

LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

ROBERTO CARLOS PEREIRA CHUMBE

SUMARIO: **1.** Antecedentes. **2.** Observaciones preliminares. 2.1. Un primer paso positivo en el camino hacia las reformas. 2.2. La suerte parlamentaria de las propuestas del Ministerio de Defensa. 2.3. El silencio de las iniciativas en materia constitucional. **3.** Los proyectos de reformas parciales en trámite ante el Congreso. **4.** Las propuestas de ley orgánica de Justicia Militar y de Código de Justicia Militar del Ministerio de Defensa 4.1. La propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar .4.1.1. Precisión del delito de función y limitaciones de competencia 4.1.2. La justicia militar como órgano del Poder Ejecutivo. 4.1.3. Designación de los miembros de la Justicia Militar. 4.1.4. Subordinación y jerarquía en la justicia militar. 4.1.5. Composición por oficiales de armas. 4.1.6. Relación con la Corte Suprema 4.1.7. El Ministerio Público de la justicia militar. 4.2. La Propuesta de Código de Justicia Militar. 4.2.1. Algunas correcciones importantes. 4.2.2. Deficiencias terminológicas y dogmática 4.2.3. Sistema de penas 4.2.4. Bienes jurídicos tutelados. **5.** Conclusiones.

1. ANTECEDENTES

A pocos días de entrar en vigor la Constitución de 1979 y del retorno a la democracia, tras 11 años de dictadura militar, el saliente gobierno del general

Morales Bermúdez promulgó el Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar (19 de julio de 1980), y el Decreto Ley N° 23214 (24 de julio de julio de 1980). Ambas normas, que hasta la actualidad regulan la justicia militar, nacían con el propósito de adaptar el ámbito normativo castrense al nuevo ordenamiento constitucional, que se inauguró el 28 de julio de ese año.

Tal intención, sin embargo, tuvo limitaciones. La modificación más importante que introdujeron estas normas fue la limitación de la pena de muerte sólo para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior, reproduciendo en lo demás el esquema que básicamente tenía la justicia militar antes de la Carta de 1979¹. Los autores de las leyes, no sólo evitaron la participación de los civiles en la discusión de las reformas que requería la justicia militar, sino que, además, consiguieron mantener intacto el modelo que caracteriza a este ámbito del poder punitivo desde 1898, año en el que entró en vigencia el primer Código de Justicia Militar.

Esta situación de ilegitimidad constitucional se agudizó en los años posteriores, cuando la justicia militar con la colaboración del poder político y la Corte Suprema², extendió su ámbito de competencia al juzgamiento de delitos ajenos a la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses, como violaciones a los derechos humanos, terrorismo y conductas propias de la criminalidad organizada violenta.

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

Esta situación, junto a la manipulación política desplegada sobre los tribunales militares para asegurar la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos por un lado, y la sanción a militares críticos al gobierno fujimorista por otro, determinó que a la cuestionada constitucionalidad de la justicia militar se

1 Ver al respecto Defensoría del Pueblo, 1998, p. 23.

2 Durante la lucha antisubversiva y después de ella, tanto el Congreso de la República como el Poder Ejecutivo aprobaron normas que permitieron la expansión de la justicia militar, mientras que la Corte Suprema decidió muchos conflictos de competencia a favor de aquella en casos donde se investigaban violaciones a los derechos humanos.

sumara una importante crisis de legitimidad social. No extraña pues que a comienzos del año 2002, algunos ex miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar se encuentren sometidos a procesos penales, en los que se les imputa la presunta comisión de delitos relacionados con el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Es por ello que en el actual proceso de institucionalización democrática que se viene desarrollando en el Perú y en el marco de discusiones y discrepancias sobre una serie de temas, existe un amplio consenso, incluso en el seno de las Fuerzas Armadas, sobre la necesidad de realizar modificaciones a la legislación penal militar. Las discrepancias —que existen evidentemente— responden a la magnitud de los cambios que deben realizarse, y en esa medida resulta de interés revisar las propuestas de reforma que se han dado a conocer en el país, especialmente, la propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar y de Código de Justicia Militar, publicadas por el Ministerio de Defensa en la separata especial del diario oficial «El Peruano», en su edición del domingo 1 de julio del año 2001.

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

2. OBSERVACIONES PRELIMINARES

2.1. Un primer paso positivo en el camino hacia las reformas

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

APRA Judith de la Mata, a la que se encargó el estudio de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar.

Ello refleja, en cierto modo, el interés que se viene brindando a este tema, situación que contrasta notablemente con la poca atención que se le dispensó durante los gobiernos de Fernando Belaúnde, Alan García y Alberto Fujimori, llegando incluso en este último caso a considerarse «*políticamente incorrecto*» plantear reformas sustanciales a la justicia militar. Lo anterior explica pues, que la justicia militar a diferencia de otros sectores del poder punitivo estatal, sea el ordenamiento jurídico que menos reformas experimentó desde su entrada en vigor en 1980.

