

¿Quién juzga qué?

Justicia militar vs. **justicia ordinaria**



¿QUIÉN JUZGA QUÉ?

Justicia Militar Vs. Justicia Ordinaria El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

© Defensoría del Pueblo
Jirón Ucayali N° 388, Lima 1, Perú
Teléfono: (51-1) 426-7800
Fax: (51-1) 426-7889
Internet: <http://www.ombudsman.gob.pe>
E-mail: defensor@ombudsman.gob.pe

Primera edición

Lima, Perú, Abril 2003

Hecho el depósito legal
Registro N° 1501162003-2073

El presente informe ha sido elaborado por el equipo integrado por el Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales Samuel Abad Yupanqui, Roberto Pereira Chumbe, Pier Paolo Marzo Rodríguez, Eduardo Luna Cervantes, Fernando Castañeda Portocarrero y Mariela Pérez-Costa Piscocoya y el apoyo secretarial de la señora Patricia Pazos Lewis.

SUMARIO

PRESENTACIÓN	5
1. INTRODUCCIÓN	9
2. LA NATURALEZA PRE CONSTITUCIONAL DEL MODELO VIGENTE DE JUSTICIA MILITAR. LOS EFECTOS DEROGATORIOS DE LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.	19
3. LA JUSTICIA MILITAR EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.	25
3.1. El principio de unidad jurisdiccional y la Justicia Militar	26
3.2. La Justicia Militar y su relación con la Corte Suprema	30
3.3. La competencia material de la Justicia Militar	31
4. EL DELITO DE FUNCIÓN COMO REGLA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR	35
4.1. El criterio formal del Código de Justicia Militar	36
4.2. El criterio del fuero personal	37
4.3. Los criterios de ocasionalidad y causalidad	45
4.4. El criterio del lugar de la comisión del hecho	47
4.5. El criterio material o de la naturaleza del delito	49

5. EL DELITO DE FUNCIÓN MILITAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	52
5.1. La Justicia Militar es restrictiva y excepcional	54
5.2. El contenido material del <i>delito de función</i>	56
5.3. La Justicia Militar no es competente para juzgar a militares en situación de retiro	62
5.4. Prohibición absoluta del juzgamiento de civiles en la Justicia Militar	63
6. LA JUSTICIA MILITAR GENERA UN <i>ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL</i>	70
7. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN LA CONTIENDA DE COMPETENCIA DEL CASO CHAVÍN DE HUÁNTAR	75
8. LA JUSTICIA MILITAR Y EL CASO LEONOR LA ROSA	80
9. CONCLUSIONES	84
10. RECOMENDACIONES	101

PRESENTACIÓN

La consideración de la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico, que acoge los valores y principios esenciales sobre los que una determinada sociedad ha decidido organizarse, determina que el ejercicio del poder del Estado se encuentre vinculado por los parámetros formales y sustanciales que derivan de la Carta fundamental.

Sin duda, una de las expresiones del poder estatal que se encuentra limitada por los parámetros constitucionales, es el ejercicio de la potestad punitiva o *ius puniendi*. De ahí que se insista en señalar la existencia de un *Programa Penal de la Constitución*, que alude al reconocimiento en la Carta fundamental de un conjunto de garantías y principios que deben ser respetados por el legislador y por todos los jueces al momento de interpretar y aplicar las normas jurídico penales. Sólo en la medida que se cumpla ello, estaremos frente al ejercicio legítimo del poder punitivo en el marco del Estado constitucional de derecho.

En este contexto, es del caso advertir el papel central que cumplen los derechos humanos en el marco del *Programa Penal de la Constitución*, tanto en la fundamentación como en la limitación del poder punitivo. Los derechos humanos no sólo constituyen el referente ineludible en la determinación de los bienes jurídico penales, sino que además su contenido esencial resulta indisponible para el legislador, tanto a nivel de derecho penal material, procesal como de ejecución. En esa medida, los tratados sobre derechos humanos suscritos por el Perú, adquieren singular importancia para la configuración del sistema penal, toda vez

que forman parte del derecho interno y cuentan con rango constitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55° y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

De este modo, resulta de significativa importancia para una adecuada valoración y aplicación de las normas penales, conocer no sólo las disposiciones del *Programa Penal de la Constitución* y de los tratados sobre derechos humanos, sino además la interpretación que de las mismas han desarrollado los órganos legitimados para dicha tarea. Más aún si las decisiones de estos órganos son vinculantes para todo el ordenamiento jurídico y prevalecen sobre las de cualquier otro intérprete, como es el caso del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, cuyas interpretaciones de las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, resultan de obligatorio cumplimiento para todos los jueces y tribunales de la República, de acuerdo a la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por su parte, la Corte Interamericana cuenta con competencia jurisdiccional en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos del cual forma parte el Perú y de acuerdo al artículo 68.1 de la Convención Americana, sus sentencias recaídas contra el Estado son de obligatorio cumplimiento.

Por ello, la Defensoría del Pueblo ha considerado oportuno publicar un análisis de la jurisprudencia de ambos altos tribunales, relacionada la Justicia Militar. Concretamente nos referimos a las sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana, que han delimitado la com-

petencia de la justicia castrense, dotando de contenido al concepto *delito de función militar*, que de acuerdo a la Constitución, constituye la regla de atribución de competencia de esta expresión del poder punitivo del Estado.

Tal como lo sugiere el nombre del presente Informe Defensorial N° 66 *¿Quién juzga Qué?, Justicia Militar Vs. Justicia Ordinaria*, con esta publicación la Defensoría del Pueblo pretende contribuir a dilucidar los límites competenciales de la justicia castrense, que se ha caracterizado históricamente por presentar una tendencia expansiva contraria a su naturaleza de jurisdicción especializada. En suma, de lo que se trata en última instancia es de realizar un aporte al fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la defensa de los derechos fundamentales, racionalizando el poder punitivo del Estado en cualquiera de sus manifestaciones.

Walter Albán Peralta
Defensor del Pueblo en funciones

¿Quién juzga qué?

1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1979 y también con la vigencia de la Carta de 1993, la justicia castrense ha sido objeto de una serie de cuestionamientos por parte de diversos sectores¹. Las principales objeciones a este ámbito del poder punitivo del Estado se refieren a aspectos vinculados con la inconstitucionalidad de muchas de sus disposiciones, su adecuación a los desarrollos técnico jurídicos alcanzados en la dogmática penal y la teoría del delito, así como a sus orientaciones político criminales.

En el primer grupo de objeciones pueden destacarse, entre otras, la configuración de la Justicia Militar como un órgano de los institutos armados dependiente del Poder

1 Al respecto, SCHIAPPA-PIETRA. Reflexiones sobre la guerra y los delitos de función dentro del régimen constitucional peruano. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* No. 6, 1990. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. El fuero militar como peligro. En: *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*. Lima: Seglusa Editores. 1993. INFORME DE LA COMISIÓN DE JURISTAS INTERNACIONALES. Sobre la Administración de Justicia en el Perú. Lima: IDL. 1994. AZABACHE, César. De nuevo sobre la justicia militar. *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios III. Lecturas sobre Temas Constitucionales* 11. Lima: CAJ, 1995. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993 y la Jurisdicción Militar. En: *THEMIS Segunda Época* N° 31, 1995. SAENZ DÁVALOS. Jurisdicción Común Vs. Jurisdicción Militar (Reflexiones sobre la controversia funcional). En: *Lecturas de Temas Constitucionales* No. 5, 1995. SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisdicción militar y delitos de función. Autos y Vistos. *Comentarios de Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica. 1996. Del mismo autor, *Derecho Procesal Penal*. Lima. Grijley. T.I. 1999. SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. El delito militar ordinario. Tesis. Facultad de Derecho de la PUC. 1997. ETO, Gerardo, César Landa y José Palomino. La jurisdicción militar en el Perú. En: *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*. Lima. UNMS – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana). 1997. HURTADO POZO, José (Director). *La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002*. Lima: Fondo Editorial PUC – Universidad de Friburgo. 2002.

¿Quién juzga qué?

Ejecutivo, la composición de los tribunales militares por oficiales de armas legos en derecho, la formulación de algunos tipos penales al margen de los principios de legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos y proporcionalidad. Asimismo, en el ámbito procesal, los jueces militares se encuentran alejados de las garantías de independencia e imparcialidad como consecuencia de la configuración orgánica de la Justicia Militar, adscrita al Poder Ejecutivo. Por su parte, los esquemas procesales de la justicia castrense no satisfacen las exigencias del principio de publicidad, juez natural y del modelo acusatorio².

Entre los cuestionamientos de naturaleza técnica resulta particularmente llamativo el hecho que el Código de Justicia Militar cuente con una parte general propia y en muchos aspectos distanciada de la regulación de los criterios de imputación del Código Penal, sin que existan diferencias sustanciales o significativas entre uno y otro ámbito normativo en esta materia³. Así por ejemplo, se advierte una regulación deficiente de la imprudencia, la omisión, la autoría y participación, no se contempla la figura del error de prohibición y se utiliza una terminología ampliamente superada como denominar delincuente al sujeto activo del ilícito⁴.

Por su parte, al cifrar el ámbito de protección en la mera referencia a la necesidad de garantizar el orden, la disci-

2 Al respecto DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú. Serie Informes Defensoriales Informes Nsº 6 y 64. Lima. 2002. Este informe puede consultarse en <http://www.ombudsman.gob.pe>

3 Sobre una apreciación crítica acerca de la existencia de un Código de Justicia Militar ver HURTADO POZO, José. ¿Es necesario el Código Penal Militar?. En: *idee*. Nº 150, noviembre de 2002.

4 Sobre los cuestionamientos a la parte general de la justicia militar ver MEINI, Iván. Observaciones en torno a la parte general del Código de Justicia Militar, en: HURTADO POZO, José (Editor). *La Reforma del derecho penal militar*. Ob.Cit. pp. 197-239.

plina y moralidad en la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional⁵, se revela una concepción de la Justicia Militar como extensión del poder de mando castrense y policial, lo cual se refuerza por su adscripción al Poder Ejecutivo y su composición por oficiales de armas y en actividad⁶. Esta orientación político criminal resulta a todas luces cuestionable, fundamentalmente desde los principios de lesividad, mínima intervención y fragmentariedad, que determinan un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos deducidos a partir de los principios de merecimiento y necesidad de pena⁷ y sólo frente a las agresiones más graves a aquellos.

A esta situación, la Justicia Militar debió sumar una importante crisis de legitimidad en la sociedad y el cuestionamiento internacional, como consecuencia de haber juzgado indebidamente violaciones a los derechos

5 De acuerdo al artículo II del Título Preliminar del Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, modificada por la Ley N° 26677, *“Los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas (Armadas y policiales) la Moralidad, el Orden y la Disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos en la ley...”*.

6 Conviene destacar en este punto que la Corte Constitucional colombiana en su Sentencia C-141/95 del 29 de marzo de 1995, declaró inconstitucional la composición de los tribunales militares por oficiales en actividad, ya que consideró que ello resultaba incompatible con las exigencias de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.

7 El *merecimiento de pena* alude a la valoración que debe hacerse para decidir la protección penal, a partir de la gravedad de la ofensa para la convivencia social pacífica, la afectación de las posibilidades de participación de las personas en su entorno social, así como el respaldo constitucional del bien afectado. Por su parte, *la necesidad de pena* alude a la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal, así como a la idoneidad de la pena para cumplir con su finalidad de prevención general y desmotivar las conductas que se pretenden evitar. Al respecto, CARO CORIA, Carlos. Sobre la moderna teoría del bien jurídico – penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs. En: Themis – Revista de Derecho. Lima N° 35. Lima, 1997. pp. 137 y ss. Del mismo autor, Derecho Penal del Ambiente, Delitos y técnicas de tipificación. Lima. Gráfica Horizonte. 1999. pp. 44-53. Sobre la aplicación de los principios de merecimiento y necesidad de pena en la estructura del delito, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1993. pp. 21-33.

¿Quién juzga qué?

humanos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, delitos comunes de criminalidad organizada violenta cometidos por civiles; así como por el procesamiento de militares en situación de retiro con ocasión de haber formulado declaraciones críticas contra algunos mandos militares.

Ciertamente que el ejercicio de un poder punitivo con estas características no sólo genera problemas de compatibilidad constitucional por afectar derechos fundamentales y los parámetros del programa penal de la Constitución⁸, sino que además, sitúa al Estado peruano en el ámbito de la responsabilidad internacional por incumplir con sus obligaciones internacionales asumidas en virtud de haber suscrito y formar parte de tratados de derechos humanos.

Por todo ello, la Defensoría del Pueblo, desde el inicio de sus funciones, decidió prestar especial atención a la Justicia Militar, creando una línea de trabajo al respecto. Es así que a través de la Resolución Defensorial N° 004-97/DP publicada en “El Peruano” el 23 de enero de 1997, se dispuso la creación de una Comisión Especial⁹ a la que se encargó la elaboración de un informe destinado a analizar

8 Por programa penal de la Constitución entendemos *“el conjunto de postulados políticocriminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”*. ARROYO ZAPATERO, Luis. Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución. En: Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, núm. 1. 1987. p. 101. También al respecto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. et. al. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. Barcelona. 1999.

9 La Comisión Especial estuvo integrada por los doctores Arsenio Oré Guardia, Francisco Eguiguren Praeli y Luis Ávila Gonzáles. La Secretaría Técnica de la Comisión fue encomendada al doctor Samuel Abad Yupanqui, Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales que contó con la asistencia del Sr. Pier Paolo Marzo. La Comisión sometió sus avances a debate y reuniones de trabajo con los especialistas Francisco Fernández Segado, Domingo García Belaunde, César San Martín Castro y el mayor general FAP (r) José Rivera Lucero.

Defensoría del Pueblo

el marco normativo vigente sobre la Justicia Militar, su compatibilidad con la Constitución y los principios que rigen la función jurisdiccional. Asimismo, la Comisión tuvo el encargo de formular recomendaciones y propuestas para una reforma de la Justicia Militar.

El resultado del trabajo de la indicada comisión, fue publicado en el mes de marzo de 1998, a través del Informe Defensorial N° 6 denominado *“Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú”*. Este documento fue presentado en un evento público el 24 del mismo mes, de manera coincidente con el desarrollo del *Seminario Internacional Justicia Militar: Análisis y Perspectivas*, organizado por la Defensoría del Pueblo y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

Conscientes de la necesidad de discutir nuestras propuestas con las distintas instituciones concernidas en la materia, la Defensoría del Pueblo invitó a los representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar a participar activamente en todos los espacios antes mencionados. Sin embargo, luego de confirmar inicialmente su participación, en todos los casos recibimos excusas poco explícitas de los miembros de la Justicia Militar. Ciertamente que esta situación contrasta significativamente con la actual disposición al diálogo alturado y democrático que muestra el Consejo Supremo de Justicia Militar, para discutir ideas y propuestas en torno a la justicia castrense.

En efecto, luego de la recuperación de la democracia en el país, no sólo se generaron las condiciones para discutir las reformas a la Justicia Militar, sino que las mismas se plantean como necesarias en el marco del proceso de reinstitucionalización que se viene verificando. En esta línea, en la primera legislatura del periodo parlamentario 2001 – 2006 fueron presentados cinco proyectos de ley

¿Quién juzga qué?

sobre reformas puntuales a la legislación penal militar, pertenecientes a congresistas de diversas agrupaciones políticas¹⁰. Asimismo, es de destacar la publicación por parte del Ministerio de Defensa, de sus propuestas de Ley Orgánica de Justicia Militar y de Código de Justicia Militar, con la finalidad de recibir opiniones y sugerencias por parte de la opinión pública¹¹. Estas propuestas fueron acogidas – con ciertas modificaciones – por el Poder Ejecutivo durante el gobierno de transición y presentadas como iniciativas legislativas¹² al Congreso el 25 de julio del 2001¹³.

A pesar de todas estas iniciativas legislativas, a la fecha el Congreso de la República sólo ha modificado el inciso 1) del artículo 180º del Código de Justicia Militar, para precisar que cometen también el delito de abuso de autoridad los que imponen pena o sanción prohibida por ley¹⁴. Ciertamente que esta reforma no sólo resulta polémica en la medida que confirma la vigencia de una norma que habilita la calificación como abuso de autoridad de verdaderos supuestos de afectación de bienes jurídicos personales

10 Nos referimos al Proyecto de Ley Nº 163/2001-CR del congresista Henry Pease; Proyecto de Ley Nº 176/2001-CR del congresista Antero Flores – Araoz Ezparza; Proyecto de Ley Nº 209/2001-CR de la congresista Emma Vargas; Proyecto de Ley Nº 1006/2001-CR del congresista Heriberto Benítez Rivas y el Proyecto de Ley Nº 1245/2001-CR del congresista Alcides Chamorro.

11 Ambas propuestas fueron publicadas en la Separata Especial de la edición del domingo 1 de julio del 2001 del diario oficial “El Peruano”.

12 Sobre el contenido de estas propuestas desde una perspectiva crítica, ver PEREIRA CHUMBE, Roberto. Las propuestas de reforma de la justicia militar. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob.Cit. pp. 395-425.

13 Sobre la base de estos proyectos presentados por el Poder Ejecutivo y los proyectos antes mencionados, se formó en el Congreso una Subcomisión de Trabajo presidida por la congresista del Partido Aprista Peruano, Judith de la Mata, a la que se encargó el estudio de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar.

