

## PRESENTACIÓN

El papel desempeñado por los militares a lo largo de la historia peruana y, en particular, durante la década precedente, se ha reforzado debido a la crisis permanente en la que vive el país y, en especial, debido a la fragilidad del Estado. Uno de los ámbitos en el que se manifiesta de manera clara el poder militar es el sistema penal. A pesar de que el derecho penal militar y la administración de justicia penal castrense se consideran un ámbito especial y restringido en relación con el sistema de control penal común, se ha ampliado e intensificado en detrimento de este último. Esta hipertrofia ha sido justificada, frecuentemente, alegando necesidades de seguridad tanto interna como externa, así como recordando la ineficacia y la corrupción del sistema penal común.

El establecimiento y el desarrollo de un mínimo Estado de Derecho requieren la reforma substancial del desnaturalizado sistema de derecho penal militar, vigente en nuestro país. Esta necesidad se ha planteado tras el derrumbe del régimen encaramado en el poder, gracias, precisamente, al apoyo incondicional de los militares. En este proceso deben, directa o indirectamente, participar todos aquellos que promueven el fortalecimiento del Estado de Derecho y del respeto de los derechos humanos. Esta es la razón que nos impulsa a consagrar este número del Anuario de Derecho Penal al análisis del derecho penal militar y de la administración de justicia penal castrense.

Punto de partida es la constatación de que la denominada justicia militar está muy lejos de alcanzar la realización de la justicia, entendida como idea regulativa y orientadora de la producción y la aplicación del Derecho. Para convertirla en instrumento útil compatible con este ideal, es indispensable estudiarla desde las perspectivas social, económica, política y jurídica. Sin descuidar las otras, los autores de los trabajos aquí publicados analizan, critican y proponen soluciones en el ámbito jurídico. Con este objeto, tienen en cuenta la realidad nacional,

el funcionamiento del sistema judicial militar y el sistema normativo que lo regula.

Como es natural, ante la falta de estudios nacionales de orden político, sociológico y jurídico, la consulta de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia foráneas ha sido indispensable. Una atención especial y crítica se da al proceso de reforma de la legislación penal militar que fuera iniciada por el Ministerio de Defensa sin el mínimo afán de innovar y mejorarla, y que en la actualidad está en trámite en el Congreso.

El debate sobre los fines y límites de esta reforma debe tener en cuenta, sin duda, el importante papel que tienen la jerarquía y la disciplina en el ámbito militar. Así mismo, el hecho que estos factores varían, como sucede también con la amplitud del fuero militar, en razón de que se trate de un periodo de paz o de guerra. Sin embargo, cualquiera que sea la importancia que se atribuya al orden jerárquico y a la disciplina militares, éstos no pueden conservarse y desarrollarse en contradicción con los principios y valores constitucionales.

## II

La existencia del ordenamiento penal militar, especial respecto al ordinario, se remonta a las Ordenanzas de la época colonial. El primer Código de Justicia Militar data de 1898. En su elaboración, se siguió —en materia penal y procesal— el modelo español de acuerdo con las concepciones imperantes entonces. Los mismos criterios y la misma sistemática, en general, fueron mantenidos en los Códigos de Justicia Militar de 1939 y 1980. Este último fue dictado por el gobierno militar, en vísperas del restablecimiento del orden constitucional. En ninguna de estas modificaciones legislativas se tuvo en cuenta, no obstante, la renovación de la legislación común que significó el Código Penal de 1924, fuertemente influenciado por las concepciones penales modernas de los Proyectos de Código Penal suizo. Lo sorprendente es que, iniciado el nuevo siglo, el Proyecto de Código de Justicia Militar elaborado por el Ministerio de Defensa (julio de 2001) y la nueva versión establecida en el Proyecto parlamentario N° 1204 (noviembre de 2001) continúan, en el fondo, siguiendo estrictamente los criterios de los anacrónicos Códigos precedentes.

La explicación de este anacronismo es diversa. Sin embargo, puede señalarse como factor decisivo el hecho de que sigan siendo los mismos militares los que asumen la tarea de reformar el Código Penal Militar. Esto recuerda lo que sucedió con la reforma del Código Penal de 1863, que dio lugar a diversos proyectos, los que se caracterizaron por seguir fielmente el modelo del viejo código de rai-gambre española. Este conservadurismo se debió a que los proyectos de reforma

fueron elaborados por comisiones constituidas por magistrados. En esto radica, justamente, la semejanza con lo que hasta ahora sucede con la reforma del Código de Justicia Militar.

La situación en el derecho penal común cambió radicalmente para bien cuando se constituyó una comisión parlamentaria que elaboró el proyecto que culminó con la promulgación del Código de 1924. Reforma inspirada fundamentalmente por el diputado y jurista Victor A. Maúrtua, que elaboró un Código Penal moderno tanto en relación con las condiciones que justifican la represión penal y con el sistema de sanciones penales, como con respecto a la descripción de los delitos en especial. En el aspecto procesal, también hay que recordar la evolución de la legislación penal ordinaria. Su profunda modificación se concretizó con la adopción del Código Procesal Penal de 1991. Código que, por conveniencia de política represiva, no fue puesto en vigencia, salvo algunos de sus preceptos. Todo esto muestra que es indispensable que el Congreso ejerza plenamente sus potestades y lleve a cabo una reforma substancial del sistema de justicia militar.

