

SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR Y LA DELIMITACIÓN DEL DELITO CASTRENSE EN LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Christian Donayre Montesinos

Estudiante y Asistente de Cátedra e Investigación en el área de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL QUE DEBE INVESTIR A LA JUDICATURA MILITAR Y LA VOCACIÓN EXPANSIVA QUE SE LE HA VENIDO DANDO EN NUESTRO PAÍS

Delimitar la competencia de nuestros tribunales militares es quizá una de las tareas que actualmente ha cobrado mayor importancia. Ello se debe básicamente a las exigencias esbozadas¹ con respecto a una impartición de justicia en materia militar respetuosa de todos los elementos que corresponden a un proceso justo² (2). Y es que los cambios introducidos

¹ Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden resultar por demás ilustrativas a este respecto. Así por ejemplo, en Sentencia de 30 de mayo de 1999 en el caso “Castillo Petrucci y otros”, la Corte manifestó: “En el presente caso hubo numerosas violaciones a la Convención Americana desde la etapa de investigación ante la DINCOTE hasta el periodo de conocimiento por parte de los tribunales militares. Esto ha sido descrito, probado y resuelto en los capítulos precedentes de esta sentencia. [...]. Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínima del “debido proceso legal”, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia [...]. Corresponde al Estado, en su caso llevar a cabo –en un plazo razonable– un nuevo enjuiciamiento que satisfaga ab initio las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculcados” (Párrafo 221).

En Sentencia de 29 de setiembre de 1999 en el caso “Cesti Hurtado”: “[...] la Corte considera que el proceso seguido ante el fuero militar en contra del señor Cesti Hurtado se llevó a cabo en forma irregular. La Corte ya declaró, en esta misma sentencia, que el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1° de la Convención (supra 151). Con base en lo dicho, la Corte considera que el juicio seguido contra el señor Cesti Hurtado en el fuero militar es incompatible con la Convención, por lo que estima procedente ordenar al Estado anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivan” (párrafo 194).

² La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Genie Lacayo” ha señalado en Sentencia del 29 de enero de 1997, que la justicia militar no viola per se la Convención Americana de Derechos Humanos. Creemos que sí hay consenso a nivel internacional en afirmar que la competencia de estos en tanto son de naturaleza excepcional, debe interpretarse y aplicarse restrictivamente. Así ha quedado expresamente sentado en el punto 152 del Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú (OEA/Ser. L/V/II.106, DOC. 59 Rev., 2 de junio de 2000).

De otro lado, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General 13 con relación al artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que regula las garantías para un proceso justo, ha proclamado la aplicación de las disposiciones de este precepto a todas las Cortes de Justicia, para lo cual los tribunales militares no deben constituir una excepción. Considera que el eventual juzgamiento de civiles por esta instancia militar con función jurisdiccional, podría traer consigo serias afectaciones en lo que a una impartición de justicia equitativa, independiente e imparcial se refiere. Es más, aduce que si bien se permite que en ciertas situaciones excepcionales se suspendan los procedimientos normales exigidos por el artículo 14° antes señalado, ello no obsta para dejar de garantizar que tal suspensión responda a lo estrictamente necesario y que se respeten las demás condiciones consagradas en el primer

en la década pasada no sólo en el ámbito constitucional, sino y sobre todo en el legal, en lo que a la competencia de la justicia militar se refiere han resultado a todas luces discutibles³

párrafo de esta última disposición. En el caso de la justicia militar en nuestro país, ésta presenta aún ciertas deficiencias inclusive para hablar de un pleno respeto de aquellas garantías mínimas. Por si lo dicho hasta aquí no fuera suficiente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sucesivas sentencias ha manifestado la falta de idoneidad de los jueces militares para juzgar a civiles, así como la conculcación de derechos como al debido proceso que ha conllevado la aplicación en el Perú de la legislación antiterrorista por parte de éstos. Puede revisarse a tal efecto: la Sentencia de 17 de setiembre de 1997 en el caso “Loayza Tamayo”, la Sentencia de 3 de noviembre de 1997 en el caso “Castillo Páez”, la Sentencia de 30 de mayo de 1999 en el caso “Castillo Petruzzi y otros”, la Sentencia de 29 de setiembre de 1999 en el caso “Cesti Hurtado”, la Sentencia de 16 de agosto de 2000 en el “caso Durand y Ugarte”, la Sentencia de 18 de agosto de 2000 en el caso “Cantoral Benavides”, entre otros. Véase también entre otros trabajos sobre las garantías que configuran el debido proceso para la Corte Interamericana de Derechos Humanos: PIZZOLO, Calogero. El desarrollo de algunas garantías que hacen al “debido proceso” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En: Revista de Derecho Foro Jurídico. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año I, N° 1. Lima, diciembre 2002, p. 103 y ss; y en especial p. 108; HUERTA GUERRERO, Luis. El Debido Proceso y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: tendencias actuales y las posibilidades de aplicación por las defensorías del pueblo. En: Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 3. Lima, mayo 2001, p. 79 y ss.

3 En el caso “Cantoral Benavides”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 51 y 111) señaló:

“[...] b) el Decreto Ley N° 25659 (Delito de Traición a la Patria) dispone que las personas acusadas de haber cometido este delito serán juzgadas por jueces militares. Al hacer extensiva la jurisdicción militar a civiles el Perú contradice el debido respeto a las garantías de la administración de justicia y el derecho de las personas a ser juzgadas por el juez natural y competente. El fuero privativo es un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo; y

c) la extensión de la jurisdicción militar a los civiles no ofrece garantías sobre la independencia e imparcialidad de los jueces. Las fuerzas armadas tienen a su cargo la lucha antisubversiva y también asumen la función de juzgar a los acusados de pertenecer a grupos armados irregulares” (párrafo 108).

Amnistía Internacional en un Comunicado de Prensa que emitió luego de visitar nuestro país “[...] recalcó que es urgente que se limite la excesiva e inconveniente jurisdicción de los tribunales militares a los efectos que ellos tengan exclusivamente competencia en casos de delitos específicamente militares, que fueran cometidos por personal militar”. (Comunicado de Prensa, 27 de abril de 2001. Índice de AI: AMR 46/009/2001, Número de Servicio de Noticias: 76).

Con relación a la aplicación de la legislación antiterrorista, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido determinante. Así, en la Sentencia de 17 de setiembre de 1997, en el caso “Loayza Tamayo” señaló: “En primer término, al aplicar los Decretos Leyes N° 25659 (Delito de Traición a la Patria) y N° 25475 (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 esa conducta los tribunales castrenses actuando ultra vires usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios, ya que según el mencionado Decreto Ley N° 25475 (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 N° 25659 (Delito de Traición a la Patria) y N° 25475 (Delito de Terrorismo) dividieron la competencia entre los tribunales castrenses y los

en términos de su coherencia con los principios constitucionales y los parámetros de todo Estado de Derecho que se precie de serlo, aunque justo es señalar que en su momento fueron pocas las críticas planteadas a este tipo de medidas⁴.

La Constitución Política del Perú de 1979 les reconocía a los jueces militares competencia para conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, de los delitos de traición a la patria cometidos por civiles en caso de guerra exterior, así como de las infracciones a las normas del servicio militar obligatorio⁵. Posteriormente, y como veremos en este trabajo, la Constitución de 1993 ampliaría discutiblemente el abanico competencial de esta especialización jurisdiccional con carácter evidentemente excepcional y restrictivo, para conocer además de los ya citados delitos de función en que incurra el personal militar y policial, y de las contravenciones a la

ordinarios, y atribuyeron el conocimiento del delito de traición a la patria a los primeros y el de terrorismo a los segundos” (párrafo 61).

⁴ Gerardo Eto Cruz recoge en su libro intitulado “La Justicia Militar en el Perú” algunas declaraciones de índole político que demuestran la previsible aceptación que en su momento iba a tener la adopción de ciertas medidas contra el terrorismo como fue la ampliación del abanico competencial de la justicia castrense para conocer este tipo de conductas delictivas.

Así, el Ministro del Interior a inicios de la década del 80, Teniente General FAP (r) José Gagliardi ante la demora por parte de la judicatura ordinaria en el juzgamiento de civiles que habían incurrido en el delito de terrorismo manifestó:

“Hasta el momento, ningún terrorista sometido a la justicia ha sido sentenciado”. Agregando: “[...] existen, en términos globales unos 250 terroristas capturados; ellos los jueces han dado libertad al 50%. Es decir, un número que fluctúa entre 120 y 130 individuos”. En: Diario “El Observador”, Lima, edición de 14 de diciembre de 1981.

En el año 1983, el General Luis Cisneros señalaría que “si los jueces tienen miedo, los terroristas deben ser juzgados por tribunales militares; que se apruebe la pena de muerte y que deben expulsarse del magisterio y de la administración pública a todos aquellos que sean propagandistas de Sendero”. En: Revista “Oiga” N° 147, Lima, edición de 31 de octubre de 1983.

