

## UNA APROXIMACIÓN A LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL PERUANA: ¿DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS (O DEBIÉRAMOS IR)?

**Christian Donayre Montesinos\***

*No hace mucho, el tema de la justicia militar estaba en boga debido a recientes resoluciones del Tribunal Constitucional que declaraban inconstitucional el Código de Justicia Militar, entre otras propuestas legislativas que siguieron el mismo camino. Este acontecimiento inició la discusión sobre cómo deberían estar configurados los tribunales militares en el Perú y cuál debería ser su relación con el Poder Judicial. ¿Consiste la justicia militar en una jurisdicción paralela a la jurisdicción ordinaria, tal como se podría interpretar de nuestra Constitución? ¿Cuál es la relación entre la justicia militar y los principios jurisdiccionales? ¿Estamos hablando de una doble jurisdicción o de una competencia especializada en lo militar? ¿Debe participar el Consejo Nacional de la Magistratura para la elección de los magistrados especializados en lo militar?*

*Éstas, entre otras interrogantes que surgen al estudiar este tema, son abordadas por el autor, que sobre la base de las sentencias del Tribunal Constitucional, desarrolla el tema, aclarando dichas dudas y señalando ciertas distinciones que hay que tomar en cuenta para establecer la competencia de los tribunales militares.*

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

## I. DERROTEROS DE UNA REFORMA ANUNCIADA

Si bien desde hace un tiempo, tanto la doctrina como algunas instituciones del Estado<sup>1</sup> se han pronunciado en torno a la discutible configuración de los tribunales militares en el Perú y algunas conductas recogidas en el Código de Justicia Militar, fue una demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por la Defensoría del Pueblo<sup>2</sup>, declarada fundada en parte, la que dio inicio a la presente reforma de la justicia militar en nuestro país, en cuyo contexto se han emitido disposiciones, cuya inconstitucionalidad ha sido confirmada por el supremo intérprete de nuestra Constitución.

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

Con posterioridad, el 4 de noviembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitió una resolución aclaratoria, a propósito del pedido formulado por el Procurador encargado de los asuntos judiciales

de la Justicia Militar y su delegado, en torno a algunos alcances de su sentencia, de fecha 9 de agosto de 2004, resolución que fue publicada el 7 de enero de 2005.

Ante la inminencia del vencimiento del plazo inicialmente establecido por el Alto Tribunal y no teniendo –por lo menos– un avance significativo de la normativa que sustituiría la declarada inconstitucional, en una decisión a nuestro criterio opinable<sup>3</sup>, el Tribunal decidió considerar que el plazo no vencía el 30 de octubre de 2005, que fue lo que en un principio se dijo, sino el 7 de enero de 2006; esto es, que el cómputo del mismo se iniciaba a partir de la fecha en que se publicó la resolución aclaratoria<sup>4</sup>.

Es así como, luego, con fecha 7 de enero del 2006, se publicó la Ley 28665, denominada Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, y el 11 de enero del mismo año, el Decreto Legislativo 961 o también conocido como Código de Justicia Militar Policial<sup>5</sup>.

No obstante, y como adelantamos, no pasó mucho tiempo para que salten a la vista las inconstitucionalidades que presentaba la legislación recientemente emitida. Ello motivó sendas demandas de inconstitucionalidad, interpuestas por la Fiscalía de la Nación<sup>6</sup> y el Colegio de Abogados de Lima, contra algunas disposiciones de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

<sup>1</sup> Sin lugar a dudas, un papel clave en este escenario fue el que asumió la Defensoría del Pueblo. Y es que tenemos un buen número de Informes Defensoriales al respecto, además de los Informes Anuales, en donde también encontramos algunas referencias a este tema. Puede verse así, entre los trabajos elaborados por dicho organismo constitucional sobre el particular: "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú". Serie Informes Defensoriales. Informe 6. Lima. Marzo de 1998; "Hacia una Reforma de la Justicia Militar en el Perú". Serie Informes Defensoriales 64. Lima. Marzo de 2002; "¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria". Serie Informes Defensoriales. Informe 66. Lima. Abril de 2003, e "Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961". Lima. Marzo de 2006.

Véase además al respecto: MINISTERIO DE JUSTICIA. "Restituyendo el Estado de Derecho". Informe Final de la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992. Junio de 2001; por citar tan sólo algunos casos.

<sup>2</sup> Contra algunas disposiciones del Decreto Ley 23201, más conocido como Ley Orgánica de Justicia Militar, del Decreto Ley 23214 o Código de Justicia Militar y la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 27860, del Ministerio de Defensa en la parte referida al Consejo Supremo de Justicia Militar.

<sup>3</sup> Véase sobre el particular: DONAYRE MONTESINOS, Christian. "¿Postergando la reforma de la justicia militar? ¿Cuáles son los alcances de una resolución aclaratoria?". En: Boletín Constitucional 6. Lima: Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octubre 2005. p. 1; así como: DONAYRE MONTESINOS, Christian. "Y seguimos postergando la reforma de la justicia militar... Algunos breves comentarios a raíz de una decisión del Tribunal Constitucional relativamente reciente que modifica el plazo establecido inicialmente para que el legislador dé el nuevo marco jurídico de la justicia militar peruana". En: Normas Legales. Análisis Jurídico Tomo 353. Trujillo: Editorial Normas Legales. Octubre 2005. pp. 177 y siguientes.

<sup>4</sup> Esta decisión fue comunicada por medio del Oficio 125-2005-P/TC, de fecha 29 de agosto de 2005.

<sup>5</sup> El Código de Justicia Militar Policial fue elaborado por el Gobierno por expresa delegación del Congreso de la República a través de la Ley 28636, publicada el 6 de diciembre de 2005. El 7 de diciembre del mismo año, mediante Resolución Suprema 701-2005-DE/SG, se designó la comisión que se encargó de dicha labor, la misma que estuvo conformada por un representante del Ministerio de Justicia, quien la presidió, dos representantes del Ministerio de Defensa, dos representantes del Ministerio del Interior y dos representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar. La Secretaría Técnica de dicha comisión estuvo a cargo de uno de los representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar.

<sup>6</sup> Un resumen del contenido de dicha demanda ha sido publicado en Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano. Año 20. Número 80. Lima. Martes 7 de febrero de 2006.

La demanda interpuesta por la Fiscalía de la Nación fue declarada fundada en parte en la sentencia de fecha 29 de marzo de 2006 (Expediente 0004-2006-PI/TC), la misma que fue publicada el 18 de abril de dicho año y estableció un plazo de *vacatio sententiae* de seis (6) meses contado desde su publicación, vencido el cual esta sentencia surtiría todos sus efectos. Luego, el apoderado del Congreso de la República presentó ante el Tribunal Constitucional el escrito de aclaración de fecha 25 de abril de 2006, que dio lugar a la Resolución Aclaratoria, de fecha 13 de junio de 2006, la misma que, entre otros aspectos, además de precisar que en rigor la fecha de la sentencia no era 29 de marzo de 2006, sino 17 de abril de 2006, estableció que el plazo de *vacatio sententiae* se computaba desde la fecha de notificación de esta resolución aclaratoria.

La demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima fue también declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 13 de junio de 2006 (Expediente 0006-2006-PI/TC), la misma que estableció un plazo de *vacatio sententiae*, el cual vencía indefectiblemente el 31 de diciembre de 2006.

Es así que, como consecuencia de estos últimos pronunciamientos, se abrió una nueva oportunidad para adecuar la configuración de la justicia militar a las pautas propias de una entidad con fisonomía jurisdiccional y un Estado Constitucional.

A lo expuesto debemos añadir la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el Decreto Legislativo 961, que aprobó el Código de Justicia Militar Policial. Esta demanda también fue declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional el 15 de diciembre de 2006 (Expediente 00012-2006-AI), dando así inicio, con todo lo anterior, a un nuevo proceso de reforma de la justicia militar tanto a nivel organizacional como en cuanto a su ámbito competencial.

El Gobierno expresó su interés en el tema al nombrar en agosto de 2006, mediante Resolución Suprema 362-2006-DE/SG, una Comisión *ad-hoc*, presidida por el profesor Domingo García Belaúnde, para que presenten sus planteamientos sobre el particular a más tardar el 31 de octubre de ese año.

Dicha Comisión culminó su labor e hizo entrega de su propuesta final; sin embargo, fue dejada de lado, aprobándose en diciembre de 2006 la Ley 28934, en virtud de la cual se prorrogó la vigencia del marco normativo existente y declarado inconstitucional –sin ninguna modificación– hasta que el Congreso apruebe una nueva ley de justicia militar policial. Con relación al Código de Justicia Militar Policial, dicha Ley estableció que su entrada en vigencia tendría lugar dieciocho (18) meses después de la promulgación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generaron por la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional.

Como se puede apreciar, la reforma de la justicia militar no tenía visos de llevarse a cabo, por lo menos no en el mediano plazo; debiendo añadir que a la fecha, la citada Ley 28934 viene siendo sometida al control de constitucionalidad del Alto Tribunal<sup>7</sup>.

Muy a despecho de todo lo anterior, el 15 de noviembre de este año, el Congreso de la República aprobó, en primera votación, un esquema de justicia militar policial, que insiste en las inconstitucionalidades declaradas por el Tribunal Constitucional, tanto al momento de pronunciarse sobre los decretos leyes que regulaban la materia, desde la década de los ochenta, como al momento de evaluar la constitucionalidad de la legislación que sobre el particular emitió el Congreso a inicios del año pasado.

Se insiste en que los militares en actividad impartan justicia en materia castrense y que su nombramiento recaiga en el Presidente de la República; elementos que, como veremos, ponen en tela de juicio la independencia de estos jueces. Asimismo, busca mantener la denominada Fiscalía Penal Militar, a pesar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la excepción prevista en el primer inciso del artículo 139 de la Constitución se refiere tan sólo al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, mas no a las atribuciones que son propias al Ministerio Público. Por si lo expuesto no fuera suficiente y sin agotar aquí los problemas que presenta el esquema de justicia militar aludido, se confunden los conceptos de “delito de función” y “delito cometido en ejercicio de las funciones”, lo que se traduce en una ampliación

<sup>7</sup> Como quiera que en los hechos supuso ampliar el plazo que él mismo había establecido en su sentencia. Dicho caso se viene tramitando bajo el Expediente 005-2007-PI/TC.

de la competencia de los tribunales castrenses que, como todo lo anterior, resulta, a todas luces, inconstitucional.

