalidad”⁸⁴

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

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

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

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

Para el segundo criterio se exige en cambio que exista dicha relación causal⁸⁵, y fue adoptado por la Corte Suprema al dirimir la contienda de competencia N° 07-94 entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y el décimo sexto juzgado penal de Lima por el conocimiento de los delitos de secuestro, desaparición forzada y asesinato de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación “La Cantuta”, a manos de los integrantes de un comando del Ejército. En los considerandos del fallo se afirmó que “la posible violación penal fue consecuencia de órdenes impartidas y recibidas” y “se ejecutó en acto de función cometido por el personal militar que resulte responsable”.

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

En todo caso, en la medida en que la tendencia expansiva en desmedro de la justicia ordinaria trasciende el ámbito de los textos legales y desarrollos jurídico-doctrinales⁸⁶, la solución a los problemas observados en la contienda de competencia pasa necesariamente por una apropiación por parte de la Corte Suprema de su rol en cuanto a la determinación de los límites competenciales de los tribunales castrenses, lo que a su vez pasa por la adopción de una adecuada concepción del delito militar. En aquella misma medida, y con miras a evitar situaciones de tensión en el ordenamiento, una eventual reforma debería buscar evitar las ocasiones en que se plantean las contiendas de competencia, con mecanismos como los que más adelante se sugieren.

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

Si bien la Constitución impide la casación ante la Corte Suprema, una propuesta de reforma constitucional debería permitir esta posibilidad. En esta dirección, una propuesta sugerente sería mantener la especialidad del juzgamiento de militares o policías, estableciendo que la Sala Penal respectiva de la referida Corte estará integrada por uno o más oficiales del Cuerpo Jurídico Militar en situación de retiro, del más alto grado.

Al respecto, cabe recordar que con el Código de 1898 se conformó un Consejo Supremo de Guerra y Marina mixto, con seis oficiales militares y los tres vocales menos antiguos de la Corte Suprema. Esta propuesta se encuentra recogida en el Derecho Comparado: por ejemplo, en España funciona una Sala Penal Suprema Mixta, conformada por jueces civiles y militares; en Chile, en las Cortes Marciales participan dos Ministros (vocales) de las Cortes de Apelaciones comunes, uno de ellos presidiéndolas, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales y administrativas reservadas a la Corte Suprema. Tanto en este país como en Colombia, Argentina y Estados Unidos, por sólo citar algunos casos

⁸⁵ CHIPOCO CACEDA Carlos, “Violencia y Estado Democrático de Derecho”, Lima, CODEPP, 1988, p. 25-26.

⁸⁶ A manera de ejemplo de vocación expansiva, el 16 de Noviembre de 1995, el general Guido Guevara Guerra, Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, afirmó a la prensa que debería considerarse la posibilidad de que los procesos a militares involucrados en casos de Tráfico Ilícito de Drogas sean ventilados en los tribunales militares, dado que la justicia ordinaria tiene demasiada carga procesal y que son delitos que van contra el orden y la disciplina (Diarios Expreso y El Mundo, Lima 16 de noviembre de 1995).

representativos, la Corte Suprema puede actuar como instancia de revisión de los fallos de los tribunales castrenses. Incluso, ese pareciera ser el sentido del artículo 1º de la Ley Orgánica de Justicia Militar, cuando prescribe que “El poder de administrar Justicia Militar se ejerce: En tiempo de paz, por: - La Corte Suprema de Justicia”.

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

4. JUSTICIA MILITAR Y DEBIDO PROCESO

El desarrollo de la justicia militar en un Estado democrático no puede estar ajeno a los principios que éste reconoce para que el juzgamiento de las personas sea respetuoso de sus derechos. De otro lado, la eficiencia y la moral de las fuerzas armadas se ven mejor aseguradas cuando se establece un equilibrio adecuado entre el mantenimiento del buen orden y la disciplina en las unidades militares, y el respeto de los derechos fundamentales de sus miembros⁸⁷. En este sentido, la vigencia de un debido proceso constituye pieza clave para una tutela efectiva de quienes se encuentran bajo la competencia de los tribunales militares. Precisamente, este ha sido uno de los cuestionamientos efectuados a la actuación de la justicia militar. Y es que la exigencia de la disciplina castrense no puede desconocer ni sobreponerse a derechos de esta naturaleza, más aún si su ámbito de competencia se extiende hacia civiles en los casos de traición a la patria y terrorismo.

Cabe indicar que los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes no prohíben *per se* la existencia de tribunales militares⁸⁸, ni estipulan tampoco qué funciones se les puede encargar. La compatibilidad de los tribunales militares con el derecho internacional depende de su conformidad con las garantías básicas del debido proceso, previstas en los convenios respectivos. En este orden de ideas, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14º), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (artículo 8º), asignan lugar especial al debido

⁸⁷ En palabras de autoridades militares de los Estados Unidos, “la justicia militar es el intento de hacer llegar las garantías constitucionales a los miembros militares excepto como sean modificadas para mantener el buen orden y la disciplina”. Programa ejecutivo de Justicia militar. Destacamento de la Escuela de Justicia Naval. Instrucción Internacional. Newport, RI, 1997, p. 10-20.

⁸⁸ En cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, p. 25, párrafo 91. En lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, OBSERVACION GENERAL N° 13, Artículo 14 (21º Período de sesiones), párr. 4.

proceso como verdadero derecho fundamental. La Constitución peruana vigente hace lo propio en el artículo 139º inciso 3).

4. 1. Derechos básicos

La vigencia del “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁸⁹, se pone en duda ante los procedimientos seguidos en los tribunales militares.

a) Independencia

La independencia de los tribunales del poder político es una de las condiciones elementales de la administración de la justicia. Además de una remuneración adecuada, la inamovilidad de los jueces y su adecuada preparación profesional son requisitos que tienden a asegurarla⁹⁰. La presencia de estos requerimientos debe quedar de manifiesto en la composición de los tribunales militares. Así por ejemplo, el artículo 1º de la ley de reforma italiana de 1981 indica que:

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

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

En el Perú, el artículo 23º de la Ley Orgánica de Justicia Militar (Decreto Ley N° 23201) dispone que el Presidente y los Vocales de los Consejos son nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministerio del Sector pertinente, que permanecen en el cargo temporalmente (no menos de dos años)⁹¹ y que por razón de necesidades urgentes del servicio, el tiempo de permanencia en el cargo puede ser reducido. En la misma dirección, el artículo 31º de la referida Ley, modificada por la Ley N° 26677, establece que el Poder Ejecutivo designará a los Jueces Instructores Permanentes.

Adicionalmente, de acuerdo al artículo 6º de la ley orgánica de Justicia Militar, modificado por la Ley N°26677, la organización y composición de la Justicia Militar no se ejerce a plenitud por verdaderos magistrados militares, sino que en ella cumplen una activa presencia los oficiales de armas y en actividad. Más aún, el artículo 347º del Código de Justicia Militar, y el inciso 6) del artículo 12º de la Ley Orgánica de Justicia Militar otorgan al Consejo Supremo de Justicia Militar la facultad para cortar procedimientos en trámite y

⁸⁹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales en estados de emergencia (arts. 27. 2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos), Opinión Consultiva O - C 9 / 87 del 6 de octubre de 1987; OBSERVACION GENERAL N° 13, Artículo 14 (21. Período de sesiones), párr.4.

⁹⁰ BOVINO Alberto, ob.cit., p. 39.

⁹¹ Según el artículo 38º de la Ley Orgánica de Justicia Militar, los Jueces Instructores Permanentes están en el ejercicio del cargo de no menos de dos años, dentro de los cuales no podrán ser removidos.

desviar a los procesados de la jurisdicción predeterminada por la ley. De esta manera, se ven afectados el principio de independencia del tribunal, la especialidad y el conocimiento técnico, por el sometimiento a la estructura jerárquica de mando en dichos tribunales.

Esta situación produce fundados cuestionamientos. En primer lugar, los jueces militares son designados por el Poder Ejecutivo. En segundo lugar, en su calidad de oficiales en actividad, siguen estando subordinados a sus superiores y obligados a respetar la jerarquía militar establecida. En consecuencia, la manera como llevan a cabo la tarea asignada jugará un rol decisivo en sus futuros ascensos, incentivos personales, así como la asignación de servicios⁹². Carecen además de inamovilidad. Y finalmente, por razones de su profesión, los oficiales de armas no poseen la formación jurídica que se exige a un juez. Todo ello debilita la independencia de quienes ejercen el cargo de jueces militares.

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

b) Imparcialidad

La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tenga opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice y, en particular, no presuman la culpabilidad del acusado. A pesar de la imparcialidad subjetiva del juez -la cual se presume mientras no se pruebe lo contrario- el requerimiento de imparcialidad exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías para eliminar cualquier duda sobre su posición observada en el proceso⁹³. Así toma en cuenta la importancia de cómo se percibe el procedimiento judicial reiterando un principio establecido ya en la Edad Media en el derecho común inglés que dice: *"Justice must not only be done, it must be seen to be done"*. El juez militar despierta el temor de parcialidad por las condiciones objetivas en las que desarrolla su función antes descritas.

En cuanto a los civiles acusados de los delitos de traición a la patria basta recurrir a lo que señala la Comisión Interamericana a saber que los tribunales militares, compuestos por oficiales que se encuentran comprometidos en la represión de los mismos delitos que juzgan, no ofrecen suficiente garantía de imparcialidad⁹⁴. Esta situación se vio agravada en tanto estuvo vigente el juzgamiento por jueces "sin rostro", como fue observado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual consideró que tal situación afectaba los principios universales que garantizan un debido proceso. Además, en lo que se refiere a las violaciones de los derechos humanos atribuidos a militares en función de servicio, por ejemplo, el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas ha reiterado en

⁹² Cf. INFORME DE LA COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL PERU, p. 73.

⁹³ BOVINO Alberto, ob. cit., p. 39.

⁹⁴ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, OEA / Ser. L / V / II. 49, doc. 19, del 11 de abril de 1980, párrafo 4, p. 245. Cf. INFORME DE LA COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES SOBRE LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA EN EL PERU, p. 68.

sucesivos informes que de acuerdo con su experiencia los tribunales militares contribuyen considerablemente a la impunidad⁹⁵.

c) Publicidad de los procesos

Como destaca el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su recomendación N°13 “la publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Sólo en circunstancias excepcionales los tribunales tienen la facultad de excluir a la prensa y el público de la totalidad o de parte de los juicios”⁹⁶. Por ello, cuando el artículo 5° del Decreto Ley N° 25659 en concordancia con el artículo 13 f) del Decreto Ley N° 25475, señala que en caso de traición a la patria iniciado el juicio, éste se sustanciará siempre en audiencias privadas, no se encuentra conforme a los estándares internacionales.

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

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

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

d) Derecho al juez natural

El derecho al juez natural pertenece a los derechos imprescindibles a un debido proceso pues trata de garantizar una adecuada administración de justicia y con tal efecto asegurar

⁹⁵ GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS. E / CN. 4 / 1990 / 13, párrafo 345.