14 Reforma introducida a través de la Ley Nº 27760 publicada el 26 junio del 2002.

como la integridad personal¹⁵, sino que además, no aporta nada significativo al proceso de reforma sustancial que requiere la justicia castrense.

Sin embargo, si bien en el ámbito parlamentario no se ha producido mayor avance en la discusión de las propuestas presentadas y la modificación legislativa de la justicia castrense, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado importantes avances en compatibilizar la Justicia Militar con la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin duda, uno de los aportes de mayor trascendencia de la jurisprudencia de ambos tribunales en esta materia, se refiere a la delimitación del ámbito competencial de la justicia castrense, a partir del establecimiento de criterios materiales que permiten dotar de contenido al denominado *delito de función*.

La ausencia de una delimitación normativa de este concepto – ambiguo por naturaleza – incentiva que algunos sectores civiles y castrenses realicen interpretaciones extensivas del mismo y justifiquen de ese modo la ampliación de la competencia de la Justicia Militar hacia ámbitos ajenos al estrictamente castrense. Ciertamente que este tipo de interpretaciones desbordan los límites constitucionales de la Justicia Militar y generan responsabilidad internacional para el Estado peruano. De hecho, esta desnaturalización del *delito de función* es una de las principales causas del cuestionamiento a la legitimidad de la justicia castrense.

Lamentablemente, cuando ya creíamos superada esta etapa a partir de la jurisprudencia constitucional e interna-

15 En el mismo sentido, CARO CORIA, Carlos. La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: SALMÓN, Elizabeth (Coordinadora). La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Lima. PUCP. 2001. p. 177.

¿Quién juzga qué?

cional antes mencionada, la Corte Suprema de Justicia de la República, en su resolución de 16 de agosto del 2002 - Competencia N° 19/21-2002 - en el denominado caso *Chavín de Huántar*, resolvió una contienda de competencia a favor de la justicia castrense recurriendo a criterios de interpretación del *delito de función* declarados incompatibles con la Constitución y la Convención Americana por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana, respectivamente.

Asimismo, en el caso *Leonor La Rosa*, la Justicia Militar, después de admitir indebidamente un recurso extraordinario de revisión planteado por los condenados, decidió realizar una nueva evaluación de los hechos en este caso, luego de lo cual declaró la absolución de los recurrentes. Ello a pesar de que las conductas juzgadas no califican como *delito de función* de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que se afectaron bienes jurídicos individuales como la integridad física que trascienden el ámbito castrense.

Estos hechos resultan especialmente preocupantes para la Defensoría del Pueblo, toda vez que los fallos del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana vinculan a todos los poderes públicos y por ende a todas las instancias jurisdiccionales, incluyendo por cierto a la Corte Suprema de Justicia de la República y ciertamente a la Justicia Militar, tal como se desarrolla en el presente trabajo. En ese sentido, la Corte Suprema y las demás instancias del Poder Judicial y la Justicia castrense se encuentran obligadas a seguir el criterio de interpretación del *delito de función* realizado por los referidos altos tribunales. De este modo, cualquier juez del país puede y debe preferir el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana, cuando se oponen al asumido por la Corte Suprema.

Defensoría del Pueblo

Ciertamente, somos conscientes que debido a una serie de factores, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional – a pesar de que es publicada en el diario oficial - y en mayor medida la de la Corte Interamericana, no son lo suficientemente conocidas por los poderes públicos e incluso por las distintas instancias jurisdiccionales del país. Ello resulta particularmente grave si se advierte que la Corte Suprema y el Consejo Supremo de Justicia Militar, es decir las máximas instancias de la justicia común y castrense, respectivamente, son precisamente aquellas que con frecuencia no sólo se alejan de la jurisprudencia de los referidos altos tribunales, sino que incluso actúan en contra de la misma, generando problemas de inconstitucionalidad y de responsabilidad internacional para el Estado. La referida contienda de competencia en el caso *Chavín de Huántar*, resuelta a favor de la Justicia castrense, resulta especialmente ilustrativa al respecto.

Ciertamente que esta problemática, en tanto afecta derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales sobre la materia, de los cuales forma parte el Estado peruano, compete de manera directa a las funciones constitucionales de la Defensoría del Pueblo y sin duda se enmarca en nuestra línea de trabajo antes mencionada en torno a las dificultades que plantea el actual modelo de Justicia Militar.

A ello debemos agregar que a través de una comunicación de fecha 18 de setiembre del 2002, la Asociación Pro Derechos Humanos – APRODEH, solicitó el pronunciamiento institucional de la Defensoría del Pueblo, con relación a la decisión de la Corte Suprema en el caso *Chavín de Huántar*.

Por estas consideraciones y teniendo en cuenta la trascendencia general del problema planteado, tanto para la

¿Quién juzga qué?

vigencia de los derechos fundamentales como para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado peruano, hemos considerado pertinente publicar las decisiones que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana han adoptado en torno a los criterios a partir de los cuales se define el contenido material del *delito de función*.

Con ello pretendemos contribuir con la difusión de estas importantes decisiones, especialmente entre los operadores del subsistema de justicia penal, ordinaria y castrense, que en buena cuenta son los llamados a erigirse en defensores de la Constitución y de las obligaciones internacionales del Estado peruano en esta materia.

2. LA NATURALEZA PRE CONSTITUCIONAL DEL MODELO VIGENTE DE JUSTICIA MILITAR. LOS EFECTOS DEROGATORIOS DE LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.

Un aspecto esencial a tener en cuenta antes de realizar algún análisis sobre el fondo de cualquier aspecto referido a la justicia castrense, tiene que ver con su naturaleza *preconstitucional*. Y ello en un doble sentido, toda vez que el modelo vigente de Justicia Militar no sólo es anterior en el tiempo a la entrada en vigencia de las constituciones de 1979 y 1993, sino que además responde a principios y valores ampliamente superados e incluso contrarios a los asumidos por ambas cartas fundamentales.

El primer Código de Justicia Militar peruano fue promulgado el 20 de diciembre de 1898, durante el gobierno de Nicolás de Piérola. Fue elaborado como parte del trabajo de reorganización del Ejército, que encargó el referido gobernante a una misión militar francesa presidida por el coronel Pablo Clement. Esta norma situó orgánicamente a la justicia castrense en el ámbito del Poder Ejecutivo, configuró al Ministerio Público como un órgano de la Justicia Militar, optó por una justicia integrada por militares en actividad, legos en derecho y sujetos al poder de mando.

En cuanto al ámbito competencial, se advierte una clara vocación expansiva al extender la competencia de la Justicia Militar al conocimiento de delitos que rebasan el ámbito castrense y posibilitar el juzgamiento de civiles. Resulta también clara la concepción de *fuero personal* que inspiraba este Código, al habilitar la competencia de la justicia castrense para el juzgamiento de militares por la comisión de delitos comunes en acto de servicio. Por su parte, la proliferación de tipos penales que sancionan

¿Quién juzga qué?

meras infracciones disciplinarias, expresa la concepción de un derecho penal militar como extensión del poder de mando y no como un mecanismo de protección de bienes jurídicos.

Si bien los referentes de derecho comparado del Código de 1898, esto es, el Código Penal Militar Francés modificado al 31 de agosto de 1878 y el Código Español de Justicia Militar de 1890, fueron ampliamente superados en sus respectivos países y sustituidos por regulaciones no sólo distintas, sino que además rechazan los principios que los inspiraron, en el Perú el modelo de justicia castrense diseñado por el Código de Justicia Militar de 1898, continúa sustancialmente vigente. Ello a pesar de que en el ámbito del derecho penal ordinario, ya desde el Código de 1924 se abandonó en el Perú el modelo hispano del primer Código Penal de 1863¹⁶.

Así, el Código de Justicia Militar de 1939 (Ley N° 8991 de 16 de octubre de 1939); el Código de Justicia Militar de 1950 (Decreto Ley N° 11380 de 29 de mayo de 1950); la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1963 (Decreto Ley N° 14612 de 25 de julio de 1963); el Código de Justicia Militar de 1963 (Decreto Ley N° 14613 de 25 de julio de 1963) mantuvieron el modelo de justicia militar inaugurado por el Código de 1898. Tampoco las reformas parciales a la justicia castrense, realizadas a través de normas especiales alteraron sustancialmente este esquema.

Por el contrario, las normas dictadas durante los gobiernos de José Pardo y Barreda (Ley N° 272 y Ley N° 273, ambas de 27 de octubre de 1906, así como la Ley N° 2442 de 3 de setiembre de 1917), destinadas a reducir el para-

16 HURTADO POZO, José. ¿Es necesario el Código Penal Militar?. Ob. Cit. p. 38.

lismo de la justicia castrense con el Poder Judicial, así como a limitar su ámbito de competencia, fueron derogadas. Igual suerte tuvo el artículo 156º de la Constitución de 1920, que restringió la competencia personal de la justicia castrense únicamente al personal en el servicio activo¹⁷.

Siguiendo esta misma dirección, los decretos leyes N° 23201 (de 19 de julio de 1980) y N° 23214 (de 24 de julio de 1980), que aprobaron, respectivamente, la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar vigentes, reprodujeron el esquema de justicia castrense antes descrito¹⁸. Como resulta evidente, ambas normas fueron aprobadas a pocos días de la entrada en vigencia de la Carta de 1979, evitándose con ello que el Congreso de la República se encargara de compatibilizar la justicia castrense con la referida Constitución. Las reformas orgánicas introducidas a la justicia castrense a través de la Ley N° 26677 de 7 de octubre de 1996, no variaron este panorama.

Así, la vigente legislación penal militar, mantiene esencialmente el modelo inaugurado por el primer Código de Justicia Militar promulgado en 1898, advirtiéndose por lo menos las siguientes siete líneas de continuidad:

a) Dependencia del Poder Ejecutivo¹⁹

17 Esta norma constitucional fue modificada a través de la Ley N° 5862 de 22 de setiembre de 1927.

18 Sobre la continuidad del modelo de justicia castrense instaurado por el Código de Justicia Militar de 1898, ver PEREIRA CHUMBE, Roberto. Evolución legislativa de Justicia Militar en el Perú. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob.Cit. pp. 364-373.

19 De acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar, los Tribunales Militares constituyen organismos de los Institutos Armados, encargados de ejercer función judicial. En tal sentido, dependen del Ministerio del sector y finalmente del Poder Ejecutivo. Sobre la permanencia de este elemento de dependencia, ver cita 18.

¿Quién juzga qué?

- b) Naturaleza administrativa²⁰
- c) Ámbito de protección que desborda lo estrictamente castrense²¹
- d) Utilización del derecho penal como mera extensión del poder de mando militar y policial²²
- e) Composición de los tribunales por militares en actividad y legos en derecho²³
- f) Procesos marcadamente inquisitivos²⁴

20 A pesar que la Constitución le atribuye funciones jurisdiccionales, la justicia castrense es un órgano del Poder Ejecutivo con características organizativas propias de los órganos de la administración, ver al respecto DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú. Ob. Cit. 124-127. En el mismo sentido, Yolanda Doig sostiene que la identificación de la actual configuración de la justicia castrense, con los rasgos definitorios de los órganos de la administración, ha provocado que aquella sea considerada como un sector más de la administración castrense. DOIG DÍAZ, Yolanda. La Justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob.Cit. pp. 52-53.

21 Ver punto 4.1

22 Ver cita 5.

23 El Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, modificada por la Ley N° 26677, establece que los tribunales están integrados por oficiales en actividad, en algunos casos pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar. Al respecto DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú. Ob. Cit. pp. 80-83.

24 Ibid. pp. 101-102. En el mismo sentido, Asencio Mellado apunta el carácter marcadamente inquisitivo del proceso penal militar peruano, destacando las amplias prerrogativas del juez instructor para decidir sobre el inicio de la instrucción y los términos de la misma, convirtiéndose en una suerte de parte acusadora. Asimismo, en lo que califica como un fenómeno de “arqueología procesal”, advierte este autor la configuración de la instrucción como una etapa de producción de pruebas y no de actos de investigación como corresponde (arts. 428° y 429° CJM). Al mismo tiempo destaca que la acusación no está en manos de una parte acusadora distinta al órgano judicial, sino que depende del Juez de instrucción o del Tribunal. ASENCIO MELLADO, José María. Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob.Cit. 74-77.

g) Ministerio Público no independiente²⁵

De este modo, este modelo no sólo es anterior a la Constitución en el tiempo, sino responde a parámetros valorativos ampliamente superados por el ordenamiento constitucional instaurado tanto por la Carta de 1979, como por la vigente Constitución. De esta preconstitucionalidad formal y sustancial de la Justicia Militar se derivan importantes consecuencias prácticas para la interpretación y vigencia de las normas que la regulan.

En primer lugar, la legislación castrense no goza de la presunción de constitucionalidad en la misma medida que las normas emitidas en el marco de la vigencia de la Carta de 1979 y la vigente Constitución de 1993. En ese sentido, en todo acto de aplicación de sus normas, el operador jurídico se encuentra obligado a realizar un análisis y a demostrar la constitucionalidad de las mismas.

En segundo lugar, en virtud del principio de jerarquía normativa²⁶ y de las reglas de vigencia de las normas en el tiempo, la entrada en vigor de la Constitución de 1979 – cuyas disposiciones en esta materia, salvo la ampliación de la justicia castrense a civiles por la comisión del delito de terrorismo, se mantienen esencialmente en la Constitución vigente – determinaron que las disposiciones de la justicia castrense incompatibles con dichas constituciones quedaran derogadas. Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Constitucional en su sentencia del *caso*

25 Al respecto Sánchez Velarde apunta con razón que el Ministerio Público de la Justicia Militar no constituye un órgano judicial independiente sino subordinado a la función judicial militar, no ejerce la titularidad de la acción penal y no cuenta con una clara delimitación de funciones. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El Ministerio Público en la Justicia Militar. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob.Cit. pp 390-391.

26 De acuerdo al artículo 51º de la Constitución, esta prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

¿Quién juzga qué?

Marcelino Tineo Silva (Expediente N° 010-2002-AI/TC), al señalar que “...una vez que entra en vigencia una nueva Constitución, ésta es capaz de derogar tácitamente la legislación ‘preconstitucional’ que se le oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio ‘lex posterior derogat priori’...”²⁷.

De ahí que cualquier juez que se encuentre ante normas de la justicia castrense que resulten incompatibles con la Constitución, deberá considerarlas derogadas y por ende inaplicarlas. En ese sentido, la inaplicación de estas normas no requiere el trámite de elevación en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia prevista en el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable al control difuso de constitucionalidad.

27 Sentencia publicada el 4 de enero de 2003 en el diario oficial “El Peruano”. Asimismo, esta y todas las sentencias del Tribunal Constitucional que se citan en el presente informe pueden consultarse en <http://www.tc.gob.pe>.

3. LA JUSTICIA MILITAR EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.

Una adecuada interpretación de la naturaleza y los alcances de la Justicia Militar debe partir necesariamente del análisis de su reconocimiento constitucional. Ello no sólo porque la Constitución hace expresa mención de este ámbito sancionador, sino fundamentalmente por el hecho que nos encontramos frente a una expresión del poder punitivo del Estado, que tiene en el programa penal de la Constitución su parámetro de validez o legitimidad.

En ese sentido, es del caso hacer referencia tanto a la Constitución de 1979 como a la Carta vigente, dado que ambas normas asumen como elemento esencial para definir la competencia material de la justicia castrense el concepto de *delito de función*. Asimismo, a la fecha, el Tribunal Constitucional se viene pronunciando sobre algunos procesos seguidos ante la Justicia Militar, utilizando como parámetro de control la Carta de 1979, situación que será analizada más adelante.

De este modo, habría que señalar en primer término que ambos textos constitucionales configuran a la Justicia Militar remarcando su especialidad con relación a tres aspectos:

- a). Al principio de unidad jurisdiccional,
- b). A su vinculación con la Corte Suprema y;
- c). A la definición de su ámbito de competencia material.

3.1. El principio de unidad jurisdiccional y la Justicia Militar

El principio de unidad jurisdiccional tiene como finalidad asegurar que el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado se organice y se ejerza a partir de un conjunto de principios y garantías comunes. En ese sentido, busca eliminar los jueces o tribunales personales o ad hoc, así como la intromisión de cualquier otro poder público sobre la administración de justicia y en ese sentido, constituye una clara manifestación del principio de separación de poderes.

El principio de unidad jurisdiccional se encuentra expresamente reconocido en el inciso 1) del artículo 139º de la Constitución, norma que, al igual que el inciso 1) del artículo 233º de la Carta de 1979, establece que constituye una garantía de la función jurisdiccional:

"La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral (...)"

La deficiente redacción de esta norma, al definir a la justicia castrense como jurisdicción independiente en tanto excepción al principio de unidad jurisdiccional, generó que se admitiera sin mayor cuestionamiento, la interpretación según la cual, resulta constitucionalmente admisible que la justicia castrense forme parte del Poder Ejecutivo²⁸ y se organice y funcione al margen de las garantías propias de la función jurisdiccional, entre las que destacan aquellas vinculadas al debido proceso.

28 De acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar, los Tribunales Militares constituyen organismos de los Institutos Armados, encargados de ejercer función judicial. Sobre el mismo tema ver cita 19.