Si a lo señalado le sumamos el hecho que la justicia militar viene operando en forma precaria, sobre la base de la Ley 28934, comprenderemos la especial preocupación que nos genera la situación aquí descrita.

Hay quienes han cuestionado la aprobación de esta reciente ley de justicia militar policial, por haber tenido lugar con poco más de cincuenta votos y no con los sesenta y uno requeridos para aquellas materias que gozan de reserva de ley orgánica. Sin embargo, en este punto, el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición discutible, llegando a sostener que la organización de la justicia militar policial no es materia reservada a una ley orgánica<sup>8</sup>, lo que podría significar, entre otras cosas, que inclusive es delegable al Presidente de la República. Sin perjuicio de esto último, creemos que el problema es más bien de fondo y pasa por asumir la reforma de la justicia militar policial como un asunto que atañe no sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino a todos los que nos preocupamos por promover un escenario de impartición de justicia acorde con un Estado Constitucional.

En ese orden de ideas, el presente trabajo tiene por objeto mostrar al lector un panorama, bastante general por cierto por cuestiones de tiempo y espacio, de la justicia militar peruana. Abordaremos entonces, algunos aspectos que consideramos son los más relevantes, si se pretende asumir la reforma de la justicia militar como una cuestión de primer orden. Para tal efecto, haremos una descripción bastante sucinta del escenario actual para luego evaluar las propuestas de reforma que se han venido esbozando sobre el particular y cuál es el rumbo (si lo hay) de los tribunales militares peruanos, y, en todo caso, cuál, en nuestra modesta opinión, debería ser el norte de esa reforma.

## II. ALGUNOS ASPECTOS A SER REFORMADOS EN LA JUSTICIA MILITAR PERUANA

Es necesario tener presente que la fórmula peruana no constituye la única manera de abordar el tema de justicia militar. Por el contrario, la actual regulación en el derecho foráneo de lo que en rigor constituye una competencia (y no una "jurisdicción independiente", como algunos pretenden sostener) nos presenta una interesante variedad de modelos, los cuales pasamos a reseñar de inmediato.

Tenemos así, por ejemplo, el modelo denominado Europeo-Continental, que tiene como exponentes a países como Italia y España. En estos casos se admite la existencia de tribunales militares de forma permanente en tiempo de paz. En España, si bien existen juzgados especializados en lo militar, no se encuentran precisamente integrados, sistemáticamente, al aparato de la judicatura ordinaria la creación de una Sala Quinta de lo Militar al interior del Tribunal Supremo español (lo que sería la Corte Suprema en el caso peruano) permite que ambas organizaciones confluyan en el vértice del llamado Poder Judicial, esto es, en el máximo órgano del aparato de impartición de justicia de dicho país, lo cual contribuye, además, a la vigencia del principio de unidad jurisdiccional. Como veremos posteriormente, esta última fórmula fue acogida en la legislación peruana emitida a inicios del 2006, aunque con algunos matices. En Italia, por su parte, la denominada justicia militar también existe de forma permanente en tiempo de paz y sus resoluciones son susceptibles de ser revisadas por la judicatura ordinaria.

Por otro lado, tenemos el modelo anglosajón, con la variante del caso norteamericano. Este modelo se caracteriza, no por la permanencia de tribunales militares en tiempo de paz, sino por el hecho que éstos son expresamente convocados, cuando las circunstancias del caso en cuestión así lo ameriten. Las resoluciones que dictan son, además, revisables en sede ordinaria, bajo determinados supuestos y requisitos<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> En este sentido se encuentra el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 0022-2004-AI/TC, en donde al aludir al Decreto Ley 23201, señala que la regulación de la justicia militar constituye una materia que según la Constitución peruana vigente no goza de reserva de ley orgánica. Evidentemente, el supremo intérprete de la Constitución no ha ponderado los alcances de una afirmación de esa naturaleza justamente frente a las consecuencias que ella podría traer consigo si tomamos en consideración otros dispositivos constitucionales como son los artículos 101 y 104 del texto constitucional.

<sup>9</sup> A mayor abundamiento: MAYERS, Lewis. "El Sistema Legal de los Estados Unidos". Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1969, pp. 473 y siguientes.

En países como Francia y Alemania, la presencia de la justicia militar se limita a tiempo de guerra, no existiendo entonces tribunales militares en tiempo de paz.

En el caso de América Latina, en líneas generales, se ha recogido el modelo Europeo-Continental que aquí, muy sucintamente, hemos descrito<sup>10</sup>. Así lo demuestra la Constitución de Brasil (véase en este sentido lo recogido en los artículos 92, 122 y 123), Colombia (específicamente en los artículos 116, 213 inciso cinco y 221), Ecuador (en el artículo 187), El Salvador (en el artículo 216), Guatemala (según lo establecido en el artículo 219), Honduras (de conformidad con el segundo párrafo del artículo 90), México (siguiendo lo señalado en el artículo 13), Nicaragua (conforme lo establece el artículo 93), Paraguay (de acuerdo con lo establecido en el artículo 174), Perú (como es de conocimiento general, según lo señala el artículo 173 y el primer inciso del artículo 139), Uruguay (en la línea de lo señalado en el artículo 253), Venezuela (en el artículo 261), entre otros.

Los expuestos son algunos de los modelos que encontramos en el Derecho Comparado en general y en América Latina en particular. Justamente en esta coyuntura en que se debate la justicia militar, qué duda cabe, es interesante y hasta útil evaluar otras experiencias, en busca de una fórmula que permita garantizar un escenario de impartición de justicia en materia castrense acorde con el Estado Constitucional, donde el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales constituyen en buena cuenta su fin último.

Uno de los temas que se aborda frecuentemente al tratar la llamada justicia militar es el de su relación con los principios jurisdiccionales de unidad, exclusividad e independencia. Y es que esta convivencia no ha sido siempre pacífica. Lo

ocurrido en el caso peruano y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el particular pueden dar fe de ello<sup>11</sup>. En efecto, un escenario de impartición de justicia con jueces sometidos a principios como los de subordinación y obediencia jerárquica, o una configuración orgánica que pone en tela de juicio la vigencia del mismo principio de unidad, son tan sólo algunos de los problemas que aquejan, constantemente, a la justicia castrense y que ponen de relieve la, innecesariamente, difícil relación que ha existido en el Perú entre los tribunales militares y principios jurisdiccionales, como los mencionados.

Llama poderosamente la atención que, pese a la insistencia que ha hecho el Tribunal Constitucional y autorizados sectores doctrinarios sobre el particular, se persista con regulaciones que, como veremos, no hacen más que retrasar un cambio en el Perú tantas veces aclamado como postergado.

### 1. ¿Justicia Militar dentro o fuera del Poder Judicial?

Pasando a analizar la regulación constitucional de la justicia militar peruana, debemos decir que la confusa fórmula acogida por el constituyente de 1993 nos obliga a determinar si es correcto hacer referencia a una manifestación de la jurisdicción del Estado a título de excepción frente al principio de unidad jurisdiccional constitucionalmente reconocido, pues el artículo 139 de la Constitución vigente pareciera consagrar a los tribunales militares ésta connotación.

La jurisdicción viene a ser, en líneas generales, aquel poder-deber del Estado de resolver conflictos de intereses o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica con carácter de cosa juzgada generando un clima de paz social en justicia<sup>12</sup>. Este poder es por definición único y es el Estado

<sup>10</sup> Domingo García Belaúnde sistematiza de la siguiente manera las fórmulas existentes en Latinoamérica al respecto:

a) Jurisdicción militar aparte, pero bien puede tratarse de una jurisdicción especial como es el caso de Venezuela, o de una jurisdicción distinta, como ocurrió en México hasta 1996, pero revisable en sede ordinaria.

b) Jurisdicción militar no integrada en el Poder Judicial y tipificada como "tribunales esencialmente administrativos", cuyas decisiones son revisables en sede judicial. Es el caso de Argentina.

c) Jurisdicción militar incorporada sistemáticamente al Poder Judicial, como ocurre en Brasil.

d) Ausencia de jurisdicción militar, como en Panamá.

e) Jurisdicción militar paralela e independiente de la judicatura ordinaria, con escasas, por no decir casi nulas, posibilidades de que sus decisiones sean revisables por el fuero común, que es finalmente la situación del Perú.

En su trabajo: "La jurisdicción militar en América Latina (la unidad de jurisdicción en algunos países del área)". En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVII. Número 13. Trujillo: Editora Normas Legales. Octubre-diciembre de 1997. pp. 121 y siguientes; también en: ETO CRUZ, Gerardo. "La Justicia Militar en el Perú". Trujillo: Empresa Editora Nuevo Norte S.A. Enero de 2000. pp. 49.

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional peruano, como hemos adelantado, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema al resolver las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la múltiple legislación que ha pretendido abordar, aunque de manera bastante insuficiente, la configuración orgánica y competencial de los tribunales militares peruanos.

<sup>12</sup> Aquí hemos hecho nuestra, en líneas generales, la definición de jurisdicción esbozada por MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción al proceso civil". Tomo I. Bogotá: Themis. 1996. p. 213.

el legitimado para ejercerlo, precisamente de ahí deriva el principio de unidad jurisdiccional. Por consiguiente, no se admite la convivencia de otra potestad jurisdiccional, mas que la que corresponde al Estado mismo.

El principio de unidad suele escindirse en dos aspectos, uno orgánico y otro funcional<sup>13</sup>. El primero supone que, en tanto la jurisdicción del Estado es una y éste se encuentra al servicio de los individuos en igualdad de condiciones, todos serán sometidos a tribunales comunes. Así se busca fortalecer sobre todo el principio de igualdad<sup>14</sup>, pues en esta lógica los fueros privativos o personales se encuentran absolutamente proscritos<sup>15</sup>.

El segundo aspecto –el funcional– alude al hecho que en la medida en que se trata de tribunales comunes para todos, éstos deben estar sometidos a los mismos principios y respetar en igual medida los derechos del justiciable. Desde esta perspectiva, entonces, el aparato judicial del Estado funciona en las mismas condiciones para todos los ciudadanos, fortaleciendo, como adelantamos, el principio de igualdad.