⁹⁶ OBSERVACION GENERAL N° 13, Artículo 14 (21. Período de sesiones), párr. 6.

a toda persona un proceso justo⁹⁷. El derecho al juez natural rechaza la posibilidad que se asigne arbitrariamente un juez o tribunal para el caso concreto, es decir, se requiere que el juez que conoce el proceso haya sido designado con anterioridad según reglas generales⁹⁸.

En palabras del Tribunal Constitucional español:

“el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria”, de tal modo que “el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional”⁹⁹

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

e) Defensa

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

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

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

⁹⁷ En este sentido Cf. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Golder, 21 de febrero de 1975, Series A., N^o 18., pág. 13, párr. 28, en relación al artículo 6^o de la Convención Europea de Derechos Humanos, el que sustancialmente comprende los mismos derechos y garantías del artículo 8 de la Convención Americana.

⁹⁸ BOVINO Alberto, ob. cit., p. 38.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, del 14 de Marzo de 1991, sobre competencia de los tribunales militares para conocer del delito de omisión al Servicio Militar Obligatorio, fundamento Jurídico N^o 2. Boletín de Jurisprudencia Constitucional N^o 120, p.9. Madrid, 1991.

procesos en casos de traición a la Patria restringe la posibilidad real de preparar una defensa adecuada.

El derecho de defensa comprende el derecho a estar presente en el proceso. Los artículos 575º del Código de Justicia Militar reservan a los militares el derecho de estar presentes en el proceso. Sin embargo, este derecho fue dejado de lado por el artículo 1º del Decreto Ley N° 25728 según el cual para el juzgamiento de los delitos de terrorismo y de traición a la Patria, dada la naturaleza de éstos y el grave daño que causan al país, los órganos jurisdiccionales correspondientes estaban facultados para condenar en ausencia a quienes sean responsables de la comisión de estos ilícitos penales. Esta norma afectaba gravemente el derecho de defensa, y en la actualidad se encuentra derogada.

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

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

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

Otro aspecto esencial es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia que imponga un gravamen irreparable o cuando este gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal¹⁰⁰. Por ello, los artículos 14º del Pacto Internacional y 8º de la Convención Americana confieren a toda persona declarada culpable de un delito el derecho de recurrir del fallo y la pena que se haya impuesto a un tribunal superior. Este derecho estaría restringido por el artículo 2º del Decreto Ley N° 25708, según el cual en los delitos de traición a la patria sólo procede el recurso de nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar cuando la pena impuesta sea la cadena perpetua o privativa de libertad de treinta (30) o más años.

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

Esto es así por cuanto el derecho de recurrir el fallo está diseñado como un medio de defensa del encausado y no como un mecanismo de revisión *per se* de lo ya resuelto.

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

Efectivamente, el derecho a la doble instancia perdería su sentido si al ejercerlo se corre el riesgo de una agravación de la condena. En algunos ordenamientos este principio está recogido incluso para procedimientos sancionatorios no judiciales, como en los Estados Unidos, donde la autoridad que conoce de la apelación de un castigo no judicial no puede aplicar un castigo mayor al que se impuso originalmente¹⁰¹. Distinto es el caso de que la otra parte también apele, en cuyo supuesto la segunda instancia podría resolver en cualquier sentido, por derivación del principio de igualdad de armas, que busca garantizar la igualdad procesal de las partes.

g) *Non bis in idem.*

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

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

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

“se refieren a conductas no estrictamente delimitadas, por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y (...) de la propia Policía.”¹⁰²

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

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

¹⁰¹ Programa ejecutivo de Justicia militar. Destacamento de la Escuela de Justicia Naval. Instrucción Internacional. Newport, RI, 1997, p. 10-17 y 10-18.

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de setiembre de 1997, p. 32.

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

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

Vista esta situación, está emergiendo un consenso entre instituciones internacionales de restringir drásticamente las competencias jurisdiccionales que se otorgan a los tribunales militares¹⁰³. Así lo indica la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia en el artículo 6. 2 apartado e): “La competencia de los tribunales militares estará a los delitos militares cometidos por miembros de las fuerzas armadas”. En este sentido, la Comisión Interamericana ha precisado que:

“las limitaciones derivadas de la estructura y composición de los tribunales militares, sólo pueden ser jurídicamente justificadas por la naturaleza verdaderamente excepcional de las situaciones en que estos tribunales puedan actuar: La intervención generalizada y prácticamente rutinaria de los tribunales militares de tiempo de paz en la consideración de una muy ampliada categoría de conductas, constituye, necesariamente una extralimitación de los fines para los cuales ellos son contemplados. Aún así, no sólo la existencia de situaciones excepcionales y limitadas en el tiempo y en el espacio justifican la intervención de estos tribunales; es necesario, además, que existan claras interrelaciones institucionales que permitan controlar tanto la elaboración normativa que tiende a asignarles jurisdicción como el ejercicio de las potestades de las que se encuentran investidos”¹⁰⁴.

4.2. Proceso acusatorio y justicia militar

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

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

¹⁰³ DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCION DE TODAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARECIONES FORZADAS, aprobada por la As. Gral. N.U., resolución 47 / 133, 18 / 12 / 92; CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA DESAPARECION FORZADA DE PERSONAS, aprobada por la As. Gral. de la OEA, en Belén do Pará, Brasil, Junio de 1994.

¹⁰⁴ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. OEA/Ser. L / V / II. 66, doc. 17, del 27 de noviembre de 1985, pp. 199 - 200.

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

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

4.3. Garantías constitucionales: procedencia del hábeas corpus

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

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

Algunos sostuvieron que conceder el hábeas corpus en tales supuestos constituía no sólo un grave error jurisdiccional sino, incluso, podía configurar un delito¹⁰⁵. No compartimos una interpretación de esta naturaleza; es más, consideramos que ella colisiona con la Constitución. En efecto, somos de la opinión que el hábeas corpus si procede en tales circunstancias.

¹⁰⁵ CONSEJO SU PREMO DE JUSTICIA MILITAR, "Justicia Militar. Organó Informativo del Fuero Privativo Militar", N°1, Lima, 1997, p. 2. En el mismo sentido, PEZUA VIVANCO David, "Fuero militar: jurisdicción independiente", diario El Sol, Lima, 23 de marzo de 1997; CHIRINOS SOTO Enrique, "Fuero civil contra fuero militar", diario El Sol, Lima, 31 de marzo de 1997.

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

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

Ni la Convención ni la Constitución del Perú consignan excepción alguna en razón de la persona que vulnera o amenaza el derecho a la libertad individual; por lo que comprende a todos, incluso a los funcionarios militares”¹⁰⁶

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

La jurisprudencia nacional ha interpretado dicha expresión entendiendo que alude a la existencia de un “debido proceso”, es decir, si una resolución judicial no ha emanado de un debido proceso procede acudir a las llamadas acciones de garantía. Así por ejemplo, la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada una demanda de hábeas corpus iniciada por Lauso Sartorelli y otro contra el 12° Juzgado Civil de Lima¹⁰⁷; igualmente, el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de hábeas corpus contra una resolución judicial arbitraria¹⁰⁸. En consecuencia, si se vulnera en forma manifiesta la libertad individual en un proceso judicial “irregular” o “indebido”, procede acudir al hábeas corpus.

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

De esta manera, se puede concluir que cuando se afecta la libertad individual a través de una resolución judicial que en forma manifiesta vulnera el debido proceso -por ejemplo, el

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

107 Exp. N° 0721-94, El Peruano, Lima, 10 de octubre de 1995

108 Exp. N° 037-96, El Peruano, Lima, 12 de noviembre de 1996

derecho al juez natural-, procede acudir al hábeas corpus. Esto es lo que sucedió en el caso del Capitán (r) Gustavo Cesti pues al ser un oficial en retiro, los tribunales militares carecían de competencia para juzgarlo y ordenar su detención. Más aún, porque el delito que se le imputaba -defraudación de una suma de dinero- es un delito común y no uno de función.

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

“La alegación del Gobierno del Perú respecto a que este debate debió seguirse por otra vía procesal está en abierta contradicción con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 7 de la Convención en tanto que establece que el recurso para la determinación de la legalidad de un acto o una amenaza de la privación de la libertad personal no puede ser restringido o abolido. La interpretación que plantea el fuero militar peruano y que ha sido reproducida en la respuesta del Estado del Perú es incompatible con lo señalado en el artículo 29.a de la Convención. (...) La pretensión de obligar al tránsito de una contienda de competencia (...), equivale a abolir esta prescripción de la Convención, o, cuando menos, a restringirla severamente con daño para el derecho de la libertad individual, lo que obviamente es inconciliable con lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención y con el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, ya que ambas normas no hacen distinciones al respecto”¹⁰⁹

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

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

Por lo demás, el artículo 139º inciso 1) de la Constitución reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, precisando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Agrega el artículo 173º del texto constitucional que en caso de “delito de función” los miembros de

¹⁰⁹ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso del Sr. Gustavo Cesti Hurtado, pp. 14-15

las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. De esta manera, los referidos dispositivos definen la competencia de los tribunales militares a partir de la noción de delito de función. Las normas citadas no se refieren en forma expresa al proceso de hábeas corpus y, evidentemente, no establecen que éste no proceda frente a las decisiones de la justicia militar.

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

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

“las condenas de las cortes marciales militares están sujetas a la revisión colateral por los tribunales civiles federales en las peticiones de mandamientos de hábeas corpus, cuando se sostiene que la corte marcial procedió sin jurisdicción, o que fueron violados derechos constitucionales básicos, o que se han presentado circunstancias excepcionales que son tan invalidantes que determinan una flagrante injusticia” 110.

Por tanto, las resoluciones dictadas por los tribunales militares pueden ser cuestionadas a través del hábeas corpus: Dichos organismos no se encuentran al margen del control constitucional y, por ende, deben acatar las resoluciones de hábeas corpus. Su incumplimiento vulnera el artículo 200º inciso 1) de la Constitución, que reconoce al hábeas corpus como garantía constitucional, así como el respeto al debido proceso reconocido por el artículo 139º inciso 3) de la Constitución. En efecto, como lo indicó el Tribunal Constitucional¹¹¹, *“¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia?. No sería un debido proceso”*. Asimismo, la inobservancia de una sentencia de hábeas corpus afecta la vigencia del principio democrático que exige que todas las instituciones estatales respeten las decisiones judiciales firmes.

Este incumplimiento, también vulnera expresas declaraciones y tratados internacionales aprobados por el Estado peruano que, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, deben ser obligatoriamente tomados en cuenta para interpretar los derechos que la Constitución reconoce. Estos instrumentos internacionales garantizan que toda persona cuente con un recurso efectivo ante los tribunales para la tutela de sus derechos. Así lo dispone el artículo 8º de la Declaración Universal de los

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

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

Derechos Humanos, el artículo 2º inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 7º, párrafo 6) y 25º, párrafo 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

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

El aporte de las garantías constitucionales al proceso de democratización de la justicia militar que se aprecia en países como España y Colombia, se enfrentó con la negativa de los tribunales militares del Perú de acatar la orden judicial de hábeas corpus y las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo en el caso del Sr. Gustavo Cesti¹¹². En esta caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su Informe N° 45/97, aprobado el 16 de octubre de 1997 ha recomendado la inmediata ejecución de la referida resolución judicial, pues el Estado peruano ha afectado sus derechos al debido proceso y a la libertad individual.

