

LA UNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL PERÚ (A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MILITAR)

I. Cuestiones previas	79
II. Sistemas o modelos de organización de la justicia militar	81
III. La ampliación de la competencia del fuero militar: de la Constitución de 1979 a la Constitución de 1993	83
IV. Los perfiles de la jurisdicción militar en la Constitución de 1993	85
V. Conclusiones provisionales	95
VI. Apéndice	98

LA UNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL PERÚ (A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MILITAR)¹

I. CUESTIONES PREVIAS

El tema de la justicia militar, no quepa duda, constituye uno de los aspectos más delicados una vez que es encuadrado y contraído constitucionalmente. La justicia militar, jurisdicción castrense o jurisdicción militar constituyó en la década de los setenta el faro de atención en países tales como Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, y más de pronto Perú, debido básicamente a los regímenes militares.

¹ Ponencia presentada a la VIII Convención Nacional Académica de Derecho: “Nuevos retos y retos postergados”, llevada a cabo en la ciudad de Ica del 21 al 23 de junio de 2000, organizado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, el Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina (CEDAL) y el Centro de Estudios “Justicia y Sociedad” (CEJUS). Con anterioridad se sustentó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, el 22 de febrero de 1999, en el curso de doctorado que dirige el profesor Antonio Colomer Viadel. Con la colaboración de Gerardo Eto Cruz.

No empece que en otros estados, tal como es el caso de Costa Rica y Panamá, la justicia militar no existe.

Sin ninguna intención de estudiar el fondo jurídico-constitucional del asunto, la presente ponencia se enmarca en la realidad peruana, sin dejar de mencionar la experiencia que ofrece el mercado comparado. En ella se deja ver a todas luces cómo la justicia militar pronuncia decisiones jacobinas que colisionan los principios rectores, denominados “principios y derechos de la función jurisdiccional”, galvanizados en el artículo 139 de la Constitución de 1993, al igual que en la parte dogmática del mismo Código Constitucional.

A la vez, hay que decir que el *status quaestionis* de la problemática reposa en la independencia de la judicatura. En esa línea teórica, la independencia no es un privilegio personal, ni mucho menos es una especie de emancipación institucional, antes bien, significa impartir jurisdicción. De igual forma, valga la obviedad, se complementa con la unidad de jurisdicción, que constituye uno de los logros señeros del constitucionalismo moderno. Por mera referencia citaremos la Constitución de Venezuela de 1999, cuyo artículo 261 enuncia:

La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces serán seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio de acuerdo a lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar.

II. SISTEMAS O MODELOS DE ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR

Teniendo en cuenta que toda clasificación es convencional, abordaremos dos clasificaciones que nos ofrecen José Luis Rodríguez Villasante y Prieto y Francisco Fernández Segado, ambos especialistas en la materia.

En lo que respecta a Rodríguez Villasante y Prieto, la organización de la justicia militar se clasifica de la siguiente manera:

- 1) Sistema anglosajón (Reino Unido de la Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, y entre otros con mayores y menores peculiaridades, Israel, Australia, Filipinas, Nueva Zelanda, etcétera).

- 2) Sistema latino o romanista (Italia, Bélgica, Portugal, Suiza, Países Bajos, Grecia, y otros más, tales como Luxemburgo, Túnez, Marruecos, etcétera).
- 3) Sistema de los países comunistas (URSS, Rumania y Yugoslavia).
- 4) Sistema de Jurisdicción Militar excepcional (Francia, Alemania, Austria y Suecia).
- 5) Sistema de los países iberoamericanos (Argentina, Chile, Colombia, Venezuela, Brasil, México, etcétera).²

Por su parte, Francisco Fernández Segado realiza una clasificación práctica:

- 1) Modelo sajón.
- 2) Modelo europeo continental.
- 3) Modelo de situaciones excepcionales.³

Más de pronto, Domingo García Belaunde ha diseñando una clasificación en la cual se encuentra un modelo latinoamericano de jurisdicción militar,

² Cfr. Rodríguez Villasante y Prieto, José Luis, “Estudios de derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversas países”, *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, enero-junio de 1989, núm. 53, pp. 57-74.