Ahora bien, y como se indicó líneas atrás, la redacción del citado artículo 139 del texto constitucional no parece ser muy coherente con las pautas recientemente señaladas: y es que, consagrar, inclusive en el plano constitucional, una

excepción a este principio supone lógicamente que la jurisdicción no es exactamente una, que hay otra jurisdicción aunque a título excepcional, y que bien puede comportarse de manera autónoma, esto es, sin seguir necesariamente las pautas consignadas para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en los otros espacios.

En el Perú, la situación expuesta se agrava por el hecho que usualmente lo excepcional en la práctica se vuelve la regla, contraviniendo así, además, el alcance restrictivo que deberían tener los tribunales militares.

Por lo tanto, si el principio de unidad jurisdiccional buscar preservar –valga la redundancia– la unidad de la jurisdicción, cualquier excepción que se pueda invocar a este principio vulnera radicalmente su esencia, en tanto que ya no estaríamos ante una jurisdicción, sino que estaríamos hablando de hasta dos jurisdicciones (esto sin contar la arbitral, también consagrada en nuestro texto constitucional como una jurisdicción más)<sup>16</sup>.

Siendo así, podríamos estar admitiendo la existencia de un “fuero militar” que se comporte de manera autónoma y paralela a la judicatura ordinaria, alejado de principios jurisdiccionales, que es como se asimiló en la práctica esta fórmula en el Perú<sup>17</sup>. Consideramos, por lo tanto, y como lo hemos sostenido en anteriores ocasiones<sup>18</sup>, que

<sup>13</sup> Distinción que por cierto manejan autores como: GIL GARCÍA, Olga. “La Jurisdicción Militar en la etapa constitucional”. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. 1999. pp. 38 y siguientes; AROZAMENA SIERRA, Jerónimo. “El Principio de unidad jurisdiccional”. En: AA. VV. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo IV: del Poder Judicial, Organización Territorial del Estado. Madrid: Civitas. 1991. pp. 3017 y siguientes, y en especial pp. 3039-3040; DONAYRE MONTESINOS, Christian. “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 LIII. Número 44. Trujillo: Editora Normas Legales. Marzo de 2003. pp. 163 y siguientes; así como DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La Reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada”. Lima: Jurista Editores. Mayo 2004. pp. 236 y siguientes; entre otros.

<sup>14</sup> ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso”. Lima: Ara Editores. 2003. pp. 375 y siguientes; HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. “Función Jurisdiccional”. Lima: Academia de la Magistratura. 2000. pp. 25 y siguientes.

<sup>15</sup> En este sentido puede revisarse a mayor abundamiento lo previsto en el fundamento jurídico número tres de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

<sup>16</sup> Básicamente, el hecho que los laudos no son susceptibles de ejecutarse sin el consentimiento de la otra parte, pues en dicho supuesto se tendría que recurrir al llamado Poder Judicial para que cumpla con tal pretensión, vendría a cuestionar la fórmula constitucional. Además, el árbitro carece de *coertio*, otro rasgo característico de lo que comprende el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. De ahí que pese a lo importante que ha sido la sentencia emitida por el supremo intérprete de nuestra Constitución en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, a nuestro juicio resultaría necesario precisar que el arbitraje en rigor no constituye manifestación de la función jurisdiccional del Estado, salvo mejor parecer.

<sup>17</sup> Y es que si bien ese fue el entendimiento de aquellos preceptos constitucionales, cierto es que ello no necesariamente se desprende de su texto. En efecto, como ha puesto de relieve la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial 104, intitulado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961” (p. 33), de dichas disposiciones se infieren básicamente dos cosas: la necesaria configuración por el legislador de una especialidad jurisdiccional por la materia; es decir, sólo para conocer delitos de función militar y policial, y la libertad del legislador para radicar dicha especialidad jurisdiccional sea en una organización jurisdiccional independiente, pero sometidas a las exigencias derivadas del principio de unidad jurisdiccional, o al interior de la judicatura ordinaria.

<sup>18</sup> En este sentido puede revisarse nuestro trabajo “La Reforma de la...”. Op. cit. pp. 236 y siguientes; así como “Algunos lineamientos para la reforma de la Justicia Militar en el Perú: Hacia juzgados especializados en la judicatura ordinaria con competencia en delitos militares propios”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 6. Número 43. Trujillo: Editora Normas Legales. Setiembre de 2004. pp. LXXVII y siguientes; “Un juzgado especializado en lo militar como una alternativa de solución ante el problema de la judicatura castrense en el Perú”. En: CARRUITERO LECCA, Francisco y Ricardo VELÁSQUEZ RAMÍREZ (Coordinadores). Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Trujillo: Ediciones BLG. Julio de 2005; entre otros. Aun cuando convendría precisar que si bien por motivos ajenos a nosotros este último trabajo ha sido publicado en el 2004, en rigor constituye la ponencia que presentamos en el año 2001 en la IV Convención Latinoamericana de Derecho, actividad que tuvo lugar en la ciudad de Lima en los días 23 al 26 de octubre. En todo caso, una versión más actualizada y creemos mejor explicada de nuestra posición sobre el particular bien se puede encontrar en los dos trabajos citados al inicio de esta nota.



es un error que tradicionalmente se haya reconocido a la llamada jurisdicción militar como una excepción al principio de unidad<sup>19</sup>, trayendo como consecuencia, la supuesta existencia de otra jurisdicción además de la ordinaria al interior de un solo Estado. Y no sólo eso, sino una organización paralela al “Poder Judicial”, que se ha gobernado con sus propias prerrogativas, inspiradas por cierto en los pilares de los institutos castrenses<sup>20</sup>. Las repercusiones de esta equívoca fórmula constitucional resultan evidentemente contrarias a los principios constitucionales y a los parámetros de todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

Esta preocupación por precisar si, efectivamente, cuando hacemos referencia a la justicia militar en el Perú estamos aludiendo a una excepción no sólo al principio de unidad jurisdiccional, sino también al principio de exclusividad, ha sido atendida por el supremo intérprete de nuestra Constitución en las diversas sentencias que aquí hemos citado. Sobre el particular, es del mayor interés el fundamento jurídico número nueve del pronunciamiento recaído en el Expediente 0004-2006-PI/TC, donde el Tribunal Constitucional determina que:

“...la excepción hecha a favor de la jurisdicción especializada en lo militar puede ser entendida como una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial, lo que no implica, (...) que la jurisdicción especializada en lo penal militar pierda su naturaleza “jurisdiccional” y, como tal, se encuentre desvinculada de todos aquellos principios que rigen la función jurisdiccional”.

De lo expuesto, se infiere que no es posible seguir sosteniendo que la justicia castrense constituye una excepción al principio de unidad jurisdic-

cional, en el entendido que quede desvinculada de él. Dicho carácter, en nuestra modesta opinión, resultaba quizá más bien predicable, respecto del principio de exclusividad jurisdiccional, y específicamente atendiendo a su vertiente positiva, la cual se entendía antes como que sólo la judicatura ordinaria o el mal llamado Poder Judicial era el único organismo que podía ejercer la función jurisdiccional del Estado.

No obstante, incluso actualmente mantener una concepción del principio de exclusividad jurisdiccional como la reseñada, con organismos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones que también imparten justicia con las prerrogativas de la jurisdicción del Estado, y por lo tanto deben sujetarse también a principios jurisdiccionales y respetar en igual medida los derechos de los justiciables, parece no ser la respuesta a las nuevas circunstancias.

Muy a despecho de lo recientemente afirmado, es importante destacar que de ese reconocimiento a título de excepción en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado frente a la judicatura ordinaria que le confiere la Constitución a los tribunales militares, tal como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, se deducen fundamentalmente dos consecuencias que es menester destacar. La primera de ellas es que por tratarse de una excepción en la Carta Magna, su interpretación debe realizarse siempre de modo restrictivo y no extensivo. Esto último puede constituir un buen punto de partida para apuntalar mejor y con mayor convicción la conocida *vis atractiva* que debe existir hacia la judicatura ordinaria en cuanto a la competencia de la justicia castrense. En otros términos, que en caso exista una duda razonable entre tramitar el caso ante los jueces comunes o

<sup>19</sup> No obstante, hay quienes sí parecieran admitir la excepcionalidad de la justicia castrense frente a la unidad de la jurisdicción. En esta línea de pensamiento se encuentra: ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. “Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares: comentarios a la resolución del conflicto de competencia en el caso La Cantuta”. En: HURTADO POZO, José (Director) y Yolanda DOIG DÍAZ (Coordinadora). La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de derecho penal 2001-2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. 2002. p. 276. Asimismo, en España, a criterio de Verónica López Yagues, la justicia castrense correría esa misma suerte. Ello se desprende de su trabajo “Medidas cautelares de carácter personal en el marco de la jurisdicción militar española y la peruana. Un estudio comparado”. En: HURTADO POZO, José (Director) y Yolanda DOIG DÍAZ (Coordinadora). La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. 2002. pp. 140-141.

<sup>20</sup> Es más, la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, como se ha tenido oportunidad de denunciar (sobre el particular puede revisarse: “Nueva Ley de Organización de la Justicia Militar: Un maquillaje legislativo”. Justicia Viva Mail 221. 19 de enero de 2005; y DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMANA, Javier. “La reforma del sistema de justicia ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes”. Lima: Fundación Honrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado. Abril de 2006. pp. 104-105) y ha confirmado el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fecha 17 de abril de 2006 (Expediente 004-2006-PI/TC) y 13 de junio de 2006 (Expediente 0006-2006-PI/TC), mantenía aquella estructura y organización paralela a la judicatura ordinaria. En efecto, la normativa hoy declarada inconstitucional establecía una justicia castrense que se manejaba con su propio pliego presupuestal, un estatuto de personal diferenciado (contradictorio, por cierto, con el principio de independencia jurisdiccional), régimen y autoridad de control interno distinto al de los jueces comunes, así como una institución encargada de su particular capacitación.

los militares, la balanza debe inclinarse siempre a favor de los primeros.

En segundo término, de aquella excepción en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado se infiere que el legislador, al organizar los tribunales castrenses, no puede desconocer los principios constitucionales propios de los organismos que ejercen la función jurisdiccional del Estado<sup>21</sup>, lo cual, como además ha puesto de relieve el mismo supremo intérprete de nuestra Constitución, no debe suponer que deba estar necesariamente organizada al interior del Poder Judicial. En definitiva, el Tribunal Constitucional ha dejado en manos del Congreso de la República el decidir el nivel de relación entre los tribunales militares y el Poder Judicial.

