

LA CONSTITUCION DE 1993 Y LA JURISDICCION MILITAR¹

Enrique Bernales Ballesteros
Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica

La jurisdicción militar ha sido materia de encarnizado debate en los últimos tiempos, a propósito de cuestiones vinculadas con el juzgamiento de los delitos de traición a la Patria y con el proceso de militares en situación de retiro. No han sido pocas las voces que han denunciado la inconstitucionalidad de tales hechos y han sostenido la necesidad de una radical reforma del único fuero privativo reconocido por nuestra Constitución. La polémica se ha visto acrecentada, ciertamente, por casos de sorprendente celeridad procesal, en los que resultaban reiteradas las denuncias por violaciones al debido proceso.

El doctor Enrique Bernales, destacado constitucionalista y conocido defensor de los derechos humanos en los más diversos foros internacionales, expone en el presente artículo sus críticas contra la concepción en la que actualmente se basa la justicia militar peruana. Su análisis, serio y sin apasionamientos, recurre constantemente al estudio de nuestro marco constitucional y de la legislación que regula la materia. La hipótesis que guía el trabajo apunta a determinar que el fuero privativo sólo debe tener competencia sobre militares en actividad o en situación de disponibilidad, que hayan cometido delitos de función.

El tema tratado resulta de gran actualidad, en momentos en que se ha promulgado recientemente la llamada Ley de Amnistía General.

1. INTRODUCCION

En los años recientes, hechos y situaciones que corresponden al dominio de la seguridad interna o de la defensa nacional, como también asuntos cuyo ámbito es la actividad política, o problemas que afectan a la sociedad, han sido considerados de la competencia de los tribunales militares.

La creciente intervención del fuero castrense para juzgar a militares en actividad y en situación de retiro y a civiles, y la decisión de conocer delitos comunes, ha creado legítima preocupación en los sectores ilustrados de la opinión pública. Las facultades de Derecho, los colegios de abogados, los centros de investigación especializados, comentarios editoriales de la prensa independiente y declaraciones de intelectuales, políticos y dignatarios eclesiales, han coincidido en señalar que la justicia militar estaba invadiendo los fueros de la justicia ordinaria, y en criticar a algunos altos mandos militares por comportamientos que parecerían sugerir una autonomía de las instituciones castrenses, no constreñida por la Constitución y las leyes. Una especie de otro Estado dentro del Estado.

Los principios correspondientes a una ética de la libertad ciudadana, del ejercicio del derecho a ex-

¹ Nota de los editores: El presente artículo fue escrito antes de la promulgación de la Ley N° 26479, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de junio de 1995, por la que se concede amnistía general al personal militar, policial y civil que se encontraba a la fecha de promulgación de la norma investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, desde mayo de 1980. La Ley, como es de conocimiento público por el amplio debate suscitado, concede también amnistía a las personas involucradas en los sucesos del 13 de noviembre de 1992, así como a los denunciados, procesados o condenados por delitos de infidencia, ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del conflicto con el Ecuador.

presarse libremente y de cumplimiento de los deberes que reclaman la democracia constitucional y el Estado de Derecho, no toleran una conducta complaciente ante lo que son evidentes errores en la conducción de las instituciones militares. Las Fuerzas Armadas no son autónomas ni están al margen de la Constitución; sus organismos no pueden actuar prescindiendo del marco jurídico por ella establecido, y si lo hacen, debe demandarse la responsabilidad de quienes abusando de su condición de autoridades militares infringen la Constitución, o dan órdenes para que sus subalternos actúen al margen o en contra de ella.

Una posición como la que exponemos, está inspirada en el respeto a la misión de las Fuerzas Armadas; procura que la relación civil-militar se base en la confianza mutua y en la inexistencia de todo tipo de celos y de reproches, y persigue combatir la politización de los mandos militares. Nada afecta más el carácter profesional de las Fuerzas Armadas y la estabilidad político-jurídica de la Nación, que una institucionalidad castrense quebrada por la politización de sus altos mandos.