Sin embargo, contrario a lo que se pueda pensar, no eran tan sólo los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad o en retiro los que clamaban por este tipo de medidas contrasubversivas. A tal efecto, cabe citar por ejemplo lo que apareció en el editorial del Diario “El Comercio” allá por el año 1984:

“Reiteramos que es necesario revisar y ampliar la ley antiterrorista, para tipificar a los senderistas como traidores a la patria en el estado técnico actual de guerra interna, y para conferir atribuciones especiales en este campo a los tribunales militares”. En: Diario “El Comercio”, Lima, 10 de julio de 1984.

Recomendamos entonces revisar a mayor abundamiento: ETO CRUZ, Gerardo. La Justicia Militar en el Perú. Trujillo: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Empresa Editora Nuevo Norte S.A. Enero 2000, p. 128 y ss. Así como: ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José F. La Jurisdicción Militar en el Perú. En: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (coordinadores). Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Domingo García Belaúnde). Lima: Grijley, 1997, p. 353 y ss; y en especial p. 373-376.

⁵ La Constitución Política del Perú de 1979 regula expresamente este supuesto bajo las siguientes fórmulas:

“Artículo 282°.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235°.

Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio, están sometidos al Código de Justicia Militar. [...]”.

“Artículo 235°.- No hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior”.

Puede revisarse respecto a los alcances de estos preceptos: PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Tercera edición. Lima: Ediciones Justo y Valenzuela, 1984, p. 439-441 y p. 605 y ss; así como: SÁENZ DÁVALOS, Luis. Jurisdicción común vs. Jurisdicción militar (Reflexiones sobre la controversia funcional). En: Lectura sobre Temas Constitucionales 5. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 51 y ss.

normatividad del servicio militar obligatorio⁶, de los delitos de terrorismo y de traición a la patria en caso de guerra sin más (suprimiendo así el término “exterior” consagrado en el texto constitucional de 1979⁷) cometidos por civiles⁸.

⁶ Actualmente en nuestro país, al menos legalmente ya se ha consagrado un régimen de servicio militar voluntario, lo cual también ha traído como consecuencia algunos cambios en materia de la competencia de los jueces militares, situación que será comentada luego en el apartado que corresponda de este trabajo.

⁷ Es clara la intención de esta medida en un contexto de lucha antisubversiva y quebrantamiento del Estado de Derecho. El hecho de que la Constitución de 1979 estableciera como circunstancia que justificaba el juzgamiento de civiles por tribunales militares, la comisión del delito de traición a la patria en caso de guerra exterior permitía establecer un claro parámetro ante cualquier eventual intención de ampliar su competencia para supuestos de lucha interna y así trastocarse su naturaleza para constituirse en un instrumento de opresión a disposición del gobernante de turno. La excepcionalidad de este fuero se veía así robustecida.

Es más, como señala la polémica sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de fecha 3 de enero de 2003, en el caso “Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos” (Exp. N° 010-2002-AI/TC) en su fundamento 96, en el debate constituyente “[...] muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173° de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria”. Esto último se condice con lo señalado por la Congresista Flores Nano en la 76ª (Matinal) sesión del miércoles 23 de junio de 1993:

“Por razones más prácticas que conceptuales o doctrinarias, nosotros le hemos dado a la justicia militar competencia en asuntos que conciernen a civiles. Yo avalo esta posición: creo que en las circunstancias actuales es importante.

Ayer participé en un evento en el que doctor Marcial Rubio decía –creo que con razón– que la mejor ubicación que había que darle a esta norma era la de disposición transitoria. Es decir, señalar con claridad que los peruanos no consideramos que los casos de terrorismo y de traición a la patria deben ser juzgados permanentemente por la justicia militar, sino que partimos de la realidad existente y frente a ella, decimos “Muy bien, el criterio práctico es este””. En: Libro de Debates de la Constitución Política del Perú de 1993. Tomo V, p. 3042.

⁸ Expresamente la Constitución peruana de 1993 hoy vigente regula este supuesto de la siguiente manera:

“Artículo 173°.- 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 el caso de delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determine. La casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

Nuestro alto Tribunal ha señalado que del citado precepto no necesariamente se debe deducir la ampliación de la competencia de los jueces castrenses para juzgar a civiles, así aduce:

“[...] el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional puede efectuarse.

En efecto, una interpretación del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino sólo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aún en los casos de delitos por terrorismo y traición a la patria,

A pesar de que es el texto constitucional hoy vigente el que incluye el supuesto de terrorismo dentro de la competencia de la justicia castrense, el traslado de las causas de civiles, que supuestamente habían incurrido en este delito, a este fuero sucedería antes de que esta Carta Magna entrara en vigencia⁹. Justamente nuestro Tribunal Constitucional ha emitido sentencias en los últimos meses señalando que dichos actos han constituido una vulneración –entre otros derechos- al derecho al juez natural:

“...el Tribunal Constitucional advierte que cuando se sentenció al recurrente a cadena perpetua por el delito de terrorismo, el seis de julio de mil novecientos noventa y tres, se encontraba vigente la Constitución de 1979, cuyo artículo 282° señalaba que “los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235°”.

De esta forma, encontrándose el ámbito de la competencia de la justicia militar reservado sólo para el juzgamiento de militares en caso de delitos de función y, excepcionalmente, para los civiles, siempre que se tratase del delito de traición a la patria cometido en caso de guerra exterior, no podría juzgársele al recurrente en dicho fuero militar, por lo que se ha acreditado la vulneración del derecho al juez natural”¹⁰.

pues ello implicaría una afectación al derecho constitucional al juez natural”. En: Sentencia de 3 de enero de 2003, caso “Marcelino Tineo y Silva y más de 5,000 ciudadanos”, párrafos 104 y 105 (Expediente N° 010-2002-AI/TC).

⁹ Necesario es recordar en este punto que si bien en un principio el Decreto Ley N° 25475, de 6 de mayo de 1992 que regulaba el delito de terrorismo y los procedimientos a seguir para su investigación, instrucción y juzgamiento, reconocía en su artículo 13° al Juez Penal ordinario como el competente, luego el Decreto Ley N° 25659, de 13 de agosto de 1992, además de tipificar como delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, es decir, las conductas tipificadas anteriormente como delito de terrorismo, en su artículo 4° señalaría expresamente: “A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de traición a la patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar”.

Desde agosto de 1992 hasta marzo de 1999, las cifras que se manejan en la justicia militar con relación a los sentenciados con Ejecutoria Suprema por el delito de traición a la patria (Decreto Ley N° 25659) son las siguientes: 409 las personas condenadas a cadena perpetua, 150 recibieron una pena privativa de libertad de hasta 30 años, 84 los sentenciados a prisión por 25 años, 103 los condenados a 20 años de pena privativa de libertad, 38 los individuos que recibieron 15 años de prisión como sanción y 4 los condenados a 10 años. De un total de 830 sujetos sentenciados con Ejecutoria Suprema, 42 han sido absueltos. Los cuadros estadísticos donde se presenta la labor de la justicia militar en el juzgamiento del delito de traición a la patria en nuestro país, pueden encontrarse en las diversas publicaciones del Consejo Supremo de Justicia Militar, entre las cuales podemos mencionar: Justicia Militar al servicio del país. Lima, agosto de 1998, p. 10; Justicia Militar. Boletín Informativo del Consejo Supremo de Justicia Militar. Lima, mayo 1999, p. 4; y Justicia Militar. Al servicio del país. Lima, 12 de agosto de 1999, p. 5.

¹⁰ Fundamento 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2002, publicada en el Diario oficial El Peruano el 3 de agosto de 2002 (Expediente N° 218-2002-HC/TC). En este sentido, puede revisarse también el párrafo 109 de la sentencia de 3 de enero de 2003 (Expediente N° 010-2002-AI/TC).

De otro lado, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado el derecho al juez ordinario predeterminado por ley –sabemos que se trata de un derecho distinto al juez natural pero sin duda también directamente involucrado en el caso en comento-, en base a cinco consideraciones, las cuales convenimos en señalar a continuación:

- a. Que el órgano judicial haya sido establecido previamente y por ley.
- b. Que la ley antes referida le haya investido de jurisdicción y establecido en justo términos su competencia, claro está, antes de la comisión del hecho que motivó el proceso.
- c. Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo como órgano especial o excepcional.

Es entonces a partir de estos últimos pronunciamientos que, necesario es decirlo, ya venía haciendo eco la doctrina nacional desde hace algún tiempo atrás¹¹, que el legislador ha optado buenamente por excluir de la competencia de la justicia militar el conocimiento de los delitos de terrorismo cometidos por civiles¹². A pesar de éstos sin duda saludables cambios, el protagonismo de los tribunales militares en nuestro país no se debe sólo a los ya bastante cuestionados procesos seguidos contra civiles, sino también a la utilización de ciertos preceptos legales para incluir dentro de su competencia a otros sujetos que presentan ciertas cualidades especiales que los vinculan en cierta medida a los institutos castrenses, tal como tendremos oportunidad de comprobar aquí.