Sin embargo, esta interpretación literal de la referida norma constitucional, no toma en cuenta que la calificación de una función del Estado como jurisdiccional, depende de que la misma cumpla con las garantías orgánicas y funcionales que le son inherentes, tales como la independencia judicial, imparcialidad, inamovilidad, así como las exigencias derivadas del debido proceso. En tanto ello no suceda, no estamos frente al ejercicio de función jurisdiccional.

En ese sentido, de acuerdo a una interpretación armónica y sistemática del inciso 1) del artículo 139º de la Constitución, con el resto de los incisos regulados en dicho artículo, así como con el inciso 2) del artículo 2º de la propia Carta, no es posible concluir en la validez de la adscripción de la justicia castrense en el Poder Ejecutivo. En efecto, de acuerdo a las mencionadas normas constitucionales, sólo resulta admisible la posibilidad de que la justicia castrense se organice al margen de la estructura orgánica del Poder Judicial, pero sujeta a todos los principios, garantías, facultades y obligaciones propias del ejercicio de la función jurisdiccional. De ahí que, en estricto, *la jurisdicción militar y la arbitral son especialidades, sobre las que también debe tener plena vigencia la unidad jurisdiccional, entendida como el conjunto en el que todos los elementos poseen idénticas facultades, garantías y obligaciones*²⁹.

Desde esta perspectiva, tal como ya lo sostuvo la Defensoría del Pueblo en un anterior informe sobre la materia³⁰, en tanto la función jurisdiccional del Estado es única, toda vez que se configura a partir de elementos comunes que la definen como tal, no resulta correcto calificar a la justicia castrense como una "*jurisdicción independiente*", sino

29 DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob.Cit. pp. 54.

30 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. Informe Defensorial N° 6. Lima. 1998. p. 28.

¿Quién juzga qué?

como una especialidad constitucionalizada. Es decir, como una expresión de la potestad jurisdiccional del Estado, sólo que no integrada en el denominado *Poder Judicial organización*³¹, pero que debe mantener como elemento esencial de su organización y funcionamiento, la independencia de los otros poderes del Estado.

Por esta razón, la adscripción de la justicia castrense a los Institutos Armados y por ende al Poder Ejecutivo, afectando el principio de independencia judicial, así como su alejamiento de las exigencias derivadas del debido proceso, la convierten en una organización al margen de las exigencias del programa penal de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se haya pronunciado al respecto en su sentencia del caso *Castillo Petruzzi* y otros, concluyendo que la justicia castrense peruana no satisface las exigencias derivadas del principio de independencia judicial. La Corte llegó a este convencimiento luego de advertir que:

*"...de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares".*³²

31 SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano). En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob. Cit. p.115.

32 CORTE IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, N° 52. Párrafo 130. Las sentencias de la Corte Interamericana que se citan en el presente informe pueden consultarse en <http://www.corteidh.or.cr/>.

De este modo:

"...la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal".³³

Todo ello determina que la actual configuración de la justicia castrense no se corresponda con el ejercicio de la función jurisdiccional que le asigna la Constitución, ya que su organización y funcionamiento responden a una lógica de naturaleza administrativa regida por los principios de jerarquía y subordinación, incompatibles con dicha función constitucional³⁴. Ello resulta grave si se tiene en cuenta que la justicia castrense impone penas privativas de la libertad³⁵, las mismas que no pueden ser impuestas por órganos administrativos, sino únicamente por órganos jurisdiccionales, de acuerdo al principio de judicialidad de las penas reconocido en el inciso 10) del artículo 139º de la Constitución.

Ciertamente que esta contradicción de la vigente configuración de la justicia castrense con el principio de unidad de la función jurisdiccional y las exigencias del debido proceso, dada su naturaleza marcadamente adminis-

33 Párrafo 132.

34 Al respecto, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú. Informe Defensorial N° 6 - 64. Lima. 2002. pp. 124-127. En el mismo sentido, DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob.Cit. pp. 51-53.

35 La justicia castrense también impone condenas que afectan significativamente derechos fundamentales distintos a la libertad y la vida que, según las normas del Código de Justicia Militar, no pueden ser revisadas en sede judicial. En ese sentido, materialmente, la justicia castrense se configura como un órgano administrativo cuyas decisiones se encontrarían al margen del control jurisdiccional, lo cual resulta contrario al artículo 148º de la Constitución.

¿Quién juzga qué?

trativa, debe ser necesariamente evaluada por los jueces a efectos de valorar la legitimidad constitucional de los procesos y las sanciones que se impone en este ámbito del ius puniendi estatal.

3.2. La Justicia Militar y su relación con la Corte Suprema

El artículo 141º de la Constitución de 1993, establece que la Corte Suprema

"...conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173º."

A su vez, el tercer párrafo del referido artículo 173º señala que:

"La casación a la que se refiere el artículo 141º sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte".

Por su parte, el artículo 140º de la Carta establece que:

"La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada."

Sin embargo, dado que el artículo 140º de la Carta amplió la posibilidad de aplicación de la pena de muerte de acuerdo al criterio del legislador, resulta incompatible - y por ende inaplicable - con el inciso 2) del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe la ampliación de los supuestos de pena de muerte vigentes al momento de la ratificación de dicho tratado por los estados partes. Al mismo tiempo, el inciso 3) del mismo artículo de la Convención prohíbe el restablecimiento de los supuestos derogados.

El Estado peruano es parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978, situación que fue ratificada por la decimosexta disposición general de la Constitución de 1979. Esta Constitución limitó la pena de muerte en su artículo 235º sólo para el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior, por lo que dicho supuesto no podía ser ampliado por la Carta de 1993. De este modo, la competencia casatoria de la Corte Suprema respecto de las resoluciones de la justicia castrense, establecida en los artículos 141º y 173º de la Constitución de 1993, resulta en la práctica meramente simbólica.

3.3. La competencia material de la Justicia Militar

El tercer elemento a partir del cual se configura la Justicia Militar tanto en la Carta de 1979 como en la vigente Constitución, es la delimitación de su competencia material. Así el artículo 282º de la Constitución de 1979 establecía que:

"Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales - unificada en un cuerpo único denominado Policía Nacional, desde 1988 - en los casos de delitos de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235º. (esta norma se refería a la aplicación de la pena de muerte para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior)."

"Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar".

A su vez, el artículo 173º de la Constitución de 1993 establece que:

¿Quién juzga qué?

"En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a la que se refiere el artículo 141º sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

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

Un primer elemento común a destacar en ambas normas, es que consagran una justicia castrense estrictamente penal, por lo que le está vedada extender su competencia a ámbitos distintos a esta materia. Recordemos al respecto que el artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 895 creó la figura del *hábeas corpus militar*, vulnerando con ello la Constitución, que no otorga competencia constitucional a la justicia castrense.

De ahí que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 15 de octubre de 1999, *Caso Modenesi Montani* (Exp. Nº 757-99-HC/TC), declaró inconstitucional dicha norma a través del control difuso de constitucionalidad, señalando que:

"...la jurisdicción militar es competente para conocer asuntos de naturaleza castrense (...) mas no para conocer infracciones de naturaleza constitucional, materia que pertenece al ámbito de otros órganos jurisdiccionales."

En ese sentido, el Tribunal Constitucional concluyó que la creación de la figura del *hábeas corpus militar* a través del artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 895:

Defensoría del Pueblo

"...constituye una asignación de competencia que este Tribunal considera contraviene a los preceptos constitucionales antes citados, resultando por ello de imperativa aplicación el artículo 138º, segundo párrafo de la Carta Política (que consagra el control difuso de constitucionalidad)...".

El denominado *hábeas corpus militar* fue finalmente derogado a través de la Ley N° 27235 de 20 de diciembre de 1999. Sin embargo, la referida sentencia del Tribunal Constitucional constituye una buena muestra de cómo el ejercicio del control difuso de constitucionalidad - que recae en cualquier juez de acuerdo al artículo 138º de la Constitución - es un instrumento valioso para que el Poder Judicial corrija los excesos del legislador en esta materia, cumpliendo con su obligación de defensa de la Constitución.

Un segundo elemento común a destacar en ambas constituciones es que fijan el ámbito de competencia material de la justicia castrense a través de tres reglas generales:

- a) La Justicia Militar conoce los *delitos de función* cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- b) Estos ilícitos deben estar regulados en un Código de Justicia Militar.
- c) Las disposiciones del Código de Justicia Militar no resultan aplicables a los civiles.

La Carta de 1979, sólo establecía como excepción, la extensión de la competencia de la justicia castrense a los civiles en el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior. La Constitución vigente amplía la excepción de la Carta de 1979, al establecer que la justicia castrense es

¿Quién juzga qué?

competente para conocer de los delitos de traición a la patria - sin vincular estas conductas al contexto de guerra exterior - así como para los casos de terrorismo que la ley determine, otorgando un amplio margen de decisión al legislador al respecto³⁶.

Finalmente, ambas constituciones atribuyen explícitamente competencia a la justicia castrense para el juzgamiento de los delitos que se verifiquen por el incumplimiento de las normas del Servicio Militar, que a la fecha se caracteriza por ser un modelo parcialmente voluntario, a partir de la Ley N° 27178³⁷.

De este modo, queda claro que el denominado *delito de función* constituye el elemento esencial a partir del cual la Constitución delimita la competencia material de la justicia castrense, en la medida que lo regula como la regla de atribución competencial. En ese sentido, resulta indispensable conocer el contenido del concepto *delito de función* y a partir de ello valorar y establecer los alcances de las excepciones establecidas, así como la compatibilidad de este esquema Constitucional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁶ Esta disposición constitucional que amplía las excepciones previstas en la Carta de 1979, tuvo como motivación legitimar a través del Congreso Constituyente Democrático, la equivocada decisión del gobierno de entonces, de conceder a la justicia castrense la competencia para el juzgamiento del delito de terrorismo. Así, ya desde el 13 de agosto de 1992, el Decreto Ley N° 25659, otorgó competencia a la Justicia Militar para el conocimiento de formas agravadas del delito de terrorismo, a los que denominó “*Traición a la Patria*”. En la línea de esa misma vocación expansiva de la competencia de la justicia militar, el Decreto Legislativo N° 895, de mayo de 1998, estableció la competencia de la justicia castrense para el juzgamiento de delitos de criminalidad organizada violenta, a los que denominó “*Terrorismo Agravado*”. Debido a esta desnaturalización en el tratamiento de delitos comunes, así como a otros cuestionamientos constitucionales, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de esta última norma. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda a través de su sentencia de 15 de noviembre de 2001 (Exp. 005-2001-AI/TC).

³⁷ La Segunda Disposición Final de esta norma derogó el artículo 224° del Código de Justicia Militar, que tipificaba como delito la omisión al Servicio Militar Obligatorio regulado en el Decreto Legislativo N° 264, norma que también fue derogada por la mencionada ley.

4. EL DELITO DE FUNCIÓN COMO REGLA DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

La mera referencia al *delito de función* como regla de atribución de la competencia material de la justicia castrense, no resulta del todo satisfactorio para delimitar la extensión de este ámbito del poder punitivo del Estado. Ello en la medida que ni en la Constitución ni en el plano legislativo, existe una definición explícita de lo que significa la expresión *delito de función*.

Ello ha motivado un extenso debate doctrinario nacional en torno al contenido de este concepto. En el ámbito judicial, la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto en muchas ocasiones, a propósito de conflictos de competencia planteados entre la justicia castrense y la justicia común³⁸. Sin embargo, los criterios empleados por la máxima instancia judicial no sólo no han sido uniformes, sino que además en la mayoría de los casos adoptó posiciones que permitieron la expansión de la justicia castrense vulnerando el carácter restrictivo y excepcional que la Constitución le otorga.

En ese sentido, consideramos esencial analizar las interpretaciones del *delito de función* que se han verificado en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, a efectos de evaluar la compatibilidad de las mismas con la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como con la interpretación que de este concepto han desarrollado el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁸ De acuerdo al artículo 28º del Código de Procedimientos Penales, al inciso 3) del artículo 34º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como al inciso b) del artículo 361º y al artículo 363º del Código de Justicia Militar, corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema, resolver los conflictos de competencia entre la justicia castrense y la justicia ordinaria.

4.1. El criterio formal del Código de Justicia Militar

Un primer criterio para determinar cuándo nos encontramos frente a un delito de función o de naturaleza militar, es acudir a la parte general del CJM, para identificar aquellos elementos que dotan de especificidad a esta figura. Así, el artículo 2º del CJM establece que *“Se consideran delitos y faltas militares las infracciones previstas en este Código. (...)”*.

Por su parte, el artículo 320º del CJM establece que *“Por razón del delito, la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas contra los miembros de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales y, en general de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas en este Código”*.

De este modo, el CJM se limita a establecer un criterio meramente formal para calificar a un delito o falta como militar o de función, sin aportar ningún criterio sustantivo al respecto.

Como señala Hurtado Pozo³⁹, este criterio además de formal y por ende carente de contenido material, plantea serios problemas que lo invalidan para delimitar el delito de función. En efecto, este autor señala con razón que *“Los delitos que según el Código de Justicia Militar, sólo pueden ser cometidos por militares son, casi totalmente, delitos previstos en el Código Penal común”*. Analiza a manera de ejemplo el delito de robo (Art. 285º CJM y Art. 188 del CP) y el delito de homicidio (Art. 143º CJM y Art. 106º CP).

Asimismo, Hurtado advierte que existen delitos previstos en el CJM, cuya formulación permite que puedan ser co-

39 HURTADO POZO, José. ¿Es necesario el Código Penal Militar?. Ob.Cit. pp. 38-40.

metidos por cualquier persona sin considerar si ejercen o no función militar, como es el caso de los civiles. Así por ejemplo, destaca los delitos de traición a la patria (Art. 78º CJM)⁴⁰ y espionaje (Art. 81º CJM)⁴¹, ilícitos que además de no exigir un sujeto activo calificado (Militar o Policía), también se encuentran tipificados en los artículos 325º y 330º del Código Penal. El mismo problema es destacado por Meini⁴² con relación a los delitos de ultraje a la nación y a sus símbolos representativos (Art. 98º CJM) y al delito de rebelión (Art. 101º CJM), así como por Sandoval Coronado⁴³ con relación al delito de rebelión (Art. 101º CJM).

De este modo, el criterio según el cual, los delitos o faltas militares son los que se encuentran previstos en el CJM, resulta inválido, toda vez que en dicho cuerpo normativo existen una serie de figuras que no se vinculan con el desempeño de la función militar y por ende pueden ser cometidos por cualquier persona. En ese sentido, de seguirse este criterio se estaría vulnerando el artículo 173º de la Constitución que circunscribe la competencia de la justicia castrense al *delito de función* y prohíbe la aplicación del CJM a los civiles, salvo en los casos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina, excepciones que serán analizadas más adelante.

4.2. El criterio del fuero personal

De acuerdo al criterio del fuero personal, el elemento que

40 SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. La legislación de emergencia y la especialidad del delito militar. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal. Ob. Cit. pp. 185-186.

41 “Artículo 78º.- Comete el delito de traición a la patria, todo peruano por nacimiento o naturalización, o todo aquel que de algún modo se halle al amparo de las leyes del Perú, cuando practica cualquiera de los actos siguientes (...).”

42 “Artículo 81º.- Constituye delito de espionaje, practicar alguno de los actos siguientes (...).”

43 MEINI, Iván. Observaciones en torno a la parte general del Código de Justicia Militar. Ob.Cit. pp. 198-199.

¿Quién juzga qué?

define el delito de función es la condición de militar o policía. Una versión extrema de este criterio sostiene que sólo basta constatar la condición de militar o de policía del agente para que se verifique un delito de función, sin que tengan ninguna relevancia el sujeto pasivo, el bien jurídico afectado o las distintas circunstancias o modos de comisión del injusto.

Resulta ilustrativo de este criterio las declaraciones que hiciera el General (r) Guido Guevara Guerra, cuando asumió el cargo de Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar - CSJM. Así, al referirse a la justicia castrense sostuvo que la misma *“...es como el polvo que se impregna en la bota del soldado, porque lo acompaña donde esté...”*⁴⁴. Sin duda, esta constituye una posición asumida por muchos miembros de la justicia militar, desde la cual interpretan el ámbito de su competencia y justifican la indebida ampliación de la misma.

Otra expresión de este criterio exige que la condición de militar la posea tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo del delito. De este modo, si se verifica cualquier delito en el que sujeto activo y sujeto pasivo tienen la condición de militares o miembros de la Policía Nacional, estaremos frente a un delito de función.

El artículo 324º del CJM asume este criterio, al establecer que la justicia castrense es competente para conocer de los delitos comunes cometidos en acto del servicio, cuando agraviado e inculpado son militares. En estos casos, establece la norma, se aplica el Código Penal común. Si bien la referida norma requiere que el delito se cometa en acto de servicio, dada la significativa amplitud y ambigüe-

44 Citado por AZABACHE, César. De nuevo sobre la justicia militar. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. Lima. Comisión Andina de Juristas. 1995. p. 157.

dad de este concepto, finalmente la condición militar del agente y el sujeto pasivo terminan siendo determinantes para atribuir competencia a la Justicia Militar en estos casos.