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

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

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

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

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

1. Reformas constitucionales

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

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

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

2. Reformas legales

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

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

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

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

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

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

e) Ha de efectuarse una clara, minuciosa y taxativa regulación de los delitos e infracciones militares consignados en el Código de Justicia Militar. Debe tratarse de faltas y delitos típica y estrictamente vinculados a la función militar y a los principios disciplinarios u operativos que buscan garantizar su funcionamiento eficiente. Una noción estricta de "delito de función" exige una reestructuración integral del Código de Justicia

Militar, donde deben considerarse como bienes jurídicos específicos, por ejemplo, el honor militar, la hacienda militar, la disciplina castrense, entre otros. Una revisión del actual Código evidencia que varios delitos exceden de la concepción de delito militar.

En ese mismo sentido ha de considerarse la poca pertinencia de mantener sanciones penales para conductas que no ponen en grave riesgo la existencia de los bienes jurídicos castrenses, las mismas que caen dentro del ámbito de lo administrativo-disciplinario y no de lo penal militar. Esto sin descuidar la vigencia en sede administrativa-disciplinaria militar de los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que informan todo el ordenamiento normativo de un Estado de Derecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANEXOS

1. AMBITO DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES.

Tribunal Constitucional español. Sentencia Nº 60/91 (Pleno), Madrid, 14 de Marzo de 1991, Cuestión de inconstitucionalidad Nº 543/1990, Ponente: Dr. Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, sobre competencia de los tribunales militares para conocer del delito de omisión al Servicio Militar Obligatorio. Fundamentos jurídicos Nº 2 y 3.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad número 545/1990, promovida por el Juzgado Togado Territorial número 46, con sede en Pamplona, por supuesta inconstitucionalidad del artículo 127 del Código Penal militar por contradicción con los artículos 117.5 y 24.2 CE, en cuanto se refiere a la competencia para su conocimiento de la jurisdicción militar. Han sido parte el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado y Ponente, el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer del Tribunal (...)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (...)

2. El precepto constitucional que se supone infringido por el órgano judicial es el artículo 117.5 CE, aunque también se invoca en el artículo 24.2 CE en relación al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Este Tribunal ha afirmado, en diversas ocasiones, que “el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria” (SSTC 75/1982, 111/1984, 66/1986 y 4/1990), y que “el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional” (STC 105/1985). EN este sentido, la alegada vulneración del artículo 117.5 CE podría implicar la del artículo 24.2 CE, pero ello carece de trascendencia en el marco de un proceso de inconstitucionalidad en el que directamente ha de tenerse en cuenta, como fundamento de la inconstitucionalidad, el precepto más específico, el artículo 117.5 CE, sin necesidad de introducir en este caso como elemento diferenciador para el enjuiciamiento constitucional la referencia autónoma al derecho al Juez ordinario predeterminado por la

Ley del artículo 24.2 CE, que sólo podría servir de argumento adicional de apoyo a la eventual vulneración del artículo 117.5 CE.

3. El artículo 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos en la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el artículo 117.5 CE impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. El artículo 117.5 CE no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los artículos 8º y 30 CE.

El artículo 117.5 CE impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo estrictamente castrense, **por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas**. Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para “las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional” (STC 160/1987) **como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión**, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales.

El precepto constitucional refuerza esta exigencia mediante el calificativo “estrictamente”, que, en contra del parecer del Abogado del Estado, no se dirige sólo al órgano judicial, para que éste aplique de forma estricta la norma atributiva de competencia (STC 4/1990), sino también al propio legislador, limitando su margen de configuración del ámbito de la jurisdicción militar. Como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, conceptos que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts 8º y 30 CE); 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 *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se

imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.

2. DELIMITACION DEL DELITO DE FUNCION

2.1. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Contienda de competencia Nº 07-94, entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y el décimo sexto juzgado penal de Lima, 11 de Febrero de 1994: caso La Cantuta.

VISTOS: con lo expuesto por el señor Fiscal; estando a lo dispuesto por la Ley número veintiséis mil doscientos noventiuno, vigente a partir de la fecha; y CONSIDERANDO: que es incuestionable 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 y además si Lima en la fecha en que ocurrió el evento doloso se encontraba o no en “Estado de Emergencia”; que de lo que obra en autos se concluye que el dieciocho de julio de mil novecientos noventidos, encontrándose bajo vigilancia militar la Universidad “La Cantuta” en la cual se encontraba acantonada una Base de Acción Cívica del Ejército llegó a ese lugar un grupo de personas armadas no identificadas quienes extrajeron a un profesor y a nueve estudiantes de la citada Universidad; que siendo lógico que quien comandaba el grupo tuvo que identificarse y mostrar sus instrucciones en documentos ante el Jefe de la referida Base; vale decir, que no pudieron ingresar personas que sorprendiesen al Jefe de la Base, por lo que al menos una de las personas componentes del grupo sí tuvo que hacerlo y presentar las órdenes contenidas en documentos, requisito sin el cual hubiera resultado imposible extraer al profesor y a los nueve estudiantes universitarios; que ante esta evidencia, el Jefe de la Base, que también tenía personal armado no consideró necesario oponerse permitiendo su actuación; que de lo precedente expuesto, resulta que la posible violación penal fue consecuencia de órdenes impartidas y recibidas, porque el grupo de encapuchados no ingresó a la fuerza en el recinto universitario donde se encontraba acantonada la Base y porque tampoco el Jefe de ésta iba a prever lo que posteriormente sucedería; que naturalmente estos hechos tienen que ser investigados por la justicia para sancionar a quienes resulten responsables, razón por la cual tanto el fuero militar como el fuero común han abierto las respectivas instrucciones; que dentro de este orden de ideas deviene dirimir la competencia en favor del fuero militar porque la supuesta infracción penal se ejecutó en acto de función cometido por el personal militar que resulte responsable; que, por otro lado, es preciso tener en cuenta el “Estado de Emergencia” en el que se encontraba la Provincia de Lima mediante Decreto Supremo número cero treintiséis guión noventidós guión DE/CCFFAA, estado dentro del cual se cometieron los actos penales materia del juzgamiento; (...) que, por último los infaustos sucesos acaecidos bajo la vigilancia de la Ley veinticuatro mil ciento cincuenta, que en su artículo décimo establece que los miembros de las fuerzas armadas que presten servicios en las zonas declaradas en Estado de Excepción están sujetos al Código de Justicia Militar, lo cual se encuentra corroborado por lo dispuesto por el artículo primero del Decreto Supremo número ciento setentiuo guión noventa guión PCM; que es por ello, que los hechos y conductas que se investigan en ambos Fueros deben ser ubicados y analizados dentro del especial y convulso marco social impuesto por la subversión; que los fundamentos que contiene esta resolución, no solamente responden a lo enmarcado en las leyes y la doctrina, sino que, además, se basan en los

precedentes históricos contenidos en Ejecutorias de la Corte Suprema que, en casos idénticos o de mayor gravedad, resolvieron en su época la competencia en favor del fuero militar, (...) que por tales consideraciones en aplicación a lo preceptuado por el artículo veintiocho del Código de Procedimientos Penales, concordante con el inciso b) del artículo trescientos sesentiuno del Código de Justicia Militar e inciso primero del artículo cuarto de la Ley Orgánica de Justicia Militar; DIRIMIENDO la contienda de competencia promovida: DECLARARON que el conocimiento de la instrucción seguida contra el Coronel Ejército Peruano Federico Navarro Pérez, el Teniente Coronel ejército Peruano Manuel Guzmán Calderón, el Mayor Ejército Peruano Santiago Martín Rivas, el Mayor Ejército Peruano Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, el Teniente Ejército Peruano Aquilino Portella Núñez, los Técnicos AIO Eduardo Sosa Dávila y Juan Supo Sánchez, y los Suboficiales del Ejército Peruano Juan Sosa Saavedra, Julio Chuqui Aguirre, Nelson Carbajal García y Hugo Coral Sánchez, por los delitos de secuestro, desaparición forzada de personas y asesinato, en agravio de Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa, corresponde a la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar, el que continuará con el conocimiento de la causa, con aviso al Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima; y los devolvieron.-

S.S. PANTOJA RODULFO, IBERICO MAS, MONTES DE OCA BEGAZO

NUESTRO VOTO es como sigue: CONSIDERANDO: PRIMERO.- Que se ha promovido incidente de contienda de competencia para declinatoria por el Vocal Instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar, que conoce de la causa número ciento cincuentiuno guión V guión noventitrés, seguida contra el General de Brigada Juan Rivero Lazo, Coronel Ejército Peruano Federico Navarro Pérez y otros, por los delitos de abuso de autoridad, contra la vida, el cuerpo y la salud y otros en agravio del señor Profesor Hugo Muñoz Sánchez y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”; quien solicita al Juez del Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima, que instruye el expediente número ocho mil ochocientos cuarentiuno guión noventitrés, contra los mismos procesados y agraviados por los delitos de secuestro, desaparición forzada de personas y asesinato, que, po tratarse de los mismos hechos, se abstenga del conocimiento de los mismos y remita los actuados a su Despacho. Que en fecha dieciocho de enero de mil novecientos noventicuatro, el Juez del Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima se declara competente para conocer de este proceso sobre los mismos hechos, disponiendo que se eleve el incidente de contienda de competencia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que dirima.-

SEGUNDO.- Que de los elementos expuestos en autos aparece que el dieciocho de julio de mil novecientos noventidós, aproximadamente a las cero un horas un grupo armado incursionó en el Campus de la Universidad Nacional de Educación “La Cantuta” ejecutando el denominado Plan Operativo “Secuestro”, procediendo a secuestrar a nueve estudiantes y un profesor de dicho Centro de Estudios, con ulterior desaparición y muerte de las víctimas, al menos en cinco de los estudiantes, a los que enterraron en fosas clandestinas procurando ocultar la comisión de los delitos antes mencionados.

TERCERO.- Que atendiendo del auto de apertura de instrucción abierto en el Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima, tales hechos configuran específicamente los delitos de secuestro agravado, el de desaparición forzada de personas y el de asesinato, previstos en los artículos ciento cincuentidós inciso uno del Código Penal, modificado por la Ley veintiséis mil doscientos veintidós del veintiuno de agosto de mil novecientos noventitrés,

artículo primero del Decreto Ley veinticinco mil quinientos noventidós y el artículo ciento ocho, inciso uno, dos y tres del Código Penal.