La intromisión de las Fuerzas Armadas en el golpe del 5 de abril de 1992 y su utilización para imponer un gobierno de facto, fue el inicio de un escalamiento de posiciones autonomistas y de contenido político propiciado por los altos mandos militares. Este enunciado se refiere a hechos concretos, tales como la pretensión de intimidar al Congreso sacando tanques a las calles, cuando en la investigación parlamentaria del caso La Cantuta se citó al General Hermoza Ríos, Comandante General del Ejército; el intento de proteger con impunidad a oficiales involucrados personalmente en casos de violación de derechos humanos, la persecución a los generales Rodolfo Robles, Alberto Arciniegas y Mayor Oscar Castillo, la forzada obtención de la llamada Ley Cantuta para que el personal militar acusado de la desaparición y asesinato de nueve estudiantes y un profesor de esa Universidad, fuese juzgado por el fuero militar, la similar pretensión para el caso del crimen de Barrios Altos, el juicio al civil Demetrio Chávez Pañaherrera (a) Vaticano en el fuero militar -con el pretexto de que era terrorista cuando el hecho público y la causa de su detención en Colombia fue la actividad como cabecilla de una banda de narcotraficantes; en fin, la acusación y juicio a los generales en situación de retiro Carlos Mauricio y Walter Ledesma y Capitán de Navío (r) Luis Mellet, por supuestos delitos de ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, aunque en realidad, y contra la Constitución, se les ha enjuiciado por ejercer el derecho de opinión y criticar la conducción militar peruana en el conflicto con el Ecuador.

En la mayor parte de los casos mencionados, el fuero militar fue utilizado como un organismo dependiente y subordinado, al que autoridades superiores dentro de la jerarquía militar ordenaron actuar para proteger -aunque invocando otras razones-, la plena autonomía de la estructura militar y sancionar las críticas a los altos mandos. Esta actitud expresada en decisiones contrarias a la Constitución, pone en riesgo la seguridad jurídica, que es uno de los bienes más preciados del ciudadano y del Estado de Derecho.

Corresponde, por tanto, que dentro de una óptica constitucional analicemos las cuestiones pertinentes a la jurisdicción militar, a los delitos de función y a las personas que son posibles de ser juzgadas por ese fuero, en aplicación de lo dispuesto por el Código de Justicia Militar.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

El Estado contemporáneo, cuya organización jurídica se modeló básicamente a lo largo del siglo XIX, perfeccionándose en el actual, tiene entre sus características principales el ser un Estado constitucional, encargado de la producción jurídica, el orden, la seguridad y la atención de los servicios básicos de la población. El Estado está dotado de poder y es uno y soberano, radicando en él la autoridad. Para el ejercicio de los fines y objetivos que le están encomendados, los órganos competentes dictan el Derecho, se gobiernan a través de la ley, se ejerce la coerción necesaria y se apela discrecionalmente a los aparatos con los que el Estado-Nación cuenta para que sus mandatos se cumplan, la autoridad se respete y la soberanía no sea afectada (Fuerzas Armadas y Policía Nacional).

Esta es la concepción básica del Estado liberal; de conformidad con ella, el Estado y sólo él tiene Fuerza Armada y Fuerzas Policiales. Ambas son aparatos del Estado y se encuentran subordinadas a quien ejerce la autoridad de éste por determinación del pueblo. La filosofía básica del Estado liberal ha figurado en todas las constituciones peruanas. La de 1993 no es la excepción. El artículo 45 dispone: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». En su segundo párrafo el art. 45º añade: «Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición». La claridad del texto hace innecesario el análisis. Nadie dentro del Estado puede invocar autonomía, proclamarse autoridad propia o desconocer que la única fuente del poder estatal es el pueblo.

El Estado ejerce su autoridad dentro de un marco jurídico preestablecido. El Leviatán descrito por Hobbes no existe; el ejercicio razonado de la libertad lo impide, y se expresa en la Constitución. Maurice Duverger dice que ésta es una técnica que persigue limitar el poder, proteger los derechos ciudadanos y evitar el abuso de autoridad. La Constitución es la regla que concilia el poder con la libertad. Quien se pone al margen o por encima de ella, niega esta gran construcción de la inteligencia humana, que es la más alta expresión de convivencia pacífica, orden acordado y civilización.

La pretensión de un poder armado -cualquiera que él sea- de actuar ejerciendo presión en base a su capacidad intimidatoria para capturar el Estado, es una irracionalidad absoluta que ningún pueblo puede admitir sin sacrificar su libertad y los derechos que le protegen. El Estado constitucional no tolera este extremo, y por elemental universalidad de las normas que estructuran el sistema jurídico, impide que se pueda invocar norma propia o estatuto particular, para escapar o sobreponerse al imperio de la ley.