Pretendemos así con el presente trabajo establecer entonces en justos términos la competencia de la instancia jurisdiccional militar para así, si es posible, evitar incurrir en los mismos errores de tan sólo hace unos años atrás. A tal efecto, analizaremos muy sucintamente los distintos tipos de sujetos cuyo sometimiento a los tribunales militares en algunos casos resulta cuestionado. Con el objeto de una mejor comprensión de la materia a abordar, tomaremos como punto de referencia la Constitución de 1993 y la última propuesta

-
- d. Que la composición de sus integrantes venga también determinada por ley.
 - e. Que en cada caso concreto se siga el procedimiento establecido por ley para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

Sobre el particular: DE MENDOZA FERNÁNDEZ, F. Javier. Derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley. El artículo 49.5 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. En: AA.VV. Cuestiones Penales y Procesales Militares. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 445 y ss.

¹¹ Puede revisar a este respecto: SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen 1. Lima: Grijley, 2000, p. 99 y ss; así como: "Apuntes en torno a la jurisdicción castrense". En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 37, agosto 2002, p. 217 y ss., del mismo autor; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Tomo 5. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 363 y ss, y en específico p. 366; DE BELAÚNDE, Javier. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. En: Metapolítica. Volumen 2, Número 7. México, julio-setiembre de 1998, p. 93 y ss; ABAD YUPANQUI, Samuel B. Garantías Constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar. En: Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo N° 1. Lima, setiembre de 1998, p. 199 y ss; AZABACHE, César. De nuevo sobre la justicia militar. En: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 153 y ss; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993 y la jurisdicción militar. En: Themis. Revista de Derecho. Segunda Época N° 31. Lima, 1995, p. 199 y ss; ETO CRUZ, Gerardo. "La Justicia Militar...". Op. Cit. p. 126 y ss; así como ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José F. "La Jurisdicción Militar...". Op. Cit. p. 408 y ss; BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. El juzgamiento de civiles por los tribunales militares: Transgresión del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial. El Caso Cantoral Benavides. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4, Número 15, Mayo 2002, p. 23 y ss; entre otros.

No obstante, ciertas instituciones del Estado muy relacionadas con las materias aquí involucradas también hicieron manifiesto su desacuerdo con tales disposiciones. Léase sobre el particular: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. Serie Informes Defensoriales, Informe N° 6. Lima, marzo 1998, p. 39 y ss; de esta misma institución también tenemos: Hacia una Reforma de la Justicia Militar en el Perú. Serie Informes Defensoriales N° 64. Lima, marzo 2002, p. 133 y ss; MINISTERIO DE JUSTICIA. Informe Final de la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992. Restituyendo el Estado de Derecho. Junio 2001, p. 35 y ss; entre otros.

¹² La Ley N° 27569, "Ley que establece una nueva instrucción y juzgamiento para quienes fueron procesados y sentenciados con arreglo a los Decretos Legislativos N° 895 y 897", será como su nombre lo indica, la que se encargará de disponer el traslado de manera definitiva de las causas de civiles autores del delito de terrorismo a la judicatura ordinaria. Claro está, luego de toda una serie de cambios legislativos que inclusive motivaron la intervención del Tribunal Constitucional peruano, cuestión que será comentada luego.

de reforma. Y es que los alcances de este último proyecto, aún cuando su discusión haya sido postergada, nos permiten avizorar una regulación adecuada de esta materia, por lo que bien podrían ser considerados en todo caso a futuro en el nuevo texto constitucional, salvo mejor parecer.

II. LAS CATEGORÍAS DE SUJETOS QUE QUEDARÍAN FUERA DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA JUSTICIA CASTRENSE SEGÚN LA FÓRMULA CONSAGRADA EN EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El artículo 173° de la actual Carta Magna de 1993 delimita, en buena cuenta, la competencia de la justicia militar, pues establece que ésta conocerá de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, de los delitos de traición a la patria y terrorismo cometidos por civiles, y de las infracciones a las normas del servicio militar obligatorio, precepto que como veremos en muchos casos no se respetó a cabalidad, aumentando discutiblemente este ya de por sí amplio abanico competencial.

Los intentos por superar esta problemática han sido sin duda en alguna medida saludables. La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional planteó por ejemplo importantes cambios sobre el particular:

“El ámbito de la llamada justicia militar se mantendrá como una instancia especializada (...), la cual bajo ningún concepto, juzga a civiles ni a militares en situación de retiro, limitándose únicamente a procesar a militares que hayan cometido delitos estrictamente castrenses”¹³.

Ahora bien, tanto el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución¹⁴ como el Proyecto del 11 de julio, es decir, el texto cuya discusión ha sido postergada por el Congreso, adoptarían una fórmula similar. Así, del artículo 201° del Proyecto de Reforma de la Constitución hoy en debate, podemos deducir cambios sustanciales en lo que a la competencia del fuero castrense se refiere, tal como tendremos ocasión de comprobar inmediatamente:

“Artículo 201°.- Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extiende en ningún caso, a los civiles...”¹⁵.

Más allá de la saludable fórmula de consagrar la justicia militar como una suerte de Juzgado Especializado del Poder Judicial¹⁶ (lo cual deja atrás los cuestionamientos

¹³ MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Julio, 2001, p. 69.

¹⁴ Hacemos referencia aquí a la propuesta presentada por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República el 5 de abril de 2002. En: CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Anteproyecto de Ley del Proyecto de Reforma de la Constitución. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Lima, abril 2002, p. 127.

¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Proyecto de Ley de reforma de la Constitución. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Lima, julio 2002, p. 90-91.

¹⁶ En la IV Convención Latinoamericana de Derecho realizada entre los días 23 a 26 de octubre de 2001, tuvimos la grata oportunidad de presentar una ponencia respecto a los saludables alcances que puede conllevar la creación de un Juzgado Militar Especializado al interior del Poder Judicial frente a la controversia que suscita la consagración de la justicia militar como una excepción al principio de unidad jurisdiccional. Estas y otras ideas han sido desarrolladas por nosotros en trabajos como: Una propuesta frente a la crisis histórica del ejercicio de la “jurisdicción” militar en nuestro país y la necesidad de la adecuación de sus lineamientos a los parámetros de un Estado de Derecho. En: Derecho & Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XII, N° 7. Lima, diciembre 2001, p. 131 y ss;

esbozados en cuanto a su configuración como una excepción al principio de unidad jurisdiccional), las innovaciones en la materia que nos venimos abocando son evidentes.

Sin lugar a dudas, el tema de los **civiles** juzgados por el fuero militar es y siempre ha sido el más debatido, y es que no falta razón para ello¹⁷. En los últimos años, si bien la Ley

Un juzgado especializado en lo militar como una alternativa de solución ante la incompatibilidad de la judicatura castrense hoy vigente en nuestro país con los lineamientos de todo Estado Social y Democrático de Derecho. En: Libro de ponencias de la IV Convención Latinoamericana de Derecho (en prensa) y Los principios de unidad, exclusividad e independencia jurisdiccional ante la justicia militar, a partir de un análisis comparativo con el tratamiento dado a la materia en España: Aproximaciones al Proyecto de Reforma Constitucional. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 44. Trujillo: Normas Legales. Marzo 2003, p. 163 y ss.

¹⁷ En nuestro país si bien se encuentra constitucionalmente consagrada la competencia de la justicia castrense para juzgar a civiles, la manera como se reguló la tramitación de este tipo de procesos, inclusive antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, presentó serios vicios de inconstitucionalidad.

Las imprecisiones en que incurrieron los decretos leyes emitidos durante el gobierno de Alberto Fujimori donde se tipifican los delitos de terrorismo y traición a la patria van a ser objeto de duros cuestionamientos, no sólo por la utilización de expresiones con alcances indeterminados, sino también por las evidentes contradicciones con principios penales tales como el de proporcionalidad, legalidad, lesividad, entre otros.

El hecho de que por ejemplo el artículo 3°, inciso c), primer párrafo del Decreto Ley N° 25475 del 6 de mayo de 1992 que regula las penas y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio por los delitos de terrorismo sancionara con una pena no menor de 25 años "Si el agente miembro de una organización terrorista se vale de extorsión, asalto, robo, secuestro de personas, o se apropia por cualquier medio ilícito de dinero, bienes o servicios de una autoridad o de particulares", constituye una clara muestra de las deficiencias que mostraba esta legislación. Y es que, en este caso en concreto se cae en un grueso error al regular como delito de terrorismo una conducta que carece justamente de motivación "terrorista", consagrando entonces en este caso un derecho penal de autor, puesto que la pena, como bien puede desprenderse del texto, se vincula más a la personalidad del autor y su asociabilidad que a la conducta misma, con las claras contradicciones que este tipo de situaciones conllevan frente a principios como los de legalidad y proporcionalidad penal. Léase respecto al derecho penal de autor: ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1, p. 177 y ss; así como ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima: Ediciones Jurídicas, 1990, p. 72. Este último autor califica inclusive al derecho penal de autor en su manifestación más extrema como una corrupción del derecho penal.

La abolición de garantías como la publicidad del proceso, va a ser también a criterio de algunos autores un síntoma de los abusos a los que llevaría y ha llevado la aplicación de esta legislación. Así tenemos que por ejemplo, el artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 estableciera en su inciso f): "Iniciado el juicio, éste se sustanciará en audiencias privadas diarias y consecutivas hasta su conclusión dentro del término máximo de quince días naturales, en que emitirá la sentencia...". Contraviniendo el inciso 3 del artículo 233° de la Constitución de 1979, así como el inciso 4 del artículo 139° de la Carta de 1993 hoy vigente.