La Corte Suprema de Justicia ha invocado esta norma del fuero personal para resolver contiendas de competencia a favor de la justicia castrense. Así, en el caso *Fermín Jaime Coronel y otros*, si bien la Corte Suprema llega al convencimiento de que el delito cometido es de naturaleza común, decide que la justicia castrense es la competente para el juzgamiento, toda vez que tanto el autor como la víctima tienen la condición de militares, aplicándose las normas del Código Penal común. Similar razonamiento utilizó la Corte Suprema en el caso *Leonor La Rosa Bustamante*, en el que se imputaron actos de tortura a determinados miembros del Ejército Peruano contra una agente de inteligencia de dicha institución. Dado que los autores de los hechos y la víctima tenían la condición de militares, la Corte Suprema decidió la competencia del juzgamiento a favor de la justicia castrense⁴⁵.

Otra manifestación del criterio del fuero personal es la amplitud con que regula el CJM el concepto de *militar* para efectos de su aplicación. Así, el inciso 1) de su artículo 321º establece que se considera militar a todo aquél que de acuerdo con las respectivas leyes orgánicas, posea grado militar. Esta norma permitió, a través de una interpretación inadecuada de la misma, que militares y policías en situación de retiro – pero que conservan el grado de manera simbólica, es decir, sin poder de mando – sean juzgados por la justicia castrense. En esa misma línea, el inciso

45 *Caso Fermín Jaime Coronel*, Ejecutoria Suprema de 23 de agosto de 1998, Exp. Competencia N° 07-98; *Caso Leonor La Rosa Bustamante*, Ejecutoria Suprema de 18 de julio de 1997, Exp. N° 12-97. Ambas ejecutorias citadas por SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano). Ob. Cit. p.126.

¿Quién juzga qué?

f) del artículo 727º del CJM, comprende expresamente como sujetos activos de las faltas “contra el espíritu militar” a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en situación de retiro y los licenciados de los mismos.

Al respecto, resultan emblemáticos los casos de los oficiales en situación de retiro Alberto Arciniega, Luis Cisneros Vizquerra, Germán Parra Herrera, Sinesio Jarama, Walter Ledesma Rebaza y Carlos Mauricio Agurto, que entre 1993 y 1995, fueron juzgados por la justicia castrense como consecuencia de emitir opiniones críticas contra la cúpula militar de la década pasada y la actuación de las Fuerzas Armadas en el conflicto armado con el Ecuador. En esta misma tendencia se inscriben los casos de Rodolfo Robles Espinoza y Gustavo Cesti Hurtado, ambos militares en situación de retiro cuando fueron juzgados por la justicia castrense, en el primer caso por denunciar un atentado cometido contra un medio de comunicación en la ciudad de Puno atribuido a miembros del cuerpo de inteligencia del Ejército, mientras que en el segundo caso, por la verificación de operaciones fraudulentas en la ejecución de un contrato de seguros.

Es del caso destacar que el inciso c) del artículo 322º del CJM, asimila a la condición de militar para someterlo indebidamente a la competencia de la justicia castrense

“Al personal civil que labora en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que se reputa como reserva llamada al activo, por razones de seguridad y defensa nacional y por estar considerado en las respectivas leyes orgánicas de cada Instituto como parte integrante de su personal militar en servicio activo”.

Invocando esta norma, la justicia castrense suele asumir el conocimiento de delitos imputados a civiles que labo-

ran en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, los señores Luis Enrique Guillén Bendeزú y Demetrio Valdemar Cabanillas Quispe, ambos trabajadores civiles de la Fuerza Aérea del Perú, fueron procesados por la justicia castrense, ante lo cual interpusieron sendos hábeas corpus, que fueron declarados fundados por la entonces Sala de Derecho Público⁴⁶. Asimismo, los señores Marco Aurelio Garrido Jibaja y Wilfredo Lizama Taboada, cajero y contador civiles, respectivamente, de la Comandancia de la Primera Región Militar del Ejército con sede en Piura, fueron procesados por la justicia castrense (Instrucción 11002-2001-0068). En este caso también los procesados interpusieron sendos hábeas corpus que fueron estimados⁴⁷.

De este modo, la justicia castrense entiende que su competencia se habilita no sólo por el hecho de que el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito se encuentren cumpliendo servicios en el activo en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, sino incluso por el hecho de que el sujeto activo haya prestado servicios en algún momento (personal en situación de retiro). Peor aún, la justicia militar entiende que también es competente para juzgar a los civiles que laboran en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que, en estricto, no son militares y por ende tampoco cumplen función militar. En ese sentido, nos encontramos frente a un criterio de *fuero personal expansivo*.

Esta posición de la justicia castrense resulta sorprendente si se tiene en cuenta que de acuerdo al artículo 12º del Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los

46 *Caso Guillén Bendeزú* (Exp. 024-2001); *Caso Valdemar Cabanillas* (Exp. 23-2001). Ambas sentencias fueron publicadas en la Separata de Jurisprudencia de la edición de 27 de marzo de 2001 del diario oficial “El Peruano”.

47 La Defensoría del Pueblo intervino como coadyuvante en estos casos, en virtud del inciso 2) del artículo 9º de la Ley N° 26520. .

¿Quién juzga qué?

Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea, la competencia de la justicia castrense se limita sólo a los oficiales en situación de actividad o de disponibilidad, señalando además en su artículo 70º que los oficiales en situación de retiro tienen el pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones políticas teniendo como único límite a la Constitución. Similar régimen se desprende de la regulación al respecto contenida en el Decreto Legislativo N° 745, Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú, la Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, así como en el Decreto Supremo N° 8-2000-IN, Reglamento de la Ley N° 27238⁴⁸.

Todas estas normas son posteriores en el tiempo al CJM, por lo que las disposiciones contenidas en dicho Código, contrarias al Decreto Legislativo N° 752, al Decreto Legislativo N° 745 y a la Ley N° 27238, se encuentran derogadas. De este modo, al juzgar a militares en situación de retiro o a civiles que prestan labores en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, la justicia castrense está actuando contra normas expresas, por lo que en estos casos los jueces militares podrían incurrir en la comisión del delito de prevaricato, tipificado en el artículo 418º del Código Penal⁴⁹.

Sin embargo, sin perjuicio de lo anterior, son argumentos de naturaleza constitucional los que descartan la validez del criterio del *fuero personal* para delimitar la competencia material de la justicia castrense. En efecto, la institución de los “fueros” corresponde a la forma de organización del poder previa al Estado moderno y por ende ante-

48 SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano). En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob. Cit. p. 129-130.

49 Artículo 418º.- El Juez o Fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

rior al constitucionalismo. Se sustenta en la organización estamental de la sociedad, donde los derechos y obligaciones de las personas se definían en función de su pertenencia a determinada corporación o estamento y no en su condición de sujetos de derechos libres e iguales.

Por ello, tal como ya lo estableciera la Defensoría del Pueblo en un informe anterior⁵⁰, a pesar de que los artículos 141º y 173º de la Constitución utilicen la expresión “fuero” para referirse a la Justicia Militar, desde una interpretación sistemática de la propia Carta, ello debe entenderse como un rezago histórico meramente terminológico y no como la consagración de un *privilegio o fuero personal*. Asumir una interpretación distinta, resulta contrario a los principios de igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2º y al de unidad de la función jurisdiccional, reconocido en el inciso 1) del artículo 139º de la propia Carta.

No existe ninguna circunstancia objetiva y razonable que justifique que por la condición de militar de una persona y menos aún por su condición de militar en retiro o civil que presta labores en las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, se le tenga que juzgar en la justicia castrense, la misma que, por lo demás, cuenta con un estatuto orgánico y funcional alejado de los principios ordinarios que integran la garantía de unidad de la función jurisdiccional. El desempeño de determinadas funciones públicas, en este caso la función militar, no justifica un tratamiento privilegiado o desigual en la determinación de los derechos y obligaciones, tal como lo garantiza el artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen el derecho a la igualdad ante los tribunales.

50 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú. Ob. Cit. pp. 33-34.

¿Quién juzga qué?

Asimismo, tal como dejamos constancia, la Constitución radica la regla de la competencia material de la justicia castrense en el denominado *delito de función* y no en la condición personal del agente o el sujeto pasivo del delito. En ese sentido, la cualificación del agente sólo adquiere relevancia penal para la justicia castrense, en tanto la conducta del mismo esté vinculada con la comisión de un delito de función, careciendo de importancia en todos los demás supuestos. Este último es el caso de los militares retirados y el personal civil que labora en las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, dado que no ejercen función militar. En ese sentido, para determinar la competencia de la justicia castrense no basta con comprobar la calidad de militar en actividad del sujeto activo del delito.

De otro lado, como también señalamos anteriormente, el artículo 173º de la Constitución exige que los delitos de función por cuya comisión los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están sujetos a la justicia castrense, deben estar previstos en el Código de Justicia Militar, por lo que aquella se encuentra impedida de aplicar la parte especial del Código Penal común. De ahí que el artículo 324º del CJM - que habilita a la Justicia Militar a aplicar la Parte Especial del Código Penal común - haya quedado derogado desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, por lo que resulta inexplicable que tanto la justicia castrense como la Corte Suprema sigan aplicando el criterio del *fuero personal* incluso en su versión *expansiva*.

A su vez, el artículo 173º de la Carta establece como únicas excepciones a la prohibición de aplicación del CJM a civiles, el caso del delito de traición a la patria y de terrorismo que la ley determine. En ese sentido, el inciso c) del artículo 322º del CJM - que asimila a la condición de

militar a los civiles que laboran en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para someterlos a la competencia de la justicia castrense - carece de respaldo constitucional, por lo que también debe reputarse derogada por cualquier juez.

4.3. Los criterios de ocasionalidad y causalidad

Si bien estos criterios suelen ser expuestos y tratados de manera separada, según Sandoval Coronado⁵¹, en estricto, el criterio de *causalidad* obedece al mismo fundamento que el de *ocasionalidad*, dado que adoptan como elemento de definición, el momento de comisión del delito.

De acuerdo al criterio de ocasionalidad, basta que el delito se cometa cuando el agente se encuentre realizando un acto de servicio o nociones análogas a la función militar, para que nos encontremos frente a un delito de función⁵². Es decir, no exige la existencia de una relación de conexidad entre el desempeño de la función militar y la lesión o puesta en peligro ocasionadas, toda vez que lo que resulta relevante es que el ilícito se verifique con ocasión del cumplimiento de un acto de servicio.

Así, en el *caso Alvaro Artaza Adrianzén*, la Corte Suprema decidió resolver la contenida de competencia a favor de la justicia castrense argumentando que:

“...los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar; si no también a otros aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corres-

51 SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. Ob.Cit. p. 180.

52 Loc. Cit.

¿Quién juzga qué?

*ponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas, pues no se requiere exclusivamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función, basta la simple ocasionalidad*⁵³.

Por su parte, de acuerdo al criterio de *causalidad*, estaremos frente a un delito de función, cuando el mismo se verifique como resultado o a consecuencia de la ejecución de un acto de servicio u órdenes militares. Así, en la contienda de competencia del *caso La Cantuta*, la Corte Suprema decidió que el fuero castrense debía conocer los hechos, debido a que la detención desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, se produjo como consecuencia del cumplimiento de órdenes militares y por ende en el cumplimiento de actos de función por parte de personal militar. A este argumento la Corte Suprema agregó en este caso el criterio del lugar de comisión del delito y el Estado de emergencia que regía en el mismo, situación que abordaremos más adelante⁵⁴.

Tanto el criterio de *ocasionalidad* como el de *causalidad*, no resultan adecuados como elementos definitorios del delito de función, toda vez que se alejan de la regla de competencia establecida en el artículo 173º de la Constitución, que obliga a tener en cuenta la naturaleza funcional del delito y no las circunstancias externas al mismo, como el momento de su comisión, para decidir la competencia de la justicia castrense.

53 Ejecutoria Suprema de 10 de abril de 1985, Exp. N° 5-85. Citada por SAN MARTÍN CASTRO, César. **Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano)**. Ob. Cit. p.124.

54 Para un análisis crítico de esta decisión de la Corte Suprema, ver ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob.Cit. pp. 263-284.

En ese sentido, como indica San Martín Castro, *“En ambos supuestos, la calificación del delito no se relaciona con los elementos objetivos y subjetivos de la conducta perpetrada (...) Desde esta perspectiva, es absolutamente insuficiente destacar como punto definitorio una circunstancia externa del hecho, como es el que el agente se encuentre de servicio o el hecho se vincule, ocasional o causalmente, al servicio que presta, obviando los demás elementos objetivos que concurrentemente deben presentarse para el análisis típico”*⁵⁵.

4.4. El criterio del lugar de la comisión del hecho

De acuerdo a este criterio, resulta definitorio para concluir que nos encontramos frente a un delito de función, que el hecho se cometa en un lugar que se encuentre bajo el control de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, sea que se trate de un recinto o cuartel militar o que el lugar sin ser un recinto militar, haya sido declarado en estado de emergencia, situación regulada en el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución, y en virtud de ello las Fuerzas Armadas hayan asumido el control de la zona.

Una clara manifestación de este criterio constituyen la Ley Nº 24150 de 6 de junio de 1985, así como el Decreto Supremo Nº 006-86-JUS de 16 de junio de 1986. El artículo 10º de la primera norma permite que los militares y policías que cometan delitos en las zonas declaradas en emergencia sean juzgados por la justicia castrense. En el caso de la segunda norma, invocando precisamente la Ley Nº 24150, declaró zona militar restringida y otorgó competencia y jurisdicción al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, la zona de los establecimientos penales San Pedro, San Juan Bautista y Santa Bárbara.

55 SAN MARTÍN CASTRO, César. Loc. Cit.

¿Quién juzga qué?

En dichos establecimientos penitenciarios se produjo la muerte de la mayoría de los internos como consecuencia del debelamiento de un motín simultáneo promovido por los reclusos procesados y sentenciados por terrorismo. De este modo, por la simple consideración del lugar de la comisión del delito, se impidió que este caso fuera juzgado por la justicia común⁵⁶.

Utilizando este criterio, la Corte Suprema estableció que:

“En los lugares declarados en Estado de Emergencia, los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que cometan las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar en el ejercicio de sus funciones, son de competencia del Fuero Privativo Militar”⁵⁷.

Asimismo, en el caso *Marco Antonio Quispe Yucra*⁵⁸, la Corte Suprema decidió la contienda de competencia a favor de la justicia castrense en el caso de un homicidio culposo, argumentando que los hechos se verificaron en el marco de un operativo antisubversivo realizado en una zona declarada en emergencia.

Ciertamente que tratar de delimitar el *delito de función* y en consecuencia establecer la competencia de la justicia castrense utilizando como criterio el lugar de la comisión del delito no resiste el menor análisis. El hecho que un delito se cometa en un recinto militar o en una zona del

56 Para un análisis crítico del Decreto Supremo N° 006-86-JUS ver en: CHIPOCO, EGUIGUREN Y TALAVERA. Los sucesos de los penales: nueva abdicación de la autoridad democrática. Un enfoque jurídico. Lima: IDL, 1986. Asimismo, Informe al Congreso sobre los Sucesos de los Penales (Informe en minoría). Lima: Rolando Ames, 1988.

57 Rev. Anales Judiciales, Tomo LXXIX, Corte Suprema de Justicia, Lima, 1991, p. 345. Citada por SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano). Ob. Cit. p. 125.

58 Ejecutoria Suprema de 12 de diciembre de 1997, Exp. N° 17-97. Citada por Loc.Cit.

país donde rige el estado de emergencia y se encuentra bajo el control de las Fuerzas Armadas, no aporta ninguna especificidad sustantiva al ilícito de que se trate, es decir, no modifica su naturaleza, toda vez que se trata de una circunstancia externa.

Asumir un criterio contrario implicaría admitir una opción interpretativa amplia, en la medida que el carácter militar del ilícito no dependerá de que afecte bienes jurídicos vinculados al ámbito castrense o funcionales, sino de dónde se cometa, lo cual resulta inadmisibles. De este modo, este criterio también se aleja del artículo 173º de la Constitución, que establece como regla definitoria de la competencia al *delito de función*.

4.5. El criterio material o de la naturaleza del delito

Según el criterio material o de la naturaleza del delito, cuando el artículo 173º hace referencia al *delito de función*, está exigiendo una vinculación material y por ende estrecha, entre la conducta del agente (militar o policía) y el objeto de protección que debe recaer necesariamente en el ámbito funcional castrense, que debe ser definido a partir de los fines que la Constitución le asigna a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

De este modo, estaremos frente a un delito de función, cuando la conducta de un militar o policía en actividad, afecte o ponga en riesgo la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales⁵⁹. Ciertamente que además de ello, el delito debe estar expresamente tipificado en el Código de Justicia Militar, tal como lo exige el artículo 173º de la Constitución.

59 En el mismo sentido, MEINI, Iván. Observaciones en torno a la parte general del Código de Justicia Militar. Ob.Cit. p. 199.

¿Quién juzga qué?

Este criterio no es extraño para la Corte Suprema, ya que sobre la base del mismo dirimió a favor de la justicia ordinaria la contienda de competencia planteada en el *caso Juan Carlos Cabrera Jaime*⁶⁰, oficial del Ejército al que se le imputó la comisión de un homicidio al interior de un recinto militar. Sin embargo la Corte Suprema, acertadamente, no consideró la circunstancia del lugar de la comisión del delito y evaluó el caso sobre la base del bien jurídico afectado, concluyendo que no se trataba de un *delito de función*.