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

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

En la primera de sus presentaciones, el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar realizó una autocrítica institucional, al admitir ante los congresistas que la justicia militar contribuyó al mantenimiento del régimen corrupto y autoritario del fujimorismo, entre otras cosas, ampliando indebidamente su ámbito competencial a delitos ajenos al ámbito castrense³.

Sin perjuicio de todo lo positivo, hubiese sido conveniente que las propuestas mencionadas nacieran del diálogo previo y el trabajo conjunto entre civiles y

3 Ver al respecto la edición del 25 de septiembre de 2001 del diario «La República», o en: <http://www.larepublica.com.pe>

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

2.2. La suerte parlamentaria de las propuestas del Ministerio de Defensa

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

La conclusión de la legislatura correspondiente al periodo parlamentario del gobierno de transición supuso el archivo de ambos proyectos, hasta que el 12 de octubre del año 2001, y en el nuevo periodo parlamentario 2001-2006, el congresista de «Perú Posible» Marciano Rengifo Ruíz —elegido en la primera legislatura de dicho periodo parlamentario como Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno e Inteligencia del Congreso— solicitó al Presidente del Congreso la actualización del trámite de dichos proyectos. De este modo, el Proyecto de Ley N° 1966/2000-CR se convirtió en el Proyecto de Ley N° 1107/2001-CR, en tanto que el Proyecto de Ley N° 1967/2000-CR en el Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR.

Ahora bien, el 6 de noviembre del año 2001, el congresista de la «Unión Parlamentaria Descentralista» y Presidente de la Comisión de Justicia, Daniel Estrada Pérez, presentó el Proyecto de Ley N° 1203/2001-CR (Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar) y el Proyecto de Ley N° 1204/2001-CR (Proyecto de Código de Justicia Militar). Sin embargo, ambos proyectos son exactamente iguales, respectivamente, al Proyecto de Ley N° 1107/2001-CR y al Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR. Sorprende por tanto que al justificar sus

propuestas, el congresista Estrada exprese que tales proyectos sufrieron modificaciones al «...*habérseles incorporado los aportes provenientes de sectores especializados después de su publicación en el diario oficial El Peruano*»⁴.

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

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

2.3. El silencio de las iniciativas en materia constitucional

Resulta preocupante la ausencia de propuestas de reformas constitucionales sobre la justicia militar, que acompañen a los proyectos de ley en trámite ante el Congreso. Habría sido importante conocer la posición de las Fuerzas Armadas y del Consejo Supremo de Justicia Militar, sobre las propuestas de reforma constitucional que al respecto han planteado instituciones como la Defensoría del Pueblo⁵ y la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú⁶.

De este modo, se desconoce una vez más la posición de las Fuerzas Armadas y sobre todo del Consejo Supremo de Justicia Militar, acerca de las pro-

4 Oficio N° 740-2001-CJ/CR, de fecha 6 de noviembre del año 2001, a través del cual el congresista Estrada Pérez presentó sus iniciativas legislativas.

5 p. 85-86.

6 A través de la Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de fecha 31 de mayo de 2001, el gobierno de transición de Valentín Paniagua designó a un grupo de veintiocho especialistas a los que se encargó la elaboración de las bases de una reforma constitucional. A este grupo se le denominó Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Las

puestas para corregir la redacción del inciso 1) del artículo 139^{o7} y los artículos 141^{o8} y 173^{o9} de la Constitución, con el fin de configurar a la justicia militar como una especialidad jurisdiccional que forme parte del Poder Judicial. Ello significará tener en el vértice del sistema de justicia militar a la Corte Suprema y, consecuentemente, someter a sus magistrados a la previa designación del Consejo Nacional de la Magistratura, sustrayendo tal facultad al Poder Ejecutivo.

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

3. LOS PROYECTOS DE REFORMAS PARCIALES EN TRÁMITE ANTE EL CONGRESO

Como ya se indicó al destacar el interés que provoca la reforma de la justicia militar, las iniciativas al respecto no se circunscribieron a los proyectos anteriormente reseñados, sino que incidieron también en modificaciones puntuales. Así, en la primera legislatura correspondiente al periodo parlamentario 2001-2006, se presentaron cinco proyectos de ley que proponen reformas puntuales

propuestas de esta Comisión sobre los cambios constitucionales en la justicia militar pueden consultarse en: MINISTERIO DE JUSTICIA, 2001, p. 69.

- 7 Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.
- 8 Artículo 141°. Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.
- 9 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 el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. 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 asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

sobre distintos aspectos de la legislación penal militar vigente. En primer lugar, el 27 de julio del año 2001, el congresista del partido «Perú Posible», Henry Pease, presentó el Proyecto de Ley N° 163/2001-CR, que propone la modificación de varios artículos del Código de Justicia Militar, de la Ley Orgánica de Justicia Militar, así como del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 17-93-JUS.