### III

En el ámbito penal, la necesidad de inspirarse en el Código Penal de 1991 se justifica por múltiples razones. Una de éstas es que las condiciones para calificar un comportamiento de delito no pueden ser diferentes en el ámbito penal común y en el penal militar. De acuerdo con la Constitución y con los criterios de la teoría del delito generalmente admitidos, dichas condiciones son la conformidad del comportamiento con una de las figuras delictivas previstas en la ley (principio de la legalidad y tipicidad), su carácter contrario al orden jurídico (ilicitud) y la culpabilidad del autor imputable. Con mayor precisión, por ejemplo, las nociones de dolo, imprudencia, legítima defensa, estado de necesidad, tentativa, complicidad, culpabilidad, deben ser concebidas de la misma manera en ambas legislaciones. Así, resulta incomprensible que, según el Código de Justicia Militar, art. 19, inc. 1 (igualmente, el art. 25, inc. 1, del Proyecto de Código de Justicia Militar), se considere exento de responsabilidad criminal a quien «comete el delito en estado de enfermedad mental o de grave alteración de la conciencia que haya impedido totalmente al actor apreciar el carácter delictuoso del acto y suprimido la capacidad para determinarse a obrar libremente». Bastando, por el contrario, según el Código Penal común (art. 20, inc. 1) que no posea sólo una de estas dos facultades («la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión»).

Las diferencias con la legislación penal común sólo pueden concernir a aquellos aspectos que están estrechamente relacionados con la índole y la finalidades

específicas de la institución militar. Por ejemplo, los referentes a algunas circunstancias agravantes o atenuantes, a los deberes militares. Un aspecto especial es el del catálogo de figuras delictivas, el mismo que debe ser diferente en ambos Códigos. Diferencia debida a que es necesario prever delitos específicamente militares, en razón de que constituyen ataques contra bienes jurídicos o intereses estrictamente militares. A título de ejemplo, basta mencionar los delitos de insubordinación o desobediencia. Pero es inconcebible, como sucede actualmente, que se define el delito de robo de modo distinto en el Código de Justicia Militar. Según el art. 188 de este Código, el delincuente debe actuar «con violencias sobre las personas o fuerza en las cosas»; mientras que según el Código penal común, debe hacerlo sólo «empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física». Además, señala, contrariamente al Código común, como objeto del delito sólo a los bienes muebles militares, sin que exista razón que justifique esta diferencia. Además, cabe preguntarse si el robo, como otros delitos previstos en el Código militar, es un delito que «sólo puede ser cometido por personal militar y policial en situación de actividad o disponibilidad, cuando realiza un acto de servicio o en ejercicio del cargo o empleo» (art. V del proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar). Si los delitos de función militar son aquellos estrictamente vinculados a la función castrense, no puede afirmarse al mismo tiempo que sean los que «están circunscritos exclusivamente a los hechos previstos y penados en el Código de Justicia Militar». Lo determinante es más bien que se trate de comportamientos propios a la función militar y que afecten a la disciplina, pues de lo contrario no se explica que si robar «armas, municiones, animales, dinero, valores, efectos o de cualquier bien mueble perteneciente al Estado y destinado al servicio depositado bajo custodia de las autoridades militares» (art. 285) es un delito de función militar, por qué no lo es el que un militar mate a otro militar cuando se encuentran en servicio.

Estas consideraciones conducen, en cierta forma, a explicar la necesidad de prever una legislación penal militar específica, pero así mismo justifican que ésta sea restringida a los límites propios de la actividad y función militares. Si se quiere seguir dotando al Código de Justicia Militar de una parte general completa es una cuestión secundaria, lo esencial es que en esa parte general se consagren los mismos principios y criterios teóricos y de política criminal asumidos en el Código Penal Común. Lo que resulta absurdo es que, en nuestro país, co-existan dos leyes penales fundamentales que difieran substancialmente. Hay que eliminar los anacronismos del Código Militar y sus contradicciones con la legislación penal común, las mismas que también se extienden, por ejemplo, a la regulación de la participación, tentativa, concurso de leyes y de delitos.

#### IV

Respecto al derecho procesal, las críticas al proceso penal militar son tan graves como las hechas al derecho material. El proceso castrense vigente es, fundamentalmente, inquisitivo y, por tanto, contrario a los principios del proceso penal propio a un Estado de Derecho. Así, no respeta el principio acusatorio, en la medida en que las fases de la instrucción y del juicio oral no están, en la mayor parte de los casos, a cargo de órganos jurisdiccionales distintos. De modo que se puede afirmar que, en pleno siglo XXI, el proceso militar sigue los parámetros del Antiguo Régimen, en el que la investigación y la sentencia estaban a cargo del mismo juez. El Juez Instructor Permanente militar dirige la instrucción, decide frecuentemente sobre la detención del imputado y participa en la etapa de la toma de decisiones. Esto es fuente de arbitrariedades, en particular porque este juez actúa imbuido de prejuicios sobre la culpabilidad del acusado e incluso con un interés objetivo de que se le condene.