Ahora bien, en relación con el principio que es materia de análisis, la legislación emitida en enero del 2006 adoptó una fórmula que no es innovación nuestra, sino una adaptación de la manera como se configura la organización de la justicia militar española. Nos referimos a la creación, incluso antes anunciada<sup>22</sup>, de la Sala Penal Militar Policial al interior de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en España, al interior del Tribunal Supremo se encuentra la denominada Sala Quinta de lo Militar<sup>23</sup>, que constituye, según lo señalado por autorizada doctrina de ese país<sup>24</sup> y el mismo Tribunal Constitucional español<sup>25</sup>, un elemento que busca fortalecer la vigencia de los principios jurisdiccionales ante los tribunales militares.

Y es que en dicho país, si bien los tribunales de grados inferiores no se encuentran integrados en

la organización del llamado Poder Judicial español, ello sí se ha buscado obtener, por lo menos, en su vértice; por lo que se optó por la creación de la llamada Sala Quinta de lo Militar al interior del Tribunal Supremo.

Como referimos líneas arriba, la Ley 28665 recogió una fórmula hasta cierto punto similar a la experiencia española. De acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la misma, la Corte Suprema de Justicia de la República contaría con una Sala Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y las disposiciones de dicha ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano, en el entendido que el principio de unidad jurisdiccional exige que los órganos que integran la judicatura ordinaria deben contar con un estatuto jurídico propio y único<sup>26</sup>, declaró inconstitucionales aquellas disposiciones que, sea en su totalidad o en parte, permitían justamente la existencia de un estatuto jurídico especial a favor de esta última Sala Penal Militar Policial<sup>27</sup> sin una justificación razonable. De esta manera señaló en su sentencia de fecha 17 de abril de 2006 (Expediente 004-2006-PI/TC):

“...se vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional y, consecuentemente, el principio de independencia judicial cuando se crea un estatuto jurídico especial (Ley 28665) que establece reglas básicas de organización y funcionamiento de un órgano jurisdiccional (la Sala Suprema Penal Militar Policial), que pese a pertenecer al Poder Judicial, no se encuentra vinculado a las

<sup>21</sup> En este sentido véase el fundamento jurídico número nueve de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

<sup>22</sup> Véase sobre el particular nuestros trabajos “Apuntes sobre el actual escenario de la revisión de las decisiones de los tribunales militares por la judicatura ordinaria en el Perú. A propósito del proceso de reforma de la justicia militar que se viene llevando a cabo en nuestro país”. En: Revista Jurídica del Perú 63. Año LV. Trujillo: Editorial Normas Legales. Julio/agosto de 2005. pp. 83 y siguientes; “¿Sala Militar al interior de la Corte Suprema de Justicia peruana?”. En: Revista Española de Derecho Militar 85. Madrid: Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Ministerio de Defensa. Enero-junio 2005. pp. 253 y siguientes.

<sup>23</sup> Esta Sala fue incorporada al Tribunal Supremo español producto de una modificación efectuada por la sexta disposición final de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar española, al artículo 55 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial español.

<sup>24</sup> GIL GARCÍA, Olga. Op. cit. pp. 48-49; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Jurisdicción Militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”. En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde. Lima: Grijley. 1997. pp. 150-151.

<sup>25</sup> Para el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 113/1995, de 6 de julio:

“La adaptación de la jurisdicción militar a los principios constitucionales y a las garantías que éstos brindan a los justiciables se ha llevado a efecto por la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que (...) culmina con la creación en el Tribunal Supremo de la Sala de lo Militar, en la cúspide del poder judicial. El vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el Tribunal Supremo”.

<sup>26</sup> Lo que no se cumplía al interior de la Sala Penal Militar Policial en la medida en que se establecían reglas distintas tanto para su organización como para los magistrados que la integrarían, y específicamente para los provenientes del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial.

<sup>27</sup> Nos referimos, entre otros, a los artículos 8, 12.3, 14 y la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley 28665.



reglas básicas de organización y funcionamiento establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial" (Fundamento Jurídico número 35).

En el mismo entendido se encuentra el pronunciamiento del supremo intérprete de nuestra Constitución recaído en el Expediente 006-2006-PI/TC, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima también contra la Ley 28665:

"...es inconstitucional el artículo 73º por vulnerar el principio de unidad de la función jurisdiccional, toda vez que en aspectos básicos como el régimen disciplinario, exenciones o excusas, entre otros, supeditan la actuación de los magistrados de la Sala Suprema Penal Militar Policial –en tanto que integrantes del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial–, a las disposiciones de la Ley 28665, y no a la Ley Orgánica del Poder Judicial, pese a que orgánicamente pertenecen a este poder del Estado" (Fundamento Jurídico número 17).

Como se habrá podido percibir, existe una estrecha relación entre el principio de unidad y el de independencia, toda vez que:

"... la clave del principio de unidad se residencia en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una "organización judicial ordinaria", entendiendo por tal aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento"<sup>28</sup>.

Somos de la opinión que, si bien el principio de unidad jurisdiccional no necesariamente obliga a tener que incorporar la justicia militar al aparato del Poder Judicial como una suerte de juzgados especializados con los correspondientes cambios que esto traería consigo a nivel de Corte Superior e inclusive Corte Suprema; ello sí constituye una alternativa que no debiera dejarse de lado. En definitiva, ello supondría no regular la justicia militar policial en una ley aparte y pasaría más bien a ser regulada al interior de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, los efectos prácticos de una propuesta de esta naturaleza se desprenden por sí solos, esto es, la impartición de justicia en materia castrense tendría que darse tal como se lleva a cabo para las otras especializaciones jurisdiccionales que integran el Poder Judicial.

En otras palabras, los jueces militares y los tribunales castrenses tendrían que respetar y garantizar la vigencia de principios jurisdiccionales, como los aquí citados, y respetar en igual medida los derechos de los justiciables. Estarían, asimismo, sometidos al mismo estatuto judicial que los demás jueces de la judicatura ordinaria, lo que supone no sólo exigencia de requisitos, hasta cierto punto similares, sino también su sometimiento al mismo régimen disciplinario y de ascenso. Las ventajas de una propuesta de esta naturaleza redundan no sólo en la vigencia del principio de unidad jurisdiccional, sino también de los principios de independencia y exclusividad, principios cuya eficacia a nivel de la justicia militar también viene siendo objeto de constantes cuestionamientos.

Otra opción interesante adoptada por la Ley 28665 y que en los hechos se aproxima a la fórmula española, es la de mantener los tribunales inferiores alejados del Poder Judicial, pero garantizar su vinculación con dicho organismo constitucional por medio de la creación de una Sala en su vértice. Sin embargo, el problema en el caso peruano radica en las dificultades y obstáculos que entraña el escenario constitucional de revisión de las decisiones de los tribunales castrenses por la Corte Suprema. Y es que, de una interpretación sistemática de los artículos 173 y 141 del texto constitucional, se desprendería que ello sólo sería posible cuando alguien fuera condenado con pena de muerte ante la justicia militar, lo que resultaría casi imposible si tomamos en cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano al respecto, específicamente frente a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal Constitucional peruano ha visto la manera de interpretar dicho marco constitucional, de tal modo que abra la puerta a un escenario más amplio de revisión por parte de la Corte Suprema de las decisiones adoptadas por los jueces castrenses. En términos del Tribunal Constitucional peruano:

"...atendiendo a la mencionada potestad de libre configuración del Legislador, éste puede establecer, como competencia orgánica, una Sala Penal Militar de la Corte Suprema para el conocimiento, vía recurso de casación, de lo resuelto en la jurisdicción militar. Esto último requiere, evidentemente, de la diferenciación entre la "competencia

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit. pp. 146-147.

material" y la "competencia orgánica" de la Corte Suprema de Justicia de la República para conocer el recurso de casación respecto de la jurisdicción militar. En cuanto a la "competencia material", como ya se ha adelantado, esta se desprende de una interpretación conjunta de los extremos finales de los artículos 141 y 173 de la Constitución, que señalan que la Corte Suprema conocerá, en casación, aquellos casos en los que se haya impuesto la pena de muerte. De este modo, se impone una revisión por parte del poder jurisdiccional "civil", respecto de la pena de muerte aplicada por el poder jurisdiccional "militar". En cambio, en la "competencia orgánica", el Poder Legislativo, conforme a sus atribuciones constitucionales, al diseñar la organización de la jurisdicción "militar", le puede otorgar a la Corte Suprema, mediante una sala especializada, la competencia para conocer el recurso de casación contra las resoluciones que se expidan en la jurisdicción militar. En este caso, no se trata de la revisión "civil" de la pena de muerte aplicada por la jurisdicción "militar", sino de la organización de esta por parte del Legislador, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales<sup>29</sup>.

A lo expuesto, habría que añadir que, de aceptarse lo planteado por la Ley 28665 y en la medida en que ello supondría una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el estatuto judicial al cual tendrían que someterse los integrantes de la Sala Penal Militar Policial creada al interior de la Corte Suprema, tendría que ser el mismo que rige para las demás salas de la Corte Suprema, exigencia que no resultaría predicable para las demás instancias de la justicia militar, pues éstas no estarían inmersas en la organización del Poder Judicial.

## 2. ¿Militares en actividad ejerciendo la función jurisdiccional del Estado en materia castrense?

Como habíamos dicho, otro de los principios jurisdiccionales, cuya vigencia se pone sobre todo en entredicho en la justicia castrense, por la tendencia manifiesta en cuanto a las personas llamadas a ejercer la función jurisdiccional del Estado en dicha materia, es indudablemente el de independencia. Es frecuente encontrar que los integrantes de los tribunales militares son nada

menos que los propios miembros de los institutos armados; es decir, militares en actividad, lo que se agrava por el hecho que en muchas ocasiones son nombrados por el gobierno de turno y no se les exige el conocimiento de Derecho, esto es que sean abogados, siendo suficiente con que ostenten el *saber* militar.

La independencia judicial podría ser definida como aquella institución jurídica que busca enmarcar la actuación del juzgador dentro de los mandatos del ordenamiento jurídico, evitando que otros órganos u organismos participen y distorsionen la interpretación y aplicación que él haga del Derecho<sup>30</sup>.