CUARTO.- Que los fundamentos del Fuero Privativo Militar para solicitar que el conocimiento de los hechos sea de conocimiento exclusivo de la Jurisdicción Militar, se concretan en los siguientes: que los ilícitos penales que se le imputan a los procesados son delitos de función; que los hechos denunciados son delitos de función; que los hechos denunciados y materia de instrucción fueron cometidos presuntamente por militares en servicio activo y en zona declarada en emergencia al momento de la comisión de los hechos y a que el Fuero Militar previno en el conocimiento de la causa al Juez del Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima; tomando a su vez como base legal los siguientes dispositivos, los artículos doscientos treintitrés y doscientos ochentidós de la Constitución de mil novecientos setentinueve; el artículo doce inciso diez, párrafo a) de la Ley Orgánica de Justicia Militar; los artículos ciento setentinueve, ciento ochenta inciso diez, doscientos treintiocho, trescientos dieciocho, trescientos veinticuatro, trescientos cuarenta, trescientos cuarenticuatro y setecientos cuarenticuatro del Código de Justicia Militar y el artículo diez de la Ley veinticuatro mil ciento cincuenta. (...)

SEXTO.- Que de las disposiciones constitucionales precitadas puede colegirse que el Fuero Militar es una instancia estrictamente funcional, encomendada a resguardar fundamentalmente la disciplina militar en los Institutos de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, salvo las excepciones que el propio texto establece para que los Tribunales Militares puedan juzgar a civiles. De lo que se puede deducir, además, que el texto constitucional, en concordancia con el artículo trescientos veinticuatro y otros del Código de Justicia Militar y los principios garantistas que regulan el derecho penal y en el proceso penal, establece un concepto restringido del delito de función, cuyos límites pueden determinarse en razón de tres presupuestos: en primer lugar, que el ilícito penal tenga relación directa con el ámbito funcional de las instituciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional; en segundo lugar, que el ilícito penal se encuentra previsto específicamente en el Código de Justicia Militar; y en tercer lugar, que exista necesariamente un nexo de la 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.

SEPTIMO.- Que, en este caso concreto, los hechos imputados en ambos Juzgados a los procesados no constituyen delitos de función; en primer lugar, porque tales ilícitos no tutelan bienes jurídicos estrictamente militares ni tienen relación con el ámbito funcional de los institutos castrenses, por afectar bienes jurídicos fundamentales como la vida, la seguridad y la libertad personal, la integridad personal, cuya afectación y procesamiento corresponde siempre a la jurisdicción ordinaria por ser presupuestos indispensables para la vida en común de toda la sociedad, y no de un estamento o institución especial, como ocurren en los delitos de secuestro agravado, desaparición forzada de personas y asesinato masivo de civiles; en segundo lugar, porque los ilícitos de secuestro agravado, desaparición forzada de personas y asesinato se encuentran tipificados únicamente en el Código Penal, no encontrándose previstos específicamente como delitos en el Código de Justicia Militar entre los artículos setentiocho y trescientos seis; y en tercer lugar, porque no existe un nexo de causalidad entre la comisión de los hechos delictivos producidos en la intervención de la Universidad Nacional de Educación “La Cantuta” en la madrugada del dieciocho de julio de mil novecientos noventidós y las funciones militares encargadas a los miembros del Ejército Peruano, más aún, si de autos no obra ningún documento o testimonio que reconozca que la incursión de los militares procesados en el Campus de la Universidad Nacional de Educación “La Cantuta” la noche que ocurrieron los hechos

provenga de una orden militar o de un plan operativo oficial de una institución militar, por lo que mal podría señalarse que dichos militares en esa oportunidad cumplieron deficientemente, incumplieron o se extralimitaron en sus funciones. (...)

DECIMO PRIMERO.- Que resulta inconstitucional postular que porque en el tiempo de la comisión de los hechos la Capital de la República se encontraba en Estado de Emergencia, el juzgamiento de los delitos cometidos por militares, aunque se trate de secuestro, desapariciones, torturas o muerte de civiles sin ninguna relación directa con las funciones de los miembros de las instituciones militares o policiales, corresponden al Fuero Privativo Militar, por así establecerlo el artículo diez de la Ley veinticuatro mil ciento cincuenta. De un lado, porque la declaración del Estado de Emergencia por el Ejecutivo en virtud del artículo doscientos treintiuno inciso a) de la Constitución de mil novecientos setentinueve, considerada en el artículo ciento treintisiete de la Constitución Política vigente, sólo autoriza la suspensión de las garantías individuales relativas a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y la libertad de tránsito en el territorio de la República, y de ningún modo autoriza suspender las garantías judiciales indispensables para garantizar el DEBIDO PROCESO como son los principios de jurisdicción y competencia para investigar y juzgar los delitos y falta comunes; y además, en todo caso, los artículos doscientos treintitrés y doscientos ochentidós de la Constitución de mil novecientos setentinueve, reproducidos en los artículos ciento treintinueve y ciento setentitrés de la Constitución Política vigente, prevalecen para el Juzgador por sobre el artículo diez de la Ley veinticuatro mil ciento cincuenta en cuanto esta última norma excepcional es incompatible con tales dispositivos constitucionales, de conformidad con el principio establecido en el artículo doscientos treintiséis de la Constitución de mil novecientos setentinueve; y de otro lado, porque en base al principio de razonabilidad no se puede excluir al Fuero Común de la competencia para conocer la comisión de delitos comunes. (...)

DECIMO CUARTO.- Que siendo obligación y derecho del Poder Judicial el administrar justicia y controlar la vigencia de la legalidad, y siendo imperativo que la justicia común no abdique competencia en el conocimiento de los delitos comunes que no tienen relación alguna con el ámbito funcional de los institutos castrenses; NUESTRO VOTO es porque, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, DIRIMIENDO la contienda de competencia promovida ----- se declare que el conocimiento de la causa seguida ... corresponde a la Justicia PENAL ORDINARIA, dirigido en su primera etapa por el Juez del Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima a quien se remitirá todo lo actuado, con conocimiento de la Sala de Guerra de Consejo Supremo de Justicia Militar; y los devolvieron.-

S.S. ALMENARA BRYSON, SIVINA HURTADO

2.2. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal "C". Contienda de competencia Nº 12-97, Lima, 18 de Julio de 1997, entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y el sexto juzgado penal de Lima: caso Leonor La Rosa.

VISTOS; con lo expuesto por el Señor Fiscal y **CONSIDERANDO:** que habiéndose promovido contienda de competencia por el Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima en el expediente número ciento cincuentiuno guión noventa y siete contra la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar en aplicación del artículo veintitrés del Código de Procedimientos Penales, respecto de la causa número cinco mil doscientos

noventisiete guión cero cero catorce por el delito de abuso de autoridad y otro contra el Coronel Sánchez Noriega Carlos, Teniente Coronel Salinas Zuzunaga José, y Mayores Salcedo Sandoval Percy y Anderson Kohatsu Ricardo, como es de verse de la resolución de fecha veintinueve de abril último que obra a fojas dieciséis de este cuaderno, compete a este Supremo Tribunal dirimir la contienda; que como aparece de fojas cuarenta por oficio número novecientos nueve guión V.I CSJM guión veinticinco de fecha nueve de mayo de mil novecientos noventisiete en respuesta al oficio recurrido por el Sexto Juzgado Penal Especializado en lo Penal de Lima, el Vocal instructor General de Brigada E.P. Raúl Talledo Valdivieso por resolución de fojas treintinueve de la misma fecha últimamente citada, dispone devolver el oficio y resolución emitidos, por haber perdido jurisdicción y encontrarse en juicio oral el proceso anteriormente citado, por delito de abuso de autoridad; que, al efecto debe tenerse en cuenta que la Constitución Política del Perú faculta a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley, asimismo, conoce en casación de las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo ciento setentitrés de la Carta Magna; que el artículo ciento treintinueve del mismo Cuerpo Legal en sus incisos primero y segundo precisa taxativamente que son principios y derechos de la función jurisdiccional la unidad y exclusividad, sin que pueda establecerse jurisdicción alguna independiente que la que corresponde al Poder Judicial, con excepción de la militar y la arbitral, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y la prohibición de que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones; que, de acuerdo a estos principios podrá el Fuero Militar proceder de acuerdo a sus facultades contenidas en el artículo trescientos cincuentiocho del Código de Justicia Militar, concordante con el artículo veinticuatro del Código de Procedimientos Penales; que, en cuanto al fondo de la contienda aparece de la transcripción de la preventiva de Leonor La Rosa Bustamante de fojas veintidós prestada el día catorce de mayo de mil novecientos noventisiete ante la jueza Gaby Márquez Calvo y en presencia del Representante del Ministerio Público Renán Lúcar Fernández de Castro y con asistencia de su abogado Heriberto Benites Rivas, al deponer en sus generales de ley, se identifica con carnet de identidad N.A. cuatrocientos cincuenta cero treinticinco cero cero cero, afirmando que es Sub Oficial de Segunda AIO sargento de Inteligencia Operativa, lo que evidencia su condición de agente militar en servicio; que, en el caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidas al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar; que frente a estos hechos, se tiene en cuenta que las personas procesadas y agraviadas son militares por lo que en aplicación de los artículos trescientos veintiuno, trescientos veinticuatro y trescientos veintiséis del Código de Justicia Militar (Decreto Ley veintitrés mil doscientos catorce); **DIRIMIERON COMPETENCIA** jurisdiccional, en la instrucción seguida contra Carlos Sánchez Noriega, José Salinas Zuzunaga, Percy (...)

2.3. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-358/97, 05 de Agosto de 1997, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial), 45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125 (parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366 (parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial), 500 (parcial), 577, 645, 702 y 703 del Decreto 2550 de 1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar, interpuesta por el

señor Jaime Enrique Lozano, magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

**EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION**

ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de constitucionalidad contra los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial), 45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125 (parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366 (parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial), 500 (parcial), 577, 645, 702 y 703 del Decreto 2550 de 1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar.

I. ANTECEDENTES

1. El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 53 de 1987, expidió el Decreto 2550 de 1988, el cual fue publicado en el Diario Oficial N° 38608 de 1988.

2. El ciudadano Jaime Enrique Lozano demandó los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial), 45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125 (parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366 (parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial), 500 (parcial), 577, 645, 702 y 703 por considerarlos violatorios de la Constitución Política. (...)

II. TEXTOS ACUSADOS, CARGOS ELEVADOS, INTERVENCIONES, CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO Y EXAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (...)

Análisis de la expresión “con ocasión del servicio o por causas de éste o de funciones inherentes a su cargo” (...)

2. En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce (1) de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, (2) siempre que ellos tengan "relación con el mismo servicio". De esta manera, la misma Carta ha determinado los elementos centrales de la competencia excepcional de la justicia castrense, con lo cual limita el ámbito de acción del legislador en este campo y exige un más estricto control de constitucionalidad sobre él, pues, como bien se expresó en la Sentencia C-081/96 de esta Corporación, entre más definida se encuentre una institución por la Carta, menor será la libertad de configuración del Legislador sobre ella. Por ende, la

ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común¹¹³.