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

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

En quinto y último término, el 9 de noviembre del año 2001, Alcides Chamorro Balvín, congresista del «Frente Independiente Moralizador», presentó el Proyecto de Ley N° 1245/2001-CR. Este proyecto plantea la derogación de los artículos 18°, inciso 14° del artículo 21° y el artículo 65° del Código de Justicia Militar —que regulan las figuras de reincidencia y reiterancia¹⁰— así como

10 De acuerdo al artículo 18° del Código de Justicia Militar, se considera reincidente a la persona que luego de haber sido condenada, incurre antes de cumplido los diez años, en una nueva

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

4. LAS PROPUESTAS DE LEY ORGÁNICA DE JUSTICIA MILITAR Y DE CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DEL MINISTERIO DE DEFENSA

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

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

4.1. La propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar

Conviene destacar en primer lugar la pertinencia de iniciar la Propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar con una Exposición de Motivos, en la que, además de detallarse de manera sucinta las principales modificaciones que se plantean, se señalan las razones que sustentan la necesidad de las mismas. Así, se sostiene que la iniciativa es la consecuencia de un ejercicio de autocrítica, ante el profundo deterioro sufrido por la justicia militar y su actual desprestigio.

infracción punible, Mientras que reiterante es la persona que incurre en sucesivas infracciones en el curso de la investigación judicial.

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

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

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

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

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

En el Proyecto se modificó la Primera Disposición Transitoria, al condicionarse la adecuación de la justicia militar a la vigencia del Reglamento Orgánico

y no como sucedía en la propuesta, haciendo depender tal hecho de la decisión progresiva del Consejo Supremo de Justicia Militar con relación a las nuevas sedes, la composición de los consejos y las extensiones territoriales de las zonas judiciales.

4.1.1. Precisión del delito de función y limitaciones de competencia

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

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

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

jurídicamente sometidas al mando castrense, por lo que no podrían cometer ilícitos funcionales.

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

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

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

Al respecto resulta oportuno recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia del mes de junio de 1998 recaída en el proceso de hábeas corpus (Expediente N° 585-96-HC/TC), caso *Villalba Zapata*¹¹, estableció que la justicia militar no era competente para conocer delitos cometidos por militares en situación de retiro. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 29 de septiembre de 1999 recaída en el caso *Cesti Hurtado*, condenó al Estado peruano por vulnerar el derecho al juez

natural del señor Gustavo Cesti Hurtado, al haber sido juzgado por un tribunal militar pese a su condición de militar retirado¹².

En el mismo sentido, merece ser destacada la sentencia de la Sala de Derecho Público, de 2 de febrero del año 2001, recaída en un proceso de hábeas corpus (Expediente N° 100-2001-HC). En dicho proceso, conocido como el caso *Valdelomar Cabanillas*, la Sala entendió que la justicia militar no era competente para juzgar al personal civil que labora en las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional¹³.

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

4.1.2. La justicia militar como órgano del Poder Ejecutivo

De acuerdo con el artículo 43^{o14} de la Constitución, el Estado peruano se organiza según el principio de separación de poderes, razón por la cual el ejercicio de las funciones esenciales del poder estatal debe recaer en órganos distintos, a efectos de garantizar la esfera de libertad de los individuos. En este esquema, la organización de la función jurisdiccional merece especial atención, en la medida que constituye la garantía última para proteger la libertad de las personas frente a un desempeño arbitrario de los otros dos poderes del Estado.

Por ello, preservar a la función jurisdiccional fuera del ámbito de actuación de los otros poderes del Estado, constituye una de las características esenciales de todo Estado constitucional de derecho. En consecuencia con lo anterior, la independencia con la que desempeñan sus cargos los jueces y magistrados frente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, se convierte en una garantía constitucional de naturaleza orgánica en interés de los jueces y, fundamental-

11 Sentencia publicada en la Separata Especial de Garantías Constitucionales del diario oficial «El Peruano» en su edición del 30 de septiembre de 1998.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cesti Hurtado, Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, N° 56. párr. 151.

13 Sentencia recaída en el Exp. N° 23-2001-HC, publicada en la Separata de Jurisprudencia de la edición del 27 de marzo de 2001 del diario oficial «El Peruano».

14 Artículo 43°. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

mente, de los justiciables, a los que se asegura que dicha función estatal, que incide en su esfera de libertad, se encarga a funcionarios sometidos únicamente a la Constitución y a las leyes¹⁵.