Esta primacía y exclusividad de la Constitución y de las leyes, tan magistralmente expuesta por Hans Kelsen, es uno de los principios incorporados al Derecho Constitucional peruano. La reciente Constitución de 1993 lo consagra en el artículo 51:

«La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

En aplicación de este precepto, debemos señalar que en la materia que nos ocupa ninguna institución puede convertirse en un fuero propio y con derecho protegido. Cualquier reglamento particular no puede ser invocado contra la Constitución. Las instituciones militares son entidades estatales, organizadas de acuerdo a ley y sometidas a la Constitución. Reclamar la naturaleza castrense para establecer reglamentos militares opuestos a las normas constitucionales es simplemente inaceptable. La Constitución manda, y civiles y militares tienen la misma obligación de someterse a sus mandatos. Es absolutamente concluyente que las normas, códigos, reglamentos y ordenanzas militares están inexorablemente subordinadas a la Constitución. Por lo tanto, las autoridades militares, sus organismos -y entre ellos los tribunales militares- tienen que ajustar su conducta, organización y atribuciones a lo que dispongan la Constitución y las leyes.

Por su origen, los tribunales militares son una institución establecida y delimitada por la Constitución. Las cuatro constituciones peruanas del presente siglo (1920, 1933, 1979 y 1993), autorizaron su existencia especificando la naturaleza del fuero y su competencia. Respecto de lo primero, la tesis constitucional es que para determinados aspectos que guardan relación directa con la disciplina y el funcionamiento del sistema militar, lo castrense determina que existe un fuero militar. En cuanto a la competencia, la jurisdicción militar sólo comprende a personal de las Fuerzas Armadas y Policiales.

Una fórmula más compleja aparece en la Constitución de 1979, cuyo artículo 282 dispuso la jurisdicción privativa para los efectivos militares y policiales, en los casos de delito de función y de conformidad con el Código de Justicia Militar. Una precisión saludable es que el artículo 282 también señaló que los civiles estaban al margen de la disposiciones del Código de Justicia Militar, salvo lo establecido en el artículo 235 de la Carta; es decir, pena de muerte por traición a la Patria en caso de guerra exterior. De esta manera, la Constitución determinó que el fuero para administrar justicia a los civiles era el ordinario y sólo él, mientras que sentenciar la pena de muerte por la única causal posible: traición a la patria en caso de guerra exterior, era atribución exclusiva del fuero militar.

La Carta de 1993 no modifica el principio básico: la existencia de un tribunal privativo para el personal militar, no por su condición castrense, como si se tratase de un fuero personal, sino en cuanto comisión de delitos de función, que son los establecidos en el Código de Justicia Militar. No obstante, el artículo 173° amplía la jurisdicción a civiles. Es el caso del delito de traición a la Patria, al suprimir el requisito de la guerra exterior; en segundo lugar, al incluir el delito de terrorismo en los casos que la ley determina.

La existencia constitucional del fuero privativo militar ha creado el marco jurídico que regula su funcionamiento. Conviene referirse brevemente a la Ley Orgánica de la Justicia Militar y al código respectivo, para que se aprecien los límites de este fuero y cómo su actividad debe ajustarse a lo dispuesto por esas leyes y por la Constitución.

La estructura, composición y funciones del fuero privativo militar está dispuesta en la Ley Orgánica de la Justicia Militar, expedida el 19 de julio de 1980 por el gobierno del general Morales Bermúdez y fue concordada con la Constitución de 1979, promulgada el 12 de Julio de ese año, pero que re-

ción entró en plena vigencia al iniciarse el gobierno constitucional de Fernando Belaúnde Terry, en julio de 1980.

La ley se ampara en la Constitución y dispone que la justicia militar es autónoma; vale decir, no depende de la justicia ordinaria y su organización respeta la doble instancia, existiendo, por tanto, un Consejo Supremo de Justicia Militar. Formalmente, hasta allí no hay ningún problema. Estos aparecen cuando en el texto de la ley se dispone que «los Tribunales de Justicia Militar constituyen un alto organismo de los institutos armados». Este planteamiento es una restricción a la autonomía de esta justicia privativa; si ella es un organismo de los institutos armados, queda ligada a la estructura jerárquica de éstos y limitada en consecuencia en su función jurisdiccional a lo que eventualmente determinen los altos mandos jerárquicos.

Esta Ley Orgánica diferencia entre la administración de la justicia militar en tiempo de paz, que es más bien restringida, y la que se aplica en tiempos de guerra, que en muchos aspectos abarcará a la justicia ordinaria y comprenderá tanto a civiles como a militares. En el primer caso, los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y de todas las demás instancias, son militares en actividad; sólo el Cuerpo Jurídico Militar está formado por abogados asimilados y de allí provienen el Fiscal General y el Auditor General.