3. La expresión "relación con el mismo servicio", a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan "relación con el mismo servicio". El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

4. La norma constitucional parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la fuerza pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la fuerza pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense. Para los efectos penales, se torna imperioso distinguir qué actos u omisiones se imputan a dicho sujeto como miembro activo del cuerpo militar o policial, y cuáles se predicen de su actividad propia y singular como persona o ciudadano ordinario. La distinción es básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye.

5. La nota de especialidad del derecho penal militar, que explica su contenido y fija su alcance, la determina la misma Constitución al vincular las conductas típicas sancionadas por este código a la prestación activa del servicio confiado a los integrantes de la fuerza pública. En un Estado de Derecho, la función militar y la policiva están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. Entre las muchas normas que configuran el marco jurídico aplicable al uso y disposición de la fuerza que detenta el Estado, las que se plasman en el Código Penal Militar tienen la mayor relevancia en cuanto que en ellas se imponen deberes de acción o de abstención a los miembros de la fuerza pública. A través del derecho penal

¹¹³ Diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reiterado que el fuero penal militar tiene carácter excepcional y restringido. Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 4 de octubre de 1971, M.P. Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial CXXXVIII, p. 408; auto del 22 de septiembre de 1989, M.P. Edgar Saavedra, proceso 4065; sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dídimo Páez, proceso 6750; sentencia del 7 de julio de 1993, M.P. Gustavo Gómez, proceso 7187; sentencia del 26 de marzo de 1996, M.P. Jorge Córdoba, proceso 8827. Entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver el auto 012 de 1994, M.P. Jorge Arango, y las sentencias C-399 de 1995 y C-17 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

militar se pretende excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos.

6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia 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 delincencial 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.

7. Además del elemento subjetivo - ser miembro de la fuerza pública en servicio activo -, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo.

No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en 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 Corte Constitucional, a este respecto, coincide con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el auto del 23 de agosto de 1989, MP. Gustavo Gómez Velásquez:

“...Conviene, además, enfatizar sobre lo siguiente: el ámbito restringido sobre el cual opera la justicia penal militar, ya que por mandato constitucional sólo puede ésta conocer de conductas delictuosas cometidas por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 170 C.N.), no posibilita el que entren a éste ámbito judicial de excepción otros comportamientos u otros procesados, ni siquiera por vía del Instituto de la conexidad o de la acumulación. De ahí, pues, que para que éstos operen, debe tratarse de personas procesadas que tengan ese carácter y realicen conductas de tan específica índole. Ni los delitos comunes, privados de relación con el servicio, ni personas ajenas a la condición militar pueden llevarse a tales tribunales militares, así unos y otros exhiban algunos nexos, como la participación conjunta en los hechos o ligámenes de naturaleza probatoria, etc.

La excepcionalidad de este fuero impone su rigor y de ahí que no puedan establecerse esta clase de unidades procedimentales, muy propias y amplias en el estatuto ordinario de procesamiento. De ahí que se imponga la separación de las investigaciones y de los juzgamientos, para que la justicia castrense sólo se ocupe de lo que a ésta le permite conocer la Constitución: lo exclusivamente relacionado con el servicio que presta el militar activo inculcado.

No es posible, entonces, que delitos comunes, cometidos por militares en servicio activo, pero ajenos a su actividad oficial, y que se puedan mostrar conexos con delitos propios del fuero castrense, se unifiquen, para su conocimiento por parte de los tribunales militares. Debe procederse a separar unos de otros: aquéllos irán a la justicia ordinaria y éstos pasarán a la justicia penal militar”.

8. La Constitución se ha ocupado de trazar las coordenadas básicas de la justicia penal militar. Cometido específico del Código Penal Militar será el de especificar, por vía general, los comportamientos que dentro de dicho marco quedan sometidos a la justicia penal militar. Los tipos penales típicamente militares no pueden acuñarse sin tomar en consideración las características propias del servicio militar y policial. (...)

En el plano normativo el legislador no puede, pues, construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial. La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal - miembro de la fuerza pública en servicio activo - y, otro, de índole funcional - relación del delito con un acto del servicio. Por consiguiente, el legislador no puede sin más alterar este equilibrio.

Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.

Tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes cuyos elementos, de una o de otra manera, han sido modificados con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, que toma de éste características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acusada los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar.

En el tercer caso - recepción pasiva de tipos penales comunes -, el riesgo de reforzar el elemento personal de la justicia penal militar en detrimento del elemento funcional es definitivamente mayor, lo que debe llevar a la Corte a un examen más estricto y riguroso sobre esta parte de la normativa, máxime si se repara en que por dicho sendero el fuero puede fácilmente trocarse en privilegio y, paralelamente, el derecho especial extender su dominio a costa del derecho penal común y de la jurisdicción ordinaria. (...)

10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

- a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la

justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales.

- b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles 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.

- c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en

favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.

11. Conforme a lo anterior, la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar. En tales circunstancias, los argumentos expuestos conducen inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad de las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales” incluida en el artículo 190; “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”, contenida en los artículos 259, 261, 262, 263, 264 y 266; “con ocasión del servicio o por causa de éste” comprendida en el artículo 278; y “u otros con ocasión del servicio”, incluida en el artículo 291 del Código Penal Militar. En efecto, en todos estos casos el Legislador extendió el ámbito de competencia de la justicia castrense más allá de lo constitucionalmente admisible, por lo cual la Corte retirará del ordenamiento esas expresiones, en el entendido de que la justicia penal militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio, de acuerdo con los términos señalados en el numeral precedente de esta sentencia.

3. IMPARCIALIDAD Y COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° C-141/95, Sala Plena, Santafé de Bogotá, 29 de marzo de 1995, Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 656 del Decreto Ley 2550 de 1988 "por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar", interpuesta por Nelson Rafael Cotes Corvacho, magistrado ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell. (...)

II. ANTECEDENTES.

El ciudadano Nelson Rafael Cotes Corvacho, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, solicita a esta Corporación declarar inexecutable el artículo 656 del Decreto Ley 2550 de 1988 "por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar".

Una vez cumplidos todos los trámites que ordena la Constitución Política y la Ley para este tipo de acciones, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, procede la Corporación a dictar sentencia.

III. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

El tenor literal de las disposiciones demandadas es el siguiente:

"DECRETO 2550 DE 1988
(diciembre 12)
"Por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar"

"Artículo 656. Integración del Consejo Verbal de Guerra. El Consejo Verbal de Guerra se integrará así:

"Un presidente, tres vocales elegidos por sorteo, un fiscal, un asesor jurídico y un secretario.

"El presidente, los vocales y el fiscal deben ser oficiales en servicio activo o en retiro, superiores en grado o antigüedad del procesado.

El secretario será un oficial en servicio activo, cuando se juzgue a oficiales, o un militar o policía de cualquier graduación, también en servicio activo, en los demás casos".

Lo subrayado es lo demandado.

IV. LA DEMANDA.

1. Normas constitucionales que se consideran vulneradas.

A juicio del actor, la norma acusada resulta violatoria de los artículos 29, 228, 229 y 236 de la Constitución Política. (...)

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE. (...)

2. La administración de justicia en la Constitución Política.

2.1. Aspectos generales.

En la Constitución de 1991 la justicia es regulada como un valor esencial del orden político, económico y social justo que instituye el Estado Social de Derecho, necesario para la convivencia pacífica, garantista de los derechos de las personas y regulador y controlador del poder estatal. Su realización operativa se confía a la rama jurisdiccional, la cual constituye una institución orgánica y funcional.

Según el artículo 116 de la Constitución Política administran justicia: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los jueces y la Justicia Penal Militar.

Excepcionalmente y bajo los condicionamientos prescritos por dicha norma, se ha conferido la misión de administrar justicia al Congreso, a determinadas autoridades administrativas y a los particulares.

Así mismo, la Constitución extiende la función de administrar justicia, al regular las jurisdicciones especiales, a las autoridades de los pueblos indígenas y a los jueces de paz (arts. 246 y 247 C.P.).

2.2. La Justicia Penal Militar.

Existen en el mundo diferentes modelos de justicia penal militar: i) los modelos que insertan la justicia militar dentro de la estructura de mando, los cuales evolucionaron en el sentido de consagrar las garantías propias del debido proceso, y de introducir

elementos de profesionalización con respecto a la composición del órgano jurisdiccional; ii) los modelos que reconocen la separación de la justicia penal militar, independiente de la estructura de mando, unas veces articulada al poder ejecutivo y otras integrada exclusivamente a la rama jurisdiccional; y iii) los modelos que implican una absorción de la justicia militar por la justicia ordinaria (Alemania y Francia).

En Colombia la estructuración constitucional de la Justicia Penal Militar responde a un modelo intermedio que se soporta sobre el reconocimiento constitucional de la institución del llamado fuero militar (art. 221 C.P.), justicia que está integrada por elementos orgánicos y funcionales, objetivos y subjetivos, cuya manifestación concreta se encuentra en la existencia de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial -Cortes Marciales o Tribunales Militares- encargado de juzgar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo -fuerzas militares y policía nacional- en relación con el mismo servicio, y con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

No puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia.

Pero dicho fuero sí debe ser considerado bajo la perspectiva de la existencia de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial -las competentes Cortes Marciales o Tribunales Militares- que es el juez natural a quien constitucional y legalmente se le ha confiado la misión del juzgamiento de los referidos delitos. Dicho órgano, si bien pertenece al sistema de la administración de justicia desde el punto de vista material, pues su misión es ejercer la función jurisdiccional en un campo y materias específicos, no está adscrito a la justicia ordinaria aún cuando no se excluye la posibilidad de la articulación funcional con aquella (art. 235-1-7 C.P.), como sucede en la práctica, porque corresponde a la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal- conocer del recurso de casación contra determinadas sentencias dictadas por los Tribunales Militares (art. 435 del Código Penal Militar).

En cuanto a la conformación del órgano, bajo una concepción meramente semántica de la expresión "Cortes Marciales o Tribunales Militares" empleada por el artículo 221, y un entendimiento equivocado de lo que es el fuero militar, se ha afirmado por algunos que éstos sólo pueden estar integrados por militares.

Analizadas desde una perspectiva sistemática las normas constitucionales que constituyen los pilares básicos de la administración de justicia, se infiere que la función del órgano habilitado para ejercer la actividad jurisdiccional tiene los siguientes caracteres:

- Es función pública, porque emana de órganos que ejercen una función estatal que está al servicio de los intereses generales.