Pese a esta última consideración, recientemente el Decreto Legislativo N° 922, publicado el 12 de febrero de 2003 en el diario Oficial El Peruano, y que regula los nuevos procesos luego de la nulidad de los tramitados por delito de traición a la patria, conforme a lo señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso "Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos" (Expediente N° 010-2002-AI/TC), establece en su artículo 12°, en lo que se refiere a las restricciones a la publicidad de la audiencia, que el juicio oral por delito de terrorismo será público. Sin embargo, luego se señala expresamente: "[...] el público y los medios de comunicación social tendrán acceso a la sala de audiencias, no estando permitido el ingreso ni la utilización de cámaras de video, grabadoras de sonido, cámaras fotográficas u otros medios técnicos similares". Lo cual ya ha suscitado más de un cuestionamiento. Este es el caso del Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS) que aduce que tal proscripción constituye una restricción a la libertad de informar sobre hechos de interés público. (Diario La República, jueves 13 de febrero de 2003, p. 7). No pretendemos extendernos en este punto pues que no es en estricto materia de este trabajo. En todo caso, es un tema que resulta opinable.

N° 26950, de 19 de mayo de 1998, autorizó al Gobierno a legislar en materia de “seguridad nacional” y a partir de la cual se emitieron los abusivos y posteriormente declarados inconstitucionales Decretos Legislativos N° 895, 896, 897, entre otros¹⁸; debemos reconocer

Recomendamos revisar sobre los problemas que ha suscitado la aplicación de estos decretos leyes y en específico de la legislación antiterrorista en nuestro medio: PEÑA CABRERA, Raúl. Delito de Terrorismo. Comentarios a la nueva legislación antiterrorista. Lima: Ediciones Jurídicas, 1992 y Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista. Delito de terrorismo. Lima, 1994, del mismo autor.

¹⁸ Básicamente fueron once los decretos legislativos que se emitieron a partir de la delegación de facultades por la Ley N° 26950, publicada el 19 de mayo de 1998, a saber: Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el llamado “terrorismo agravado”; Decreto Legislativo N° 896, que modifica el Código Penal agravando los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación de menores, robo, robo agravado, y extorsión; Decreto Legislativo N° 897, sobre el procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos tipificados en el Decreto Legislativo N° 896; Decreto Legislativo N° 898, sobre posesión y entrega de armas de guerra; Decreto Legislativo N° 899, Ley contra el “pandillaje pernicioso”; Decreto Legislativo N° 900, que modifica la competencia en los procesos de hábeas corpus y amparo; Decreto Legislativo N° 901, Ley de beneficios por colaboración para los involucrados en los delitos a que se refieren los Decretos Legislativos N° 895 y N° 896; Decreto Legislativo N° 902, sobre normas complementarias a la ley de beneficios por colaboración; Decreto Legislativo N° 903, sobre regularización de la identificación de personas indocumentadas; Decreto Legislativo N° 904, que crea la Dirección Nacional de Inteligencia para la protección y tranquilidad social en el Servicio de Inteligencia Nacional; y el Decreto Legislativo N° 905, que precisa las funciones del Instituto Nacional de Defensa Civil.

Ahora bien, desde un inicio se hicieron evidentes las deficiencias de las que adolecían y que permitían poner en entredicho su coherencia con el ordenamiento constitucional, deficiencias que no sólo eran manifiestas en los Decretos Legislativos mencionados, sino también en la misma ley autoritativa.

Y es que, como bien sabemos todos, cuando se delegan facultades legislativas por parte del Congreso hacia el Gobierno, una condición sine qua non es que tal habilitación sea expresa y específica. No se admiten ambigüedades en materia de delegación. Así se encuentra regulada esta figura en el texto constitucional hoy vigente en el artículo 104° y la doctrina asimismo ha sido bastante persistente en resaltar este aspecto. Léase sobre el particular: FREIXES SANJUÁN, Teresa. La legislación delegada. En: ICPDC. Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Año V, N° 5. Huancayo, 1996, p. 147 y ss; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo. En: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994; DONAYRE PASQUEL, Patricia. Los Decretos Legislativos en el Perú. Sobre su control y aplicación en el Perú y en la legislación comparada. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2001, p. 97 y ss; entre otros trabajos sobre esta materia.

Sin embargo, el hecho de que la Ley N° 26950 señalara como materia respecto de la cual se le delegan facultades legislativas al Gobierno sea “[...] la Seguridad Nacional y se fundamentan en la necesidad de adoptar e implementar una estrategia para erradicar un peligroso factor de perturbación de esa seguridad, generado por la situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizada en bandas utilizando armas de guerra y explosivos, provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad”. Cuando claramente se deduce que la materia a regular viene a ser la “Seguridad Ciudadana” y no la “Seguridad Nacional” como aparece allí. Esto último supondría una situación de riesgo actual e inminente del régimen democrático, integridad territorial o de la soberanía nacional que bien puede inferir el lector no ocurre en este caso con las acciones de la delincuencia común organizada en bandas que utilizan armas de guerra y explosivos. Este error afectó directamente a los Decretos Legislativos dictados al amparo de la Ley N° 26950, desde que esta última presentaba vicios para adecuarse a los parámetros constitucionales.

Por si lo dicho hasta aquí no tuviera suficiente entidad, de los Decretos Legislativos aquí enunciados pudieron desprenderse algunos problemas de compatibilidad con el texto constitucional hoy vigente en el Perú. Este es el caso del Decreto Legislativo N° 895 que establece que el hábeas corpus en los casos de terrorismo agravado se tramita ante los tribunales militares, sin considerar que el artículo 200° de la Carta Magna de 1993 señala

que con la dación de la Ley N° 27235 a fines del año 1999 van a haber importantes modificaciones en lo que se refiere a la competencia de la justicia militar para conocer los delitos de terrorismo cometidos por civiles. Así, el 20 de diciembre de 1999 se emite la Ley N° 27235 que modificaba el Decreto Legislativo N° 895 y sustituye la denominación consagrada en esta norma de “terrorismo agravado” por el de “terrorismo especial”. A su vez, su artículo 3° estableció que la investigación y el juzgamiento de estos delitos serán de competencia del fuero común. También modificaba la Segunda Disposición Final del mencionado Decreto Legislativo, señalando que los procesos en trámite por los delitos de “terrorismo especial” que eran de conocimiento del fuero militar continuarían tramitándose por esa vía (artículo 2° de la Ley N° 27235), cuestión esta última entonces que requería también ser reconsiderada.

El 30 de abril de 2001 la Defensoría del Pueblo interpone una acción de inconstitucionalidad contra los mencionados Decretos Legislativos N° 895, 897 y la Ley N° 27337¹⁹. El Tribunal Constitucional emite sentencia el 15 de noviembre del mismo año declarando fundada en parte la acción interpuesta y declara inconstitucionales los Decretos Legislativos enunciados en sus disposiciones aún vigentes, entre los que se encontraba el

expresamente que será una ley orgánica la que regule el ejercicio de los procesos constitucionales allí consagrados.

Asimismo, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos hizo manifiesta su discrepancia con las medidas adoptadas bajo el marco establecido por la Ley N° 26950. Con relación al Decreto Legislativo N° 895 que es el que para los fines de este trabajo nos interesa, señaló que con la figura del delito de “terrorismo agravado” se distorsionó el concepto de terrorismo utilizado por la legislación nacional, que se hizo uso de términos ambiguos logrando así ampliar el abanico de punibilidad y afectando el principio de legalidad, determinación penal y de proporcionalidad de las penas, contraviniendo así además los artículos 8°, 9°, 10° y 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 9° y 14° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. A mayor abundamiento: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe a la Sub-comisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías de Naciones Unidas. Lima, julio de 1998.

No pretendemos entrar en detalle respecto a los vicios de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos dictados al amparo de la Ley N° 26950, sino tan sólo reseñar, en líneas generales, algunos aspectos que suscitaban duras críticas y cuestionamientos a tales instrumentos legales. En todo caso, el Informe presentado por la Defensoría del Pueblo sobre el particular resultar por demás un documento de consulta obligatoria para estos fines. Recomendamos entonces revisar: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Análisis de los Decretos Legislativos sobre Seguridad Nacional dictados al amparo de la Ley N° 26950. Serie Informes Defensoriales. Informe N° 9. Lima, 16 de junio de 1998.

Fueron 34 los individuos condenados a cadena perpetua, 41 los que recibieron 30 años de pena privativa de libertad como sanción, 4 los enviados a prisión por 25 años, 5 los sentenciados a 20 años de pena privativa de libertad y 3 personas purgarían condena en una prisión por 15 años. Todas estas cifras se refieren sólo a los sentenciados con Ejecutoria Suprema y en el período de mayo de 1998 hasta agosto de 1999. A mayor abundamiento sobre el particular y lo sucedido en instancias inferiores puede revisarse: Justicia Militar. Al servicio del país. Lima, 12 de agosto de 1999, p. 5.