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

Sin embargo, la discutible posibilidad de configurar a la justicia militar al margen del Poder Judicial, a partir de la interpretación de la norma constitucional antes mencionada, en ningún caso podría llevar a sostener que deba formar parte del Poder Ejecutivo, con una clara merma del principio independencia y al margen de las garantías constitucionales que informan la organización y función jurisdiccional¹⁶. De ahí que resulte incorrecto intentar dar cobertura constitucional al artículo I del Título Preliminar de la propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar, a partir del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución.

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

15 Córdón, p. 96.

16 Ver también al respecto, San Martín, vol. II, p. 100.

4.1.3. Designación de los miembros de la Justicia Militar

Cuando la Propuesta aborda la designación de los miembros de los órganos judiciales militares opta por mantener el mecanismo vigente. De acuerdo al artículo 8° de la Propuesta, los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar serán designados por el Presidente de la República mediante resolución suprema, a propuesta de los Ministros de Defensa y del Interior, tras un proceso de evaluación conjunta y con la opinión del Presidente de la Corte Suprema.

En su artículo 19°, la Propuesta establece que los nombramientos de los Presidentes y Vocales de los Consejos Superiores de Guerra y de los Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional, se realizarán a través de Resolución Suprema con refrendo del Ministro del sector y a propuesta del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar. Y en esa misma línea de dependencia, el tercer párrafo del artículo 28° de la Propuesta, establece que los Jueces Instructores permanentes serán nombrados por el Poder Ejecutivo (no se detalla exactamente qué órgano), mientras que el nombramiento de los Jueces Instructores sustitutos (suplentes) dependerá del Presidente del Consejo donde actuarían, requiriéndose autorización del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar.

El Proyecto introduce una modificación en el artículo 8° de la Propuesta, según la cual para el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo, ya no se recabará la opinión del Presidente de la Corte Suprema, sino del Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura. Esto, en estricto, no constituye un cambio sustancial, toda vez que la opinión del Presidente no tiene carácter vinculante. Lo pertinente hubiese sido someter el nombramiento de los magistrados militares al Consejo Nacional de la Magistratura y al procedimiento que viene aplicando dicho órgano, tal y como lo dispone el artículo 150¹⁷ de la Constitución.

Efectivamente, la opción constitucional de otorgar al Consejo Nacional de la Magistratura —órgano constitucional autónomo— la facultad de nombrar a los jueces, obedece a la necesidad de excluir al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de esta tarea, fortaleciendo de este modo la independencia de la función jurisdiccional. Sin embargo, la Propuesta y el Proyecto plantean mantener la

17 Artículo 150. El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular. El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.

fórmula contraria a esta opción constitucional, al hacer depender del Ejecutivo el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Los artículos 19° y 28° del Proyecto, mantienen el mismo esquema de nombramiento de los artículos correspondientes en la Propuesta. Lo único que varía es la denominación que se hace de los Consejos y los Jueces Instructores. Así, de acuerdo a los artículos 1° y 17° del Proyecto, los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia se denominarían Consejos Superiores de Justicia Militar, mientras que conforme a los artículos 1° y 28°, la denominación de Juez Instructor cambia por la de Juez Militar.

De este modo, tanto en la Propuesta cuanto en el Proyecto, se advierte una cadena de dependencia del Poder Ejecutivo en los nombramientos de los magistrados de la justicia militar, que abarca desde la designación de los miembros del Consejo Supremo hasta la de los jueces instructores. En ese sentido y, a pesar del artículo 150° de la Constitución, se aparta al Consejo Nacional de la Magistratura del nombramiento de los jueces de la justicia militar.

4.1.4. Subordinación y jerarquía en la justicia militar

La Propuesta mantiene los criterios de subordinación y jerarquía en la estructura y funcionamiento de la justicia militar, trasladando así la lógica castrense a la administración de justicia, en detrimento de la independencia de los jueces militares.

Aunque resulte paradójico, mientras el artículo III del Título Preliminar de la Propuesta establece que la justicia militar es autónoma, en otro precepto se expresa que sus miembros dependen en el ejercicio de sus funciones de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía, siendo el máximo organismo el Consejo Supremo de Justicia Militar, de quien en última instancia dependerían todos los demás órganos. En ese sentido, el artículo 17° de la Propuesta establece que los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional, son tribunales jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar.

Ello explica que se establezca en los incisos 1° y 3° del artículo 14°, las facultades del Consejo Supremo de Justicia Militar, de revisar las sentencias de los Consejos en los casos determinados por la ley, así como de conocer las resoluciones que sean elevadas en consulta, respectivamente. Esta disposición

se complementa con los incisos 7°, 9°, 10°, 13° y 14° del artículo 21° de la Propuesta, donde se establecen supuestos en los que los Consejos deben, de oficio, elevar en consulta y revisión determinadas sentencias, autos y resoluciones. Similar esquema de revisión por los Consejos se arbitra en el inciso 7° del artículo 35°, con relación a las sentencias que dicten los jueces instructores.