En esa misma línea, en el mencionado *caso La Cantuta*, los magistrados Almenara y Sivina, salvaron su voto estableciendo que los hechos no calificaban como delito de función, toda vez que el mismo requiere que

- a) Exista una relación directa con el ámbito funcional militar o policial.
- b) La afectación de bienes jurídicos exclusivamente castrenses.
- c) La conducta se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar.
- d) La existencia de un nexo causal entre el delito cometido y la función encomendada al sujeto activo⁶¹.

En su ejecutoria de 12 de octubre de 1999, Comp. Exp. N° 06-99, la Corte Suprema también recurrió al criterio material o de la naturaleza del delito para dirimir un conflicto de competencia a favor de la justicia ordinaria, en un caso

60 Ejecutoria Suprema de 29 de setiembre de 1994, Exp. N° 25-93. Citada por SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Vol. I. Lima; Grijley. p. 108.

61 ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. Ob.Cit. pp. 270-271.

donde se denunciaban actos de tortura producidos al interior de un recinto militar e imputados a militares. La Corte Suprema razonó en ese caso que el delito de tortura “...*protege la dignidad de la persona y su integridad personal...*” y se caracteriza porque “...*el agente se encuentra en situación de poder respecto de la víctima, la misma que es aprovechada para afectar tales derechos...*”. De este modo, señaló que “...*la condición de efectivo castrense no es un criterio válido ni suficiente para justificar el establecimiento de discriminaciones en el trato penal, máxime si se trata de instituciones tutelares del Estado como son las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional*”⁶².

A pesar de que el criterio material o de la naturaleza del delito es conocido por la Corte Suprema, no constituye una tendencia mayoritaria ni menos aún consolidada, tal como lo veremos más adelante, cuando analicemos el caso *Chavín de Huántar*. Ciertamente que este criterio es el que mejor expresa un concepto constitucional de delito de función, en la medida que sólo la especial naturaleza de un delito justifica su juzgamiento a través de la justicia castrense. Asimismo, resulta compatible con la naturaleza restrictiva que la Constitución otorga a la Justicia Militar, en la medida que impide que civiles y militares retirados, que no ejercen función militar, puedan ser juzgados por ella.

62 La Defensoría del Pueblo analizó y destacó la importancia de esta ejecutoria a través de la Resolución Defensorial N° 32-DP-2000, publicada en “El Peruano” el 7 de junio del 2000.

5. EL DELITO DE FUNCIÓN MILITAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la sección anterior quedó demostrado que los criterios: a) formal del Código de Justicia Militar; b) del fuero personal; c) de ocasionalidad y causalidad; y d) del lugar de la comisión del delito, son utilizados mayoritariamente por la Corte Suprema de Justicia para resolver contiendas de competencia entre la justicia castrense y la justicia ordinaria. A través de ellos se favorece la expansión indebida e inconstitucional de la justicia castrense, toda vez que los referidos criterios son incompatibles con la Constitución y en muchos casos las normas en las que se plasman han sido derogadas desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979.

Por el contrario, a pesar de que el criterio material o de la naturaleza del delito, desarrolla un concepto constitucional del delito de función y por ende es plenamente compatible con el artículo 173º de la Carta, no es asumido de manera decidida por la Corte Suprema mostrándose más bien errática al respecto.

En ese sentido, resulta de especial importancia analizar lo que sobre este asunto han decidido tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. Ello resulta fundamental toda vez que de acuerdo a nuestro sistema constitucional de protección de los derechos humanos, así como al Sistema Interamericano del cual formamos parte, las decisiones del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son de obligatorio cumplimiento para los órganos del Estado y en especial para todos los jueces y tribunales, sean estos comunes o militares.

Defensoría del Pueblo

Así, la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que:

“Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Por su parte, el Estado peruano se encuentra obligado no sólo por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además, por la interpretación que hace de la misma la Corte Interamericana, especialmente en los casos donde es parte, tal como lo establece el inciso 1) del artículo 68° de la Convención:

“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha ratificado este criterio amplio de vinculación a los pronunciamientos de la Corte Interamericana, cuando sostuvo en el asunto *Crespo Bragayrac* (Exp. N° 0217-2002-HC/TC) que:

“ De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inhe-

¿Quién juzga qué?

rentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos de la región”⁶³.

En ese sentido, las decisiones del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generan consecuencias de obligatorio cumplimiento para todos los órganos del Estado peruano, lo cual incluye ciertamente a los jueces y tribunales civiles y castrenses.

5.1. La Justicia Militar es restrictiva y excepcional

En su sentencia del *caso Durand y Ugarte*⁶⁴ la Corte Interamericana estableció que:

“117...en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en sus sentencias de los casos *Villalba Zapata*⁶⁵ y *Huamaní Tipismana*⁶⁶ que:

“...una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento constitucional, necesariamente habrá de considerar, por un lado, que la extensión de la justicia castrense no puede entenderse en otros términos que

63 *Caso Crespo Bragayrac*, Exp. N° 0217-2002-HC/TC. Sentencia publicada en la Separata de Garantías Constitucionales del 20 de setiembre de 2002 del diario oficial El Peruano.

64 CIDH, *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68.

65 *Caso Villalba Zapata*, Exp. N° 585-96-HC/TC, sentencia publicada el miércoles 30 de setiembre de 1998, en la Separata de Garantías Constitucionales del diario oficial El Peruano.

66 *Caso Huamaní Tipismana*, Exp. N° 1154-2002-HC/TC.

no sean en franca armonía a su carácter esencialmente restringido, derivado de los propios términos de su reconocimiento y a su articulación con el principio de exclusividad judicial.”

Reiterando el carácter excepcional de la justicia castrense y por ende la naturaleza atrayente de la justicia ordinaria, el Tribunal Constitucional estableció en su sentencia del citado *caso Modenesi Montani* :

“ Que, en este sentido, queda establecido como afirmación de principio que la justicia judicial es la dominante y general, la justicia militar es excepcional, y de conformidad con el artículo 173º de la Constitución Política está limitada a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que incurrir en delito de función...”

En la medida que califican a la justicia castrense como *restrictiva y excepcional*, estos pronunciamientos establecen importantes criterios de interpretación para resolver los distintos problemas que se verifican en el ámbito de la justicia castrense en general y especialmente con relación a la determinación de su ámbito de competencia respecto de la justicia ordinaria.

Así por ejemplo, de acuerdo a los referidos fallos, quedan excluidas todas aquellas interpretaciones que pretenden extender el ámbito de competencia de la justicia castrense, tal como sucede con los criterios: formal del Código de Justicia Militar; del fuero personal; de ocasionalidad y causalidad, así como del lugar de la comisión del delito. Todos ellos posibilitan que la justicia castrense se extienda más allá del ámbito estrictamente funcional que la Constitución le asigna a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

¿Quién juzga qué?

Del mismo modo, la naturaleza *restrictiva y excepcional* de la Justicia Militar declarada por la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional, legitima el hecho de que la justicia ordinaria sea siempre la atrayente respecto de la justicia castrense. Ello ciertamente no sólo ante la duda sobre la competencia (Art. 344 CJM), sino incluso frente a los supuestos de doble tipificación en el CJM y el Código Penal (Art. 340° CJM) donde se opta por un criterio contrario; en los supuestos de concurso real (Art. 341° CJM) e ideal (Art. 343° CJM) de delitos, así como en los casos donde en el círculo de autores y partícipes concurren civiles y militares (Art. 342° CJM), supuestos estos últimos en los que el CJM establece el juzgamiento paralelo.

En ese sentido, en todos estos casos, los fiscales, jueces y tribunales civiles y castrenses, siguiendo los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana antes expuestos, deben considerar que corresponde a la justicia ordinaria conocer los hechos.

5.2. El contenido material del *delito de función*

Con relación a la delimitación de la competencia material de la justicia castrense, la Corte Interamericana ha señalado también en la citada sentencia del caso *Durand y Ugarte*, que:

“117...en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas

Defensoría del Pueblo

que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

“118. En el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no”.

A su turno, en su sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros*⁶⁷, la Corte Interamericana estableció que si bien:

“128.(...) la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Incluso, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”.

En primer lugar conviene destacar que la Corte no opta por ninguno de los criterios cuestionados en el presente informe, más aún en el párrafo 118 *in fine* de su sentencia en el caso *Durand y Ugarte*, rechaza expresamente el criterio del fuero personal. Por el contrario, se advierte de los pronunciamientos de la Corte Interamericana una clara opción por el criterio material o de la naturaleza del delito, para dotar de contenido al delito de función.

67 CIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

¿Quién juzga qué?

Así, en la propia sentencia del caso *Durand y Ugarte*, la Corte radica el objeto de protección de la justicia castrense en la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones militares. Es decir, dice la Corte, se deben tratar de bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Por su parte, en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, la Corte califica a la justicia castrense como una *jurisdicción funcional* que se habilita sólo para conocer de ilícitos cometidos en el ejercicio de función militar y bajo ciertas circunstancias que no las define.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia del citado caso *Villalba Zapata*, dejó sentado que el delito de función al que alude el artículo 173º de la Constitución, debe estar referido a:

“...conductas que afecten bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituyan la afectación de deberes de función...”.

De este modo, el Tribunal Constitucional concreta aún más el carácter especial del delito de función, al establecer que protege bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. De este modo, quedan excluidos del ámbito del denominado *delito de función*, todos aquellos delitos que protegen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el patrimonio, entre otros.

Esta característica del *delito de función* es ratificada por el Tribunal Constitucional en su sentencia del caso *Huamán Tipismana*, donde estableció que:

“En el caso de autos, no obstante la naturaleza aparentemente pluriofensiva de los hechos ilícitos imputados al beneficiario, que supuestamente implicaron

la afectación de diversos bienes jurídicos, como los concernientes a la disciplina militar (desobediencia) y al ejercicio del mando o autoridad (abuso de autoridad), propios de la jurisdicción castrense y expresamente contemplados en el Código de Justicia Militar; sin embargo, de los actuados se aprecia que en el contexto del presente caso el bien jurídico exclusivo y excluyente fue el referido a la vida, el cuerpo y la salud (homicidio), propio del ámbito de la justicia penal común, y ajeno, por ello, a la competencia de la jurisdicción funcional”.

En este último fallo del Tribunal Constitucional entonces, se confirma la exclusión del ámbito de la justicia castrense, el conocimiento de los delitos que protegen bienes jurídicos individuales como el homicidio (Art. 106º CP), asesinato (Art. 108º CP) o las lesiones (Art. 121º CP); y por ende, todos aquellos delitos que implican violaciones a los derechos humanos como el genocidio (Art. 319º CP), la desaparición forzada de personas (Art. 320º CP) o la tortura (Art. 321º CP).

De este modo, tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Constitucional, definen el delito de función desde el criterio material o de la naturaleza del delito, vinculándolo a la afectación de bienes jurídicos institucionales, relacionados con la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales de garantizar la independencia, soberanía e integridad de la Nación, así como garantizar el orden interno, respectivamente. De este modo, ambos tribunales rechazan los criterios de mera formalidad, de fuero personal, ocasionalidad, causalidad, así como del lugar de comisión del delito, centrándose en el bien jurídico protegido, el mismo que necesariamente debe tener naturaleza institucional, cuya titularidad debe recaer en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

¿Quién juzga qué?

Así, a partir de los fallos citados es posible deducir los rasgos esenciales del denominado *delito de función*:

a) Con relación al bien jurídico protegido

Los bienes jurídicos que protege el derecho penal militar, deben estar vinculados de manera directa con la realización de los fines constitucionales asignados a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Esto es, deben estar referidos a la actuación de las Fuerzas Armadas en la garantía de la independencia, soberanía e integridad territorial de acuerdo al artículo 165º de la Constitución; así como a la actuación de la Policía Nacional en la garantía, mantenimiento y restablecimiento del orden interno, de acuerdo al artículo 166º de la Carta fundamental.

En ese sentido, estos bienes jurídicos deben tener necesariamente una naturaleza institucional, por lo que queda descartado que la justicia castrense conozca delitos en los cuales los bienes jurídicos afectados o puestos en peligro son de naturaleza individual.

Ciertamente que, además de ello, la definición de los delitos militares debe hacerse desde las exigencias de mínima intervención, fragmentariedad y proporcionalidad.

b) Con relación al sujeto pasivo

De lo anterior se deduce que los sujetos pasivos deben ser necesariamente las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en tanto instituciones.

c) Con relación al sujeto activo

Dada la vinculación directa del bien jurídico con la esfera funcional militar, el círculo de autores se encuentra limitado únicamente a los militares y policías en actividad. Los militares y policías en situación de disponibilidad y retiro, así como los civiles, incluso aquellos que laboran en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, no pueden ser sujetos activos, dado que no realizan función militar. De este modo, nos encontramos frente a ***delitos especiales propios***, es decir aquellos donde la cualificación del agente constituye el fundamento del reproche penal y no una mera circunstancia de agravación de la sanción.

d) Con relación al principio de legalidad

Los delitos militares deben estar tipificados en el Código de Justicia Militar.

Sobre la base de estos criterios, el Congreso de la República debería revisar el catálogo de delitos tipificados actualmente en el Código de Justicia Militar, a efectos de reducir este ámbito del poder punitivo a su justo término. Asimismo, mientras ello no ocurra, corresponde a los jueces, ya sea a través del principio de jerarquía normativa o del control difuso de constitucionalidad, en los casos concretos que conozca, adecuar el vigente Código de Justicia Militar al concepto material de delito de función. Todo ello no excluye, ciertamente, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie por la inconstitucionalidad de las normas del CJM y de la LOJM.

5.3. La Justicia Militar no es competente para juzgar a militares en situación de retiro

Como directa consecuencia del concepto de delito de función desarrollado a partir del criterio material o de la naturaleza del delito (bien jurídico protegido), la Corte ha sido enfática en señalar que la justicia castrense no puede ser competente para el juzgamiento de militares en situación de retiro. La sentencia emblemática al respecto se verificó en el *caso Cesti Hurtado* cuando estableció que:

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

“194. Con respecto a la primera pretensión de la Comisión, la Corte considera que el proceso seguido ante el fuero militar en contra del señor Cesti Hurtado se llevó a cabo en forma irregular. La Corte ya declaró, en esta misma sentencia, que el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención (supra 151). Con base en lo dicho, la Corte considera que el juicio seguido contra el señor Cesti Hurtado en el fuero militar es incompatible con la Convención, por lo que estima procedente ordenar al Estado anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivan”⁶⁸.

68 CIDH, *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de setiembre de 1999. Serie C, núm. 56.

La validez de este criterio resulta evidente, toda vez que es imposible que los militares y policías en situación de retiro puedan ser sujetos activos de delitos militares o de función, dado que no cumplen función militar alguna, por lo que no pueden afectar bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

Por lo demás, como ya analizamos en el punto 4.2 del presente informe, este criterio jurisprudencial se encuentra expresamente reconocido en el Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea; así como en el Decreto Legislativo N° 745, Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú; la Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú y su reglamento el Decreto Supremo N° 8-2000-IN.

En ese sentido, la Justicia Militar debe abstenerse de conocer casos en los que se imputa responsabilidad penal a militares en situación de retiro, toda vez que no sólo genera un problema de inconstitucionalidad por afectar el derecho al juez natural, sino que además, los responsables de una decisión de esa naturaleza podrían incurrir en el delito de prevaricato, tipificado en el artículo 418° del Código Penal.

5.4. Prohibición absoluta del juzgamiento de civiles en la Justicia Militar

Siguiendo también la línea del concepto de delito de función antes desarrollado, la Corte Interamericana ha establecido la prohibición absoluta de juzgamiento de civiles por tribunales militares. Así, en el *caso Durand y Ugarte* la Corte señaló que:

“117...(...) debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe

¿Quién juzga qué?

juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

Este criterio fue reiterado en la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros*, donde la Corte estableció que:

“128. (...) El traslado de competencia de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.

Esta línea jurisprudencial de exclusión absoluta de la justicia militar del juzgamiento de civiles, fue consolidada por la Corte en su sentencia del caso *Cantoral Benavides* cuando estableció que:

“138. En esta misma sentencia (supra párrafo 114) se ha pronunciado la Corte en el sentido de que la aplicación de la justicia penal militar a civiles infringe las disposiciones relativas al juez competente, independiente e imparcial (artículo 8.1 de la Convención Americana). Eso es suficiente para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar en relación con Luis Alberto Cantoral Benavides, no

configuran el tipo de proceso que correspondería a los presupuestos del artículo 8.4 de la Convención”.