¹⁹ Como el Tribunal Constitucional no contaba con el quórum consagrado en el artículo 201° del texto constitucional –recordemos que de los siete miembros, tres habían sido destituidos durante el régimen fujimorista por las Resoluciones N° 002-97-CR, N° 003-97-CR y N° 004-97-CR- el plazo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad contra las normas referidas quedó en suspenso –así se señaló en el Oficio N° 932-97-P/TC de 11 de noviembre de 1997 remitido a la Defensoría del Pueblo por el Alto Tribunal- hasta el 21 de Noviembre del año 2000 en que se restituyó a dichos magistrados en sus cargos a tres días de publicada la resolución legislativa N° 007-2000-CR. Es necesaria esta aclaración pues de conformidad con el artículo 26° de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano, modificado por la Ley N° 26618, la acción de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley se interpone dentro del plazo de seis meses contados a partir de su publicación.

artículo 2° de la Ley N° 27235 que, como señalamos, modificó la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N° 895²⁰.

Establecidas así las cosas, el fuero militar hoy en día ya no es competente para conocer de los delitos de terrorismo cometidos por civiles, pues la Ley N° 27235 ya referida le había quitado tal facultad. Con respecto a los procesos que estaban tramitándose en ese fuero, éstos serían trasladados al fuero común ya que la disposición que estipulaba que todavía serían de conocimiento de la justicia militar fue declarada inconstitucional. Así lo dispondría además luego la Ley N° 27569, del 2 de diciembre del año 2001²¹. Todo esto al menos legalmente, pues aún la actual Constitución contempla esta posibilidad. Es por ello que saludamos el Proyecto de Reforma Constitucional en este sentido.

Los **militares en situación de retiro** es otra categoría de sujetos que fue sometida al fuero militar²². Ello, en virtud del artículo 321° del Código de Justicia Militar que en su

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2001 (Exp. N° 005-2001-AI/TC). El texto tanto de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo como la misma sentencia del Tribunal Constitucional con relación a las normas aquí reseñadas, las encontramos en: Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo N° 4. Lima, enero 2002, p. 281 y ss.

²¹ Así el artículo 1° de la Ley N° 27569 señala expresamente:

“Todas las personas que se encuentran procesadas o sentenciadas conforme a las normas previstas en los Decretos Legislativos núms. 895 y 897, serán sometidas a nuevo juicio en el Fuero Común del Poder Judicial, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal y el Procedimiento Ordinario del Código de Procedimientos Penales y normas complementarias”.

Reafirmando lo ya señalado por nuestro Alto Tribunal en el Expediente N° 005-2001-AI/TC, el artículo 4° de esta norma legal deroga los Decretos Legislativos N° 895 y N° 897, así como todas aquellas normas que se le opongan.

La respuesta a lo dispuesto por la Ley N° 27569 por parte de nuestros tribunales no se hizo esperar, así lo demuestra la Sala Nacional de Terrorismo, de Organizaciones delictivas y bandas que en sentencia del 20 de febrero de 2002 señaló:

“[...] la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos en comento, en buena cuenta, importa el cuestionamiento a todo el proceso judicial, es en este sentido que para los efectos del cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, el Congreso de la República, con fecha veintinueve de dos mil uno dictó la Ley veintisiete mil quinientos sesentinueve, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el dos de diciembre del dos mil dos [...] cuyo artículo primero señala “Todas las personas que se encuentren procesadas o sentenciadas conforme a las normas previstas en los Decretos Legislativos Números 895 y 897, serán sometidas a nuevo juicio en el Fuero Común del Poder Judicial [...]”, debiendo entenderse el término “nuevo juicio” como todo el procedimiento, ya que no es razonable que el espíritu del legislador sea sólo el nuevo juzgamiento o juicio oral, pues la violación a los principios fundamentales no es desde la segunda etapa del proceso, sino desde su inicio, más aún, sería incongruente proceder al señalamiento de audiencia, basada en una acusación fiscal emitida por el Fuero Privativo Militar cuya competencia en este tipo de procesos ha sido cuestionada [...]” (Exp. N° 499-2001).

²² El caso “Cesti Hurtado” ha sido sin duda uno de los más sonados a este respecto. Gustavo Adolfo Cesti Hurtado era un broker de seguros que había pertenecido anteriormente a los institutos castrenses hasta que pasó al retiro con el grado de Capitán. Debido a una operación de seguros efectuada por el Ejército con la Compañía de Seguros Popular y Porvenir, en la cual Cesti Hurtado intervino en calidad de Asesor se le abrió a este último instrucción por los delitos de desobediencia, contra el deber y dignidad de la función, negligencia y fraude ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.

En la medida que Cesti Hurtado si bien había pertenecido a las Fuerzas Armadas, al momento de la denuncia no sólo era ya un Capitán en situación de retiro, sino que inclusive los delitos que se le imputaban no configuraban en estricto delitos de función, se trataba de delitos comunes. Los cuestionamientos a la competencia de los jueces militares para conocer este caso no se hicieron esperar. Tal es así, que la orden de detención dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar había sido dejada sin efecto como consecuencia de la sentencia definitiva de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia, de fecha 12 de febrero de

primer inciso establece: “*Son militares para los efectos de este código (...) los que de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que rigen al personal de las distintas armas y servicios, tienen grado militar o prestan servicio militar*”²³. Se argumentaba entonces que si bien tienen la condición de retirados, ello no

1997, que declaró fundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por Cesti Hurtado. A tal efecto, señaló en su considerando décimo:

“[...] 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 que 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...” (Expediente N° 335-97).

A pesar de éste, sin duda, contundente argumento, el fuero militar se rehusó a cumplir la sentencia aquí citada, a través de una resolución de fecha 26 de febrero de 1997 e hizo efectiva la orden de detención dictada por éste con anterioridad. Tales hechos motivaron la actuación de entidades muy respetables como la Defensoría del Pueblo (revítese sobre el particular la resolución Defensorial N° 012-97/DP, de 24 de marzo de 1997, por la que se recomienda al Consejo Supremo de Justicia Militar que cumpla la sentencia de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima; el Oficio N° DP-99-918, de 14 de octubre de 1999, a través del cual se exhorta al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar para que dé cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de 29 de setiembre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de la libertad de Cesti Hurtado y la resolución Defensorial N° 56-99/DP, de 29 de octubre de 1999, por medio de la cual se recuerda al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar el deber de respetar lo establecido en el artículo constitucional 44°, es decir, el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, así como la obligatoriedad y el carácter definitivo y ejecutable que inviste a las sentencias de la Corte Interamericana). La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció respecto a este caso en concreto en la sentencia de 29 de setiembre de 1999 señalando:

“En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En consecuencia, el juicio oral al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1° de la Convención” (párrafo 151).

Luego de todo lo reseñado y tiempo después de acoger el Consejo Supremo de Justicia Militar, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, optó por darle cumplimiento, poniendo inclusive en entredicho la eventual responsabilidad penal de sus miembros por los ilícitos penales de secuestro, abuso de autoridad y detención ilegal, según afirma MORALES SARAVIA, Francisco. Comentarios sobre la sentencia de Hábeas Corpus a favor de Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y las consecuencias de su tardío cumplimiento por el Consejo Supremo de Justicia Militar. En: Diálogo con la Jurisprudencia Número 14. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre 1999, p. 89 y ss.

²³ En el Perú a dos años de la promulgación de la nueva Carta Magna, el 6 de junio de 1995, se expidió una resolución mediante la cual se declaraba como culpables de los delitos de infidencia y ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas a oficiales en retiro. Así, el General de División del Ejército Peruano en Situación de Retiro Carlos Mauricio Agurto fue condenado por los delitos de infidencia y ultraje a la nación y a las Fuerzas Armadas en agravio del Estado. Para tal cometido el tribunal militar interpretó el artículo 321° inciso 1, de manera extensiva, pues así era la única manera de que encaje dentro del supuesto los oficiales en retiro. El precepto señalado otorga la calidad de militares a: “Los que de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que rigen al personal de las distintas armas y servicios, tienen el grado militar o prestan servicio militar”. En la medida que el oficial en retiro aún ostenta el grado con el que dejó el servicio activo, se entendió, a criterio del tribunal militar, que estaba dentro de su

obsta para dejar de reconocer que aún mantienen el grado militar, pues así lo señala el artículo 11° de la Ley de Situación Militar²⁴.

Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 53° de la Ley de Situación Militar, Decreto Legislativo N° 752, define a los Oficiales en situación de retiro como *"la situación del oficial que se encuentra fuera de las situaciones de actividad y de disponibilidad, apartado definitivamente del servicio"*. Por si ello fuera poco, el artículo 70° de la misma Ley establece que los Oficiales en situación de retiro ejercerán sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política sin limitación alguna, es decir, como cualquier civil. En consecuencia: ¿qué delito de función podían cometer los Oficiales en situación de retiro si ya no ejercen funciones militares, si están fuera del servicio activo?. Felizmente, pareciera que el mencionado artículo 201° también los excluiría de su ámbito competencial.