El principio de independencia jurisdiccional es entendido por la doctrina bajo dos perspectivas: una externa que alude a la prohibición de la injerencia de los otros organismos u órganos estatales en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, prohibición que está dirigida sobre todo a los organismos políticos como es el caso del Congreso y el Gobierno; y otra interna, que hace referencia a la proscripción de eventuales intromisiones o presiones al interior del ente mismo que se encuentra investido de esta función. Tenemos, entonces, que el aspecto externo busca proteger a la organización jurisdiccional en su conjunto y es lo que denominamos propiamente "autonomía", y el aspecto interno, a una visión individualizada del juez, que llamamos "independencia".

Entrar a analizar con detalle cómo es que el principio de independencia jurisdiccional se ve lesionado cuando son militares en actividad los que se encargan de juzgar los delitos castrenses nos obligaría, sin lugar a dudas, a extendernos más allá de los límites establecidos para la elaboración de este trabajo, aunque la principal razón no es difícil de detectar. Básicamente, el hecho que los militares en actividad se encuentran sometidos a una subordinación jerárquica fundamentada en la disciplina es tal vez el principal motivo por el cual manifestamos nuestros serios reparos con una fórmula que parece ser la imperante. A lo dicho, podemos añadir que los militares en actividad están expuestos a constantes cambios de destino, lo que pone en entredicho la

<sup>29</sup> Fundamento jurídico 27 de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 29 de marzo de 2006, recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

<sup>30</sup> REQUEJO PAGÉS, Juan Luís. "Jurisdicción e Independencia Judicial". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 164.

inamovilidad en el cargo, pauta que busca justamente garantizar condiciones de independencia del juzgador, y, lo que es peor, dichos cambios no necesariamente suponen continuar en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, con los inconvenientes que ello trae consigo para la consolidación de una carrera judicial en materia castrense<sup>31</sup>.

A lo expuesto, podemos sumar el hecho que el militar en actividad que juzga no se aleja de las labores castrenses que le corresponden, lo cual pone en cuestión la perspectiva negativa del principio de exclusividad jurisdiccional, el cual exige que las personas a quienes se confía el ejercicio de la potestad de impartir justicia con las prerrogativas de la jurisdicción del Estado se dediquen exclusivamente a esta última tarea y no a otra, con excepción de la docencia, según establece el artículo 146 de nuestra Constitución.

Debemos confesar, pues, nuestra sorpresa cuando pese a pronunciamientos como el siguiente –recogido por cierto en la sentencia que dio lugar a la legislación cuya inconstitucionalidad venimos comentando– se haya insistido con una regulación que busca mantener a los militares en actividad en calidad de juzgadores:

“...el hecho de que los tribunales militares sean conformados en mayoría por “oficiales en actividad”, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, en principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones

jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales”<sup>32</sup>.

En efecto, muy a pesar de argumentos tan contundentes como el citado, la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial insistió, en su artículo 16, que regulaba la composición y organización del Consejo Superior Penal Militar Policial, que éste estaría conformado por diez (10) vocales superiores del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente, en situación de actividad. El numeral 2 del artículo 24 de la misma Ley establecía que los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales estarían compuestos por tres (3) vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad.

No debe, entonces, llamarnos la atención que el Tribunal Constitucional peruano, a través de sus sentencias de fecha 17 de abril de 2006 (Expediente 0004-2006-PI/TC) y 13 de junio de 2006 (Expediente 0006-2006-PI/TC), haya optado por declarar inconstitucionales disposiciones como las citadas o el artículo 31, que establecía que los jueces penales militares policiales ostentarán el grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad.

A lo expuesto, como adelantamos, se suma el problema de la tecnificación del juez militar. Y es que si el principio de independencia jurisdiccional comprende, como es de conocimiento general, el sometimiento de los jueces a la ley –no debiendo entonces interferir en la aplicación que hagan de ella criterios o elementos ajenos a los contemplados en la norma jurídica<sup>33</sup> – ello supone, lógica-

<sup>31</sup> A mayor abundamiento sobre el particular puede verse nuestros trabajos: “Noticia sobre la independencia de los jueces militares en América Latina: observaciones y propuestas con miras a consolidar un escenario de impartición de justicia acorde con el Estado de Derecho”. En: Revista Jurídica del Perú 57. Año LIV. Trujillo: Editorial Normas Legales. Julio/agosto de 2004. pp. 159 y siguientes; “Un breve análisis de las condiciones del juez militar actual frente a los presupuestos de independencia judicial y algunos alcances sobre la cuestionada “autonomía” de la justicia castrense: una mirada a las propuestas de reforma constitucional sobre el particular”. En: Revista de Derecho Foro Jurídico 1. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año I. Lima. Diciembre de 2002. pp. 71 y siguientes; “La Reforma de la...”. Op. cit. pp. 69 y siguientes; entre otros. Las sentencias del Tribunal Constitucional al respecto también son de las más ilustrativas para comprender las incompatibilidades que se generan como consecuencia de que un militar en actividad desempeñe labor jurisdiccional. Véase las sentencias recaídas en los Expedientes 023-2003-AI/TC; 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC.

<sup>32</sup> En su sentencia de fecha 9 de junio de 2004 recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC.

<sup>33</sup> MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y Alberto MONTON REDONDO. Derecho Jurisdiccional. Tomo I. Parte General. Barcelona: José María Bosch Editor S.A. 1994. pp. 108-112.

mente, que los jueces, y en este caso los militares, conozcan la ley.

Al respecto –y tratando de superar los problemas que presentaba la anterior legislación en ese aspecto<sup>34</sup>– la Ley 28665 exigía como requisito para ser juez militar, contar con formación jurídico-militar, pero circunscribía el ámbito de postulantes a dicho cargo a aquellas personas que integraran el Cuerpo Jurídico Militar. En definitiva, teníamos a jueces conocedores de Derecho, pero que permanecían en la situación de actividad al interior de las Fuerzas Armadas.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia recaída en el Expediente 006-2006-PI/TC, declaró inconstitucionales los extremos relativos a aquella exigencia prevista en el artículo XI del Título Preliminar de la Ley 28665. Así, luego de aplicar el *test* de igualdad al requisito consistente en contar con *vivencia militar*, en la medida que excluía a aquellas personas que, “...teniendo un conocimiento óptimo de la especialidad penal militar, se ven imposibilitadas de ejercer las funciones judicial y fiscal...” (Fundamento Jurídico número 30), ha destacado que:

“...las medidas legislativas cuestionadas, que limitan los derechos a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y de trabajo de aquellas personas que teniendo una óptima especialización en materia militar no han tenido “vivencia militar” y no se encuentran formando parte de un cuerpo jurídico de las Fuerzas Armadas y Policiales, no resultan absolutamente necesarias para la consecución del fin que se pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, mediante un estricto sistema de evaluación de los conocimientos sobre la especialidad penal militar o a través de la implementación de mecanismos, tales como el establecido en los párrafos 16.3, 24.4 y 30.3 de la ley cuestionada en autos, según los cuales, cada sala, un vocal instructor, un juez y/o el procesado “pueden, para mejor resolver, contar, a su solicitud, con la opi-

nión de por lo menos un oficial de armas, de comando o policial de la institución a la que pertenece; para que informe en relación con los temas estrictamente castrenses y/o policiales materia del proceso”, entre otras, pero no limitando innecesariamente, en todos los casos, que personas que poseen conocimientos especializados en materia penal militar, pero que no han vivido en institutos castrenses, ni forman parte de un cuerpo jurídico-militar, ejerzan la función judicial o la función fiscal...” (Fundamento Jurídico número 28).

En síntesis, superado el problema de la exigencia de conocimientos de Derecho, la independencia del juez militar se pone en entredicho cuando son militares en actividad los que juzgan, los cuales, entre otras cosas, por consideraciones de grado y antigüedad, se encuentran expuestos a sufrir presiones o injerencias en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en materia castrense. Y es que, inclusive, el disponer que el juez militar ostente un grado mayor al del imputado no garantiza una impartición de justicia independiente, ya que la antigüedad es otro factor que influye especialmente en el ámbito militar.

En efecto, de nada sirve que el juez militar sea de mayor grado que la persona que va a ser juzgada si ésta es más antigua, pues el espíritu de cuerpo podría operar en perjuicio de dicho juez, toda vez que sus promocionales sí podrían ostentar un grado mayor al del juez y entonces podría encontrarse expuesto a sufrir presiones o injerencias por parte de aquellos al momento de resolver la situación del imputado. Es necesario tener presente que no es nuestra intención poner en tela de juicio la honestidad o probidad de las personas llamadas a impartir justicia en materia militar, sino que la independencia judicial es un derecho, un principio, pero también una garantía de un proceso justo, esto es, de un debido ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Es más, si precisamente los jueces militares son probos y honestos, debemos preocuparnos por impedir que esa honestidad y probidad sea puesta en cuestión, para lo cual no contribuye la condición de militar en actividad.

<sup>34</sup> Sin embargo, lo que consagraba la hoy derogada Ley Orgánica de Justicia Militar peruana (Decreto Ley 23201) en su artículo 6 distaba mucho de reflejar nuestra última afirmación. Dicho artículo establecía que el Consejo Supremo de Justicia Militar estaba compuesto por diez Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad, ocho de ellos como vocales, uno en las veces de Auditor y el último en el cargo de Fiscal General. Ahora bien, dicho precepto señalaba expresamente que de los ocho vocales mencionados, tres debían ser del Cuerpo Jurídico Militar, lo mismo en los casos del Auditor General y el Fiscal General. Por consiguiente, en la medida que la potestad de impartir justicia (de resolver los conflictos de intereses o las situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica con carácter de cosa juzgada) es confiada a los vocales, resultaba que la gran mayoría de ellos, esto es, cinco de los ocho, no necesariamente eran conocedores del Derecho, aspecto a ser considerado para el ejercicio de una instancia con atribuciones jurisdiccionales con carácter represivo.

Aquí, indudablemente, también cobra relevancia el tema del nombramiento de los jueces militares. Actualmente, de conformidad con el artículo 172 de la Constitución, es el Presidente de la República el que decide el ascenso de los altos mandos de las Fuerzas Armadas, nada menos que quienes impartirán justicia en el máximo nivel de la justicia militar. Es posible constatar, entonces, un espacio de injerencia en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, que es preciso eliminar. Sobre el particular, la Ley 28665 estableció un régimen transitorio que iba a estar vigente por un tiempo excesivo y que suponía una intervención bastante restringida del Consejo Nacional de la Magistratura, lo que, en nuestra modesta opinión, en modo alguno se ajustaba a los parámetros constitucionales que regulan la actuación de este último organismo constitucional.