“139. Esta determinación es congruente con el razonamiento de la Corte en los casos Castillo Petruzzi y otros, Cesti Hurtado y Durand y Ugarte. En los dos primeros, este Tribunal ha declarado que la justicia militar aplicada a civiles viola normas de la Convención Americana sobre el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, y en el tercero se ha pronunciado acerca de los límites de la competencia natural de la justicia militar”⁶⁹.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, inicialmente no asumió el mismo criterio absoluto de exclusión de la Justicia Militar del juzgamiento de civiles, limitándose a controlar que se respete la excepción establecida en el artículo 282º de la Constitución de 1979, así como las previstas en el artículo 173º de la Carta vigente. En efecto, como ya señalamos, ambas constituciones prevén excepciones a través de las cuales se habilita la competencia de la justicia castrense para el juzgamiento de civiles⁷⁰.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia estableció que antes de la vigencia de la Constitución de 1993, la Justicia Militar sólo tenía competencia para el juzgamiento de civiles en los supuestos de traición a la patria en caso de guerra exterior, única excepción prevista en el artículo 282º de la Carta de 1979. Así, tanto en su sentencia del *caso Cartagena Vargas*⁷¹ como en la recaída en la citada sentencia del *caso Crespo Bragayrac*, el Tribunal estableció que:

69 CIDH, *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, núm. 69.

70 Ver punto 3.3

71 *Caso Cartagena Vargas*, Exp. N° 218-02-HC/TC.

¿Quién juzga qué?

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

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

Con el mismo criterio, en el caso del juzgamiento de personas por el denominado delito de “Traición a la Patria” regulado en el Decreto Ley N° 25659⁷², antes de la vigencia de la Carta de 1979, el Tribunal Constitucional estableció en su sentencia del caso *Iparraguirre Revoredo*⁷³, que:

“El Tribunal Constitucional advierte que cuando se sentenció a la recurrente a cadena perpetua por el delito de Traición a la Patria, con fecha trece de octubre de mil novecientos noventa y dos, se encontraba vigente la Constitución de 1979 (...) De esta forma, el ámbito de la competencia de la justicia militar se en-

72 Recordemos que esta norma calificaba indebidamente como “Traición a la Patria”, a formas agravadas del delito de terrorismo. Ver cita 36.

73 *Caso Iparraguirre Revoredo*, Exp. 1011-2002-HC/TC, Sentencia publicada en la separa especial “Garantías Constitucionales” de la edición del 23 de noviembre de 2002 del diario oficial El Peruano.

contraba reservado sólo para el juzgamiento de militares en caso de delitos de función y, excepcionalmente, para los civiles, siempre que se tratase del delito de Traición a la Patria, cometido en caso de guerra exterior”.

Asimismo, en la citada resolución, el Tribunal Constitucional dota de contenido a la excepción “*traición a la Patria en caso de guerra exterior*” prevista en el artículo 235º de la Carta de 1979 al establecer que:

“En el presente caso, si bien la denuncia fue por traición a la patria, debe analizarse si dicha traición ocurrió durante un estado de guerra exterior. Sobre el particular, podemos señalar que “guerra” se define como un conflicto armado entre dos o más naciones; es decir es una lucha armada entre Estados. Asimismo, es necesario resaltar que, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el delito de Traición a la Patria debe ser clasificado dentro de los delitos contra la seguridad exterior de la Nación, en los cuales se atenta contra la soberanía, la independencia, la seguridad o el honor de la Nación (...) en beneficio de una potencia extranjera; situación que no se da en el presente caso, pues era un hecho notorio que en la época en que acontecieron los hechos sub litis, la atribución constitucional de declarar la guerra con autorización del Congreso, prevista en el artículo 118º, inciso 16), de la Carta política de 1993 y artículo 221º, inciso 19), de la Constitución precedente, no había sido ejercida por el Primer Mandatario”.

A través de esta resolución, el Tribunal Constitucional descarta que los tipos penales calificados como *Traición a la Patria* en el Decreto Ley N° 25659, se encuentren en el ámbito de la excepción prevista en el artículo 235º de la

¿Quién juzga qué?

Constitución de 1979, para el juzgamiento de civiles por la justicia castrense. Al mismo tiempo, asumiendo el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, el supremo intérprete de la Constitución delimita el contenido del bien jurídico protegido por el delito de *Traición a la Patria*, cifrándolo en la soberanía, independencia, la seguridad u honor de la Nación. De este modo, el Tribunal Constitucional invalida la constitucionalidad de todas aquellas figuras vigentes que, estando calificadas como *Traición a la Patria*, no tienen como objeto de protección los bienes jurídicos ante mencionados, tal como sucede con los tipos penales previstos en el Decreto Ley N° 25659.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional abandonó este criterio jurisprudencial en su reciente sentencia del caso *Marcelino Tineo Silva* (Expediente N° 010-2002-AI/TC), al establecer que *“La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural”*. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha reinterpretado el primer párrafo del artículo 173° de la Constitución, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia que al respecto han emitido la Comisión Interamericana (Informe correspondiente al año 1996 sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú y el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos), así como la Corte Interamericana (casos Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides), estableciendo que la referida norma constitucional *“...no autoriza a que los civiles sean juzgados por 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”*.

Defensoría del Pueblo

De este modo, a partir de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional ha asumido el criterio de la prohibición absoluta de que civiles puedan ser juzgados por jueces y tribunales militares. En ese sentido, cualquier norma que otorgue competencia a la justicia militar para el juzgamiento de civiles resultará inconstitucional⁷⁴. Asimismo, los jueces y tribunales de la Justicia Militar se encuentran obligados a inhibirse del conocimiento de procesos en los que se imputa responsabilidad penal a civiles.

⁷⁴ Al respecto, conviene llamar la atención que el artículo 201º del Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, establece en una fórmula acertada que *“Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extienden, en ningún caso, a los civiles. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por dichos jueces, en los casos que establezca la ley”*.

6. LA JUSTICIA MILITAR GENERA UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana reseñadas, constituye tan sólo una muestra de los graves problemas de inconstitucionalidad y contravención con las normas internacionales sobre derechos humanos que genera el actual modelo de Justicia Militar. Se han destacado sólo algunos problemas de naturaleza orgánica, sustantiva y procesal, a propósito de lo que nos interesaba trabajar de manera especial en el presente informe, esto es, el asunto referido a la delimitación del contenido material del delito de función, elemento que, siendo esencial para definir el ámbito competencial de la justicia castrense, ciertamente no agota la problemática que plantea la misma.

Como ya destacamos en el punto 2 del presente informe, la Justicia Militar adolece de un grave problema de pre constitucionalidad sustantiva, dado que su configuración esencial se remonta a 1898. Es decir, el modelo vigente, a pesar de las modificaciones verificadas desde dicho año, responde a criterios valorativos y por ende político criminales y dogmáticos propios del siglo antepasado, que se han mantenido presentes a través de la legislación penal militar hasta nuestros días. De este modo la justicia castrense peruana se ha mantenido al margen de la racionalización experimentada por el derecho penal a lo largo de todo el siglo pasado a través de los desarrollos de la dogmática penal y la teoría del delito, así como del positivo impacto del constitucionalismo, los derechos fundamentales y el derecho internacional de los derechos humanos.

Una simple mirada a la evolución legislativa en materia de derecho penal común nos permite comprobar esta afirmación. Así, en el ámbito procesal hemos transitado de la

influencia hispana del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, al modelo marcadamente francés del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 y posteriormente al Código de Procedimientos Penales de 1939 que fue ampliamente modificado por sucesivas normas que fueron alterándolo en su esencia.

A pesar de los cuestionamientos, ciertamente fundados, de los que pueda ser objeto la legislación procesal común vigente, lo cierto es que existe un importante consenso en amplios sectores, aunque no necesariamente en el ámbito político, en torno a la necesaria modificación del actual modelo procesal común. Ya en abril de 1991 se aprobó a través del Decreto Legislativo N° 638, el Código Procesal Penal, cuya vigencia fue suspendida, salvo en algunos artículos puntuales, y a la fecha cuenta con dos proyectos de modificación (1995 y 1997). El modelo adoptado en el Código Procesal Penal, así como en los proyectos de 1995 y 1997, no sólo satisfacen ampliamente las exigencias constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos, sino que además, tienen como fuente los avances más importante en materia procesal penal verificados en los últimos años.

En el ámbito del derecho penal sustantivo, el modelo hispano del Código Penal de 1863, dio paso al modelo marcadamente Suizo del Código Penal de 1924, también conocido como “Código Maúrtua”, el que su vez fue sustituido por el Código Penal vigente promulgado en 1991. Este Código tuvo como referentes comparados diversas fuentes entre las que destacan el Proyecto Alemán de 1962, el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, el Código Penal de Alemania Occidental de 1975, el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, la Ley Orgánica 8/1983 de reforma del Código Penal Español, así como el Anteproyecto del Nuevo Código Penal Español de 1983. Por su

¿Quién juzga qué?

parte, a través de la Ley N° 27837 del 4 de octubre del 2002, el Congreso de la República decidió crear una Comisión Especial Revisora del Código Penal, la misma que fue instalada el 6 de febrero del presente año y que viene trabajando al respecto.

Sin duda, en el ámbito de la Justicia castrense no se ha verificado un proceso similar de discusiones, replanteamientos, cambios, ajustes y modificaciones como el desarrollado en el derecho penal común. El decimonónico modelo del primer Código de Justicia Militar de 1898, se mantiene intacto en su esencia.

Este anacronismo determina que la vigente legislación penal militar se contraponga de manera frontal con un conjunto de valores, principios y derechos fundamentales, reconocidos tanto en el ámbito constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos, y no se trate simplemente de un problema de mera inconstitucionalidad o contradicción puntual con la Convención Americana. El modelo de Justicia Militar en su conjunto plantea problemas estructurales de afectación general y masiva a los derechos fundamentales no sólo de los civiles o militares en retiro que son sometidos recurrentemente de manera indebida a su competencia, sino de los propios militares en actividad que son los más afectados por este sistema.

Bastaría con recordar al respecto que diariamente un número significativo de militares en actividad, son sometidos a un sistema de justicia dependiente del Poder Ejecutivo, integrado por militares en actividad y por ende bajo el poder de mando castrense, legos en derecho y con una estructura eminentemente administrativa. En el ámbito material, las reglas de imputación de la parte general del Código de Justicia Militar difieren sin justificación razonable y objetiva en

la mayoría de los casos, de la legislación común, afectando con ello el principio de legalidad e igualdad.

En la parte especial, se amenaza - y de hecho se procesa y condena - con la pérdida de la libertad y otras penas graves como la separación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, una serie de conductas que no se encuentran en el ámbito funcional castrense tal como lo exige la Constitución. En otros casos los tipos penales del CJM no satisfacen las exigencias del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos dado que tipifican meras infracciones disciplinarias propias del ejercicio del poder de mando. En el ámbito procesal, ya señalamos el carácter marcadamente inquisitivo de los procesos previstos en el ámbito castrense, con todo lo que ello implica para la vigencia de un conjunto de garantías orgánicas y del debido proceso exigidas por la Constitución.

En ese sentido, la Justicia Militar genera un **estado de cosas inconstitucional**, entendiendo por ello, una situación *“de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades”*⁷⁵.

Esta categoría del **estado de cosas inconstitucional**, creada a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana⁷⁶, se aplica a situaciones en las cuales se verifica la vulneración de una serie de principios y derechos fundamentales de manera general, de suerte tal que las soluciones a través de los mecanismos procesales como

⁷⁵ Corte Constitucional colombiana Sentencia T-153/98, párr. 53.

⁷⁶ Con anterioridad a su Sentencia T-153/98, la Corte Constitucional colombiana utilizó esta figura en dos casos SU-559 de 1997 y T-068 de 1998

¿Quién juzga qué?

las acciones de garantía individuales, es decir el amparo o el hábeas corpus, terminan siendo insuficientes, dado que no resuelven el problema estructural de afectación a lo que se debe agregar que pueden incidir negativamente en el sistema de justicia congestionándolo.

En ese sentido, si bien el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial e incluso la propia Justicia Militar pueden y se encuentran obligados constitucionalmente a contribuir con la superación de este ***estado de cosas inconstitucional***, también el Congreso debe asumir a la brevedad la necesidad de modificar el esquema vigente de Justicia Militar y de este modo salvaguardar el conjunto de valores, principios y derechos que afecta.

7. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN LA CONTIENDA DE COMPETENCIA DEL CASO CHAVÍN DE HUÁNTAR.

A través de la Ejecutoria Suprema de 16 de agosto del 2002, recaída en el *caso Chavín de Huántar* (Exp. N° 19/21-2002), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, dirimió una contienda de competencia a favor de la justicia castrense. El caso se refiere a por lo menos una probable ejecución extrajudicial (que de acuerdo al CP se tipifica como homicidio calificado) cometida contra un miembro del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru – MRTA, luego del rescate de rehenes de la residencia del embajador japonés en el Perú y cuando aquél se encontraba en condición de prisionero.

Estos hechos que se refieren a la eventual afectación ilegítima de bienes jurídicos individual como son la vida, el acceso a la justicia y a contar con garantías judiciales, estaban siendo investigados en la justicia ordinaria. Sin embargo, la justicia castrense también abrió instrucción por los mismos hechos, planteando una contienda de competencia que motivó la ejecutoria citada.

Un primer aspecto sobre el cual merece llamar la atención en la ejecutoria en cuestión, es la ausencia de un criterio claro sobre el que la Sala Penal decidió dirimir la contienda de competencia a favor de la justicia castrense. En efecto, la Sala Penal enumera sin mayor motivación una serie de criterios sin que se pueda advertir de ellos una línea de argumentación clara respecto del contenido del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución. El otro aspecto que llama la atención de la ejecutoria es que, salvo la mera calificación de los hechos como delito contra el derecho de gentes (Art. 94° CJM),

¿Quién juzga qué?

ignora toda referencia o análisis a la naturaleza del delito imputado o al bien jurídico afectado.

Así, la ejecutoria utiliza varios criterios a la vez para decidir la competencia de la justicia castrense. En primer lugar, alude al criterio del *lugar de comisión del delito*, cuando señala que los hechos se verificaron en una zona que había sido declarada en Estado de emergencia habiendo asumido el control del orden interno de dicha zona las Fuerzas Armadas. De ello deduce que resulta aplicable al caso el artículo 10º de la Ley N° 24150, norma que como ya vimos al analizar este criterio, otorga competencia a la Justicia Militar para conocer los delitos cometidos por militares y policías en las zonas declaradas en emergencia.

El otro criterio que tiene en cuenta la Sala Penal es el del *fuero personal*, toda vez que luego de interpretar que los miembros del MRTA tienen la condición de militares, en una lógica bastante discutible de asimilación, invoca el artículo 324º del CJM. Como ya vimos, esta norma establece la competencia de la justicia castrense siempre que el agente y el sujeto pasivo tengan la condición de militares. Sin embargo, la norma también exige que el delito sea de naturaleza común por lo que se aplica el Código Penal común.

En tal sentido, para la Sala Penal el delito imputado es de naturaleza común y no militar, de ahí que resulte contradictorio que más adelante en la propia sentencia, la Sala califique los hechos como violación al derecho de gentes tipificado en el artículo 94º del CJM, ya que esta norma tiene como presupuesto la existencia de un conflicto armado entre estados, situación que no se verificó en los hechos que dieron lugar al denominado caso Chavín de Huántar. De este modo, no queda claro si para la Sala Penal los hechos tienen naturaleza común o militar.

Finalmente, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recurrió al criterio de *causalidad* para deducir la competencia de la justicia castrense en los hechos. Así, señala que los comandos actuaron como grupo militar en cumplimiento de una orden superior, por lo que de haberse verificado infracciones o excesos punibles, estos deben reputarse como ocurridos en el ejercicio de una función militar, por lo que los eventuales autores deben ser sometidos a la justicia castrense. Así, a la Sala Penal le basta con que los hechos se hayan verificado como consecuencia o a causa de una orden superior, sin entrar a analizar la vinculación de la función que se desempeñaba con el bien o los bienes jurídicos afectados.

Adicionalmente a todo ello, la referida Sala decidió que los encausados en la justicia ordinaria por los mismos hechos Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermosa Ríos, Roberto Huamán Ascurra y Jesús Zamudio Aliaga, sigan siendo juzgados en la misma vía a pesar de concluir que la competencia material la tiene la Justicia Militar. Ello sobre la base de considerar que los referidos procesados constituyen “*personas ajenas al operativo militar*”, dado que son personas ajenas al grupo de comandos que actuó en el rescate de los rehenes. De acuerdo a este criterio de la referida Sala Penal de la Corte Suprema, sólo los autores materiales o directos deben ser juzgados por la Justicia Militar.

Ello no sólo resulta técnicamente incorrecto dado que se desconoce la existencia de distintos niveles de autoría y participación en la comisión de un ilícito y rompe con el principio de unidad del título de imputación, juzgándose los mismos hechos ante órdenes competenciales distintos, sino que además, es una solución incongruente con los propios criterios asumidos por la Sala Penal para decidir la competencia a favor de la justicia castrense. En efec-

¿Quién juzga qué?

to, salvo Montesinos Torres, todos los demás procesados ante la justicia ordinaria tenían la condición de militares en actividad al momento de los hechos, por lo que de acuerdo al criterio de fuero personal asumido por la Sala Penal, debieron también ser procesados ante la Justicia Militar.

Asimismo, a todos los procesados ante la justicia ordinaria se les imputa algún nivel de participación en los hechos, ya sea dando órdenes o tomando decisiones, como es el caso de Montesinos Torres y de Bari Hermoza; o actuando directamente como es el caso de Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga, por lo que de acuerdo al criterio del lugar de la comisión del delito o el de causalidad, también debieron ser juzgados por la Justicia Militar. Así, el hecho de que los mencionados procesados no hayan pertenecido formalmente al grupo de comandos, no enerva ninguno de los criterios asumidos por la propia Sala.