Los mismos argumentos aquí presentados son invocables en el caso de los **militares en situación de disponibilidad**, situación definida por el Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar, como:

"Artículo 34°.- Disponibilidad es la Situación Transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad, pero puede volver a ella, desaparecidos los motivos que originaron su separación del servicio activo". En consecuencia, en la medida que no está en actividad, no puede ser autor de delito de función o militar alguno.

Es digno de mención en este punto los avances que presenta el Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar (Proyecto de Ley N° 1203/2001-CR), ya que en su artículo VIII del Título Preliminar excluye a los militares y policías en situación de disponibilidad y retiro de la competencia de la judicatura castrense, bajo un texto que señala:

"VIII. Las disposiciones del Código de Justicia Militar no son de aplicación al personal militar y policial en situación de disponibilidad o retiro, salvo que las infracciones cometidas se hubieren producido cuando se encontraban en la situación de actividad. De

competencia según lo señalado en el artículo 321° inciso 1, antes citado. En el Perú a dos años de la promulgación de la nueva Carta Magna, el 6 de junio de 1995, se expidió una resolución mediante la cual se declaraba como culpables de los delitos de infidencia y ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas a oficiales en retiro. Así, el General de División del Ejército Peruano en Situación de Retiro Carlos Mauricio Agurto fue condenado por los delitos de infidencia y ultraje a la nación y a las Fuerzas Armadas en agravio del Estado. Para tal cometido el tribunal militar interpretó el artículo 321° inciso 1, de manera extensiva, pues así era la única manera de que encaje dentro del supuesto los oficiales en retiro. El precepto señalado otorga la calidad de militares a: "Los que de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que rigen al personal de las distintas armas y servicios, tienen el grado militar o prestan servicio militar". En la medida que el oficial en retiro aún ostenta el grado con el que dejó el servicio activo, se entendió, a criterio del tribunal militar, que estaba dentro de su competencia según lo señalado en el artículo 321° inciso 1, antes citado.

²⁴ Como bien sabemos todos, cuando un sujeto ha pertenecido a las Fuerzas Armadas o Policiales y luego pasa a la situación de retiro, mantiene el grado con el que dejó el servicio activo aunque con la salvedad de señalar su condición de retirado. Casos como los aquí reseñados del Capitán (r) Mauricio Agurto, así como de los Generales en retiro Luis Cisneros Vizquerra, Alberto Arciniega Huby, Germán Parra Herrera y Jaime Salinas Sedó, entre otros, constituyen un claro ejemplo de lo recientemente afirmado.

Esta situación se encuentra por cierto, expresamente consagrada en el artículo 11° de la Ley de Situación Militar que señala:

"Los grados, honores y pensiones militares son dados de por vida, constituyen un derecho del Oficial y no pueden ser retirados sino por sentencia judicial y en los casos determinados por la ley".

*igual manera, no son de aplicación a los civiles, con excepción de lo establecido por el artículo 173° de la Constitución Política*²⁵.

De otro lado, aún cuando los civiles estarían excluidos expresamente de la competencia del fuero castrense, el caso de los **empleados civiles que laboran en instituciones militares** presenta ciertas particularidades que necesario es aquí señalar. Y es que, si bien el artículo 322° inciso c) del Código de Justicia Militar los incluye dentro del ámbito de actuación de los jueces castrenses²⁶, creemos nosotros que ello lo hace inconstitucionalmente, pues en nuestra modesta opinión este precepto habría quedado derogado con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993. Sin embargo, los jueces castrenses lo han aplicado durante la vigencia de la Constitución de 1979 y hasta hace muy poco.

A este respecto, el Consejo Supremo de Justicia Militar emitió el 21 de agosto de 2001 una circular en la que se uniformizan criterios para la tramitación de denuncias y procesos aperturados contra empleados civiles. Así, dicha circular señala: *“La Sala de Derecho Público ha emitido resoluciones en procesos de Hábeas Corpus suspendiendo la tramitación de causas tramitadas ante juzgados militares contra empleados civiles (casos EECC_FAP LICERA Muñoz, CABANILLAS Quispe y GUILLÉN Bendezú) fundamentándose básicamente en los artículos de referencia (a) y (b)”* –se refiere a los artículos 173° y 138° de la Constitución Política del Perú. Agregando además: *“...la nueva orientación jurisprudencial al que se hace mención en líneas anteriores, tienen como sustento modular los preceptos jurisdiccionales glosados, que se traducen fundamentalmente en que las disposiciones del Código de Justicia Militar no son aplicables a los civiles, salvo en los casos de delitos de Traición a la Patria y terrorismo que la ley determine*²⁷.

Eso sí, en el caso de la comisión del delito de infidencia, el 27 de junio de 2002 el Consejo Supremo de Justicia Militar en circular N° 003-P-CSJM señaló: *“No obstante, el personal civil que labora en justicia militar no está sujeto a la normativa legal referida, no*

²⁵ Ello guarda concordancia con el artículo 329° de la misma propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar el cual dispone que:

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

Igualmente tiene jurisdicción sobre el militar en situación de disponibilidad o retiro por los delitos de función cometidos por éste cuando se encontraba en la situación de actividad”.

²⁶ Así el Código de Justicia Militar señala expresamente:

“Artículo 322°.- Para los efectos de este Código se asimila a la condición de militares:

[...]

c) 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”.

Un ejemplo de la aplicación de esta discutible disposición es la Instrucción 11002-2001-0068, abierta por el Teniente Coronel César Augusto Yactayo Felipa, Juez sustituto de la Primera Región del Ejército, contra los señores Marco Aurelio Garrido Gibaja y Wilfredo Nizama Taboada, cajero y contador civiles respectivamente. Dicha decisión fue cuestionada a través de sendos hábeas corpus declarados fundados por la Sala Penal y el Quinto Juzgado Penal de la Corte Superior de Piura en junio de 2002. Caso citado en: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Hacia una reforma...”. Op. Cit., p. 137.

²⁷ CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR. Circular N° 002-P-CSJM. Asunto: Recomendaciones relacionadas con denuncias y procesos contra Empleados Civiles. Lima, 21 de agosto de 2001.

*está exceptuada de la responsabilidad, debiendo ser el caso, sometido a los procesos administrativos disciplinarios correspondientes a la gravedad de la falta probada*²⁸.

La discusión en torno a si la justicia militar es competente para conocer los casos de los **policías**²⁹, quedaría al parecer resuelta con el Proyecto de Reforma Constitucional. Y es que, además de que el artículo 201° citado líneas arriba sólo hace referencia al personal militar en actividad, el artículo 228° establece que la Policía Nacional es una institución no militarizada³⁰. Aunque según la propuesta excepcionalmente puede tener unidades militarizadas, el precepto 201° de la misma los estaría excluyendo del fuero militar.

Con relación a las **infracciones a la ley del servicio militar obligatorio**, el lector bien habrá apreciado que el artículo 201° antes citado no hace mención alguna a este supuesto³¹. Ello se debe a que, como bien sabemos todos, con la dación de la Ley N° 27178, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de Setiembre de 1999, nuestro régimen de servicio militar pasó de ser uno obligatorio a uno voluntario, por lo que esto reduce considerablemente el abanico competencial de la justicia militar³².

²⁸ CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR. Circular N° 003-P-CSJM. Asunto: Responsabilidad funcional en la comisión del delito de infidencia en la Administración de Justicia. Lima, 27 de junio de 2002.

²⁹ En el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 64 se señala como un rasgo distintivo entre la organización militar y la policial que “[...] en las organizaciones policiales cuanto menor es el rango del funcionario, mayor es su grado de discrecionalidad cotidiana, a la inversa de lo que ocurre en las Fuerzas Armadas tradicionalmente estructuradas: el policía en la calle tiene mucho mayor margen de decisión frente a las múltiples situaciones que se le presentan diariamente, que los mandos habitualmente destacados en oficinas”. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Hacia una reforma...”. Op. Cit., p. 138.

³⁰ El artículo 228° del Proyecto de Reforma Constitucional del 11 de julio, viene a señalar expresamente con relación al carácter no militarizado de la policía:

“La Policía Nacional es una institución no militarizada. Excepcionalmente, puede tener unidades militarizadas para actuar en el control del orden interno autorizado por ley”.

³¹ A este respecto necesario es señalar que, si bien la Constitución de 1993 derogó la Constitución de 1979, la cual consagraba en su artículo 78° el servicio militar como una obligación patriótica de todos los peruanos; la decisión del legislador constitucional de 1993 no fue la de eliminar tal disposición. A pesar de que en el texto constitucional vigente no encontramos ningún precepto similar al ya citado artículo 78°, en su artículo 173° señala, al igual que el artículo 282° de la Carta de 1979, que los infractores del servicio militar obligatorio serán juzgados de acuerdo al Código de Justicia Militar, otorgando así competencia para conocer de estos asuntos a los tribunales militares.