Tal acumulación de funciones –de instrucción y de juzgamiento- es contraria además al principio del juez imparcial y supone una restricción del derecho de defensa, consagrados constitucionalmente. Por esto es indispensable que el ejercicio de dichas funciones este a cargo de magistrados distintos e imparciales.

En lo que a medidas cautelares personales se refiere y, siempre desde la perspectiva del derecho procesal militar, el ordenamiento militar es también bastante deficiente. Así, en el Código de Justicia Militar rige un estricto principio de oficialidad, *inaudita parte*, lo que acentúa el aspecto represivo en detrimento del derecho de defensa y el principio de la contradicción. Además, no se establecen con claridad cuáles son los fines que pretenden alcanzarse mediante las medidas cautelares personales.

Otro aspecto cuestionable es el de la falta de independencia de los jueces militares. El Estado de Derecho se afianza, en lo que a justicia se refiere, sobre dos pilares fundamentales: la independencia del juez y su sometimiento al imperio de la ley en su exclusiva y única tarea de juzgar y ejecutar el Derecho. Entre la independencia y el sometimiento a la ley, opera una interacción en virtud de la cual los jueces son independientes por y para aplicar la ley al caso concreto, y su independencia se protege y tutela para permitir al juez la aplicación libre y exclusiva de la ley. La situación actual de los jueces militares, en todos los niveles, es de sometimiento absoluto al Ejecutivo. Su carrera castrense y su designación como órganos judiciales dependen de las más altas instancia del Ministerio de Defensa. Su sometimiento a la ley, también resulta cuestionable, dado que, por un lado, no es necesario, en algunos casos, que sean juristas, sin que pueda entenderse entonces cómo se someterán a un Derecho que no conocen suficien-

temente. Por otro lado, los valores de unidad, jerarquía, disciplina y subordinación, consustanciales al sistema militar, no son compatibles con los de justicia, en la medida en que, debido a las deficiencias de la legislación vigente, propician actitudes corporativistas.

## V

Frente a esta tarea ingente de hacer algo nuevo en materia de justicia militar, los proyectos de ley N° 1966/2000-CR, y 1967/2000-CR, propuestos por el Ministerio de Defensa en julio de 2001, y los proyectos de los Congresistas Estrada Pérez y Rengifo Ruiz, constituyen iniciativas insatisfactorias por su carácter conservador y anacrónico tanto teórico como técnico. Frente a estas propuestas, el Ministro de Defensa Aurelio Loret de Mola, a inicios del año 2002 y en el marco de los trabajos parlamentarios de reforma de la Constitución, se manifestó favorable a la supresión de la justicia militar y a que sus funciones las asuma la justicia ordinaria. Partiendo de estas posiciones contrapuestas, debe procederse a una reflexión profunda y seria sobre las ventajas y desventajas de las diversas propuestas que se planteen. De modo que se logren superar sus deficiencias, completar sus lagunas y lograr establecer un nuevo sistema de justicia militar.

Con este objeto, se deberá tener en cuenta que no se trata de un asunto puramente jurídico, sino que tiene profundas implicancias sociales y políticas. La vía que se siga deberá ser trazada considerando nuestra realidad. Los modelos extranjeros pueden servir como referencia, pero ninguno puede ser importado sin la adaptación indispensable. Todo esto está además necesariamente condicionado a la reforma substancial de las Fuerzas Armadas, a la capacidad de la sociedad civil para fortalecer el Estado de Derecho, al establecimiento de un sistema que circunscriba a los militares al cumplimiento de sus esenciales funciones de seguridad externa y la creación de las condiciones que dificulten la intromisión anticonstitucional de los militares en la política nacional.

Esperamos que los trabajos contenidos en esta publicación susciten la discusión, enriquezcan las propuestas de reforma, y contribuyan, de alguna manera, en el ingente esfuerzo que demanda la real renovación del sistema de justicia penal militar. Tarea que sólo es un aspecto mínimo de la más amplia destinada a instituir un Estado de Derecho suficiente.

La publicación de este nuevo volumen del Anuario de Derecho Penal es posible gracias al auspicio de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Université de Fribourg (Suiza). Ella implica la continuación y el desarrollo del Convenio que ambas instituciones suscribieron para fomentar el intercambio de estudiantes y de profesores, así como la realización de diversas actividades

de investigación e información. Así mismo, debemos manifestar nuestro agradecimiento al Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú por su disponibilidad y eficacia en llevar a cabo esta publicación. Por último, nuestro agradecimiento a Iván Meini por su importante colaboración en la preparación final de los textos.

JOSÉ HURTADO POZO y YOLANDA DOIG DÍAZ

Fribourg/Madrid, abril de 2002