De este modo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de manera confusa y contradictoria, dirime la contienda de competencia a favor de la Justicia Militar, recurriendo a criterios que, como ya demostramos, resultan incompatibles con el artículo 173º de la Constitución y por ende ampliamente superados y desechados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

Esta situación resulta grave y preocupante, toda vez que la referida Sala Penal de la Corte Suprema ha fallado en contra de la interpretación del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contraviniendo lo establecido en la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como en el inciso 1) del artículo 68º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De este modo, la ejecutoria en cuestión no sólo expone nuevamente al Estado peruano ante el riesgo de ser condenado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por vulnerar la Convención Americana, sino además a ser considerado un Estado en rebeldía por no dar cumplimiento a sentencias anteriores.

Siendo ello así, corresponde a los jueces y tribunales civiles y castrenses, preferir los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana antes expuestos sobre la materia, antes que los criterios asumidos por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la contienda de competencia en el *caso Chavín de Huántar*.

8. LA JUSTICIA MILITAR Y EL CASO LEONOR LA ROSA

El 24 de febrero de 1997, el señor Jorge Contreras Montenegro, presentó una denuncia ante la Justicia Militar contra los oficiales del Ejército peruano Sánchez Noriega, Salinas Zuzunaga, Anderson Kohatzu y Salcedo Sandoval, imputándoles la responsabilidad por un supuesto maltrato sufrido por su esposa, Leonor la Rosa Bustamante, a propósito de la incomunicación a la cual fue sometida en el contexto de una investigación funcional realizada contra la referida señora, por el Servicio de Inteligencia del Ejército.

Sobre la base de los mismos hechos, en el mes de abril del mismo año, la señora La Rosa denunció ante la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, la afectación de su integridad psíquica y física, toda vez que había sufrido una serie de lesiones graves.

Frente a ello, el Vocal Instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar - CSJM, planteó una contienda de competencia que fue dirimida a favor de la justicia castrense por la Corte Suprema. Como vimos en el punto 4.2 del presente informe, la Corte Suprema recurrió al criterio del *fuero personal*, consagrado en el derogado artículo 324° del CJM, para deducir la competencia de la justicia castrense.

El 9 de mayo de 1997, la Sala de Guerra del CSJM condenó a los mencionados oficiales a 8 años de privación de la libertad y al pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación, por la comisión de los delitos de desobediencia y abuso de autoridad. El 24 de noviembre de 1997, la Sala Revisora del CSJM, absolvió a los oficiales Sánchez Noriega y Anderson Kohatzu y confirmó la sentencia con relación a los oficiales Salinas Zuzunaga y Salcedo Sandoval.

El 6 y 8 de julio de 1999, los condenados Salcedo Sandoval y Salinas Zuzunaga, respectivamente, plantearon ante el CSJM, sendas acciones extraordinarias de revisión, las mismas que fueron declaradas procedentes. Sin embargo, ninguno de los argumentos expuestos en ambos casos, califican en los cinco incisos del artículo 690° del CJM, que habilitan la procedencia de la acción extraordinaria de revisión.

De este modo, el CSJM anuló la sentencia de la Sala Revisora de 24 de noviembre de 1997 y ordenó un nuevo pronunciamiento. Finalmente, el 20 de noviembre de 2002, los condenados Salcedo Sandoval y Salinas Zuzunaga, consiguieron que la Justicia Militar los absuelva de los delitos por los que se encontraban cumpliendo condena.

Ciertamente que en este proceso de revisión que culminó en la absolución de los referidos oficiales, la Justicia Militar, al entender que tenía competencia para conocer de unos hechos, sólo por la condición de militar de los condenados y de la víctima – criterio del *fuero personal* - no tomó en cuenta que, en tanto órgano del Estado peruano que se encuentra investido de potestad punitiva, se encuentra obligado por la interpretación que de las normas y la Constitución realiza el Tribunal Constitucional, así como por los pronunciamientos de la Corte Interamericana, tal como se señaló anteriormente.

En efecto, como se demostró en el punto 4.2 del presente informe, el criterio de *fuero personal* y las normas en las que se expresa como el artículo 324° del CJM, quedó derogado en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, en la medida que resulta contrario al principio de igualdad y unidad de la función jurisdiccional. Por lo demás, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana han recha-

¿Quién juzga qué?

zado el criterio del *fuero personal* o la mera cualificación como militar del agente y el sujeto pasivo como criterio de habilitación de la competencia de la justicia castrense. Así, ambos tribunales se han pronunciado expresamente por la delimitación de la competencia de la justicia castrense a partir del criterio de material o del bien jurídico afectado.

En ese sentido, la Justicia Militar ha procedido en este proceso de revisión en contra del mandato expreso de la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que le obliga a resolver de acuerdo a las interpretaciones del Tribunal Constitucional; así como del inciso 1) del artículo 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a todos los órganos del Estado a cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana.

Pero si ello no fuera suficiente, este proceder de la justicia castrense desconoce frontalmente el Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado peruano y la señora Leonor La Rosa, celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Caso Leonor La Rosa Bustamante, N° 11.756 CIDH. En la Tercera cláusula de este acuerdo el Estado peruano se compromete a:

“...realizar exhaustiva investigación de los hechos y aplicar las sanciones legales contra toda persona que se determine como participante de los hechos, sea como autor intelectual, material, mediato u otra condición, aún en el caso de que se trate de funcionarios o servidores públicos, sean civiles o militares”.

Asimismo, el Estado se comprometió a que:

“La investigación emprendida en 1997 deberá ser llevada con sujeción al ordenamiento jurídico del Esta-

Defensoría del Pueblo

do peruano que comprende los tratados internacionales de los cuales es parte, entendiendo que el Poder Judicial y el Ministerio Público son los únicos órganos competentes para la investigación jurisdiccional penal y civil.”

De este modo, la actuación de la Justicia Militar en este caso, no sólo genera un problema de inconstitucionalidad, sino además responsabilidad internacional para el Estado peruano, al incumplir frontalmente un Acuerdo de Solución Amistosa celebrado en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

9. CONCLUSIONES

9.1. El Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, así como el Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar, son normas anteriores en el tiempo a la vigencia de la Constitución de 1979 y reproducen el modelo de Justicia Militar inaugurado por el primer Código de Justicia Militar de 1898, cuyas líneas de continuidad son las siguientes:

- i. Dependencia del Poder Ejecutivo
- ii. Naturaleza administrativa
- iii. Ámbito de protección que desborda lo estrictamente castrense
- iv. Utilización del derecho penal como mera extensión del poder de mando militar y policial
- v. Composición de los tribunales por militares en actividad y legos en derecho
- vi. Procesos marcadamente inquisitivos
- vii. Ministerio Público no independiente

9.2. De este modo, este modelo no sólo es anterior a la Constitución en el tiempo, sino responde a parámetros valorativos ampliamente superados por el ordenamiento constitucional instaurado tanto por la Carta de 1979, como por la vigente Constitución. Esta preconstitucionalidad formal y sustantiva de la Justicia Militar, determina que sus normas no gocen de la presunción de constitucionalidad en la misma medida que las normas emitidas en el marco de la

vigencia de la Carta de 1979 y la vigente Constitución de 1993.

- 9.3. En ese sentido, en todo acto de aplicación de sus normas, el operador jurídico se encuentra obligado a realizar un análisis y a demostrar la constitucionalidad de las mismas. Asimismo, en virtud del principio de jerarquía normativa y de las reglas de vigencia de las normas en el tiempo, la entrada en vigor de la Constitución de 1979 – cuyas disposiciones en esta materia, se mantienen esencialmente en la vigente Constitución - determinaron que las disposiciones de la justicia castrense incompatibles con dichas constituciones quedaran derogadas.
- 9.4. Cualquier juez que se encuentre ante normas de la justicia castrense que resulten incompatibles con la Constitución, deberá considerarlas derogadas y por ende inaplicarlas. La inaplicación de estas normas no requiere el trámite de elevación en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia prevista en el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable al control difuso de constitucionalidad.
- 9.5. Tanto la Constitución de 1979 como la vigente Carta, configuran a la Justicia Castrense remarcando su especialidad con relación a tres aspectos, a saber: *al principio de unidad jurisdiccional, su vinculación con la Corte Suprema y la definición de su ámbito de competencia material.*
- 9.6. En cuanto al primer aspecto, la deficiente redacción del inciso 1) del artículo 139º de la Constitución, que define a la justicia castrense como *jurisdicción inde-*

¿Quién juzga qué?

pendiente en tanto excepción al principio de unidad jurisdiccional, generó que se admitiera sin mayor cuestionamiento, que la justicia castrense forme parte del Poder Ejecutivo y se organice y funcione al margen de las garantías propias de la función jurisdiccional, entre las que destacan aquellas vinculadas al debido proceso.

- 9.7. Sin embargo, de acuerdo a una interpretación armónica y sistemática del inciso 1) del artículo 139º de la Constitución, considerando el resto de los incisos regulados en dicho artículo, así como con el inciso 2) del artículo 2º de la propia Carta, sólo resulta admisible la posibilidad de que la justicia castrense se organice al margen de la estructura orgánica del Poder Judicial, pero independiente de cualquier otro poder del Estado y sujeta a todos los principios, garantías, facultades y obligaciones propias del ejercicio de la función jurisdiccional.
- 9.8. Por esta razón, la adscripción de la justicia castrense a los Institutos Armados y por ende al Poder Ejecutivo, afectando el principio de independencia judicial, así como su alejamiento de las exigencias derivadas del debido proceso, la convierten en una organización al margen de las exigencias del programa penal de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese sentido, la actual configuración de la Justicia Militar comparte los rasgos esenciales de un órgano administrativo, a pesar de las funciones jurisdiccionales que ejerce.
- 9.9. La relación de la Justicia Militar con la Corte Suprema se encuentra definida a partir de los artículos 140º, 141º y 173º de la Constitución. De acuerdo a

estas normas, la Corte Suprema de Justicia sólo conoce en casación las resoluciones de la Justicia Militar que impongan la pena de muerte. Sin embargo, como el artículo 140° de la Constitución amplió los supuestos de aplicación de la pena de muerte, resulta inaplicable de acuerdo a los incisos 2) y 3) del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De este modo, la competencia casatoria de la Corte Suprema respecto de las resoluciones de la justicia castrense, establecida en los artículos 141° y 173° de la Constitución de 1993, resulta en la práctica meramente simbólica.

- 9.10. En cuanto a la competencia material de la justicia castrense, tanto el artículo 282° de la Carta de 1979 como el artículo 173° de la Constitución vigente, la definen como una de naturaleza estrictamente penal, por lo que no es posible atribuirle el conocimiento de materias distintas. Asimismo, el denominado *delito de función* constituye el elemento esencial a partir del cual ambas constituciones delimitan la competencia material de la justicia castrense, en la medida que lo regulan como la regla de atribución competencial.
- 9.11. Para dotar de contenido al concepto *delito de función*, tanto la doctrina como la jurisprudencia han recurrido a un conjunto de criterios que se resumen en: i) Criterio formal del Código de Justicia Militar; ii) Criterio del fuero personal; iii) Los criterios de ocasionalidad y causalidad; iv) Criterio del lugar de la comisión del hecho; v) El criterio material o de la naturaleza del delito.
- 9.12. El criterio formal del Código de Justicia Militar, según el cual, delito de función es todo aquel que se

¿Quién juzga qué?

encuentre previsto en el CJM, resulta inválido, toda vez que en dicho cuerpo normativo existen una serie de figuras que no se vinculan con el desempeño de la función militar y por ende pueden ser cometidos por civiles. En ese sentido, vulnera el artículo 173º de la Constitución que circunscribe la competencia de la justicia castrense al *delito de función* y prohíbe la aplicación del CJM a los civiles.

9.13. El criterio de *fuero personal* responde a un modelo de organización social y política premoderna, en la medida en que es la expresión de un sistema en el cual los derechos y obligaciones se definían en función de la pertenencia a un cuerpo o estamento determinado y no en la calidad de persona. En ese sentido, resulta contrario al modelo de Estado democrático y concretamente a los principios de igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2º y al de unidad de la función jurisdiccional, reconocido en el inciso 1) del artículo 139º de la propia Carta. No existe ninguna circunstancia objetiva y razonable que justifique que por la condición de militar de una persona y menos aún por su condición de militar en retiro o civil que presta labores en las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, se le tenga que juzgar en la justicia castrense.

9.14. Por lo demás, de acuerdo al Decreto Legislativo Nº 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea, el Decreto Legislativo Nº 745, Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú, así como la Ley Nº 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú y su Reglamento el Decreto Supremo Nº 8-2000-IN, sólo se encuentran sometidos a la justicia castrense los militares y policías en situación de actividad. En

ese sentido, las normas del Código de Justicia Militar que atribuyen competencia a la justicia castrense en función del criterio personal se encuentran derogadas, por lo que su aplicación podría configurar el delito de prevaricato regulado en el artículo 418º del Código Penal.

- 9.15. El artículo 173º de la Constitución exige que los delitos de función por cuya comisión los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están sujetos a la justicia castrense, deben estar previstos en el Código de Justicia Militar, por lo que aquella se encuentra impedida de aplicar la parte especial del Código Penal común, tal como lo autoriza indebidamente el artículo 324º del CJM. Este tipo de normas quedaron derogadas desde la vigencia de la Carta de 1979, que contenía una disposición similar a la del referido artículo 173º.
- 9.16. Esta misma consecuencia derogatoria resulta aplicable a todas las normas del CJM que, como su artículo 322º, asimilan a la condición de militares a civiles que laboran en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, para someterlos a la competencia de la Justicia Militar. Este supuesto de extensión de la justicia castrense a civiles no se encontraba previsto en el artículo 282º de la Carta de 1979 y tampoco lo contempla el artículo 173º de la Constitución vigente, de ahí su derogación desde la entrada en vigencia de la Carta de 1979.
- 9.17. Tanto el criterio de *ocasionalidad* como el de *causalidad*, no resultan adecuados como elementos definitorios del delito de función, toda vez que ambos asumen como elemento central de valoración el momento de la comisión del delito, tales como el acto

¿Quién juzga qué?

de servicio o la ejecución de una orden militar, esto es, circunstancias externas al hecho, dejando de lado los elementos objetivos y subjetivos de la conducta. En ese sentido, ambos criterios se alejan de la regla de competencia establecida en el artículo 173º de la Constitución, que obliga a tener en cuenta la naturaleza funcional del delito y no las circunstancias externas al mismo.

9.18. Según el criterio del *lugar de la comisión del hecho*, resulta definitorio para calificar la conducta como *delito de función*, que la misma se cometa en un lugar que se encuentre bajo el control de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, sea que se trate de un recinto o cuartel militar o que el lugar sin ser un recinto militar, haya sido declarado en Estado de emergencia regulado en el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución y en virtud de ello las Fuerzas Armadas hayan asumido el control de la zona. Esto sin embargo, no resiste el menor análisis. El hecho que un delito se cometa en un recinto militar o en una zona del país donde rige el Estado de emergencia y se encuentra bajo el control de las Fuerzas Armadas, no aporta ninguna especificidad al ilícito de que se trate, es decir, no modifica su naturaleza, toda vez que también se trata de una circunstancia externa al hecho.

9.19. Ejemplos emblemáticos de los efectos negativos de asumir este criterio, constituyen la Ley N° 24150 y el Decreto Supremo N° 006-86-JUS. El artículo 10º de la primera norma permite que los militares y policías que cometan delitos en las zonas declaradas en emergencia sean juzgados por la justicia castrense. En el caso de la segunda norma, invocando precisamente la Ley N° 24150, declaró en el mes de junio de 1996,

zona militar restringida los establecimientos penales San Pedro, San Juan Bautista y Santa Bárbara y otorgó competencia a la Justicia Militar para conocer la muerte de internos en dichos penales. De este modo, se impidió que la justicia ordinaria conozca de hechos contrarios a la vida y la integridad de física de personas, los mismos que no tienen relación alguna con el ámbito funcional de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

- 9.20. Resulta evidente la naturaleza extensiva de este criterio con relación a la competencia de la Justicia Militar, en la medida que el carácter militar del ilícito no dependerá de que se afecten bienes jurídicos vinculados al ámbito funcional castrense, sino, nuevamente el lugar de comisión del delito y en su caso el régimen jurídico constitucional del mismo, lo cual resulta inadmisibles de acuerdo al artículo 173º de la Constitución, que establece como regla definitoria de la competencia al *delito de función*.
- 9.21. Según el criterio *material* o de *la naturaleza del delito*, cuando el artículo 173º hace referencia al *delito de función*, está exigiendo una vinculación material y por ende estrecha, entre la conducta del agente (militar o policía) y el objeto de protección que debe recaer necesariamente en el ámbito funcional castrense, definido a partir de los fines que la Constitución le asigna a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
- 9.22. De este modo, estaremos frente a un delito de función, cuando la conducta de un militar o policía en actividad, afecte o ponga en riesgo directo la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

¿Quién juzga qué?

Ciertamente que además de ello, el delito debe estar expresamente tipificado en el Código de Justicia Militar, tal como lo exige el artículo 173º de la Constitución. Un ejemplo paradigmático de la aplicación del criterio material o de la naturaleza del delito constituyen los votos salvados de los magistrados Almenara y Sivina en la contienda de competencia del caso *La Cantuta*. De acuerdo a los referidos magistrados, el delito de función requiere que:

- i. Exista una relación directa con el ámbito funcional militar o policial.
- ii. La afectación de bienes jurídicos exclusivamente castrenses.
- iii. La conducta se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar.
- iv. La existencia de un nexo causal entre el delito cometido y la función encomendada al sujeto activo.