Se desprende del texto que quienes integran los tribunales militares lo hacen en relación directa con la rotación de personal que administrativamente disponen los mandos militares, y no por tratarse de personal especializado, que además de ser militar de carrera tenga también la profesión de abogado. Por tanto es claro que la composición de los tribunales está sujeta a disposiciones internas de la carrera militar y a la rotación de cargos. Por otra parte, la ley no precisa cómo se nombra a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar. Todos los demás niveles son nombrados a través del sector ministerial. En el caso de la administración de la justicia militar en tiempo de guerra, quien dispone la jurisdicción es el Comandante del Teatro de Operaciones en el territorio de su mando. Este nombra Consejos de Guerra Especiales, Jueces Instructores y personal judicial.

En cuanto al Código de Justicia Militar, éste fue expedido el 24 de julio de 1980, y regula exclusivamente los delitos y faltas militares, aplicándoles las penas previstas en el Código para cada tipo penal. El sujeto activo de este Código es el personal que ostenta la condición de militar. Los civiles

sólo son considerados para el tipo de traición a la Patria en caso de guerra exterior y por infracciones en la aplicación de la Ley de Servicio Militar. Sin embargo, la nueva Constitución -como ya lo consignamos- ha eliminado el requisito de que la guerra sea exterior, y ha añadido los casos de terrorismo que la ley determine. La ley también especifica que la jurisdicción militar conoce los delitos comunes cometidos en acto de servicio, cuando agraviado e inculpado son militares, aplicándoseles las normas del Código Penal común. Igualmente, en casos de vacío, el Código autoriza a que los jueces y tribunales militares se remitan a las disposiciones de los códigos comunes.

El Código señala que la jurisdicción penal militar no puede extenderse fuera de los límites que el mismo Código dispone (artículo 318). Por tanto, esta jurisdicción sólo se puede aplicar, en lo que al delito se refiere, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, en actividad o en disponibilidad, por infracciones previstas en el referido cuerpo legal. También se ejerce jurisdicción por el lugar, cuando el delito se ha cometido en establecimientos militares y en contextos de servicio.

En cuanto a la competencia para conocer, el Código dispone que las infracciones comprendidas dentro de la jurisdicción militar serán juzgadas por los jueces y tribunales de las Fuerzas Armadas y Policiales a que pertenezcan los inculpados. Por último, conviene precisar que todas las normas de procedimiento están previstas en el mismo Código y que los delitos que se juzgan son de naturaleza militar, sea que estos afecten a la seguridad, a la Nación y al Estado, a la disciplina castrense, a los deberes de función, al servicio militar, contra el patrimonio y contra la fe pública.

No obstante lo expuesto, vale la pena recordar que los tribunales militares han venido juzgando a civiles acusados por el delito de traición a la Patria, dentro del contexto de la violencia terrorista que afectó al país. El Decreto Ley N° 26659 señala en su artículo 1 que el acto terrorista constituye delito de traición a la Patria, cuando se utilizan coches bombas o similares, que causen la muerte de personas, o lesiones a su integridad física o a su salud mental, o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera pueda generar grave peligro para la población; asimismo, el almacenamiento o posesión ilegal de materiales que sirvan en la fabricación de explosivos, a emplearse en actos como los descritos anteriormente.

Por su parte, el artículo 2 señala que incurrir en delito de traición a la Patria los que pertenecen al

grupo dirigencial de una organización terrorista, en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente; el que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de las personas; y el que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terrorista en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para hacer el daño a que se refiere el artículo 1 de la ley.

Desde el punto de vista de nuestro análisis, lo más importante de este decreto ley es el artículo 4, que señala textualmente: «A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de traición a la Patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar tanto en su investigación como en su juzgamiento». Esta norma fue publicada el 12 de agosto de 1992. Es desde esta fecha en que el terrorismo fue vinculado al delito de traición a la Patria, ampliándose para tal efecto la competencia de los tribunales militares, que a partir de ese entonces pueden juzgar a los civiles no sólo por traición a la Patria en caso de guerra exterior, sino también internamente, cuando el terrorismo es tipificado como delito de traición a la Patria. Por tanto, este decreto ley es el antecedente del artículo 173 de la Constitución vigente, que permite que las disposiciones del Código de Justicia Militar sean aplicables a los civiles en los casos de delito de traición a la Patria y de terrorismo que la ley determine.