³ Cfr. Fernández Segado, Francisco, “La justicia militar en el derecho comparado”, *Revista General de Derecho*, Valencia, núms. 568 y 569, enero-febrero de 1992, 1992, pp. 335 y ss.

que, en el fondo, no es original, sino derivado del modelo europeo, pero deformando a consecuencia de una dura experiencia histórico-política, haciendo notar dicho autor que en el futuro el modelo latinoamericano tenderá a incorporarse al modelo europeo-continental, que es al que más se acerca por la comunidad de interés y la común herencia romanista. Por lo demás, el modelo latinoamericano, al tener subtipos, no permite hablar de “unidad de jurisdicción”.⁴

De todos los modelos señalados, más allá de los convencionalismos, creemos que sólo el modelo sajón y el modelo de justicia militar europeo-continental siguen, a la fecha, vigentes. Los demás se constituirían en derivados.

III. LA AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Huelga decir que, cuando se elaboró la Constitución de 1979 la mayoría de constituyentes acordaron

⁴ Al respecto, *cfr.* García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción militar en América Latina. La unidad de jurisdicción en algunos países del área”, *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, año XLVII, núm. 13, octubre-diciembre de 1997, pp. 121-128.

que el fuero militar debía ser competente para juzgar a militares y efectivos policiales, y que solamente se procesaría a civiles cuando existía acusación o traición a la patria en caso de guerra exterior (artículo 235) y cuando se infringía la obligación de prestar servicio militar obligatorio (artículo 282).

El peso de esta norma, que así quedó redactada, fue objeto de consenso en los constituyentes de 1978-1979. En efecto, la experiencia del docenio militar había tenido un saldo negativo. Es decir, cientos de civiles habían sido juzgados por el fuero privativo militar con gruesas violaciones al debido proceso y con evidentes arbitrariedades, todos por delitos vinculados a la seguridad del Estado y a diversas modalidades que la política criminal del régimen castrense imponía.

Cuando inició el gobierno de Fernando Belaunde Terry en 1980, y entró también en vigor la Constitución de 1979, es probable que el gobierno militar dejó desactivado toda información existente en el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), institución adscrita al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Los nuevos funcionarios civiles y militares debían empezar a reconstruir todo de nuevo, por lo menos en materia de seguridad del Estado. En ese contexto, y con una inédita manifestación

de violencia política que haya tenido el Perú, sin parangón en el mundo, surgió el terrorismo como instrumento metodológico en los grupos armados de Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA).

El accionar de estos grupos encontró prácticamente desactivado el aparato de inteligencia estatal. A ello debe sumarse una judicatura sin experiencia en afrontar su responsabilidad institucional. En esa realidad es que el Poder Judicial empezó a ser calificado por diversos sectores como un organismo lento, inseguro e incompetente para procesar y sancionar a los subversivos. Años después, el régimen que inició el 5 de abril de 1992, liderado por Alberto Fujimori, habría de justificar el autogolpe, entre otros motivos, por la conducta de la magistratura ordinaria que resultaba incapaz de sancionar con el peso de la ley a los cientos de subversivos.

IV. LOS PERFILES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Los temas imbricados de la justicia militar a nivel de bloque de la constitucionalidad en el Perú son tres. El primero, está relacionado con la jurisdicción militar *strictu sensu* y la ampliación que de él se acuerda para sancionar a los civiles, regu-

lado en el artículo 173. El segundo, es el tema de la pena de muerte para quienes cometan determinados delitos normados en el artículo 140. Y finalmente, el tema de la casación, del que es competente el Poder Judicial para revisar los fallos provenientes del Consejo Supremo de Justicia Militar, y que como se podrá apreciar luego, ha sido mutilado en su potestad revisora (artículo 141). Evidentemente, existen otros aspectos colaterales que rodean la problemática de la jurisdicción militar, como son los derechos del procesado y los principios básicos de la función jurisdiccional.

Un breve seguimiento del *iter* constituyente de lo normado actualmente en el numeral 173 de la carta fundamental de 1993, lleva a señalar que uno de los objetivos escasos que sí tuvieron en claro los miembros del Congreso Constituyente Democrático (CCD) fue precisamente, y desde un comienzo, ampliar la competencia para que los civiles sean juzgados por los tribunales militares. Al menos así se desprende de los tres anteproyectos publicados de manera oficial en el diario “El Peruano”, entre mayo, junio y julio de 1993.

La primera versión establecía lo siguiente:

Artículo. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía nacional en los casos de delito de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicadas a los civiles, salvo el caso de los delitos de traición a la patria, genocidio y de terrorismo determinados por la ley. Quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar.