La subordinación y el control de la actividad jurisdiccional de los jueces por parte de los órganos de mayor jerarquía de la justicia militar, se consolidan en los artículos 88° al 91° de la Propuesta, donde se establece la institución de los *Visitadores*¹⁸. Estos funcionarios son nombrados por el Consejo Supremo de Justicia Militar, y tendrían la función de controlar, verificar y evaluar el adecuado cumplimiento de las funciones jurisdiccionales, para lo cual realizarán visitas por lo menos una vez al año a las distintas instancias jurisdiccionales y establecimientos penales militares. Como consecuencia de las inspecciones que realicen, los *Visitadores* impartirán las instrucciones que juzguen convenientes para corregir las faltas leves y dar cuenta de las graves.

La jerarquía y la verticalidad de la justicia militar se afianzan integrando oficiales en activos en los órganos judiciales militares y otorgando al grado militar el valor de criterio de selección. En los artículos 6° y 7° de la Propuesta se establecen los grados militares que se requieren para formar parte del Consejo Supremo de Justicia Militar, el artículo 18° establece los grados militares exigidos a los miembros de los Consejos, mientras que el artículo 28° se encarga de señalar los grados que deben ostentar los jueces instructores. De este modo, de acuerdo a la Propuesta, la justicia militar no sólo formaría parte de la estructura jerárquica de los institutos armados, sino que además, sus órganos y sus miembros serían parte de la cadena de mando castrense.

Lamentablemente, los criterios de jerarquía y subordinación que rigen el funcionamiento y la organización de la justicia militar, forman parte de una arraigada y errónea tradición, presente también en el ámbito de la justicia ordinaria. Esta distorsión permite que se conciban a las máximas instancias jurisdiccionales como órganos superiores a los que se deben rendir cuentas permanentemente sobre las decisiones judiciales, cuando lo idóneo es que sean vistos como la garantía del derecho fundamental a la instancia plural.

Ello también explica que la Propuesta haya previsto distintos supuestos de revisión de oficio de las decisiones de los jueces instructores por parte de los Consejos y, de estos, por parte del Consejo Supremo. En esta misma lógica, los recursos son considerados mecanismos de control jerárquico y no, como ante-

18 Ver al respecto Aban Yupanqui, p. 28.

riormente se expresa, el puro y simple ejercicio de un derecho. Es evidente que la función jurisdiccional resulta incompatible con estos criterios, dadas las exigencias de las garantías orgánicas de imparcialidad e independencia judicial.

El artículo 17° de la Propuesta se modifica en el Proyecto, estableciéndose que los Consejos Superiores de Justicia Militar son funcionalmente autónomos y sólo dependientes del Consejo Supremo de Justicia Militar en el aspecto administrativo. Sin embargo, el artículo III del Título Preliminar que establece la jerarquía del Consejo Supremo no ha sido modificado. Tampoco se han modificado todos los supuestos de revisión y consulta antes mencionados, la institución de los *Visitadores*, así como la composición de la justicia militar por oficiales en servicio y la relevancia de los grados militares para integrar los órganos jurisdiccionales.

Concretamente, el mantenimiento de la composición de la justicia militar por oficiales en actividad se ha pretendido justificar en la Exposición de Motivos del Proyecto, señalando que lo contrario sería aceptar que los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no cuentan con la idoneidad para ejercer función jurisdiccional o que su actuación podría ser parcial, lo cual resultaría contrario a los principios que rigen dichas instituciones. Asimismo, se señala que la justicia militar al estar limitada al juzgamiento de militares, no puede estar integrada por civiles, ya que de lo contrario se incurriría en una inconsecuencia. Por último, se plantea una objeción logística y económica, al indicarse que no existe el número de oficiales retirados necesarios para satisfacer las necesidades de la justicia militar y que, en cualquier caso, esta propuesta tendría implicancias económicas.

Resulta evidente que ninguna de estas razones «justifica» que los encargados de administrar justicia sean oficiales en actividad, es decir, que formen parte de la cadena de mando castrense. Sostener que sólo los militares en actividad pueden juzgar a los militares en igual situación, refleja una concepción de la justicia militar de naturaleza foral o personal, que como ya dijimos anteriormente, colisiona con el principio de igualdad.

Este tipo de argumento equivaldría a sostener que los magistrados que juzgan los asuntos de familia deben haber contraído matrimonio y procreado hijos, o que los jueces encargados de dilucidar los conflictos comerciales deben desempeñar actos de comercio o formar parte del gremio de comerciantes. Frente a estas pretensiones, es oportuno recordar que la justificación para limitar la competencia de la justicia militar a militares en actividad, es una lógica consecuencia de los bienes jurídicos que protege el derecho penal militar.