3. JURISDICCION MILITAR Y SUS ALCANCES EN LA POBLACION

El análisis de la Constitución y de las leyes que regulan a los tribunales militares debiera ser suficiente para saber con exactitud cuáles son los límites de la justicia militar. Para mayor claridad y precisión del sistema jurisdiccional peruano conviene señalar lo siguiente:

a) La justicia ordinaria se extiende sobre toda la población; civiles y militares están sometidas a ella en todos los aspectos: constitucionales, civiles, comerciales, financieros, penales, de leyes y códigos sectoriales en que ella es genéricamente competente para conocer. No existe fuero personal y nadie puede invocar su condición, profesión, cargo y función para demandar fueros especiales que conozcan de sus asuntos. Los delitos comunes deben ser juzgados por los tribunales ordinarios. Los militares que cometen este tipo de delitos son juzgados en el fuero ordinario y no en el militar.

b) Los militares y policías en servicio activo o en disponibilidad están sometidos al fuero militar únicamente en casos de delito de función, que están previstos en el Código de Justicia Militar. Estos delitos están directamente vinculados con el cumplimiento de los reglamentos militares. Se refieren, por tanto, a la subordinación jerárquica, la disciplina y el cumplimiento de las tareas correspondientes al ámbito militar. Adicionalmente, los civiles son juzgados por estos tribunales en los tres únicos casos que admite la Constitución: traición a la Patria, terrorismo e infracciones al servicio militar obligatorio.

Cualquier disposición de rango inferior que pretenda la ampliación de casos, no puede ser invocada contra la Constitución. Por ejemplo, la contienda de competencia planteada por los tribunales militares para conocer el caso del crimen de La Cantuta, no debió ser resuelta a su favor por la Corte Suprema. Asimismo, fue un error que la policía calificara y entregara a la justicia militar al narcotraficante Demetrio Chávez Peñaherrera. Ambos casos son situaciones absolutamente inconstitucionales. El secuestro, la desaparición de personas, el homicidio cometido con premeditación, alevosía y ocultamiento, el engaño a la administración de justicia, la fabricación de pruebas falsas, entre otros, son delitos comunes, y en nada varía la calificación de éstos ni el procedimiento y las leyes a aplicar, cuando los criminales son militares que se protegen y ocultan, dándole un uso condenable al uniforme. Al contrario, según el carácter de la comisión del delito, esta condición puede ser considerada un agravante.

Es pues un grave error y un perjuicio a las instituciones castrenses el que los tribunales militares sean forzados a juzgar como delitos de función lo que son delitos comunes. El aplicar penas por remisión del Código Penal no resuelve el problema. Esta perniciosa tendencia debe cesar.

c) ¿Cuál es la situación real del personal militar que ha pasado al retiro, respecto del fuero militar? Este asunto tiene actualidad, pues son varios los oficiales en situación en retiro que por actos y opiniones de contenido político han sido juzgados por la justicia militar. Tal es el caso del General Jaime Salinas Sedó y los oficiales que intentaron insurgir en defensa de la Constitución, el 13 de noviembre de 1992; el de los generales Sinesio Jarama, Luis Cisneros y Germán Parra, por opiniones sobre asuntos relativos a la conducción superior del Ejército; y, el de los generales Rodolfo Robles y Alberto Arciniegas, a propósito del caso La Cantuta. Recientemente, los generales Carlos Mauricio y Walter Ledesma, y el Capitán de

Navío (r) Luis Mellet, por comentarios en torno a la conducción militar en el conflicto con el Ecuador.

Precisemos, en primer lugar, que en ninguno de los casos mencionados se cometió delito alguno. Pero el abuso ha sido doble, porque no existiendo delito se les sometió a la acción de la justicia militar, que en todo caso no era competente para conocer, por tratarse de militares en situación de retiro.

Los tribunales militares no pueden juzgar a los militares en situación de retiro por dos razones elementales: al no formar parte activa de los respectivos institutos, no cumplen ninguna función castrense, y su conducta y actos no se encuadran en los supuestos que configuran el delito de función y la aplicación del Código de Justicia Militar. La segunda razón es que estos oficiales al terminar el ejercicio activo de su carrera, recuperan la condición de civiles; es decir, son civiles.

Es la Constitución la que crea el argumento base de la condición civil de los militares que han pasado al retiro. El artículo 31 determina que el derecho al voto corresponde a los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Son estos ciudadanos los que pueden elegir y ser elegidos. A su vez, el artículo 34 dispone que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad no pueden elegir ni ser elegidos.

Deriva de la interpretación sistemática de ambos artículos -que es la metodología que recomienda Hesse para encontrar en la estructura del conjunto el propósito último de la Constitución-, que la condición de los militares en situación de retiro es la de civiles. Es por ello que están habilitados para el ejercicio de los derechos políticos, que la Constitución reconoce exclusivamente a los ciudadanos en el goce de su capacidad civil. Por ello, es absolutamente claro que los mandos castrenses no podrían obligar a un militar retirado a que no se inscriba en un partido político, a que postule para el Congreso, y, por la misma razón, a que éste limite sus derechos de libre exposición. Si lo hicieran, incurrirían en un acto ilícito. La parte final del artículo 31º es concluyente: «Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos».