A partir de allí, salvando algunas modificaciones gramaticales, se mantuvo en sustancia lo mismo, tanto en la segunda como en la tercera versión de los proyectos constitucionales. En rigor, al final fue suprimido el delito de genocidio y se afirmó la competencia de los jueces militares para juzgar a civiles por terrorismo y traición a la patria.

La norma actual ha quedado registrada en la Constitución de 1993 bajo la siguiente redacción:

Artículo 173. En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de justicia militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

En realidad, del *iter* de esta norma fundamental, queda en claro indudablemente que la voluntad política que primó en la mayoría de los que redactaron el texto constitucional de 1993, fue la de constitucionalizar lo que ya en la práctica se había inaugurado con el gobierno de Alberto Fujimori, más en concreto, luego del autogolpe de Estado. Es decir, a la Constitución de 1993 se llega con una agenda anunciada, y que en un primer momento se implementó, atribuyéndole al fuero militar competencia para juzgar a civiles subversivos.

En lo que respecta al tema de la pena de muerte, el excuso del debate en el seno del Congreso Constituyente fue ciertamente conflictivo. De allí que en el primer anteproyecto, quedó pendiente y sujeto a debate. Y en el segundo proyecto, la mayoría oficialista registró la fórmula siguiente: “La pena de muerte sólo puede aplicarse por los delitos de traición a la patria y de terrorismo, conforme a las leyes internas y a los tratados de los que el Perú es parte”.

Esta norma se mantendría en el tercer proyecto en forma íntegra. Al final, como se sabe, la Constitución apartándose del sistema abolicionista, lo ha

incorporado con la redacción siguiente: “Artículo 140. 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 Perú es parte obligada”.

¿Qué se colige de esta norma? En realidad, aquí hay algunos aspectos que no están del todo claro en el marco de una futura interpretación del artículo 140 del texto constitucional. Veamos: la pena de muerte en la Constitución de 1979 sólo podía ser aplicada en el supuesto de confrontaciones bélicas con potencias extranjeras, pero no en los casos de insurrección interna o guerra civil. En tal sentido, la Constitución de 1979 fue clara y afirmó en su plenitud la tesis prohibicionista en torno a la pena capital, salvando, claro está, la existencia de una contienda internacional armada, en cuyo marco situacional debía ocurrir la comisión del delito de traición a la patria.

Sin embargo, la actual norma constitucional de 1993, en rigor, sí permite su eventual aplicación por su anfibológica redacción cuando utiliza la expresión “guerra” y sin precisar que sea civil (total o parcial), una “guerra convencional” o internacional, descartándose la guerra “psicológica”. Al estar así prefigurada su regulación constitucional, no se descarta la hipótesis de que, frente a eventuales y

nuevas insurrecciones armadas de grupos terroristas o guerrilleros (comandos o guerrillas urbanas), el gobierno declare mediante decreto supremo, la existencia de una guerra. Y así, bajo el presupuesto de este marco jurídico, y con una aplicación del régimen de excepción que prevé el estado de sitio (“en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan...”, artículo 137, inciso 2), se viabilice mediante legislación ordinaria, la tipificación de la pena de muerte en los delitos de terrorismo y traición a la patria. Lo más correcto sería que se siga la tónica de los convenios internacionales, en la inteligencia que para la aplicación de la pena de muerte se reconozca la *previa declaración formal de guerra y una situación fáctica de lucha armada*.

Lo que sí está bien claro, y ello se desprende del texto constitucional, es que, independientemente de que el concepto de guerra sea de difícil determinación jurídica, lo cierto es que la actual norma prevista en el numeral 140 de la Carta Política, difiere totalmente de la anterior Constitución de 1979. Y no sólo ello, sino que, lo más importante, la pena de muerte podría imponerse sin que en los hechos exista una real confrontación interna. Pero puede ocurrir que formal o jurídicamente se declare la existencia de una situación ficticia de “guerra”

para que, a la postre, resulten siendo ejecutadas las posibles personas involucradas en esta situación.

Si tomamos como referencia el caso cercano de España, la Constitución prevé en el artículo 15, en su parte pertinente: “Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

La regulación legal ordinaria de esta norma constitucional prevista en el artículo 25 del Código Penal Militar español señala:

La pena de muerte en tiempo de guerra, sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad debidamente motivados en sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencias extranjeras.

En consecuencia, con dicha norma, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la pena de muerte, sólo debe imponerse cuando existan reales confrontaciones bélicas y no cuando exista una mera declaratoria de guerra. Esta situación es distinta en el Perú, no sólo porque no hay legislación ordinaria que precise los alcances del artículo 140 de la Constitución, sino porque la forma como ha sido concebida dependerá en el futuro de la política criminal de cada gobierno.