Esta lógica de exclusión de civiles de la competencia de la justicia militar, no es posible extenderla al órgano que ejerce la función jurisdiccional militar, toda vez que para ello no se requiere ningún vínculo funcional con las instituciones castrenses. Sí se precisa de una formación jurídica especializada y de una estructura orgánica que garantice el ejercicio independiente de la función jurisdiccional. Las objeciones logísticas y económicas no resisten el menor análisis, pues, en todo caso, ello no puede nunca justificar el mantenimiento de un sistema de administración de justicia que resulta incompatible con los parámetros constitucionales.

4.1.5. Composición por oficiales de armas

Otro aspecto cuestionable de la legislación actual, y que mantiene la Propuesta, reside en el hecho que las máximas instancias de la justicia militar estén conformadas mayoritariamente por oficiales de armas, es decir, por personal sin formación jurídica. Así, los respectivos artículos 6° de la Propuesta y del Proyecto, establecen que de los ocho vocales del Consejo Supremo de Justicia Militar, además del Fiscal General y el Auditor General, por lo menos tres deben pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar.

Por su parte, los artículos 18° de la Propuesta y el Proyecto, señalan que por lo menos uno de los tres miembros de cada Consejo Superior de Justicia Militar, deberá ser miembro del cuerpo jurídico militar. De este modo, se deja abierta la posibilidad de que las instancias de las que finalmente dependen gran parte de las decisiones jurisdiccionales en la justicia militar —dada la verticalidad de su organización expresada en los numerosos supuestos de consulta y revisión— puedan conformarse mayoritariamente con personas carentes de formación jurídica.

Esta situación refleja dos clases de problemas, presentes históricamente en la regulación de la justicia militar en el Perú. El primero de ellos es la concepción de la justicia militar como un fuero personal o como un privilegio. En este esquema, sólo los oficiales de armas se encontrarían legitimados para juzgar las conductas de los militares, por lo que basta con tener el grado necesario para ser un juez castrense, desplazando a un segundo plano las exigencias técnico jurídicas.

El segundo problema que se advierte es la confusión que existe en torno al derecho penal militar y al derecho disciplinario militar, y el tratamiento de las

infracciones conforme al último. Así pues, mientras el derecho penal militar requiere ser impartido por un juez independiente e imparcial; el disciplinario puede ser aplicado por un superior jerárquico a través de un procedimiento administrativo.

Si bien resulta razonable que los tribunales castrenses puedan estar integrados por militares sensibles a las especiales situaciones que se pueden verificar en la vida militar, ello en nada justifica dejar abierta la posibilidad de que las máximas instancias puedan estar integradas mayoritariamente por oficiales legos en derecho. En todo caso, se podría pensar en una fórmula según la cual, los militares legos integren tribunales militares en minoría y nunca presidiendo.

En suma, el sistema que diseña el proyecto reduce la exigencia de profesionalismo en el ejercicio de la función jurisdiccional. Conceptos altamente técnicos y complejos como la verificación de los distintos tipos de dolo o culpa, las formas de autoría y participación, las modalidades de omisión y error, las causas de justificación, la interpretación conforme a la Constitución, entre otros, quedan en manos de personas que ignoran el Derecho, con la consiguiente merma de las garantías del programa penal de la Constitución y del derecho penal en la aplicación de la ley penal militar.

4.1.6. Relación con la Corte Suprema

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

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

los ministros de Defensa, del Interior y los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar.

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

De este modo, Propuesta, primero, y Proyecto, después, descartan la posibilidad de configurar a la Corte Suprema como el vértice de la justicia militar y el punto de convergencia con la ordinaria, al limitar la competencia de aquélla a los supuestos reseñados. En conclusión, no podrá con esta nueva regulación conocer en casación los fallos del Consejo Supremo de Justicia militar, confirmando así el papel excepcional que la Corte Suprema ha venido desempeñando en lo que a delitos militares se refiere.

4.1.7. El Ministerio Público de la justicia militar.

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

Sin embargo, entre los artículos 68° a 73°, de la Propuesta y del Proyecto, si bien se le otorga al Ministerio Público de la justicia militar funciones de investigación, persecutorias y requirientes, en el segundo párrafo de los respectivos artículos 68°, se establece que los fiscales forman parte de los tribunales a que pertenecen, teniendo las mismas prerrogativas que sus demás miembros. Asimismo, se señala que los fiscales tienen voz y voto en las deliberaciones de carácter administrativo de los tribunales, lo cual no hace otra cosa que confir-

mar su pertenencia orgánica a los mismos. Con ello se contradice el mandato constitucional antes señalado, que separa funcional y orgánicamente las labores de investigación, persecución de los delitos y requerimiento judicial, de las labores propiamente jurisdiccionales o de juzgamiento, excluyendo la posibilidad de concentrarlas en un solo órgano.