Llevar ante la justicia militar a personas que pertenecieron a organizaciones castrenses porque han ejercido sus derechos políticos, cae dentro de los alcances a que se refiere esta última parte del artículo citado.

Complementariamente, la legislación castrense, que no podría invocarse contra la Constitución, confirma que sus disposiciones sólo se aplican al personal que está en la actividad o en la disponibilidad, por más que el militar retirado conserva su rango y derechos adquiridos en una carrera profesional. El Decreto Legislativo N° 152 -Ley de Situación Militar, diciembre de 1991- dice en su artículo 12: «Los oficiales en situación de actividad y/o disponibilidad están sujetos a los alcances del Código de Justicia Militar y al de los consejos de investigación de cada instituto». Excluye a los oficiales en situación de retiro. No puede ser de otro modo. Estos son civiles. El artículo 70 de la misma ley lo confirma: «Al pasar un oficial a la situación de retiro, ejercerá sus derechos y obligaciones políticas, de acuerdo a la Constitución Política del Perú, sin limitación alguna».

En concordancia con lo precisado en el acápite a) del punto tercero del presente análisis, los civiles no están sometidos al fuero militar, salvo para los tres supuestos que la Constitución señala y que no tienen nada que ver con los derechos políticos de los oficiales en situación de retiro. Por otra parte, el Código de Procedimientos Penales actualmente en vigencia confirma nuestra interpretación, pues distingue la condición de los agentes para determinar si la instrucción y juzgamiento de los delitos cae bajo la jurisdicción de la Corte Suprema, de los tribunales correccionales o de los tribunales de guerra militares, navales o de policía, según los casos. Mucho más explícito aun es el nuevo Código Procesal Penal, que está ya totalmente aprobado y cuya puesta en vigencia está prorrogada. El artículo 14 de este nuevo ordenamiento dispone:

«La jurisdicción penal común es improrrogable y se extiende a los delitos y a las faltas. La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial está sometido al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar».

Si bien este dispositivo no está aún vigente, aclara desde el punto de vista doctrinario el contenido y los alcances de la justicia militar. Un militar en situación de retiro no está en condiciones de afectar bienes jurídicos exclusivamente castrenses, ni el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas, porque no tiene función, cargo, ni mando. Por tanto, la potestad jurisdiccional que le alcanza es la de la justicia ordinaria.

En conclusión, la reiterada pretensión de restringir los derechos de los militares en situación de retiro, el aplicarles normas militares que limitan su derecho a la libre expresión, o calificar como delito sus opiniones, figura taxativamente prohibida en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, es una inaceptable conducta de los mandos militares. El uso de los tribunales militares, para implicarlos en procesos contra oficiales en retiro, desvirtúa la existencia de estos tribunales y es un acto inconstitucional que debe cesar y no repetirse nunca más.

4. GARANTIAS DE LA LIBERTAD DE OPINION Y EL DELITO DE FUNCION

El juicio seguido a oficiales en situación de retiro por haber opinado críticamente sobre aspectos militares del conflicto con el Ecuador -asunto al que nos hemos referido extensamente en el subtítulo anterior-, presenta dos elementos que no son conformes con el ordenamiento jurídico del país. El primero de ellos indica, a través de actos afirmativos, una voluntad de adoptar decisiones castrenses y hacerlas válidas, pasando por encima de la Constitución, como si los organismos castrenses y las leyes que regulan a estas instituciones y al personal militar tuviesen una regulación independiente y autónoma, sobre las cuales la Constitución no rige. Este extremo carece en absoluto de sustento jurídico y configura una situación aberrante que debiera motivar una enérgica acción correctiva y concertada de los tres órganos del poder del Estado. Si así no fuera sería éste un tema en el que tendría que pronunciarse el Tribunal Constitucional apenas entre en funciones.

El segundo elemento se refiere a una evidente intolerancia de las máximas autoridades militares, que las lleva a disponer por sus canales internos que se denuncie y se abra instrucción al personal militar, cualquiera sea la situación en que se encuentre, cada vez que formulen una declaración o emitan un comentario que puede contener una crítica a los altos mandos o a la situación de las instituciones militares, en vista de su utilización con fines políticos. La acusación suele ser por ultraje a las Fuerzas Armadas, faltamiento al superior jerárquico, contra la disciplina, y cualquiera otra de las modalidades que configuran faltas y delito de función, según los reglamentos militares y el Código de Justicia Militar.