En lo que ataña a la potestad de casación del Poder Judicial, en la primera versión del anteproyecto quedó pendiente y sujeto el debate. En el segundo proyecto, por razones que se desconocen, simplemente fue omitido; y en la tercera versión se estableció lo siguiente:

Artículo 160. Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia cuando conforme a ley la acción se hubiera iniciado ante una Corte Superior, y dirimir contiendas de competencia, en las materias que la ley señala.

Finalmente y en forma sorpresiva, en la Constitución de 1993 se aprobó una fórmula totalmente peligrosa y cuestionable:

Artículo 141. Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del fuero militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.

Es decir, se prohíbe por expreso mandato constitucional que el Poder Judicial, como el órgano jurisdiccional por excelencia para impartir la justicia en el Perú, no pueda revisar las resoluciones

del Consejo Supremo de Justicia Militar. En efecto, así lo dispone el artículo 173: “La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

Lo que significa que cualquier pena privativa de libertad que impongan los jueces militares y que puede llegar hasta la imposición de la cadena perpetua, quedaría jurisdiccionalmente consentida en el fuero militar, sin posibilidad de que sea revisada por el Poder Judicial.

La actual Constitución en consecuencia, más que una garantía refleja un serio peligro contra los civiles o paisanos en tanto en cuanto sean juzgados y sometidos a la justicia militar, con lo cual el tema se torna sumamente vidrioso.

En lo que concierne a la perspectiva de la presente ponencia, podemos considerar algunas notas características de la justicia militar que perfila el nuevo Código Político:

- 1) Se mantiene formalmente un reconocimiento excepcional a la jurisdicción militar (artículo 139, inciso1). Esto significa que el fuero castrense no podrá integrarse al Poder Judicial, ni a título de excepción o emergencia. Este aspecto se ve reforzado con el principio de la prohibición de órganos jurisdiccionales de

- excepción o “comisiones especiales” (artículo 139, inciso 3).
- 2) Se afirma como principio que los sujetos sometidos a la jurisdicción militar son los miembros de las Fuerzas Armadas y de policía nacional en los casos de cometer delitos de función (artículo 173). Se deslinda así la jurisdicción civil u ordinaria de la militar. Visto así las cosas, el Poder Judicial no podrá juzgar al personal profesional de las armas (militares y policías).
 - 3) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía nacional tienen su propio “fuero” (artículo 173), pero se rigen por la Ley Orgánica y el Código de Justicia Militar.
 - 4) Si bien es cierto que se afirme el principio de que los civiles no están sometidos a la jurisdicción militar, se admiten las siguientes excepciones: *a)* cuando exista acusación de terrorismo; *b)* cuando exista acusación de traición a la patria, y *c)* cuando se infrinja la obligación de prestar el servicio militar obligatorio.
 - 5) Lo resuelto por el fuero militar no puede ser revisado (casado) por la judicatura ordinaria, salvo cuando la máxima instancia de la milicia —el Consejo Supremo de Justicia Militar— imponga la pena de muerte.

De lo expuesto se colige que el diseño constitucional, instaurado a partir de 1993, constituye un sistema atípico dentro de los clásicos modelos o sistemas arriba mencionados.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Una recapitulación sistemática nos lleva a unas conclusiones con significado de interés general:

- 1) La justicia militar en Perú somete inconstitucionalmente los delitos comunes —como el asesinato— cometidos por los miembros de la milicia a su jurisdicción, asimismo procesa inconstitucionalmente a ciudadanos —militares en retiro— que ejercitan sus derechos constitucionales a la libertad de expresión. De otro lado, el verde oliva de los uniformes representado en la justicia marcial, procesa y condena a los militares que realizaron actos preparatorios para ejercer el derecho a la insurgencia contra un gobierno usurpador, y finalmente enjuicia y condena a un profesional civil —sometiéndolo un año y medio en prisión— por supuesto delito de terrorismo, demostrándose luego su inocencia absoluta. Para evitar estas tropelías, la jurisdicción mi-

litar debe estar incardinada al Poder Judicial, sobre la base de los siguientes principios constitucionales: independencia, inamovilidad, imparcialidad y unidad de jurisdicción. Por estas razones generales, la justicia militar debe ser visto como un orden especializado de la jurisdicción ordinaria.