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

4.2. La Propuesta de Código de Justicia Militar

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

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

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

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

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

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

4.2.1. Algunas correcciones importantes

Un primer aspecto que merece ser destacado en la Propuesta y en el Proyecto de Código de Justicia Militar —aunque con algunas deficiencias técnicas como veremos más adelante en el caso de la tentativa, por ejemplo— es la inclusión entre los artículos 1° al 18° de algunos principios fundamentales que deben regir la potestad punitiva del Estado. Así pues, se consignan de manera expresa los principios de legalidad, jurisdiccionalidad de las penas, prohibición de la analogía (aunque sin precisar que esta prohibición sólo alcanza a la analogía desfavorable), lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, entre otros.

Por su parte, el artículo 329° de la Propuesta de Código de Justicia Militar recoge las mismas limitaciones a la competencia personal de la justicia militar que contempla la Propuesta de Ley Orgánica. Sin embargo, en el Proyecto se

reforma positivamente el referido artículo 329°, al eliminar la referencia que hace a los criterios de ocasionalidad y causalidad para determinar la comisión de un delito de función.

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

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

El artículo 328° del Proyecto de Código afina el de la Propuesta, y suprime el criterio de atribución de competencia por razón del lugar, por ejemplo, cuando el delito se comete en una instalación militar. De este modo, el Proyecto de Código restringe el ámbito de competencia de los tribunales militares a los delitos vinculados estrictamente con la función castrense.

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

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

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

4.2.2. Deficiencias terminológicas y dogmáticas

Uno de los aspectos cuestionables de la vigente regulación de la justicia militar, que se reproduce sustancialmente en la Propuesta y el Proyecto de Código, es la utilización inadecuada de técnicas legislativas y de la terminología jurídico penal. Y ello, a pesar de las críticas planteadas a la Propuesta y aceptadas, en algunos casos, en el Proyecto. Se consiguió pues que el artículo 10° denomine *dolo* y no *intención* al aspecto subjetivo de la conducta ilícita que fundamenta la pena; y que el artículo 15° no sancione los actos preparatorios cuando los mismos constituyan *confabulación*.

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

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

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

en la justicia militar, a la par que agudiza el estigma que el sistema penal genera en las personas sometidas al mismo.

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

Tal y como se adelantó, ni la Propuesta ni el Proyecto de Código corrigen las deficiencias en materia de categorías dogmáticas. Así y en ambos casos, el artículo 21° considera autor al instigador y al cómplice primario, eliminando de este modo toda diferencia entre la autoría y la participación, limitando esta última categoría para el cómplice secundario. Del mismo modo, los respectivos artículos 15° de la Propuesta y el Proyecto, mantienen la problemática y anacrónica diferenciación entre la tentativa y el delito frustrado, mientras que los correspondientes artículos 16° mantienen la sanción atenuada de la persona que desiste voluntariamente la consumación del injusto¹⁹.

Afortunadamente el artículo 24° del Proyecto supone un avance respecto de la Propuesta, al eliminar la reincidencia y reiterancia como circunstancia agravante de la responsabilidad; sin embargo, mantiene estas figuras —propias de un derecho penal de autor— a los efectos de la determinación de la pena. Tal circunstancia carece de justificación y resulta contrario al principio de culpabilidad, que obliga a determinar la pena de manera de forma proporcional al hecho²⁰.

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

4.2.3. Sistema de penas

En cuanto al sistema de penas, la Propuesta y el Proyecto de Código incorporan algunas novedades, que no consiguen, a pesar de ello, adecuar la legislación

19 En el mismo sentido HUERTA BARRÓN, p. 11.

20 Al respecto BACIGALUPO, 1982, p. 249, 255; y COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, p. 547. Asimismo PRADO SALDARRIAGA, p. 48.

penal militar a los parámetros de respeto de la dignidad de la persona humana, legalidad, proporcionalidad y los fines preventivos de la pena²¹ exigidos por la Constitución.

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

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

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

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

Y en lo que a la pena de muerte se refiere, la Propuesta y el Proyecto reproducen el esquema de la legislación vigente. Se mantienen 16 supuestos en los cuales cabe imponer la pena de muerte. Conviene advertir en este punto

21 Sobre las implicancias de estos principios en el ámbito del derecho penal, entre otros, Serrano-Piedecasas; Carbonell Mateu; García Rivas, Berdugo et. al.

que la posibilidad de aplicación de la pena de muerte prevista en la Constitución, es hasta cierto punto contraria a los valores de la propia Carta fundamental, que se construyen sobre la base del respeto de la persona humana como el fin supremo del orden jurídico y social. Tampoco se corresponde con el acento preventivo especial que la Constitución reconoce a la pena en el inciso 22° de su artículo 139^{o22}, como concreción de su artículo 1^{o23}, en el ámbito de la ejecución de la pena.