Nosotros proponemos a este respecto y guardando coherencia con lo sostenido líneas arriba, con relación a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional, que los militares en actividad no deberían impartir justicia, por lo menos no mientras sigan presentando las deficiencias que conllevan a poner en tela de juicio el ejercicio independiente de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es importante exigirles formación jurídica y conocimientos en materia penal militar, ello no debe llevarnos a pensar que la única alternativa posible son los militares en actividad. Los militares en situación de retiro y que sean abogados, así como los civiles con la debida formación jurídico-militar, constituyen, en nuestra modesta opinión, opciones que no debieran ser dejadas de lado. Incluso, de existir cuestiones demasiado técnicas y que sólo el oficial de armas conoce, consideramos, que para esos casos, es posible convocar a un peritaje, en el cual, dicho oficial ilustre al tribunal, para que éste adopte una mejor decisión.

Indudablemente, y siendo consecuentes con lo expresado hasta aquí, estimamos que el Consejo Nacional de la Magistratura viene a ser la entidad constitucionalmente habilitada para el nombramiento de los jueces militares. Además, ello permitiría garantizar la tecnicidad e idoneidad de sus miembros, alejando así cualquier injerencia por

parte de organismos de carácter político en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en materia militar.

### 3. ¿Qué debe conocer un Tribunal Militar?

Delimitar la competencia de nuestros tribunales militares es, quizá, una de las tareas que ha cobrado mayor importancia en la actualidad. Ello se debe, entre otras cosas, a las exigencias de contar con un escenario de impartición de justicia en materia militar respetuoso de los elementos que corresponden a un proceso justo.

La Constitución Política del Perú de 1979 reconocía a los jueces militares competencia para conocer los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, los delitos de traición a la patria cometidos por civiles en caso de guerra exterior, así como las infracciones a las normas del servicio militar obligatorio<sup>35</sup>.

Posteriormente, la Constitución de 1993 amplió, discutiblemente, el abanico competencial de esta especialización jurisdiccional con carácter evidentemente 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 normatividad del servicio militar obligatorio<sup>36</sup>, los delitos de terrorismo y de traición a la patria en caso de guerra –suprimiendo el término “exterior” consagrado en el texto constitucional de 1979– cometidos por civiles.

Era clara la intención de esta última medida en un contexto de lucha antisubversiva y quebrantamiento del Estado Constitucional. El hecho 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 delimitar un parámetro claro ante cualquier eventual intención de ampliar su competencia para supuestos de lucha interna y así trastocar su naturaleza para constituirse en un instrumento de opresión a disposición del gobernante de turno.

Es más, como se señala en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, de fecha 3 de enero de

<sup>35</sup> Puede revisarse respecto de los alcances de la justicia castrense durante la vigencia de la Constitución de 1979: PAREJA PAZ SOLDÁN, José. “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979”. Tercera edición. Lima: Ediciones Justo y Valenzuela. 1984. pp. 439-441; 605 y siguientes; 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. pp. 51 y siguientes.

<sup>36</sup> Actualmente, en nuestro país ya se ha consagrado un régimen de servicio militar voluntario, lo cual también ha traído como consecuencia algunos cambios en lo que se refiere a la competencia de los jueces militares, situación que será comentada luego en el apartado que corresponda de este trabajo.

2003, recaída en el caso “Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos” (Expediente 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”<sup>37</sup>.

El supremo intérprete de la Constitución ha señalado, tiempo después, que del artículo 173 del texto constitucional 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, pues ello implicaría una afectación al derecho constitucional al juez natural”<sup>38</sup>.

No obstante, así no se interpretó ni aplicó el citado precepto constitucional. Es más, a pesar que es la Constitución de 1993 la que incluye el delito de terrorismo dentro de la competencia de la justicia castrense al máximo nivel normativo, el traslado de las causas de civiles que supuestamente habían incurrido en este delito a este fuero, tuvo lugar antes de la entrada en vigencia de la misma.

Es importante tener presente que 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 existencia o utilización de ciertos preceptos legales para incluir dentro de su competencia a otros sujetos que presentan ciertas cualidades especiales que los vinculan de alguna manera a los institutos castrenses, como es el caso de los empleados civiles que laboran en institutos armados. Mención aparte merecen también los casos en los que se ha visto un afán por ampliar la competencia de la justicia militar para el conocimiento de delitos comunes, como es el caso de violaciones de derechos humanos, o incluso de procesos constitucionales. No podemos dejar de mencionar el juzgamiento de militares en situación de retiro y disponibilidad por tribunales castrenses, lo cual, también afortunadamente, hoy no admite mayor discusión.

El tema pasa, pues, por entender la real dimensión de lo que supone hacer referencia al “delito de función”, que es la materia a la que debieran abocarse los tribunales militares. El delito de función, como es de conocimiento general, es un delito especial propio, en tanto se trata de una conducta delictiva que sólo puede ser cometida por determinadas personas, en razón de las especiales cualidades que ostentan. Va a ser el ejercicio de funciones particulares orientadas a proteger, además, ciertos bienes jurídicos específicos, lo que va a circunscribir la comisión de estos delitos a

<sup>37</sup> En efecto, lo anotado por el Alto Tribunal guarda relación con lo señalado por la Congresista Flores Nano en la 76 (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”.

<sup>38</sup> Sentencia de 3 de enero de 2003. Caso “Marcelino Tineo y Silva y más de 5,000 ciudadanos”. Párrafos 104 y 105 (Expediente 010-2002-AI/TC).



aquellos que se encuentran en posibilidades de ejercerlas, toda vez que solamente ellos, por las funciones que ejercen, se encuentran en condiciones de lesionar o poner en riesgo dichos bienes jurídicos. Ese es precisamente el caso del artículo 173 de la Constitución y la competencia de la justicia militar para juzgar los delitos de función que cometan militares y policías.

En efecto, los tribunales militares sólo deberán conocer aquellos delitos de función en los que incurran los militares o policías. De allí que, a nuestro juicio<sup>39</sup>, las pautas para determinar un delito, como de competencia de la justicia castrense, debieran ser: que éste sea cometido por un militar o policía, en situación de actividad, en acto de servicio y que lesione un bien jurídico de corte militar o policial. De esa manera, circunscribimos la competencia de dicha instancia jurisdiccional a lo que vendría ser, en estricto, el delito de función militar o policial.

Sin embargo, es bastante frecuente confundir la noción de “delito de función” con “delito cometido en ejercicio de las funciones”, razón por la cual nos permitiremos aquí dejar clara esta distinción, como quiera que el objetivo sea circunscribir el ámbito de actuación de la justicia militar a las materias que, de conformidad con la Constitución, les corresponde.

Hacer referencia a “delito cometido en el ejercicio de las funciones” apunta no a lo que en rigor es un delito de función. Recuérdese que el delito de función suele ser definido como un delito especial propio; por ello mismo, el margen de comisión de dicha conducta delictiva se reduce a aquellas personas que ostentan ciertas funciones particulares, cuyo ejercicio indebido o irregular puede generar la puesta en riesgo o lesión de bienes jurídicos específicamente protegidos e involucrados por las funciones que ellas ostentan. Sin embargo, de la referencia al delito cometido en el ejercicio de las funciones, se infiere que se trata de todo delito, sea de función o común, que ha sido cometido a propósito de la puesta en práctica de las funciones que le han sido conferidas a determinado sujeto.

En efecto, no se trata de un delito de función, pues lo que interesa en relación con el delito

cometido en el ejercicio de las funciones es, como su nombre lo indica, que la conducta delictiva haya sido cometida cuando la persona ejercía las funciones que le fueron conferidas. De allí que, dentro de dicha acepción, por lo menos en nuestra modesta opinión, podamos considerar casos en donde los funcionarios cometan delitos comunes, en caso lesionen precisamente bienes jurídicos de carácter común o general, o de función, de acuerdo con los alcances antes descritos.

Como bien ha señalado la Corte Constitucional Colombiana:

“...no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar; pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policial. El concepto de servicio no puede, equívocamente, extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice”<sup>40</sup>.

Por consiguiente, sólo estando en la situación de actividad, en acto de servicio y cuando se lesione un bien jurídico de corte militar o policial es que, en rigor, puede cometerse el denominado delito de función militar policial. De allí que en el artículo V del Título Preliminar de la Ley 28665 se señala que el margen de actuación de los tribunales castrenses se circunscribe al conocimiento de delitos de función imputables a:

“(...)

- a. Militares y policías en situación de actividad que, encontrándose comprendidos en un proceso ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, pasan a la situación de disponibilidad o retiro.
- b. Militares y policías que, encontrándose en situación de disponibilidad o de retiro, se les impute delito de función cometido durante su situación de actividad”.

En tal sentido, un militar en situación de retiro o en situación de disponibilidad no podría ser sometido a la justicia castrense, salvo que el delito haya sido cometido cuando se encontraba en situación de actividad, supuesto en el cual habría

<sup>39</sup> A mayor abundamiento sobre el particular puede revisarse DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Tribunales militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente”. Lima: Jurista Editores. Setiembre de 2006. pp. 125-190.

<sup>40</sup> Sentencia citada por: ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. Op. cit. p. 278.

que evaluar los otros elementos que aquí hemos señalado. Asimismo, en la medida que no todo delito que cometa un militar en ejercicio de sus funciones es considerado delito de función, las violaciones a derechos humanos que tengan lugar deben ser de competencia de la judicatura ordinaria, como quiera que los bienes jurídicos lesionados en modo alguno constituyen bienes jurídicos de carácter militar o policial.

Lo expuesto tiene, además, sustento normativo. La Ley 26926, publicada el 21 de febrero de 1998 en el Diario Oficial "El Peruano", modifica diversos artículos del Código Penal e incorpora el Título XIV-A referido a los delitos contra la humanidad, que comprende los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas y tortura. Dicha ley se encargará, además, de establecer el artículo 5, en relación con el trámite de los procesos por delitos contra la humanidad, que éstos se llevarán a cabo por la vía ordinaria y ante el fuero común.

Sin embargo, no deja de sorprender que, pese a todo lo señalado hasta aquí, el Código de Justicia Militar Policial, aprobado a través del Decreto Legislativo 961, regulaba al interior del Título II, entre los llamados "Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario perpetrados por personal militar o policial", a los delitos de lesa humanidad como el genocidio (artículo 83 y siguientes)<sup>41</sup>.