Estas tipificaciones no deben engañar sobre la naturaleza misma del hecho que se persigue sancionar, que no es otro que la opinión libremente emitida por un militar. Es evidente que si se trata de un oficial en actividad o en la disponibilidad, el

derecho a la libertad de opinión no puede ser prohibido, pero es admisible que para su ejercicio se cumpla con algún trámite exclusivamente formal, que evite situaciones que colisionen con la disciplina, la estructura jerárquica y la reserva de ciertos aspectos de la vida militar que tiene que ver con la seguridad nacional.

Aplicando el mismo criterio, es en cambio inadmisibles que se pretenda imponer estas precauciones al personal en situación de retiro, que es civil para todos los efectos, y mucho menos sancionarlo como si el opinar sobre asuntos militares o sobre cualquier otro tema fuese delito. La pretensión intimidatoria de esta actitud de los mandos militares y la utilización para tal efecto de los tribunales de justicia militar, debe ser claramente advertida y rechazada. Se trata simple y llanamente de una violación de la Constitución y de un acto a través del cual se siembra la inseguridad jurídica tanto entre los militares como entre los civiles.

El inciso 3 del artículo 2 de la Constitución de 1993 señala de manera taxativa lo siguiente: «Toda persona tiene derecho (...) a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público». Es de claridad meridiana que el texto constitucional no diferencia en razón de la condición de las personas. La opinión de un civil sobre cualquier tema no es un delito. Tampoco lo es la de un militar en situación de retiro que goza del pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos. No se puede diferenciar ni distinguir donde la Constitución no diferencia ni distingue. Es un principio universal del Derecho, sin el cual el orden jurídico y el Estado de Derecho se convertirían en meras declaraciones sin sentido.

En efecto, la opinión es parte de la estructura misma de la persona, de su calidad de ser libre e inteligente. A nadie se le puede prohibir pensar y mucho menos castigar por la coherencia elemental que significa expresar con libertad lo que se piensa. Ayudan en este caso a reforzar el punto de vista que exponemos, los argumentos de Enrique Chirinos Soto, quien defiende la absoluta libertad de opinión, señalando por tanto que no puede existir delito al respecto. Precisa en tal sentido que el dispositivo reconoce lo dispuesto en la Constitución de 1979 y es «conciso, claro, universal, terminante. No lo debilita excepción alguna. Para fundamentarlo, en el seno de la Comisión Principal recordé la luminosa jurisprudencia de la

Corte Suprema de los Estados Unidos, acaso el más respetable tribunal de la tierra. Tiene ella establecido que no es delito opinar, de palabra o por escrito, en pro de la subversión del orden constitucional. Sólo son delito los actos materiales encaminados a perpetuar dicha subversión. Ya decía don Antonio Maura en España que la opinión no es penalmente reprimible»².

La opinión, cualquiera sea la materia que se analiza, es siempre una opción personal y se formaliza como un punto de vista libremente expresado. Puede haber en ella acierto o error, verdad o equivocación. Moralmente puede ser calificada como una opinión buena o mala; que se comparte o que se rechaza. Lo que en ningún caso es admisible es que una persona sea reprimida penalmente por el ejercicio de opinar. Semejante absurdo es rechazado por la Constitución peruana. El texto es claro, taxativo y categórico: «No hay delito de opinión». La condición de las personas no modifica el carácter imperativo del mandato. En este sentido, la pretensión de los mandos castrenses de castigar a militares en situación de retiro por ejercer libremente los derechos constitucionales que se refieren a la opinión, o exigirles el requisito previo de obtener autorización de las autoridades superiores, debe ser calificado como un acto prepotente que viola la Constitución.

No hay forma de considerar una opinión como delito; no hay posibilidad de acudir a tipos previstos en el Código de Justicia Militar para perseguir a oficiales en retiro y hacer que los tribunales militares los sancionen.

Por otra parte, la libertad de opinión que se ejerce a través de cualquier medio de comunicación social se hace bajo las responsabilidades de ley. Si, como lo precisa el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, se comete algún delito por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, éstos son exclusivamente los que están tipificados en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Una vez más, no se puede invocar ley distinta o crear una especial para juzgar estos delitos. De esta manera, ni el Código de Justicia Militar es aplicable, ni los tribunales militares son competentes para conocer estos casos.