- 2) El ámbito de la jurisdicción militar, en estricto, no debe ser lo militar, sino lo castrense; es decir, que se debe hacer una estricta referencia al cuartel, campamento militar o a las relaciones de trabajo militares. De modo que las vinculaciones extrañas a ellas no deben estar sometidas a la justicia militar, salvo que cometan los delitos de traición a la patria y de terrorismo, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución. En tal sentido, las disposiciones legales con que se atribuyen asuntos o materias a la jurisdicción castrense deben ser interpretados restrictivamente.
- 3) Apoyados en Héctor Fix-Zamudio diremos que: La misma intransquilidad políticosocial... ha provocado la intervención de la justicia militar en las situaciones de emergencia, afectando de manera evidente el derecho fundamental al juez natural, pues sin existir propiamente un estado de guerra, se somete

a los civiles a los propios tribunales castrenses, cuando han incurrido en ciertos delitos de tipo político, especialmente los de rebelión o de trastornos al orden público, y en esta dirección advenimos nuevamente el ejemplo doloroso de Latinoamérica, aun cuando no sea el único.

- 4) Finalmente, los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso son violados en los procesos judiciales militares, de la siguiente manera: derecho a ser informado de la acusación, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho al juez natural, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la certeza judicial, derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, y finalmente, derecho a la igualdad de las partes en un proceso. Por de pronto, auguramos un cambio para los efectos que los paisanos no sean juzgados en el fuero militar, el mismo que está compuesto, básicamente, por profesionales de las armas. Hay fuerzas y voluntad para acometer tal empresa. De esta forma, la jurisdicción militar no se encontrará en situaciones em-

barazosas, ni mucho menos afrontará ataques incendiarios.⁵

VI. APÉNDICE

Lima, 11 de febrero de 2002.

Dra.

Judith de la Mata de Puente

Presidenta de la Subcomisión de Trabajo

Encargada del Estudio de la Ley Orgánica de Justicia Militar y del Código de Justicia Militar

Presente.

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de adjuntar a la presente el informe sobre los proyectos de la Ley Orgánica y del Código de Justicia Militar que en su día me fue solicitado por su despacho.

⁵ Para mayores detalles, *cfr.* Bidart Campos, Germán J. y Palomino Manchego, José F. (coords.), *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Domingo García Belaunde)*, Lima, Grijley, 1997.

- 1) Respecto de los proyectos núm. 1107/2001-CR y núm. 1203/2001-CR referidos a la Ley Orgánica de Justicia Militar:
 - A) Ambos proyectos sugieren un tratamiento, ciertamente más judicializado de la llamada justicia militar, que el que actualmente ofrece la Ley Orgánica de Justicia Militar. Sin embargo, no alcanzan, a nuestro juicio, a cubrir todos los supuestos que demandaría desmilitarizar el fuero castrense. En lo esencial sigue primando el criterio de que el administrador de justicia militar debe ser un personaje más militar que letrado (título II, capítulos I a V), lo que sobre todo se percibe en las más altas instancias.
 - B) Sin embargo, y ubicándose en la lógica que manejan los proyectos, sí existen algunos aspectos interesantes que vale la pena resaltar, como el hecho de haber introducido desde la Ley Orgánica misma (artículo V del título preliminar), una definición de lo que constituye el llamado delito de función, y de las características que le acompañan, pues dicho tema ha sido desde hace mucho tiempo, preocupación constante de diversos analistas, en

razón de la incertidumbre conceptual, existente en la actual legislación.

- C) En el extremo descrito es acertado que se haya señalado como características de los delitos de función:
- a) Que sea cometido por personal militar o policial en situación de actividad (lo que hecha por tierra la equivocada concepción de que el militar en retiro sigue vinculado de alguna forma a la vida castrense o policial).
 - b) Que el delito se haya cometido en acto de servicio (lo que de suyo excluye actos en los que no obstante existir militares o policías comprometidos, no tengan que ver en lo absoluto con la vida propiamente castrense o policial).
 - c) Que el bien o valor jurídico vulnerado sea propio de las Fuerzas Armadas o policía nacional (lo que impide invocar a libre discreción o conforme a criterios carentes de razonabilidad, protección respecto de bienes ajenos al quehacer castrense o policial).
 - d) Que el agraviado no sea civil, salvo el caso de delitos culposos (criterio que sólo compartimos en parte, pues si bien resulta obvio, que en un delito de función el sujeto activo

debe ser militar o policía, no encontramos ninguna razón válida para efectuar la distinción, implícitamente promovida, entre delitos dolosos y culposos, que proponen los proyectos).