- Es función autónoma e independiente y, por tanto, ajena a las interferencias de las otras ramas del poder público. Sus decisiones, por consiguiente, son igualmente independientes.
- Es función desconcentrada y autónoma.
- Es función universal, porque todos tienen derecho a acceder a ella.
- En la actuación del órgano prevalece el derecho sustancial sobre el procesal o adjetivo; ella está sometida, al igual que el ejercicio de la función administrativa, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y salvo las excepciones legales, al de la publicidad.
- El producto de la función, las providencias judiciales, está sujeto inexorablemente al imperio de la ley, aunque como criterios auxiliares de la actividad judicial puedan utilizarse "la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina".
- Es función reglada, en cuanto a que la actividad judicial debe adecuarse a los principios, valores y derechos constitucionales, entre ellos, los que conciernen con las garantías a que aluden los artículos 28 a 35 de la Constitución Política.

Hechas las precisiones precedentes, necesariamente hay que concluir que el órgano jurisdiccional al cual se le ha confiado la misión de ejercer la Justicia Penal Militar, aun cuando se presenta como un poder jurisdiccional específico, está sometido a la Constitución al igual que todo órgano que ejerza competencias estatales (arts. 1, 2, 4, 6, 123 y 124 de la. C.P.). Por consiguiente, su organización y funcionamiento necesariamente debe responder a los principios constitucionales que caracterizan a la administración de justicia.

3. El caso en estudio.

El aparte de la norma que se demanda, pertenece al artículo 656 del Código Penal Militar, que regula la integración del Consejo Verbal de Guerra. La acusación se concreta a la expresión: "*los vocales y el fiscal deben ser oficiales en servicio activo*".

Para la Sala el aparte normativo que se demanda no se ajusta a la Constitución Política. En efecto:

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

Es más, la situación de conflicto social que desde hace varios años afronta el país, en la cual son actores las fuerzas encargadas de preservar el orden público y los diversos grupos interesados en subvertir el orden institucional (guerrilla, paramilitarismo, etc.),

hacen que aquéllas, inmersas en la confrontación e interesadas en su solución, tengan que intervenir en las diferentes acciones represivas que para someter a los enemigos de dicho orden se requiere, y al mismo tiempo fungir como jueces de los excesos constitutivos de delitos que puedan cometerse en desarrollo de las referidas acciones. De este modo, de alguna manera se actúa no sólo como agente directo o indirecto de la acción encaminada a cumplir la misión correspondiente para alcanzar las aludidas finalidades, las cuales pueden determinar el origen de la acción delictuosa, sino igualmente para juzgar la conducta de quienes siendo actores de dicha misión incurrir en un delito.

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

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

Esta Corporación al declarar la inexecutable de algunos apartes del artículo 374 del estatuto al cual pertenece el aparte de la norma demandada, en relación con la posibilidad de que la defensa en el proceso penal militar pudiera estar confiada a un oficial de las fuerzas militares o de la policía nacional, en servicio activo, dijo lo siguiente:

"Bajo estas consideraciones, tampoco es admisible que el abogado defensor sea al mismo tiempo oficial en servicio activo, puesto que la Corte encuentra que no obstante la existencia de la noción constitucional de la jurisdicción penal militar que se desprende del citado artículo 221 de la Constitución, como categoría normativa de creación de esta especial jurisdicción y que remite al Código Penal Militar el establecimiento de las prescripciones con arreglo a las cuales las cortes marciales o tribunales militares conocen de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, la Carta no permite la incorporación de un elemento como el que plantea en una de sus interpretaciones la disposición acusada, según el cual en los procesos penales militares el cargo de defensor podría ser desempeñado por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, desde luego, aunque el defensor sea un abogado habilitado científica y técnicamente para adelantar la defensa y la asistencia del sindicado. Ocurre que la mencionada calidad de militar en servicio activo resulta incompatible con los elementos de la noción de defensa técnica a que se refiere el artículo 29 de la Carta, puesto que como tal el funcionario de las Fuerzas Militares se debe a una permanente relación jerárquica, propia de las estructuras orgánicas de aquella naturaleza, y debe cumplir como militar con la orden del superior; ésta lo exime de responsabilidad y, por tanto, con la investidura que confiere el servicio activo puede reducir la autonomía, la independencia y la capacidad de deliberación que reclama el carácter técnico de la defensa que

garantiza la Constitución. Así las cosas, es preciso asegurar la absoluta independencia científica y técnica de la actividad del defensor, impidiendo la confusión de cargos y funciones en esta materia".

"La Corte encuentra que en la Carta existe este límite en relación con la posibilidad que establece la disposición acusada, y considera, de una parte que la defensa y la asistencia penales no pueden adelantarse por quien no sea abogado y, de otra, que el militar en servicio activo no puede ser abogado defensor, pues está sometido a una relación jerárquica inadmisibles con aquel encargo".

"Comparte la Corte las apreciaciones del Ministerio Público en cuanto hace a la falta de independencia de los oficiales a los que se refiere la disposición acusada, y su relación con la hipotética violación a las garantías constitucionales del sindicado en razón de la obediencia debida a los superiores, puesto que la formación profesional previa y concurrente no es factor suficiente de reforzamiento de uno de los elementos de la defensa, como lo es la independencia y el compromiso con los derechos del defendido. Obviamente, situaciones como las descritas por el Señor Procurador, se pueden presentar en el desarrollo de los acontecimientos de la vida ordinaria, pero es función de todos los órganos judiciales y de control asegurar el cabal respeto de los derechos de todos los ciudadanos, y ello es razón suficiente para conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada".¹

En conclusión, la Corte reconoce que la Constitución Política establece de manera expresa e inequívoca la existencia de la Justicia Penal Militar y del respectivo Código Penal Militar, los cuales le dan sustento legítimo al fuero. Sin embargo, es igualmente claro que la Justicia Penal Militar y las normas que la regulan deben sujetarse a los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, inherentes al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional.

Es indubitable entonces, que la norma preconstitucional, en cuanto habilita a los oficiales en servicio activo para actuar como vocales o fiscales dentro de los Consejos Verbales de Guerra, no se aviene con la preceptiva constitucional (arts. 209 y 228 C.P.) que garantiza la autonomía y la imparcialidad del juez. En tal virtud, se declarará inexecutable la expresión " *en servicio activo* o " del inciso 2o de la norma demandada.

No desconoce la Corte las repercusiones de su sentencia en la organización y funcionamiento de la Justicia Penal Militar. Sin embargo, corresponde al legislador diseñar un modelo de Justicia Penal Militar que se halle acorde con los preceptos de la Constitución Política.

Conforme a la Sentencia C-113/932 , según la cual corresponde a la Corte la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, en la parte resolutive se expresará que la sentencia tiene efectos hacia el futuro y sólo con respecto a los nuevos procesos que den lugar a Consejos Verbales de Guerra y que se inicien a partir de la fecha de su ejecutoria.

1 Sentencia C-592/93. M.P. Fabio Morón Díaz.

2 M.P. Jorge Arango Mejía

VII. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, Sala Plena, oído el concepto del Procurador General de la Nación, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

PRIMERO: Declárase **INEXEQUIBLE** la expresión "*en servicio activo o* " del inciso 2o del artículo 656 del Decreto 2550 de 1988 por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar.

SEGUNDO: Esta sentencia tiene efectos hacia el futuro y sólo con respecto a los nuevos procesos que den lugar a Consejos Verbales de Guerra y que se inicien a partir de la fecha de su ejecutoria.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente; JORGE ARANGO MEJIA; ANTONIO BARRERA CARBONELL; EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; CARLOS GAVIRIA DIAZ; HERNANDO HERRERA VERGARA; ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO; FABIO MORON DIAZ; VLADIMIRO NARANJO MESA; MARTHA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

4. JUZGAMIENTO DE CIVILES POR TRIBUNALES MILITARES: JUEZ COMPETENTE, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y *NON BIS IN IDEM*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 17 de Septiembre de 1997. Caso Loayza Tamayo. Puntos XIV y XV.

En el caso Loayza Tamayo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrada por los siguientes jueces:

Hernán Salgado Pesantes, Presidente; Antonio A. Cancado Trindade, Vicepresidente; Héctor Fix-Zamudio, Juez; Alejandro Montiel Argüello, Juez; Máximo Pacheco Gómez, Juez; Oliver Jackman, Juez y Alirio Abreu Burelli, Juez;

presentes, además,

Manuel E. Ventura Robles, Secretario y Víctor M. Rodríguez Rescia, Secretario adjunto interino

De acuerdo con los artículos 29 y 55 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "La Corte" o "la Corte Interamericana"), dicta la siguiente sentencia sobre el presente caso.

1. El 12 de enero de 1995 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “La Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte Interamericana un caso contra la República del Perú (en adelante “el Estado” o “el Perú”) que se originó en una denuncia (Nº 11.154). En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana”) y 26 y siguientes del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”) entonces vigente¹. La Comisión sometió este caso para que la Corte decidiera si hubo violación de los siguientes artículos de la Convención: 7(Derecho a la Libertad Personal), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención, por la supuesta “*privación ilegal de la libertad, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violación a las garantías judiciales y doble enjuiciamiento con base en los mismos hechos, de María Elena Loayza Tamayo, en violación de la Convención*” y del artículo 51.2 de la Convención por haberse negado a “*dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la Comisión*”. Además pidió que declare que el Perú “*debe reparar plenamente a María Elena Loayza Tamayo por el grave daño - material y moral- sufrido por ésta y, en consecuencia; [que] orden[ara] al Estado peruano que decrete su inmediata libertad y la indemnice en forma adecuada*” y lo condene al pago de las costas de este proceso.

II

2. La Corte es competente para conocer el presente caso. Perú ratificó la Convención el 28 de julio de 1978 y aceptó la competencia de la Corte el 21 de enero de 1981. (...)

XIV

59. La Comisión alegó que en los procesos llevados a cabo en el fuero privativo militar por el delito traición a la patria y en el fuero común por el delito de terrorismo contra la señora María Elena Loayza Tamayo, el Estado peruano violó los siguientes derechos y garantías del debido proceso legal contemplados en la Convención Americana: derecho de ser oído por un tribunal independiente e imparcial (artículo 8.1); derecho a que se presuma la inocencia (artículo 8.1 y 8.2); derecho a la plena igualdad en el proceso (artículo 8.2); derecho de defensa (artículo 8.2.d); derecho de no ser obligada a declarar contra sí misma y a declarar sin coacción de ninguna naturaleza (artículos 8.2.g) y 8.3) y garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos (artículo 8.4) (...)

61. En primer término, al aplicar los Decretos-Leyes No. 25.659 (delito de traición a la patria) y No. 25.475 (delito de terrorismo) expedidos por el Estado, la jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente. En efecto, al dictar sentencia firme absolutoria por el delito de traición a la patria del cual fue acusada la señora María Elena Loayza Tamayo, la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia, que “*existiendo evidencia de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero Común y poner a disposición de la Autoridad competente a la referida denunciada*”. Con esta conducta los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción en invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios, ya que según el mencionado Decreto Ley No. 25.475

(delito de terrorismo), correspondía a la Policía Nacional y al Ministerio Público la investigación de ese ilícito y a los jueces ordinarios el conocimiento del mismo. Por otra parte, dichas autoridades judiciales comunes eran las únicas que tenían la facultad de ordenar la detención y decretar la prisión preventiva de los acusados. Como se desprende de lo anterior, los referidos Decretos-Leyes No. 25.659 (delito de traición a la patria) y No. 25.475 (delito de terrorismo) dividieron la competencia entre los tribunales castrenses y los ordinarios y atribuyeron el conocimiento del delito de traición a la patria a los primeros y el de terrorismo a los segundos.