Asimismo, un adecuado entendimiento de lo que supone un delito de función permite, también, dejar de lado cualquier planteamiento destinado a permitir que los jueces militares conozcan procesos constitucionales. De allí que una lectura de lo establecido en el inciso 7 del artículo 15 de la Ley 28665 generaba una especial preocupación. Y es que de dicho dispositivo se desprendería que también se encontraba dentro de la competencia de los tribunales militares peruanos el conocimiento de procesos constitucionales.

Estábamos, indudablemente, ante una previsión a todas luces cuestionable y que podíamos calificar a primera vista como inconstitucional<sup>42</sup>. Sucede que, no sólo el artículo 173 de la Constitución peruana vigente es muy claro en establecer que a los jueces militares sólo les corresponde conocer de los delitos de función en que incurra el personal militar y/o policial, sino que ya el Tribunal Constitucional con anterioridad y ante una disposición semejante, dejó claramente sentado que la justicia militar no es competente para entrar a pronunciarse sobre procesos constitucionales.

El Tribunal Constitucional peruano, en el caso "Rafael Eduardo Modenesi" (Expediente 757-99-HC/TC<sup>43</sup>), señaló al respecto que:

"...la jurisdicción militar es competente para conocer asuntos de naturaleza castrense y del juzgamiento de civiles, cuando éstos son sujetos activos de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, mas no para conocer infracciones de naturaleza constitucional, materia que pertenece al ámbito de los órganos jurisdiccionales".

Es por ello que, con posterioridad y a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscalía de la Nación contra algunas disposiciones de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional aquel dispositivo en su sentencia del 29 de marzo de 2006 (Expediente 0004-2006-PI/TC), señalando sobre el particular:

"...el artículo 15, inciso 7, de la Ley 28665 es inconstitucional por vulnerar el artículo 173 de la Constitución que, como ya se ha mencionado, establece el ámbito de competencia material de la jurisdicción especializada en lo militar. En efecto, la referida disposición constitucional ha estable-

<sup>41</sup> Es más, como bien pone de relieve la Defensoría del Pueblo, en ningún momento la Ley 28636, que fue la que le delegó facultades al Gobierno para que elabore y apruebe el Código de Justicia Militar Policial, le autorizó a éste que incorporara el Derecho Internacional Humanitario en la legislación penal nacional.

Al respecto, mediante la Ley 27837, el Congreso de la República encargó a una Comisión Especial revisora del Código Penal la adecuación de dicho texto a los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por el Perú y demás instrumentos internacionales, y finalmente elabore un "Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal". En ese orden de ideas, muchas de las conductas delictivas recogidas en el Código de Justicia Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo 961, bajo el título de "Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario" se encuentran en tales tratados, por lo que no correspondía que el Gobierno las contemple como delitos de función militar o policial y mucho menos que entre a tipificarlas en el ordenamiento jurídico nacional, pues era una materia que el Congreso no le había delegado.

<sup>42</sup> Este tema lo denunciamos en su momento en nuestro trabajo: "La inconstitucionalidad de atribuir a los jueces militares la competencia para conocer procesos constitucionales. A propósito de lo previsto en la Ley 28665". En: Actualidad Jurídica. Tomo 147. Lima: Gaceta Jurídica. Febrero de 2006. p. 142 y siguientes.

<sup>43</sup> Sentencia de fecha 15 de octubre de 1999 y publicada el 15 de enero de 2000.

cido que la única materia que puede conocer la jurisdicción militar se encuentra limitada al conocimiento de los procesos penales en los que se verifique la comisión de delitos de la función militar; por lo que, el Legislador se encuentra prohibido de otorgar a esta jurisdicción la competencia para conocer cualquier otro tipo de materias, incluidos, claro está, los procesos constitucionales en los que se verifica la amenaza o vulneración de derechos fundamentales (procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data) y el control de las leyes o normas de rango legal (procesos de inconstitucionalidad de acción popular), o el conflicto entre poderes del Estado o entre órganos constitucionales (proceso competencial), cuya tramitación ha sido confiada a la jurisdicción constitucional<sup>44</sup>.

Ahora bien, una de las materias que no deja de motivar alguna controversia en relación con el ámbito de actuación de la justicia militar, es el del juzgamiento de policías. Es bien sabido que las Fuerzas Policiales y las Fuerzas Armadas protegen y aseguran bienes jurídicos distintos: los policías se encargan, fundamentalmente, de garantizar el orden interno y los miembros de los institutos armados velan por la defensa de la soberanía y la integridad territorial. Esta situación, como veremos, trae como consecuencia serias dificultades

cuando se busca tipificar los delitos que pasarían a ser de conocimiento de la justicia castrense, la cual por definición, como adelantamos, debiera ostentar más bien una vocación restrictiva. Desarrollemos con más detalle nuestra última afirmación.

De conformidad con el artículo 173 del texto constitucional vigente, los tribunales castrenses conocen de los delitos de función cometidos por militares y policías. La definición de un “delito militar” no constituye una labor fácil; no obstante ello, la doctrina primero, y luego la jurisprudencia peruana<sup>45</sup> –entre ella la constitucional<sup>46</sup>– y extranjera, han venido fijando algunos criterios que pueden ayudar a esclarecer este tema. En ese orden de ideas, como hemos indicado, se identifican fundamentalmente tres elementos como aquellos que contribuirían a determinar, en cierto grado, cuándo nos encontramos frente a una conducta delictiva calificable como “castrense” y cuando, más bien, ante una común<sup>47</sup>.

Así, un delito sería considerado como “militar” si el sujeto activo es un militar en situación de actividad, si comete dicha conducta delictiva cuando se encontraba en acto de servicio<sup>48</sup> y siempre que lesione un bien jurídico de corte castrense<sup>49</sup>. Parece ser que los dos primeros elementos aquí

<sup>44</sup> Fundamento Jurídico 60 de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 29 de marzo de 2006, recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

<sup>45</sup> Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República en el caso “Indalecio Pomatanta” (Competencia 18-2004), en resolución publicada el 23 de noviembre de 2004 en el Diario Oficial “El Peruano”, ha establecido con carácter de precedente vinculante las características del delito de función castrense. En general, precisó que éste consiste en la infracción de un deber, toda vez que solamente puede ser cometido por un determinado sujeto activo, que en el Perú puede ser un militar o policía; cuya fuente es el Derecho Administrativo y que trae como consecuencia la lesión de las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial.

<sup>46</sup> El Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia recaída en el Expediente 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004 y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de agosto del mismo año, referida a la Ley 24150, disposición que regula el comportamiento de las Fuerzas Armadas durante un estado de excepción, estableció algunos criterios que buscan contribuir a la determinación de un delito como castrense. Dicha resolución fue aclarada posteriormente mediante una Resolución emitida el 31 de agosto de 2004.

<sup>47</sup> La Defensoría del Pueblo, por su parte, en su Informe Defensorial 104, intitulado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961” (pp. 51-52), ha desarrollado con más detalle los elementos que debiera comprender un delito para ser considerado como parte de la competencia de los tribunales militares en el Perú. En esa línea de pensamiento, dicho delito de función consistiría:

- a) En la infracción de un deber militar o policial.
- b) El autor por ende debe ser necesariamente un militar o policía en actividad. Se trata de un delito especial propio, ya que la calidad de militar o policía fundamenta la pena.
- c) El deber infringido no proviene del Derecho Penal, sino del Derecho Administrativo castrense o policial, se trata de un deber extra penal.
- d) Con la infracción del deber se debe poner en riesgo o afectar bienes jurídicos esenciales para la existencia, organización y/o funcionamiento de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, de manera tal que se dificulte o impida el cumplimiento de los fines que la Constitución les impone.
- e) Los bienes jurídicos por lo tanto deben ser institucionales, exclusivos, inherentes o propios de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, ya que en todo caso son los sujetos pasivos del delito de función.

<sup>48</sup> Aquí nos permitimos discrepar de aquel planteamiento del Tribunal Constitucional esbozado en su sentencia recaída en el Expediente 017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004 y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de agosto del mismo año. Y es que, según el supremo intérprete de nuestra Constitución, el delito de función será aquel cometido tanto en acto de servicio como con ocasión de él. Este último es el elemento que, a nuestro juicio, permitiría ampliar discutiblemente el margen de acción de los tribunales militares en nuestro país. No es pues lo mismo que el militar cometa el delito cuando estaba en ejercicio de funciones castrenses, que con ocasión de ellas. El criterio de ocasionalidad, utilizado frecuentemente para la tipificación de los delitos militares, ha sido precisamente uno de los elementos que mayores críticas ha generado por sus peligrosas implicancias.

<sup>49</sup> A partir de esta definición, se puede inferir que no constituyen delitos castrenses aquellas conductas que, por ejemplo, lesionan bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, la libertad personal, la salud, el patrimonio, entre otros. Tampoco lo serán los que

señalados no producen mayor dificultad en su precisión frente a un caso concreto (nos referimos al hecho que debe ser cometido por militar en actividad y en acto de servicio), pero los problemas se presentan cuando se intenta definir el tercer elemento que hemos mencionado (la lesión a un bien jurídico militar).

Nuestra preocupación gira en torno al hecho que, si en nuestro país, los tribunales castrenses juzgan los delitos de función cometidos tanto por militares como por policías, la correspondiente tipificación del delito de función debiera comprender, en principio, a ambos sujetos activos. Por consiguiente, siguiendo lo expuesto líneas arriba, si la justicia militar conoce los delitos de función de los policías, el bien jurídico protegido que debiera inspirar aquella tipificación del delito de función no será, solamente, la vinculada con la defensa de la soberanía e integridad territorial, lo cual es propio de las Fuerzas Armadas, sino también con el orden interno.

En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente 0017-2003-AI/TC<sup>50</sup> en cuanto a las características básicas del delito de función que sería de competencia de los tribunales peruanos:

“...se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines correspondientes y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines

de las instituciones castrenses” (Fundamento Jurídico 134-A).

Como bien se puede deducir, lo recientemente señalado amplía, de forma discutible, las conductas delictivas que puede eventualmente cometer un militar (a quien los tribunales militares están, fundamentalmente, llamados a juzgar) y que serían de conocimiento de la justicia castrense.