No obstante, a criterio de la Defensoría del Pueblo, el precepto 173° de la actual Carta Magna no obliga al legislador a optar por un modelo de servicio obligatorio, pudiendo en todo caso éste inclinarse por un servicio militar voluntario, que es lo que al final sucedió. Léase: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma del servicio militar. Serie Informes Defensoriales. Informe N° 22. Lima, diciembre 1998.

Además de estas consideraciones, por cierto útiles a efectos de entender la reducción en el abanico competencial de los jueces militares que ha conllevado la consagración de un modelo voluntario de servicio militar. Los efectos de dicha medida eran evidentes: no sólo los jueces militares ya no conocerían de tales conductas, sino que inclusive no configuraba delito alguno, lo cual resultó siendo un alivio en virtud de la eternización de los procesos seguidos contra omisos en el fuero castrense.

³² Más allá de los avances y retrocesos en materia de servicio militar voluntario en nuestro país y las circunstancias en que se aprobó la Ley N° 27178, para los fines de este trabajo interesa saber que la dación de tal norma trajo como uno de sus principales efectos, el fin de los procesos que se venían tramitando contra los omisos o remisos ante los Juzgados y Consejos de Guerra, es decir: no sólo el archivo definitivo de las causas penales, sino también la anulación de las órdenes de captura dictadas con anterioridad a la emisión de la Ley N° 27178. Así a tenor de la Cuarta Disposición Final de la mencionada norma:

En alguna ocasión, cuando aún se encontraba vigente la Constitución de 1979, la cual en su artículo 78° regula expresamente la obligación de todos los ciudadanos de prestar tal servicio, se alegó la situación de reserva en la que se encuentran todos los peruanos de los dieciocho hasta los cincuenta años de edad como un elemento que permitiría ampliar considerablemente la competencia de los tribunales militares.

En aquella oportunidad, se adujo como un intento por encuadrar dentro de los marcos constitucionales del texto de 1979 el juzgamiento de civiles que habían incurrido en el delito de terrorismo por los jueces militares, que tales sujetos habían infringido tal obligación, pues desde esta perspectiva el servicio militar no sólo se presta cuando se está en servicio activo, sino también en la situación de reserva, lo cual involucra el respeto al orden constitucional y en tal sentido a las Fuerzas Armadas³³, mandato que evidentemente no habían cumplido tales sujetos. Sin embargo, en el nuevo escenario de un servicio militar voluntario, la judicatura castrense ha visto reducido en gran medida su ámbito de actuación.

A pesar de los saludables alcances del artículo 201° de la propuesta de reforma, consideramos que aún hay ciertos problemas a considerar. Uno de ellos es por ejemplo que dicho precepto ya no hace alusión al delito de función, sino a delitos estrictamente castrenses; sin embargo, ¿cuáles serían los criterios para determinar un delito como estrictamente castrense? Estará, una vez más, en manos del legislador el establecer las pautas para considerar una conducta delictiva como tal y la jurisprudencia la que se encargue de delimitar el contenido de tales disposiciones³⁴.

“Quedan sin efecto las órdenes de captura y requisitorias dispuestas por los Tribunales y Juzgados Militares contra los omisos a la Ley del Servicio Militar Obligatorio –Decreto Legislativo N° 264.

Los Tribunales y Juzgados Militares de oficio dispondrán el corte de secuela de los procesos seguidos contra los infractores a que se refiere el párrafo precedente, en el estado en que se encuentren, ordenando su archivamiento definitivo, debiendo remitir la documentación pertinente a las Oficinas de Registro Militar de los Institutos de las Fuerzas Armadas, dentro de los 60 (sesenta) días naturales siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. [...]”.

³³ Hacemos aquí referencia a la propuesta del ex-presidente Alan García formulada a fines de su mandato durante un Mensaje a la Nación, el 28 de julio de 1989, y luego en una Conferencia con fecha del 15 de agosto del mismo año:

“Muchos peruanos creen equivocadamente que el Servicio Militar Obligatorio (SMO) es sólo el servicio en el activo que es el que cumplen los peruanos que son seleccionados y prestan servicios acuartelados durante un año a dos años. Pero esa es sólo una de las formas en que se cumple el Servicio Militar Obligatorio”.

“Esto quiere decir que todos, todos los peruanos, entre 18 a 50 años estamos en edad militar y estamos obligados a seguir cumpliendo con el Servicio Militar Obligatorio en la reserva, porque el SMO puede cumplirse en el activo cuando uno es seleccionado [...] pero, además de eso; se sigue cumpliendo en la reserva hasta alcanzar los 50 años de edad”.

“Si esto dice la ley, me pregunto y pregunto a todos los peruanos ¿acaso no infringe el SMO quien pretende por la violencia destruir el sistema constitucional del que forman parte las Fuerzas Armadas?”.

“Se trata de definir en una ley, en un solo artículo, que el delito de terrorismo y subversión infringe el servicio militar, y de esa manera en adelante los terroristas serán rápidamente, drásticamente sancionados, se necesita, pues, de una reforma constitucional, se necesita interpretar debidamente la Constitución”. En: INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Perú 1989 en la espiral de violencia. Lima: IDL, 1990, p. 138-139. Citado por: ETO CRUZ, Gerardo. “La Justicia...”. Op. Cit., p. 130-131; así como en: ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José F. “La Jurisdicción Militar...”. Op. Cit., p. 376-377.

³⁴ Una disposición semejante la encontramos en el artículo 14° del Código Procesal Penal, ordenamiento que como bien sabemos todos se aprobó por el Decreto Legislativo N° 638, de 25 de abril de 1991 y cuya vigencia se encuentra hoy en suspenso según lo dispuesto en la Ley N° 26299, pero que a efectos del presente trabajo conviene citar:

“La justicia militar está limitada a los delitos estrictamente 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”.

Aunque somos de la opinión de que si bien se admite la existencia de una instancia jurisdiccional militar en el Perú, ello no obsta para considerar una instancia administrativo-disciplinaria para aquellas infracciones leves que configuren en rigor una contravención a normas de reglamentos internos, es decir, un escenario disciplinario-militar, véase a este respecto los importantes aportes de: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III. Madrid: Civitas, 1991, p. 2555. Esto último, sin perjuicio del eventual conocimiento de la causa por el aparato judicial a través de un contencioso-administrativo, pues no hay razón alguna para eximir de dicho control a la actuación de la Administración militar. Recomendamos revisar sobre el particular: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar. En: Revista Española de Derecho Administrativo, número 54. Abril-junio de 1987, p. 183 y ss. Y es que, creemos que hay algunas conductas calificadas como delitos en el Código de Justicia Militar, cuando vienen a configurar meras faltas leves a un reglamento disciplinario, salvo mejor parecer.

Fórmula similar también a la aquí comentada del artículo 201° del Proyecto de Reforma Constitucional la encontramos en el artículo 117.5° de la Constitución española de 1978 que señala: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y 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”. En lo que concierne a los alcances de este precepto constitucional y su desarrollo legislativo en la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, pueden revisarse los interesantes trabajos de: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz en el ordenamiento jurídico español. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVIII, N° 14. Trujillo: Editorial Normas Legales, enero-marzo 1998, p. 41 y ss.; y La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de guerra en el ordenamiento jurídico español. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVIII, N° 16. Trujillo: Editorial Normas Legales, julio-setiembre 1998, p. 55 y ss.

Finalmente, ha sido el Tribunal Constitucional de dicho país el que se ha encargado de dotarle el contenido y establecer los límites infranqueables a la judicatura castrense. Así por ejemplo, en opinable sentencia 75/1982, de 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional español señaló en cuanto al ámbito de aplicación de la jurisdicción militar, a excepción del supuesto de estado de sitio, que será “ratione loci cuando se lesionen bienes jurídicos de carácter militar, para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan “contra cualquier persona”, sea militar o paisano. La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se aplica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos pueden afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas, y ha de entenderse siempre con arreglo al citado art. 117.5 de la Constitución, que queda restringida a los casos en que existan esos motivos” (Fundamento 4°). En: GIL GARCÍA, Olga. La Jurisdicción. Militar en la etapa constitucional. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales s.a., 1999, p. 46.

Luego, en sentencia 18/2000, de 31 de enero, en su Fundamento Jurídico 2° ha manifestado: “Procede recordar al efecto que la jurisdicción militar que, por mandato constitucional y bajo el principio de unidad de jurisdicción, conoce de un ámbito objetivo diferente del que es el propio de los demás órganos integrantes del Poder Judicial (SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y 113/1995, de 6 de julio), no puede extender su cognición más allá del ámbito estrictamente castrense a que se refiere el art. 117.5 CE, por lo que, como se declaró en la STC 111/1984, de 28 de noviembre”. Asimismo, esta jurisprudencia es reiterativa por cuanto el Fundamento 6° de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 71/1990 asevera también que la especialización de una serie de órganos no contradice la unidad del artículo 117.5, sino que encierra su desarrollo y proyección natural. Justamente en la sentencia se hace manifiesta la consideración de la justicia militar como una especialización que conoce sólo aquellos delitos que involucren lo estrictamente castrense, pero de ninguna manera comporta una jurisdicción distinta o ajena a la ordinaria.