En ese sentido, no es posible argumentar que el artículo 140° de la Constitución, que admite la posibilidad de imponer la pena de muerte, constituye una excepción al artículo 1° y al inciso 22° del artículo 139° de la misma, ya que ello equivaldría a sostener que el fundamento del ordenamiento jurídico y social se invierte radicalmente cuando una persona comete el delito de traición a la patria en caso de guerra y de terrorismo que la ley señale. Esta posibilidad resulta insostenible en el marco de un pacto político personalista como el que se expresa en el artículo 1° de la Constitución peruana, ya que no procede subordinar la vida humana, máximo valor del ordenamiento, a intereses colectivos o comunitarios. De ahí que la pena de muerte resulte constitucionalmente disfuncional, toda vez que entraña reconocer que el control social del Estado, cuyo fundamento último son los ciudadanos, puede eliminarlos en nombre de ellos mismos²⁴.

También se podría argumentar para justificar la pena de muerte, que la posibilidad de su imposición viene reconocida por el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que no prohíbe de manera absoluta esta pena. Sin embargo, este argumento tampoco resulta admisible, toda vez que además de regir el principio de interpretación *pro homine*, dicha norma no autoriza la pena de muerte, sino que desde una opción claramente abolicionista, se limita a regular un régimen de progresiva eliminación de la pena por parte de los Estados parte del referido tratado. Por lo demás, el artículo 40° de la Constitución no obliga a sancionar con pena de muerte determinadas conductas y, únicamente, admite la posibilidad de su imposición. No existe inconveniente alguno entonces para que el legislador pueda prescindir de esta pena.

Igualmente cuestionable, siempre desde parámetros constitucionales, se presenta el excesivo margen que se otorga al juez, para la determinación de la

22 Artículo 139°. (...) inciso 22) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad.

23 Artículo 1°. La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

24 Ferrajoli, p. 299.

pena de prisión en los correspondientes artículos 32° de la Propuesta y el Proyecto de Código. Así pues, la pena de prisión podrá ser determinada entre 1 a 20 años, lo cual en cierto modo resulta contrario al principio de legalidad en su expresión de taxatividad, así como al principio de proporcionalidad.

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

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

4.2.4. Bienes jurídicos tutelados

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

De este modo, se *militarizan* una serie de conductas que en estricto deben ser juzgadas por la justicia ordinaria. Así, la *fe pública* no se convierte en un

bien jurídico castrense por el solo hecho que un militar falsifique un documento. Similar cuestionamiento se podría plantear respecto del patrimonio del Estado.

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

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

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

De este modo, la Propuesta y el Proyecto no corrigen la inexistencia de una adecuada distinción entre delitos, faltas e infracciones disciplinarias, a partir de los principios de merecimiento de pena (valoración positiva de protección jurídico penal de un bien jurídico) y necesidad de pena (capacidad de cumplir con los fines constitucionalmente asignados al derecho penal)²⁵. Al respecto, debemos recordar que la selección de los bienes jurídicos a tutelar por el derecho penal, constituye uno de los aspectos centrales de todo sistema punitivo, ya que de ello dependerá en buena cuenta no sólo la eficacia del sistema penal de cara a los fines que la Constitución asigna al derecho penal, sino también su propia legitimidad.

El legislador penal debe guiarse en su tarea de tipificación por los principios de merecimiento y necesidad de pena. Estos principios no son otra cosa que la traducción al derecho penal de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, que constituyen el parámetro de legitimidad de las limitaciones a los derechos fundamentales, reconocidos en el último párrafo del artículo 200°

25 Al respecto Caro Coria, p. 44 y ss.

de la Constitución y consolidados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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

5. CONCLUSIONES

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

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

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

Para concluir, será conveniente dejar atrás la arcaica idea de que la justicia militar es un asunto de interés exclusivo de los militares, puesto que los fines de defensa y seguridad del Estado asignados por la Constitución, forman parte del interés general. Por ello, toda reforma debe ser el fruto de un proceso de discusión entre civiles y militares y no de la imposición legislativa de un solo sector. Resulta, en consecuencia, altamente positivo que la propuesta del Ministerio de

Defensa haya sido acogida por el Poder Ejecutivo y presentada como iniciativa legislativa para su discusión en el Congreso de la República, junto a otra propuestas de modificación importantes. En este contexto, es necesario que las comisiones del Congreso encargadas de dictaminar las propuestas de reforma, así como en la Sub Comisión de Trabajo presidida por la congresista Judith de la Mata, promuevan el debate, a través de las solicitudes de opinión y de las audiencias públicas. De este modo podrán incorporarse a esta discusión una serie de instituciones y especialistas que desde hace ya buen tiempo vienen reclamando reformas a la justicia militar y realizando una serie de propuestas al respecto.