Una alternativa frente al escenario brevemente descrito aquí es que se tipifique de modo diferente el delito de función militar y el delito de función policial<sup>51</sup>. Otra opción que se ha esbozado al respecto es que, pese a lo expuesto, se adopte una tipificación del delito de función restrictiva, tomando para el caso de los policías sólo como referencia el orden interno como bien jurídico que los vincula, y así, incluso, en el caso de estos últimos, la justicia castrense contaría con un alcance limitado<sup>52</sup>. Éstas constituyen tan sólo dos fórmulas que buscarían dejar de lado los problemas a los que conlleva la actual regulación prevista en el artículo 173 de la Constitución peruana.

En esa línea de pensamiento, lo que hace militar o policial un delito no es su consagración en el Código de Justicia Militar Policial, lo que se denomina delitos militares impropios. Como se infiere de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00012-2006-AI, ello dependerá de que la regulación correspondiente cumpla con los requisitos para ser considerado, en sentido estricto, un delito de función militar o policial, lo que depende de criterios como los que aquí hemos esbozado (también conocidos, estos últimos, como delitos militares propios)<sup>53</sup>.

vulneran bienes jurídicos de carácter institucional, pero que no resultan propios ni exclusivos de los institutos armados, aquí tenemos el caso de los denominados delitos contra la Administración de Justicia, delitos contra la fe pública, contra el patrimonio del Estado, entre otros. Y, por último, las conductas delictivas en que incurran los civiles y los militares en situación de retiro o disponibilidad, claro está en estos dos últimos casos salvo en el supuesto de que el delito haya sido cometido en el tiempo en que estaban en actividad y de conformidad con los criterios antes aquí reseñados. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”. Serie Informes Defensoriales. Informe Defensorial 104. pp. 14-15.

<sup>50</sup> Sentencia de fecha 16 de marzo de 2004 y publicada el 24 de agosto del mismo año.

<sup>51</sup> Esta alternativa la planteamos en nuestro trabajo intitulado: “Algunos límites constitucionales a la reforma de la justicia militar peruana”. En: AA. VV. Ponencias Desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Arequipa: Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa. Setiembre de 2005. p. 423 y siguientes; también publicado en: Humanitas et Militaris 2. Florianópolis: Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Noviembre de 2005. p. 95 y siguientes. La Defensoría del Pueblo luego planteó una fórmula similar en su: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Inconstitucionalidad de la legislación...”. Op. cit. p. 52.

<sup>52</sup> Esta última es una de las alternativas que Iván Meini nos comentó en su momento, y que no deja de ser interesante, toda vez que fortalece el alcance restrictivo que debiera revestir a la justicia militar.

<sup>53</sup> En efecto, algunos autores han elaborado diversas clasificaciones acerca de los denominados delitos militares. Podría decirse que la más utilizada es aquella que efectúa la distinción entre delitos propiamente militares y delitos impropriamente militares. Los primeros, también llamados delitos militares propios, hacen referencia a los delitos de función en que incurre el personal militar por la condición de ser tal, mientras que con los segundos se alude a los delitos militarmente calificados, ya que, en sentido estricto, son delitos comunes, pero los encontramos consagrados en el Código Penal Militar. Se indica que incluso una personal civil, en este último caso, puede terminar siendo sujeto activo directo de una lesión a un bien jurídico de corte militar. Y es que no falta razón para sostener ello, pues por su propio carácter pluriofensivo podrían eventualmente dañarse tanto bienes jurídicos tutelados por la legislación ordinaria o común (Código Penal común), como bienes jurídicos que por ley se les otorgaría el carácter de castrense (Código Penal Militar). Ya en el derecho romano se consideraba delito militar propio aquel que alguien comete en su calidad de militar, es decir, como miembro de las Fuerzas Armadas (*ut miles*). Véase sobre el particular: PINTO FERREIRA, Luiz. “La Jurisdicción Militar y la Constitución

En síntesis, en nuestra modesta opinión, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución peruana, los tribunales militares deben conocer sólo lo que, en sentido estricto, viene a ser un delito de función militar o policial. Así, aquellas conductas delictivas que supongan la lesión de bienes jurídicos distintos a los propiamente militares o policiales, debieran pasar a ser de conocimiento de los jueces comunes. Es más, sería recomendable establecer una jurisprudencia que consolide una *vis atractiva* hacia la judicatura ordinaria, de tal modo que en caso de duda razonable en cuanto a tramitar un caso ante los tribunales militares o los comunes, debiera inclinarse la balanza siempre en favor de estos últimos. Creemos que esa sería una buena manera de fortalecer el alcance restrictivo que debe inspirar el funcionamiento de la justicia militar a nivel competencial.

Por otro lado, lo antes expuesto supone evidentemente reformar el Código de Justicia Militar Policial y contemplar en él sólo aquellas conductas que sean delitos militares propios, dejando para una ley de régimen disciplinario aquellas infracciones que suponen en rigor faltas administrativas y para el Código Penal los comportamientos delictivos de carácter común. De hecho, si somos rigurosos en la aplicación del concepto de delito de función en este caso, muy probablemente entraremos a discutir la pertinencia o no de contar con un Código de Justicia Militar Policial, pues pareciera ser suficiente con un título especial al interior del Código Penal ordinario.

### III. CONCLUSIONES

1. En el Derecho Comparado existen diversas fórmulas sobre la configuración orgánica y competencial de la justicia militar. En el Perú se ha optado por el modelo Europeo-Continental, que es, además, el imperante en América Latina y que supone la presencia permanente de tribunales militares en tiempo de paz.
2. La Constitución peruana, en el primer inciso del artículo 139 reconoce a la justicia militar como una excepción al principio de unidad jurisdiccional. Sin embargo, por las

implicancias que ello supone, que se traduce en la convivencia de hasta dos jurisdicciones al interior de un Estado (e inclusive pudiendo una de ellas manejarse en forma autónoma, alejada de principios jurisdiccionales), el Tribunal Constitucional ha considerado que dicho precepto constitucional debe ser interpretado en el sentido que la justicia militar es una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, que en principio corresponde al Poder Judicial y que su configuración debe necesariamente ajustarse a las exigencias de los principios de unidad, exclusividad e independencia jurisdiccional.

3. Si bien el principio de unidad no obliga a que la justicia militar tenga que estar integrada en la organización del Poder Judicial, y en definitiva el Tribunal Constitucional ha dejado dicha definición al Congreso de la República, proponemos dos alternativas frente a la manera como, tradicionalmente, se ha venido manejando este asunto en el Perú. La primera es que la justicia militar se integre al aparato de la judicatura ordinaria mediante juzgados especializados, con los cambios que esto traiga consigo a nivel de Corte Superior y Corte Suprema. Esto último supondría uniformidad en el establecimiento de requisitos para el ingreso a la carrera judicial, régimen disciplinario y de ascenso para los jueces castrenses. La segunda alternativa es la adoptada por la Ley 28665, esto es, crear al interior de la Corte Suprema una Sala Penal Militar Policial, manteniendo a los tribunales militares inferiores fuera del Poder Judicial. Esto último supondría que, por lo menos, las personas que integran la referida Sala Penal Militar Policial tengan que someterse al régimen del Poder Judicial, lo que no resultaría vinculante para los demás jueces militares inferiores.
4. Otro de los grandes problemas que aqueja a la justicia militar es el de las condiciones en las cuales ejercen la función jurisdiccional del Estado los jueces militares, sobre todo por tratarse de militares en actividad y que, en

de la República Federativa del Brasil". En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Lima: Editora Jurídica Grijley. 1997. p. 113. Véase a este respecto: DA SILVA, José Alfonso. "Noticia sobre la jurisdicción militar en el Brasil". En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). "Jurisdicción Militar...". Op. cit. p. 104; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Jurisdicción Militar...". Op. cit. En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). "Jurisdicción Militar...". Op. cit. p. 193. Asimismo, DOIG DÍAZ, Yolanda. "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción". En: HURTADO POZO, José (Director) y Yolanda y DOIG DÍAZ (Coordinadora). Op. cit. p. 61, quien es de similar parecer.

cuanto tales, están sometidos a principios de jerarquía y obediencia, y otras circunstancias, como su nombramiento, que ponen en tela de juicio su independencia, tecnificación, inamovilidad y la vigencia de aquellos elementos que permitan asegurar una carrera judicial en la materia. Para tal efecto, lo recomendable sería que los militares en actividad, por lo menos, mientras presenten las deficiencias a las cuales hemos hecho referencia, no sean considerados para el ejercicio de dicha función, resultando los abogados civiles y los militares en situación de retiro que cuenten con la debida formación jurídico-militar, dos opciones interesantes frente a esta problemática. Asimismo, somos de la opinión que, de conformidad con la Constitución Política del Estado, su nombramiento debe recaer en el Consejo Nacional de la Magistratura.

5. Otro punto a no dejar de lado en una reforma de la justicia militar es el de la determinación de su ámbito de actuación. Si nos ceñimos a una lectura estricta del artículo 173 de la Constitución, que es lo que corresponde en este caso, y si tomamos en cuenta la vocación restrictiva de la justicia militar, se hace necesario circunscribir la actuación de los tribunales militares a los delitos de función que cometan los militares y policías. En ese orden de ideas, la justicia castrense sólo debiera conocer de aquellos delitos cometidos por militares o policías en situación de actividad, en acto de servicio y que lesionen un bien jurídico de carácter militar o policial. Estas pautas permitirían alejar de la justicia militar peruana el juzgamiento de civiles, militares en situación de retiro o disponibilidad, violaciones de derechos humanos y procesos constitucionales.
6. Es pertinente comenzar a evaluar y debatir si corresponde o no que los policías continúen siendo sometidos a la justicia militar, sobre todo por las dificultades que ello puede generar a efectos de definir el ámbito competencial de la justicia militar peruana. Entre tanto y mientras no se reforme la Constitución en este punto, se recomienda una tipificación distinta del delito de función militar frente al policial o, en todo caso, tomar sólo a modo de referencia el orden interno como bien jurídico que debe ser protegido por las fuerzas policiales.
7. Finalmente, si somos rigurosos en la determinación de lo que se entiende por delito de función y no lo confundimos con todo delito, que los militares o policías cometan en ejercicio de las funciones, así como si nos ajustamos a los parámetros que aquí hemos señalado, es bastante probable que entremos a discutir acerca de la pertinencia de un Código Penal Militar Policial. Y es que múltiples conductas allí previstas corresponden más bien a una ley de régimen disciplinario y otras más bien constituyen delitos comunes y deberían, por ello, encontrarse tipificadas en el Código Penal común.