5. A MODO DE CONCLUSION

El análisis de la jurisdicción militar en relación al marco constitucional vigente revela dos situacio-

nes problemáticas relacionadas entre sí. De un lado, subsiste la tendencia histórica de las Fuerzas Armadas a considerarse como un estatuto especial dentro del Estado, que demanda autonomía e independencia castrenses, aunque naturalmente la Constitución diga y ordene lo contrario. Desde luego, esta tendencia se acentúa cuando se producen rupturas del orden constitucional que directa o indirectamente significan que los mandos superiores de las instituciones castrenses adquieren poder político.

La situación descrita es anómala, porque las Fuerzas Armadas no son deliberantes y están subordinadas a la autoridad constitucional. No tienen, por tanto, otra autonomía que la estrictamente ligada a su actividad profesional. Por el contrario, la justicia privativa militar debiera tener autonomía e independencia, porque ambas cosas son esenciales e intrínsecas a la justicia. Pero resulta que no la tiene, porque la propia ley la considera un organismo dependiente de las Fuerzas Armadas y porque, en adición, la toma de las decisiones fundamentales a su funcionamiento es adoptada por los mandos militares superiores.

Esta constatación nos lleva a sostener que la justicia militar peruana debe ser sometida a una rigurosa reforma. Su situación actual ofrece problemas de inorganicidad, de interferencia -que afectan su composición y funcionamiento-, de inadecuación de los instrumentos jurídicos con los que trabaja, y de desconfianza creciente de la ciudadanía respecto de la imparcialidad y garantía al debido proceso cada vez que alguna causa debe ser vista por estos tribunales. En suma, una situación que afecta a la seguridad jurídica y que debe ser corregida de acuerdo con lo que disponen la Constitución y el Estado de Derecho.

¿Cómo proceder para dar paso a esta necesaria reforma? Estimamos que sería una metodología adecuada buscar a través del diálogo el entendimiento común en lo que a justicia militar se refiere. La alta oficialidad no debiera recelar de las autoridades civiles y creer que prima en el pensamiento académico una actitud antimilitar y contraria a estos tribunales. Al contrario, de lo que se trata es de reconducir la jurisdicción militar a su ubicación correcta, para repotenciarla.

El fuero privativo militar tiene la finalidad de sancionar al personal militar que comete actos que lesionan el servicio o la disciplina militar, y en tal

² CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993: Lectura y Comentario*, p. 24.

sentido su existencia se justifica plenamente. Pero establecida la naturaleza y necesidad de esta justicia privativa, ella tiene que ser también independiente y muy rigurosa en su campo de acción. Puede juzgar al personal militar en actividad o en la disponibilidad y al personal civil sólo en los casos enumerados en la Constitución. Igualmente, tendrá que precisarse el concepto mismo de delito de función, para corregir drásticamente la tendencia de aplicar el concepto a situaciones que claramente caen en el campo de los delitos comunes. Estos, cualquiera sea el agente, deben ser juzgados por los tribunales ordinarios.

En síntesis, la justicia militar es una institución reconocida por la Constitución y no debiera crear problemas su existencia. Para que así sea, debe perfeccionarse su organización y funcionamiento. La ley que la rige debiera asegurar su independencia, exigir que sus jueces sean militares letrados, y que una vez en el cargo queden desligados de la subordinación jerárquica y de la dependencia a los mandos militares superiores de cada arma.

Por lo demás, la justicia militar sólo sería competente para conocer las materias establecidas en un Código de Justicia Militar, que por su parte debe ser revisado. El delito de función tendría que ser

reformulado en su concepción básica, para que sea entendido exclusivamente como delito militar; es decir, que se refiere a inconductas graves atentatorias de los reglamentos, la disciplina y la actividad castrense. Se evitaría así el abuso actual. Por otra parte, la delimitación de lo que se entendería por delito militar evitaría que las leyes a aplicar por los tribunales militares eliminen las disposiciones que facilitan aplicar por remisión tipos penales provenientes del Derecho común. La competencia de la justicia ordinaria no debe ser recordada, ni la militar debe crecer más allá de lo que es su ámbito normal.

La Constitución de 1993 no es de las mejores que el Perú ha tenido. El modelo político que diseña es autoritario y restringe los espacios ciudadanos. Pero no llega al extremo de sustituir la justicia ordinaria por la militar. Por ello, la reforma de esta última es perfectamente posible dentro del marco constitucional vigente. La tesis es, pues, ejercer el análisis crítico que permita proponer soluciones para perfeccionarla, hacerla compatible y relacionada con la justicia ordinaria, y organizarla con todos los elementos legales y de composición que garanticen su autonomía, independencia e imparcialidad, así como su competencia y debido proceso en los casos que conoce.