62. En segundo término, la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del Defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común.

63. El Perú, por conducto de la **jurisdicción militar**, infringió el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de **presunción de inocencia**, al atribuir a la señora María Elena Loayza Tamayo la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello, pues en todo caso, como antes se dijo, (supra párr. 61) esa imputación sólo correspondía hacerla a la jurisdicción ordinaria competente. (...)

XV

66. En cuanto a la denuncia de la Comisión sobre violación en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo de la garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento, la Corte observa que el principio de **non bis in idem** está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención en los siguientes términos: (...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.

67. En el caso presente, la Corte observa que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria que está

estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de una lectura comparativa del artículo 2, incisos a, b y c del Decreto-Ley N° 25.659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2 y 4 del Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo).

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la **“propia Policía (DINCOTE)”**. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.

69. El Juzgado Especial de Marina, en sentencia de fecha 5 de marzo de 1993, que quedó firme después de haberse ejercido contra la misma los recursos respectivos, absolvió a la señora María Elena Loayza Tamayo del delito de traición a la patria y agregó que *“apareciendo de autos evidencias e indicios razonables que hacen presumir la responsabilidad... por delito de Terrorismo, ilícito penal tipificado en el Decreto-Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, procede remitir copia certificada de todos los actuados policiales y judiciales al Fiscal Provincial de Turno... a fin de que conozcan los de la materia y proceda conforme a sus atribuciones legales...”*.

...

76. La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

77. De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.

5. HABEAS CORPUS Y JUSTICIA MILITAR

5.1. ***Sala Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima. Exp. N° 335-97, Lima, 12 de Febrero de 1997, Capitán (r) Gustavo Cesti H. contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, sobre hábeas corpus.***

VISTOS; interviniendo como Vocal-Ponente el doctor Salas Villalobos; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el objeto de la presente Acción, está constituido por la amenaza contra la libertad individual del favorecido Cesti Hurtado, la cual es representada por la orden de detención dictada en su contra en un procedimiento que se viene tramitando ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, y - en el que se le ha incluido en su condición de militar en retiro; habiéndose identificado dicho proceso como la causa número cinco mil doscientos noventa y seis - cero ciento diecisiete; **SEGUNDO:** Que, conforme se desprende a fojas veinte de la copia certificada de la resolución de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis, expedida por el Consejo Supremo de Justicia Militar, se abre instrucción contra el recurrente, conjuntamente con otros Oficiales del Ejército Peruano, por Delitos de Desobediencia, contra el Deber y

Dignidad de la Función, Negligencia y Fraude, siendo que los hechos se derivan de una operación de seguros efectuada por el Ejército con la Compañía de Seguros Popular y Porvenir, en la cual el Capitán en retiro Gustavo Cesti Hurtado, intervino en calidad de Asesor; **TERCERO:** Que, a fojas veinticinco, corre copia certificada de la resolución de fecha diecisiete de enero de mil novecientos noventa y siete, por la cual se varía la orden de comparecencia del afectado, por la de detención provisional, siendo que de acuerdo a la manifestación de fojas veintiséis prestada por el Coronel Jorge Molina Huamán - Secretario General del Consejo de Justicia Militar, tal medida fue adoptada por incumplimiento a la orden de comparecencia por parte del procesado; **CUARTO:** Que, la defensa del favorecido, se centra fundamental y principalmente, en la circunstancia de que no se le puede incluir en un proceso dentro del fuero castrense, a pesar de ser militar en situación de retiro, por cuanto en la actualidad, no existe presupuesto vinculante con las Fuerzas Armadas, que delimiten sus derechos civiles, siendo que por ello, no sólo es indebida su inclusión en el proceso privativo, sino que la orden de detención que emana de él, consecuentemente es arbitraria y lesiona su derecho irrestricto de libertad; **QUINTO:** Que, expuestos los elementos constitutivos que identifican la presente acción y previo al análisis de los alcances de la garantía constitucional del Hábeas Corpus como instituto jurídico, de acuerdo al caso específico tratado, a efectos de determinar su aplicación o procedencia, resulta preciso determinar que si bien en otra causa resulta por este Colegiado y que involucraba alcances de la justicia castrense a personas que habían pasado a la calidad de militares en situación de retiro, se determinó que no correspondía emitir pronunciamiento, por implicar un argumento que debía ser alegado como medio de defensa previo o de fondo con arreglo al ordenamiento adjetivo de la materia, no obstante, ello se debió a un caso único pre-determinado en el cual concurría el hecho militar vinculante a ese caso específico; siendo que en el presente caso, no se advierte tal hecho vinculante, sino por el contrario, aparece otro elemento en todo caso apreciable por el ordenamiento sustantivo común; **SEXTO:** Que, siendo ello así, se tiene que conforme lo establece el artículo ciento setentitrés de la Constitución Política del Perú, en caso de Delito de Función, los miembros de las Fuerzas Armadas están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, excluyéndose de estos alcances a los ciudadanos civiles, salvo en los casos de Terrorismo y Traición a la Patria, que no es del presente caso tratar; Que, en tal sentido, la norma constitucional, en esencia contiene dos presupuestos copulativos e interrelacionados de manera indelible que son los que van a determinar el sometimiento al fuero privativo, cuales son: a) sujeto activo militar y b) hecho militar; **SETIMO:** que, para los efectos de la concurrencia de ambos presupuestos, debe tenerse presente que la norma constitucional hace especial referencia, a la condición de la función que desempeña el sujeto activo y que como consecuencia de ésta, se produzca un delito tipificado en el Código de Justicia Militar, lo que quiere decir, que necesariamente dicho sujeto debe estar desarrollando funciones dentro de los supuestos contenidos en el artículo trescientos veintiuno del Código de Justicia Militar; **OCTAVO:** Que, para mayor alcance de tal razonamiento, se tiene que de acuerdo a la propia naturaleza de los institutos armados, el establecimiento del fuero privativo además de cumplir los fines coercitivos de carácter especial en razón de la materia de su competencia, tiene como principal finalidad, la de resguardar el orden institucional militar propiamente dicho; es decir, cumple la misión de velar por el control y la disciplina dentro de la institución, cada vez que los agentes que forman parte de ella con sus actos de función directa o indirecta, atenten en cualquier grado, contra la estabilidad de dichos componentes institucionales; **NOVENO:** Que, en consecuencia, de lo expuesto se llega a determinar que para someter a una persona al fuero militar, resulta necesaria la

conurrencia del hecho vinculante, es decir, el hecho militar atribuido o que implique además faltamiento a la majestad de las Fuerzas Armadas, en relación directa al sujeto activo investigado; **DECIMO**: Que, en el presente caso, está demostrada la condición de Oficial en el grado de Capitán del Ejército Peruano en situación de retiro por parte del favorecido Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, siendo su participación en los hechos materia de la acción instaurada en el fuero militar, de acuerdo al estudio analítico-comparativo de los elementos apreciados, son de tipo sustantivo común; en consecuencia, dada tal condición personal y al tipo sustantivo determinado, se colige que en todo caso dicho ciudadano no puede ser sometido con mandato de detención a un proceso privativo dentro del fuero militar; estando a que no reúne los requisitos constitucionales establecidos por el artículo ciento setentitrés de la Carta Magna para ser considerado como sujeto activo militar al no haber estado desempeñando labores o funciones como militar en cuanto a los hechos que se le atribuyen, no es de aplicación al presente caso, el Principio de la Extensión del Fuero Militar; **DECIMO PRIMERO**: Que, siendo ello así, y resultando ajeno al proceso instaurado en el Fuero Militar, la Orden de Detención dictada en su contra a que se refiere el Tercer considerando, implica por lo tanto, una amenaza inminente al Derecho Constitucional de Libertad del favorecido, debiendo este Colegiado con competencia constitucional reestablecer tal derecho vulnerado; todo ello atendiendo a que la libertad de la persona, es la suprema expresión de la esencia misma del ser humano, hacia la cual se dirigen todos los conceptos fundamentales para el logro de la paz social y el imperio del estado de derecho, conforme lo dispone la Declaración Universal de los Derechos Humanos; **DECIMO SEGUNDO**: Que, estando a lo expuesto, la Institución del Hábeas Corpus, al estar vinculada con la protección de la libertad individual de la persona humana, a fin de protegerla contra actos coercitivos practicados por cualquier persona o entidad de cualquier rango o jerarquía o competencia y que atentan contra el derecho de libertad, resulta la vía idónea dada su condición jurídica de garantía constitucional y trámite inmediato, y por lo tanto aplicable con carácter positivo al presente caso tratado; **DECIMO TERCERO**: Que, en cuanto a la ejecución de la garantía constitucional, es preciso disponer el inmediato cese de la orden de detención dictada contra el favorecido y la que le impide salir libremente del territorio nacional, y para lo cual es imprescindible ordenar la suspensión de la tramitación del proceso que se le sigue al accionante ante el Consejo Supremo de Justicia Militar; lo que no impide su investigación ante el Fuero Civil de acuerdo al ordenamiento sustantivo; por cuyas consideraciones, **REVOCARON** la Resolución obrante a fojas sesentiséis a sesentisiete, su fecha cuatro de febrero de mil novecientos noventa y siete que declara Improcedente la Acción de Hábeas Corpus; y **REFORMÁNDOLA DECLARARON: FUNDADA** la Acción de Hábeas Corpus interpuesta por Gustavo Adolfo Cesti Hurtado contra el Consejo Supremo de Justicia Militar y en consecuencia, **ORDENARON**: se levante de inmediato la Orden de Detención, el impedimento de salida del territorio de la República, así como la suspensión de la tramitación del proceso contra el ciudadano Gustavo Adolfo Cesti Hurtado por las razones glosadas en los considerandos de la presente resolución; **MANDARON**: Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución se publique en el "Diario Oficial "El Peruano" por el término de Ley; y los devolvieron.-

SALAS VILLALOBOS, MAC RAE THAYS, CASTILLO VASQUEZ

5.2. Resolución Defensorial Nº 012 -97/DP, Lima, 24 de Marzo de 1997. Procedencia del habeas corpus frente a la justicia militar.

VISTOS:

PRIMERO. Queja presentada. El 28 de febrero de 1997, el señor Gustavo Cesti Hurtado, Capitán EP en situación de retiro, presentó queja a la Defensoría del Pueblo por la amenaza de violación de sus derechos fundamentales, específicamente de su libertad individual y de su libertad de tránsito, debido a la inminente ejecución de una orden de detención dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Precisa el quejoso que dicha orden fue dejada sin efecto por la sentencia definitiva de fecha 12 de febrero de 1997, dictada por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima al haberse declarado fundada la demanda de hábeas corpus presentada a su favor.