9.23. Si bien el criterio *material* o de *la naturaleza del delito*, es el único que satisface las exigencias constitucionales de excepcionalidad, especialidad, legalidad y vinculación funcional entre la conducta y bien jurídico lesionado, para la delimitación de la competencia de la Justicia Militar, no ha sido el criterio que ha primado en la Corte Suprema de Justicia. Así, este alto tribunal del Poder Judicial, ha recurrido mayoritariamente a los criterios, formal del CJM, del fuero personal, de ocasionalidad o causalidad, así como el del lugar de la comisión del delito para dirimir conflictos de competencia a favor de la justicia castrense.

- 9.24. Esta tendencia de la Corte Suprema ha contribuido significativamente con la indebida extensión de la Justicia Militar. En ese sentido, resulta de especial importancia lo resuelto al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. Ello debido a que de acuerdo a la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, todos los jueces y tribunales del país, civiles y militares, se encuentran obligados a resolver de acuerdo a los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional.
- 9.25. Asimismo, como consecuencia de que el Estado peruano forma parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, todos su órganos y por ende los jueces y tribunales, civiles y militares, se encuentran obligados a cumplir no sólo con las obligaciones asumidas en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además con las interpretaciones que de la misma realiza la Corte Interamericana, tal como lo establece el inciso 1) del artículo 68º de la Convención, así como el propio Tribunal Constitucional en una reiterada línea jurisprudencial. En ese sentido, las decisiones del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generan consecuencias de obligatorio cumplimiento para todos los órganos del Estado peruano y en el caso de la Justicia Militar, especialmente para los jueces y tribunales civiles y castrenses.
- 9.26. En ese sentido resulta imprescindible señalar que la Corte Interamericana en su sentencia del *caso Durand y Ugarte* y el Tribunal Constitucional en los asuntos *Villalba Zapata*, *Huamaní Tipismana* y *Modenesi Montani*, han establecido la naturaleza res-

¿Quién juzga qué?

restrictiva y excepcional, de la Justicia Militar. De acuerdo a estos fallos, quedan excluidas todas aquellas interpretaciones extensivas del ámbito de competencia de la justicia castrense, tal como sucede con los criterios: *formal del Código de Justicia Militar*; *del fuero personal*; de *ocasionalidad y causalidad*, así como *del lugar de la comisión del delito*. Todos ellos posibilitan que la justicia castrense se extienda más allá del ámbito estrictamente funcional que la Constitución le asigna a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

9.27. Del mismo modo, la naturaleza *restrictiva y excepcional* de la Justicia Militar, determina que la justicia ordinaria sea siempre la atrayente respecto de la justicia castrense. Ello sucede por ejemplo, ante la duda sobre la competencia, los supuestos de doble tipificación en el CJM y el Código Penal, los casos de concurso real e ideal de delitos, así como en los casos donde en el círculo de autores y partícipes concurren civiles y militares. En todos estos casos, los fiscales, jueces y tribunales civiles y castrenses, siguiendo los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana antes expuestos, deben considerar que corresponde a la justicia ordinaria conocer los hechos.

9.28. La Corte Interamericana en los casos *Durand y Ugarte* y *Castillo Petruzzi y otros*, así como el Tribunal Constitucional en los casos *Villalba Zapata* y *Huamaní Tipismana*, han definido el *delito de función* desde el criterio material o de naturaleza del delito, vinculándolo a la afectación de bienes jurídicos institucionales, relacionados con la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones de garantizar la indepen-

dencia, soberanía e integridad de la Nación, en el primer caso, así como garantizar el orden interno en el segundo. De este modo, el delito de función se caracteriza por:

- i. Afectar o poner en peligro un bien jurídico institucional.
- ii. El sujeto activo debe ser necesariamente un militar o policía en actividad.
- iii. El sujeto pasivo debe ser la Fuerza Armada o la Policía Nacional.
- iv. Los delitos de función deben estar tipificados en el Código de Justicia Militar

9.29. De este modo, ambos tribunales rechazan los criterios de mera formalidad, de fuero personal, ocasionalidad, causalidad, así como del lugar de comisión del delito, centrándose en el bien jurídico protegido que es de naturaleza institucional. En ese sentido, quedan excluidos del ámbito de la justicia castrense el conocimiento de delitos que protegen bienes jurídicos individuales como el homicidio, asesinato o lesiones, así como aquellos que implican graves violaciones a los derechos humanos como el genocidio, la desaparición forzada de personas y la tortura.

9.30. La Corte Interamericana en su sentencia del *caso Cesti Hurtado* y el Tribunal Constitucional en el *caso Villalba Zapata*, establecieron de manera enfática que la justicia castrense no es competente para juzgar a militares o policías en situación de retiro. Este criterio es coherente con el concepto de *delito de función*

¿Quién juzga qué?

asumido por ambos tribunales, toda vez que es imposible que los militares y policías en situación de retiro puedan ser sujetos activos de delitos de función, dado que no cumplen función militar alguna. De este modo, se encuentran fuera del ámbito de protección del derecho penal militar. Por lo demás, como se señala en la conclusión 7.14, existen normas expresas que limitan la competencia de la Justicia Militar sólo al personal militar en situación de actividad.

9.31. La Corte Interamericana en el *caso Durand y Ugarte, Castillo Petruzzi y otros*, así como en su sentencia del *caso Cantoral Benavides*, ha establecido que en ningún caso la Justicia Militar es competente para el juzgamiento de civiles. De este modo, la Corte asume una prohibición absoluta del juzgamiento de civiles por la justicia castrense, interpretando la Convención Americana en el sentido de que una opción contraria implica la vulneración del derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial y preestablecido, reconocido en el inciso 1) del artículo 8º de la Convención Americana.

9.32. Inicialmente el Tribunal Constitucional, en concordancia con el artículo 282º de la Carta de 1979, así como con el primer párrafo del artículo 173º de la Constitución vigente, admitió la posibilidad que la Justicia Militar juzgue a civiles. En el primer caso, por la comisión del delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, mientras que en el segundo en los supuestos de traición a la patria y terrorismo que la ley determine. Siguiendo ese criterio, el Tribunal Constitucional estableció en reiterada jurisprudencia, que antes de la vigencia de la Constitución de 1993, es decir, del 31 de diciembre de 1993, la Justicia Militar no se encontraba habilitada para juz-

gar a civiles por delitos distintos al de traición a la patria en caso de guerra exterior, como es el caso del delito de terrorismo o del denominado delito traición a la patria regulado en el Decreto Ley N° 25659, que en estricto constituye terrorismo agravado.

- 9.33. Sin embargo, el Tribunal Constitucional abandonó este criterio jurisprudencial en su reciente sentencia del *caso Marcelino Tineo Silva* (Expediente N° 010-2002-AI/TC), al establecer que *“La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural”*. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha reinterpretado el primer párrafo del artículo 173° de la Constitución, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia que al respecto han emitido la Comisión Interamericana (Informe correspondiente al año 1996 sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, así como el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos), así como la Corte Interamericana (casos Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides), estableciendo que la referida norma constitucional *“...no autoriza a que los civiles sean juzgados por 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”*.
- 9.34. De este modo, a partir de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional ha asumido el criterio de la prohibición absoluta de que civiles puedan ser juzgados por jueces y tribunales militares. En ese sentido, cualquier norma que otorgue competencia a la

¿Quién juzga qué?

justicia militar para el juzgamiento de civiles resultará inconstitucional⁷⁷. Asimismo, los jueces y tribunales de la Justicia Militar se encuentran obligados a inhibirse del conocimiento de procesos en los que se imputa responsabilidad penal a civiles.

9.35. La incompatibilidad de la Justicia Militar con la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional, constituye tan solo una muestra de la contradicción estructural entre el modelo vigente de justicia castrense y la Constitución así como el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto no se trata de una mera inconstitucionalidad o contravención puntual de algún aspecto de la Justicia Militar con el ordenamiento constitucional y las obligaciones internacionales asumidas por el Perú, sino que nos encontramos frente a un **estado de cosas inconstitucional**, dado que se vulneran de manera general un conjunto de valores, principios y derechos fundamentales.

9.36. Basta para demostrar ello, que un significativo número de personas se encuentran sometidas a un sistema de justicia dependiente del Poder Ejecutivo, conformada por oficiales de armas en actividad y legos en derecho. Un modelo que en el ámbito sustantivo prevé una parte general con criterios de imputación distintos al del ordenamiento común, sin que existan razones que justifiquen ello en la mayoría de los casos, vulnerándose el principio de igualdad.

⁷⁷ Al respecto, conviene llamar la atención que el artículo 201º del Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, establece en una fórmula acertada que *“Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extienden, en ningún caso, a los civiles. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por dichos jueces, en los casos que establezca la ley”*.

Asimismo, en la parte especial, se amenaza, procesa y condena con privación de la libertad y otras penas graves como la separación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, conductas que no se encuentran en el ámbito funcional castrense tal como lo exige la Constitución y no satisfacen el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, dado que tipifican como delito, actos de mera contravención al poder de mando. A todo ello debe agregarse la naturaleza marcadamente inquisitiva de los procesos.

9.37. A pesar de los criterios antes desarrollados del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de la obligación de todos los jueces y tribunales, civiles y militares, de resolver de acuerdo a ellos, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha fallado en contra de los mismos, decidiendo la contienda de competencia a favor de la Justicia Militar en el *caso Chavín de Huántar*. Así, de manera confusa, la referida Sala de la Corte Suprema se limitó a enumerar sin realizar un desarrollo argumentativo consistente, los criterios del *lugar de la comisión del delito*, del *fuero personal*, así como el de *causalidad*, para concluir que la justicia castrense es la competente para conocer de hechos donde se imputa la afectación del derecho a la vida, el acceso a la justicia y a contar con garantías judiciales.

9.38. Todos los criterios utilizados por la Sala Transitoria de la Corte Suprema resultan contrarios a la Constitución, así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. En tal sentido, este órgano judicial ha fallado en contra de la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal

¿Quién juzga qué?

Constitucional, así como el inciso 1) del artículo 68º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- 9.39. Similar conclusión es aplicable al proceso de revisión admitido por la Justicia Militar a las personas condenadas en el *caso Leonor La Rosa* y en virtud del cual fueron absueltas. En efecto, en este caso se trata de juzgar hechos que afectaron la integridad psíquica y física de una persona, por lo que de acuerdo al criterio material del delito de función asumido por la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional, la Justicia Militar carece de competencia para pronunciarse al respecto.
- 9.40. Adicionalmente, en el *caso Leonor La Rosa*, la Justicia castrense ha desconocido el Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado peruano y la víctima, celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En la Tercera cláusula de este Acuerdo el Estado peruano se compromete no sólo a investigar exhaustivamente los hechos denunciados, sino además, a que los únicos órganos competentes para la investigación penal y civil son el Ministerio Público y el Poder Judicial.
- 9.41 De este modo, la actuación de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el *caso Chavín de Huántar*, así como de la Justicia Militar en la revisión del *caso Leonor La Rosa*, que concluyó en la absolución de los condenados, no sólo genera un problema de inconstitucionalidad, sino además responsabilidad internacional para el Estado peruano ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

10. RECOMENDACIONES

Recomendar al Congreso de la República

A través del Pleno

10.1. **Aprobar** la propuesta de regulación de la Justicia Militar contenida en el artículo 201º del Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución según la cual:

- Los miembros de la Policía Nacional están excluidos de la justicia castrense.
- Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, estarán sujetos a la competencia de jueces especializados del Poder Judicial.
- Los jueces especializados en lo militar del Poder Judicial no tendrán competencia en ningún caso para juzgar a civiles.
- La Corte Suprema revisará las resoluciones dictadas por la justicia especializada en lo militar de acuerdo a ley.

A través de las comisiones de Justicia, Derechos Humanos, Defensa Nacional Orden Interno e Inteligencia

10.2. **Ampliar**, sin perjuicio de lo anterior, el mandato y la composición de la Comisión Especial Revisora del Código Penal creada a través de la Ley N° 27837 o en su defecto crear una comisión especial, con la finalidad de revisar el Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar, así como el Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar, a efectos de:

¿Quién juzga qué?

- i. **Independizar** a la Justicia Militar del ámbito de los institutos armados y por ende del Poder Ejecutivo.
- ii. **Exigir** que la totalidad de los jueces militares tengan formación jurídica y no se encuentren en actividad.
- iii. **Configurar** a la Justicia Militar como un órgano jurisdiccional eliminando su naturaleza administrativa, expresadas en normas que reproducen un esquema jerárquico propio de la función castrense.
- iv. **Configurar** al Ministerio Público de la justicia castrense como un órgano independiente de los órganos jurisdiccionales.
- v. **Revisar** los tipos penales tipificados en el Código de Justicia Militar, para adecuarlos a la delimitación del *delito de función* desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, expuestas en el presente informe.
- vi. **Redefinir**, sobre la base de la revisión planteada en el punto anterior, el ámbito disciplinario militar, incorporando en él las conductas que afectan el poder de mando y la disciplina, rodeándolo de garantías sustantivas y procesales, así como de control judicial.

Al Ministerio Público y el Poder Judicial

- 10.3. **Recordar** a la Sala Penal Permanente y a la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República

que, de acuerdo a la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como al inciso 1) del artículo 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, tienen carácter o efecto vinculante. En ese sentido, las futuras contiendas de competencia entre la justicia militar y la justicia ordinaria, deberán observar los criterios jurisprudenciales desarrollados por ambos tribunales con relación al ámbito de competencia de la Justicia Militar.

10.4. **Recordar** a los Fiscales y Magistrados del Poder Judicial, la naturaleza pre constitucional, formal y sustancial, del Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar, así como del Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar. En ese sentido, se sirvan tener presente que las disposiciones de ambas normas, contrarias a la Constitución de 1979 y por ende a la Carta vigente, de acuerdo a los criterios desarrollados en el presente informe, han quedado derogadas. De este modo, **Exhortamos** la inaplicación de tales normas, sin que para ello sea necesario seguir el trámite del control difuso de constitucionalidad regulado en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

10.5. **Recordar** a los Fiscales y Magistrados que, de acuerdo a la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como al inciso 1) del artículo 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentran obligados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. En ese sentido, estos

¿Quién juzga qué?

magistrados deben tener presente que, ante criterios discrepantes entre la jurisprudencia de estos tribunales y la de la Corte Suprema de Justicia de la República, deben optar por la derivada de aquellos.

A la Justicia Militar

- 10.6. **Recordar** al Consejo Supremo de Justicia Militar y a los Fiscales y Magistrados de la Justicia Militar que, de acuerdo a la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como al inciso 1) del artículo 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentran obligados a cumplir con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente.
- 10.7. **Recordar** al Consejo Supremo de Justicia Militar y a los Fiscales y Magistrados de la Justicia Militar, la naturaleza pre constitucional, formal y sustancial, del Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar, así como del Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar. En ese sentido, **Recordar** que las disposiciones de ambas normas, contrarias a la Constitución de 1979 y por ende a la Carta vigente, de acuerdo a los criterios desarrollados en el presente informe, han quedado derogadas. De este modo, **Exhortamos**, la inaplicación de tales normas, sin que para ello sea necesario seguir el trámite del control difuso de constitucionalidad regulado en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 10.8. **Recordar** especialmente al Consejo Supremo de Justicia Militar y a los Fiscales y Magistrados de la Justicia Militar que, de acuerdo a la jurisprudencia del

Defensoría del Pueblo

Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *delito de función*:

- i. Sólo protege bienes jurídicos institucionales, por lo que queda excluida de su competencia el conocimiento de delitos que afectan bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, el honor, el patrimonio, así como aquellos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, como la tortura o la desaparición forzada de personas.*
- ii. El sujeto activo del delito de función sólo puede ser un militar o policía en actividad. Por ende quedan fuera del ámbito de competencia de la Justicia Militar los militares en situación de disponibilidad y retiro, así como los civiles incluyendo aquellos que laboran en las Fuerzas Armadas.*
- iii. El sujeto pasivo debe ser la Fuerza Armada o la Policía Nacional.*
- iv. Los delitos de función deben estar tipificados en el Código de Justicia Militar, por lo que la Justicia castrense no se encuentra habilitada para aplicar la parte especial del Código penal común.*

10.9. **Exhortar** al Consejo Supremo de Justicia Militar que, en cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolladas en el presente informe, se inhíba del conocimiento del denominado *caso Chavín de Huántar* y remita los actuados a la instancia judicial ordinaria donde se vienen conociendo los mismos hechos contra los imputados Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Azcurra y Jesús Zamudio Aliaga.

¿Quién juzga qué?

10.10. **Exhortar** al Consejo Supremo de Justicia Militar que, en cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolladas en el presente informe, así como de la cláusula Tercera del Acuerdo de Solución Amistosa suscrito ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre el Estado peruano y la señora Leonor La Rosa Bustamante, declare la nulidad del proceso de revisión del *caso Leonor La Rosa*, así como la totalidad del proceso penal desarrollado en la Justicia castrense y remita los actuados a la justicia ordinaria.

Lima, abril de 2003