III. UNA APROXIMACIÓN A LO QUE VENDRÍA A SER EL DELITO MILITAR (35) FRENTE A OTRAS CONDUCTAS DELICTIVAS COMETIDAS POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

De lo señalado líneas arriba se desprende entonces, que actualmente los jueces militares sólo se limitan a conocer de aquellas conductas delictivas cometidas por miembros del servicio activo de nuestras Fuerzas Armadas y Policiales. Aunque, como hemos visto, este último supuesto, al parecer, con la propuesta de reforma constitucional sería objeto de evaluación para su eventual conocimiento por jueces ordinarios³⁵.

Sin duda aún quedan tareas pendientes en esta materia, como puede ser la definición de lo que vendría a ser el delito militar. Una primera aproximación a su concepto nos lleva a definirlo como un delito especial propio cuyo bien jurídico protegido tiene vinculación con lo castrense³⁶. Esta es quizá la noción que maneja el legislador y lo ha

³⁵ El Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar, Proyecto de Ley N° 1203/2001-CR, varias veces aquí citado, enuncia en el artículo V de su Título Preliminar cuatro características de lo que vendría a ser el “delito de función militar” –siguiendo los términos de dicha propuesta- que son a saber:

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

³⁶ Decimos que estamos frente a un delito especial propio, debido a que estamos ante un delito que sólo puede ser cometido por personas especialmente cualificadas, de tal manera que si otra persona distinta –que no cumple con las características especiales del sujeto activo contemplado en el tipo penal- incurre en dicha conducta delictiva no lo convertiría en autor de ese delito. El claro ejemplo a este respecto es el delito de prevaricato, que sólo puede ser cometido por Jueces y/o Magistrados en tanto titulares del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Revítese sobre el particular: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros autores. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: La Ley, 1999, p. 155.

En la medida que sólo los militares en actividad en virtud de los deberes especiales que les son conferidos serían competencia de la judicatura castrense, estamos pues ante esta categoría jurídica. Asimismo, el bien jurídico afectado precisamente debe ser castrense en tanto que la infracción a ese deber especial debe suponer necesariamente la afectación de un bien jurídico de esta naturaleza, el incumplimiento de dichos deberes especiales desvirtúa los fines de la institución a la cual pertenecen y representan, por lo que la afectan directamente. Esto claro está, debe entenderse restrictivamente, pues como veremos, desde nuestra perspectiva no todos los delitos cometidos por el personal militar en actividad deben ser competencia del fuero castrense.

En el Código de Justicia Militar aún encontramos algunos preceptos que no necesariamente se condicen con la definición que hemos acabado de formular. Así, comprende algunas disposiciones que, en nuestra modesta opinión, no configuran en estricto un delito militar, sino que en todo caso se trata de delitos comunes.

Así por ejemplo, el artículo 269° de dicho ordenamiento establece que:

“El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con personas del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa.

Si se ejerciese violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción para perpetrar el delito, será reprimido, además si fuese Oficial, con pena de prisión, aplicándose la pena de expulsión como accesoria. En los individuos de tropa se tendrá esta circunstancia como atenuante”.

Independientemente del hecho de consagrar la homosexualidad como conducta delictiva, lo cual es a todas luces discutible, y de la incompatibilidad resultante entre la fórmula del precepto aquí citado con el principio de igualdad al sancionar de manera distinta en función de si se trata de un Oficial o personal de tropa el sujeto implicado, a cuyo efecto puede revisarse nuestro trabajo: Notas sobre las restricciones al ejercicio de algunos derechos fundamentales a los funcionarios del Estado. A propósito del caso de los miembros de las Fuerzas Armadas: un planteamiento de

llevado a consagrarlo como “delito estrictamente castrense”. Sin embargo, su contenido aún está lleno de sombras. Será entonces el legislador y la jurisprudencia, los que se encarguen de establecer las pautas para considerar una conducta delictiva cometida por un militar en actividad como un delito militar en sentido estricto, de acuerdo a los principios constitucionales y los parámetros de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo. Eso sí, somos de la opinión, que debe excluirse de antemano la idea de que todo delito cometido por un miembro en servicio activo de las Fuerzas Armadas constituye una conducta delictiva cuyo conocimiento debe estar a cargo de los jueces militares, salvo mejor parecer³⁷.

la cuestión y perspectivas del Derecho Comparado. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XIII, N° 25. Lima, noviembre 2002, p. 125 y ss; y en especial p. 141-143; nos encontramos pues ante un delito común que atenta y/o amenaza a la libertad sexual y al derecho a la intimidad de los sujetos pasivos de esta conducta delictiva, y por lo tanto no en estricto un bien jurídico castrense. Así también, el artículo 181° inciso 1 regula como abuso de autoridad: “Privar a cualquiera indebidamente de su libertad personal”. ¿Qué bien jurídico castrense se encuentra aquí afectado, sino es la libertad personal propia de todo sujeto independientemente de su condición? No ahondaremos en ejemplos de esta naturaleza pues nos excederíamos en las líneas previstas para este trabajo. Aunque sí es necesario mencionar, por si lo dicho hasta aquí no tuviera suficiente entidad, el artículo 324° del Código de Justicia Militar en razón de que comprende una fórmula que es a todas luces cuestionable, al regular no sólo un amplio abanico de posibilidades para la actuación de la justicia castrense, sino porque pone en entredicho la vigencia del principio de unidad jurisdiccional al consagrar una suerte de fuero privativo. Dicha disposición señala expresamente:

“La jurisdicción militar conoce también de los delitos comunes cometidos en acto del Servicio cuando agraviado e inculpaado son militares, aplicándose las normas del Código Penal Común”.

A criterio de la Defensoría del Pueblo, este artículo habría sido derogado por la Constitución de 1993 actualmente en vigencia, ya que dicha Carta Magna limita la competencia del fuero militar a los delitos de función y no comprende a los delitos comunes. A mayor abundamiento: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Lineamientos para la reforma de la justicia...”. Op. Cit., p. 53 y ss. Elementos como los aquí descritos han llevado a su vez a algunos autores, y creemos con razón, a cuestionar la pertinencia de un Código de Justicia Militar en nuestro país. Se han planteado alternativas como la inclusión de un título especial al interior mismo del Código Penal Común o la emisión de una ley penal militar que en términos restrictivos comprenda todas aquellas reglas que atiendan a la función militar y las respectivas conductas delictivas. Sobre el particular: HURTADO POZO, José. ¿Es necesario el Código Penal Militar?. En: *Idee*. Revista del Instituto de Defensa Legal N° 150. Edición Especial. Lima, noviembre 2002, p. 37 y ss.

37

La Ley N° 26926 reconoce como competencia exclusiva de la judicatura ordinaria aquellas conductas delictivas que implican torturas, desaparición forzada de personas, genocidio y homicidio calificado, es decir: tipos penales cuyo bien jurídico protegido son en rigor los derechos fundamentales. Es así que en concordancia con esta última norma, el artículo 331° inciso b) del Proyecto de Código de Justicia Militar (Proyecto de Ley N° 1204/2001-CR), viene a excluir del abanico competencial de esta instancia jurisdiccional las conductas delictivas antes referidas.

No obstante, y muy a nuestro pesar, aún hay algunos preceptos del Proyecto aquí citado que convendría reconsiderar en la medida que los bienes susceptibles de protección distan de ser estrictamente castrenses. Así por ejemplo, se incurre en el mismo error del Código de Justicia Militar hoy vigente al consagrar como delito de abuso de autoridad “el privar a cualquiera indebidamente de su libertad personal” (artículo 193° inciso 1 de la propuesta), fórmula contemplada actualmente en el artículo 181° inciso 1 citado líneas arriba.

Semejante situación es la que se presenta en el artículo 155° del Proyecto de Ley N° 1204/2001-CR, en el que se regula el homicidio del superior como un delito comprendido dentro del Título denominado “Del insulto al superior”, aquí lo que cabe cuestionarse es si el bien jurídico protegido es acaso la vida del superior, sino es en realidad la disciplina de los institutos armados. Nosotros nos inclinamos por el primer postulado, ya que sin duda el bien jurídico directamente afectado es el derecho fundamental a la vida; independientemente de las consecuencias que tal conducta puede conllevar en lo que se refiere a la disciplina castrense.

Asimismo, el artículo 280° de la propuesta de Código de Justicia Militar mantiene la regulación del actual discutible artículo 269° del mismo Código hoy vigente –y citado en la nota 36-, en donde se regula discutiblemente como Delito de cobardía contra el honor, decoro y deberes militares a la homosexualidad, y se tipifica como delito militar lo que en rigor vendría a ser un delito contra la libertad sexual que bien puede encajar en el título correspondiente del Código Penal Común. Estas son entonces tan sólo algunas de las disposiciones del Proyecto de Código de Justicia Militar (Proyecto de Ley N° 1204/2001-CR) que aún muestran ciertas deficiencias en cuanto a la tipificación de los delitos militares, pues como ha podido deducir el lector, los bienes jurídicos afectados vienen a ser antes que bienes jurídicos castrenses, derechos fundamentales y que por tanto, en nuestra modesta opinión, de conocimiento de la judicatura ordinaria, salvo mejor parecer.