- D) Sobre el mismo extremo comentado, un aspecto que hubiese sido necesario precisar es que en la caracterización del delito de función, los elementos descritos deben asumirse de forma copulativa, lo que supone que de faltar alguno de ellos, no se estaría precisamente hablando de la figura comentada, sino de un delito común.
- E) Un aspecto a parte y que no vemos muy claro en términos constitucionales, es el que consigna el artículo 74 de ambos proyectos y que se refiere a la defensa o patrocinio como acto de servicio. Por un lado, nos parece discutible que a una persona (en este caso, un oficial) se le imponga una obligación en la que mucho tiene que ver el ingrediente moral y la propia convicción de las cosas. Por otro lado, no sabemos cuál es el criterio por el que en todo caso se exime del cumplimiento de dicha obligación a quien tiene el grado de Coronel o Capitán de Navío. Aunque la nor-

ma referida se remite a lo que disponga la Ley, creemos que hubiese sido necesario, desarrollar ese aspecto en la propia norma que comentamos.

- 2) Respecto de los proyectos núm. 1108/2001-CR y núm. 1204/2001-CR, referidos al Código de Justicia Militar:
 - A) El Código de Justicia Militar, suele ser un compendio de naturaleza mixta. Es decir, que a diferencia de la normativa penal común que tiene una parte sustantiva (Código Penal) y otra procesal (Código Procesal Penal), el Código de Justicia Militar contiene ambos tipos de normas. En este contexto y al margen de algunos aspectos positivos que recogen los proyectos, creemos que un vacío bastante notorio, viene representado por la no referencia expresa a un atributo de tanta importancia como el debido proceso.
 - B) Naturalmente, no es que no existan figuras procesales de vital importancia, como el juez natural (artículo 40.) o el derecho de defensa (artículo 479), pero es un hecho incuestionable que la noción de “debido proceso” no se agota en dichas manifestaciones sino que se ex-

tiende sobre un número bastante más amplio de variables que no pueden ser ignoradas, si de lo que se trata es de administrar la justicia castrense (*cfr.* presunción de inocencia, plazo razonable, motivación resolutoria, etcétera). No basta a nuestro juicio (y al margen de la intención expuesta en la exposición de motivos), incorporar unas cuantas garantías procesales, es preferible darle a dicha perspectiva un alcance abierto de modo tal que puedan asumirse diversas manifestaciones no escritas del debido proceso.

- C) Prueba de que el Código de Justicia Militar (los proyectos analizados) no se haya muy a tono de una perspectiva constitucionalista que digamos, es la orientación positiva en torno de la función del juez que propugnan. Según el artículo 445: “El juez practicará las diligencias de comprobación del delito y de las circunstancias en que haya sido cometido...”, criterio que sin lugar a dudas no se condice, con la idea que por ejemplo recoge nuestro Código Procesal Penal (que superó el criterio del arcaico Código de Procedimientos Penales en materia de instrucción) en el sentido de que la investigación tiene por finalidad determinar si la conducta incrimi-

minada es delictuosa. Una cosa, es orientarse desde el principio a encontrar al autor de un delito y otra distinta determinar la verdad respecto de una incriminación. El Código comentado (o los proyectos analizados) se orientan por la primera perspectiva.

- D) Un aspecto a destacar y que viene a tono coincidente del proyecto de ley que también se nos ha hecho conocer (proyecto de Ley núm. 23/01 ACHB-CR) es la supresión de la reincidencia y la reiterancia como circunstancias agravantes a los efectos de determinar la pena a imponerse, pues era evidente que una inclusión de tal naturaleza, no sólo resultaba contraria al principio de no ser sancionado dos veces por la misma causa, sino al propio derecho a la igualdad ante la ley.
- E) Se ha reiterado en el artículo 330 de los proyectos el mismo criterio recogido en la Ley Orgánica de Justicia Militar, por lo que nos ratificamos en el avance que ello supone, no empero nuestra discrepancia con el tema de los llamados delitos culposos cuando el agraviado resulta ser civil.
- F) Finalmente, creemos oportuna aunque no suficiente, la no inclusión de la cadena perpetua como variable sancionatoria (artículo 28 de

ambos proyectos). Sin embargo, hubiese sido preferible incorporar un precepto que proscriba toda posibilidad de aplicar penas crueles e infamantes, como lo proclaman los principales instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.

Es todo cuanto informo, salvo mejor parecer.