Posteriormente, con fecha 10 de marzo, la esposa del quejoso presentó un escrito a la Defensoría del Pueblo en el que reitera su preocupación por el incumplimiento de la sentencia que estima la pretensión de hábeas corpus, indicando que se ha dispuesto la detención definitiva de su esposo y que el Vocal Instructor General EP Raúl Talledo ha dictado una resolución, de fecha 26 de febrero, declarando inaplicable la sentencia de hábeas corpus. La resolución del Vocal Instructor, que acompaña a su escrito, precisa en su parte considerativa que el artículo 139º inciso 1) de la Constitución reconoce al fuero militar exclusividad en la función jurisdiccional penal militar. Agrega, que los magistrados de la Sala de Derecho Público han asumido funciones reservadas a los magistrados militares, incurriendo de este modo en delito contra la administración pública en la modalidad de usurpación de funciones. Precisa, además, que el quejoso no ha perdido su condición de militar, indicando que a la fecha de los hechos mantenía una relación laboral como dependiente del Comando Logístico del Ejército, en calidad de asesor de seguros.

SEGUNDO. Principales actuaciones realizadas.- Admitida la queja, a través de la Oficina de Protección de la Defensoría del Pueblo, se realizaron las acciones inmediatas previstas en la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo constatando la situación de detención del quejoso, así como verificando el estado del proceso de hábeas corpus presentado a su favor. Asimismo, se solicitó información al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar sobre la situación del quejoso y sobre las razones de su detención. Finalmente, se contó con el informe elaborado por el Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales.

TERCERO. Informe de la entidad quejada. Mediante oficio de fecha 3 de marzo, el Coronel José Salcedo Hankory, Secretario General del Consejo Supremo de Justicia Militar, remitió a la Defensoría del Pueblo la información solicitada. En el referido informe manifiesta que el Capitán EP (r) Gustavo Cesti Hurtado se encuentra con instrucción abierta ante la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar debido a la denuncia formulada por el Comando del Ejército por el delito de defraudación. Precisa que el quejoso se encuentra procesado por los delitos de desobediencia, contra el deber y dignidad de la función, negligencia y fraude en agravio del Estado-Ejército Peruano, pues se le imputa haber defraudado al Estado en su calidad de agente de seguros del Ejército ante la Compañía de Seguros Popular y Porvenir. Indica que la vocalía de instrucción decretó mandato de comparecencia contra el quejoso y como éste no acudió a prestar su declaración instructiva dispuso su detención provisional ordenando su

captura e impedimento de salida del país. En relación a la sentencia de hábeas corpus, considera que los magistrados de la Sala Especializada de Derecho Público han asumido funciones reservadas a los magistrados militares dentro de un proceso legalmente instaurado al pretender dejar sin efecto resoluciones que han adquirido el carácter de cosa juzgada, así como pronunciándose a priori sobre una cuestión de competencia no deducida, que de haber sido planteada conforme a ley, correspondería dirimirla a la Corte Suprema de la República, según lo dispone el artículo 4º inciso 1) de la ley Orgánica de Justicia Militar, incurriendo de ese modo, en usurpación de funciones.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Alcances y competencia del control defensorial.- El artículo 162º de la Constitución y el artículo 9º, inciso 1) de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, disponen que corresponde al Defensor del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Uno de los objetivos fundamentales del control defensorial es velar por el respeto de los derechos constitucionales, cuya vigencia resulta fundamental para la existencia de un régimen democrático. En este sentido, la Defensoría del Pueblo no intenta suplir ni interferir en las funciones que corresponden a los restantes órganos constitucionales, sino brindar una protección complementaria y reforzada a los ciudadanos que sienten afectados sus derechos. Además, de conformidad con el artículo 9º inciso 2) de la Ley N° 26520 el Defensor del Pueblo está legitimado para iniciar las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data con la finalidad de proteger en sede jurisdiccional los derechos de las personas. Incluso está facultado, de acuerdo con el segundo párrafo del citado dispositivo, a intervenir en los procesos de hábeas corpus para coadyuvar a la defensa del perjudicado.

El ejercicio del control defensorial no puede ser obstaculizado por ninguna autoridad, funcionario o persona, pues la misión constitucional de "defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad" carece de restricciones para ello. Es más, como se ha indicado, el Defensor del Pueblo no sólo tiene legitimación en materia de hábeas corpus, sino que en los procesos que él no ha iniciado puede coadyuvar activamente a la defensa del perjudicado. De esta manera, la interpretación sobre el ejercicio del control defensorial está orientada por una óptica destinada a garantizar, prioritariamente, la protección de los derechos de las personas, sin afectar ni alterar las competencias constitucionalmente establecidas de los diversos órganos e instituciones del Estado.

SEGUNDO. Carácter definitivo de la resolución de hábeas corpus.- El 12 de febrero de 1997 la Sala Especializada de Derecho Público (Exp. N°335-97), revocó la resolución de primera instancia y declaró fundada la demanda de hábeas corpus presentada por el quejoso. La Sala ordenó el levantamiento inmediato de la orden de detención y el impedimento de salida del país, así como suspendió la tramitación del proceso seguido ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.

De acuerdo con el artículo 15º de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, concordante con los artículos 41º y 4º disposición transitoria de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, contra dicha sentencia no cabe interponer recurso alguno. En consecuencia, se trata de un decisión judicial definitiva que debe ser cumplida de inmediato.

La ejecución de una decisión final de hábeas corpus no sólo es fundamental para la plena vigencia de este proceso constitucional, sino además para el respeto del derecho al debido proceso. Y es que no puede existir un debido proceso si una sentencia firme y definitiva no se cumple. Así lo indicó la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de enero de 1997, recaída en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, Expediente N°006-97-AI/TC, El Peruano, 7 de marzo de 1997, cuando formuló y dio respuesta a la siguiente interrogante: “¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia?. No sería un debido proceso”. Cabe indicar, que de acuerdo con la primera disposición general de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los jueces deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

TERCERO. Procedencia del hábeas corpus contra cualquier autoridad, funcionario o persona.- La finalidad de todo proceso de hábeas corpus no consiste en determinar la responsabilidad penal de la persona a favor de quien se interpone. A través de este proceso constitucional sólo se trata de determinar si existe amenaza o violación de la libertad individual y, en caso que ésta se constate, disponer judicialmente se repongan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del referido derecho. De ahí que el análisis del presente caso, en el cual el centro del debate es la vigencia del hábeas corpus frente a la justicia militar, se efectúe con independencia de las consideraciones que se haya tenido presente para involucrar al quejoso en un proceso penal militar por la comisión de los delitos que se le imputan. No debe interpretarse, en consecuencia, que la vigencia del derecho a la libertad individual y eficacia de una sentencia de hábeas corpus que lo protege constituye una pretensión de exonerar al quejoso del juzgamiento correspondiente por los presuntos delitos cometidos, cuya responsabilidad deberá esclarecer ante el juez natural. La Defensoría del Pueblo en el presente caso, ni en ningún otro, es el órgano competente para determinar la eventual responsabilidad penal del quejoso.

Efectuado el deslinde anterior, resulta esencial reconocer que conforme al artículo 200º inciso 1) de la Constitución, el hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Una adecuada interpretación de la Constitución no puede permitir la existencia de zonas, órganos o instituciones exentas del control constitucional a las cuales no les sea de aplicación los alcances del hábeas corpus. Es más, para la Defensoría del Pueblo el control constitucional forma parte inseparable de la idea de Constitución; en consecuencia no resultan admisibles interpretaciones que restrinjan o desnaturalicen una institución central en todo ordenamiento democrático como es el proceso de hábeas corpus.

De otro lado, el artículo 139° inciso 1) de la Constitución reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, precisando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. En esta dirección, el artículo 173° del texto constitucional señala que en caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Los referidos dispositivos constitucionales establecen la competencia de los tribunales militares sin referirse expresamente al proceso de hábeas corpus y, evidentemente, sin establecer que éste no procede frente a las decisiones de la justicia militar.

Además, debe precisarse que la competencia del juez de hábeas corpus nace de la propia Constitución. En estos casos los magistrados de la Corte Superior actúan como verdaderos jueces constitucionales y, por tanto, su sentencia no puede ser desconocida ni “inaplicada” por ninguna otra autoridad, sea civil o militar. De ahí que, al conocer dicho proceso constitucional no hayan usurpado funciones reservadas a los jueces militares pues sólo han actuado como jueces constitucionales a quienes compete, sin lugar a dudas, resolver el proceso de hábeas corpus.

Por lo demás, tratándose del hábeas corpus carece de sustento constitucional sostener que la Corte Suprema es la instancia que debe determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente, es decir, si conocer de éste proceso le corresponde a la justicia ordinaria -en rigor, constitucional- o a la justicia militar; sencillamente porque el hábeas corpus sólo puede ser tramitado ante el Poder Judicial y, cuando la resolución es denegatoria, ante el Tribunal Constitucional. Y es que en el ordenamiento jurídico peruano no existe norma que permita que los tribunales militares tramiten el hábeas corpus. Dicho proceso, como ha sucedido en el presente caso, concluye en la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, siempre que la sentencia declare fundada la demanda. En consecuencia, carece de sustento considerar que la Corte Suprema pueda dirimir un supuesto conflicto de competencia cuándo los únicos órganos autorizados para conocer del hábeas corpus son el Poder Judicial y, en caso que la resolución sea denegatoria, el Tribunal Constitucional.

De esta manera, el incumplimiento de una resolución estimatoria de hábeas corpus por parte de cualquier autoridad, vulnera el artículo 200° inciso 1) de la Constitución, que contempla al hábeas corpus como garantía constitucional, así como el respeto al debido proceso reconocido por el artículo 139° inciso 3) de la Constitución. Pero, además, afecta la vigencia del principio democrático que exige que todas las instituciones estatales respeten las decisiones judiciales firmes recaídas en los procesos de hábeas corpus.

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

SE RESUELVE:

Artículo primero.- RECOMENDAR al Juez Penal ante quien se inició el proceso de hábeas corpus, al Presidente de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, y al Presidente de la Corte Suprema de la República, que lleven a cabo todas las acciones necesarias para disponer el inmediato cumplimiento de la sentencia estimatoria de hábeas corpus.

Artículo segundo.- RECOMENDAR al Consejo Supremo de Justicia Militar que cumpla con la sentencia dictada en el proceso de hábeas corpus por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin perjuicio de que las investigaciones continúen ante el órgano judicial competente para determinar la eventual responsabilidad penal del señor Gustavo Cesti Hurtado.

Artículo tercero.- DISPONER que el presente caso se incluya en el Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de la República, de conformidad con el artículo 27º de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, tomándose en consideración, además, lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; asimismo, se incluya en el informe especial que viene elaborándose de acuerdo con lo dispuesto por la Resolución Defensorial N°004-97/DP de 17 de enero de 1997.

Regístrese y comuníquese.

Jorge Santistevan de Noriega
Defensor del Pueblo

trabajos: infojusmil-98