



Universidad  
**Inca Garcilaso de la Vega**

Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**  
(Coordinador)

# **LA JURISDICCION MILITAR EN DEBATE**

Presentación  
de  
**LUIS CLAUDIO CERVANTES LIÑÁN**

Epílogo  
de  
**JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**



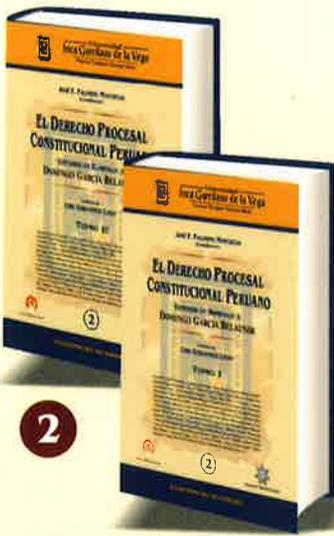
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
(SECCION PERUANA)

**CUADERNOS DEL RECTORADO**

**PUBLICACIONES  
DE LOS  
CUADERNOS DEL RECTORADO**



1



2



3

**LA JURISDICCIÓN MILITAR  
EN DEBATE**

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**  
(Coordinador)

# **LA JURISDICCION MILITAR EN DEBATE**

**Presentación**  
de  
**LUIS CLAUDIO CERVANTES LIÑÁN**

**Epílogo de**  
de  
**JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**

7

**Cuadernos del Rectorado**

Primera edición: Enero de 2008.

© 2008, Universidad Inca Garcilaso de la Vega

© 2008, Luis Claudio Cervantes Liñán  
Domingo García Belaunde  
José F. Palomino Manchego

E-mail: [jpalomino@terra.com.pe](mailto:jpalomino@terra.com.pe)

**HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 2008-03764**

GRIJLEY LIMA

**Jr. Lampa 1221 - Lima 1**

T: 427 3147 TF: 427 6038

[info@grijley.com](mailto:info@grijley.com)

[grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)

Jr. Azángaro 1077 - Lima 1

T: 321 0258

[libreria\\_grijley@speedy.com.pe](mailto:libreria_grijley@speedy.com.pe)

GRIJLEY TRUJILLO

Jr. Pizarro 540

TF: 471 640 C: (044) 920 6694

[trujillo@grijley.com](mailto:trujillo@grijley.com)

[grijley\\_trujillo@speedy.com.pe](mailto:grijley_trujillo@speedy.com.pe)

GRIJLEY CHICLAYO

San José 1067

T: 204 146

[chiclayo@grijley.com](mailto:chiclayo@grijley.com)

GRIJLEY AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103

T: 288 379 C: (054) 929 6700

[arequipa@grijley.com](mailto:arequipa@grijley.com)

[grijley\\_arequipa@speedy.com.pe](mailto:grijley_arequipa@speedy.com.pe)



**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, LUIS CERVANTES LIÑÁN y JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO,**  
en la biblioteca del primero (Lima, enero de 2008).

## ÍNDICE

	págs.
– Presentación .....	7
– Prólogo .....	11
I. Constituyen Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial .....	19
II. Dan por concluidas funciones de la Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar policial .....	23
III Carta al Embajador Allan Wagner Tizón .....	27
IV. Informe .....	29
V. Ante-proyecto de ley .....	45
VI. Metodología de trabajo de la Comisión... ..	55
VII. Ley N° 28934 .....	59
– Epílogo por José F. Palomino Manchego: El «Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú» de 1827...	63
– Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú .....	75
– Constitución Militar del Ejército del Perú .....	79

## PRESENTACIÓN

LUIS CERVANTES LIÑÁN (\*)

De la personalidad científica del profesor universitario y abogado en ejercicio Domingo García Belaunde me he ocupado en la Presentación del Libro-Homenaje que coordinó en su honor su discípulo José F. Palomino Manchego con ocasión de su sexagésimo aniversario y que lleva por título *El Derecho Procesal Constitucional Peruano* (2ª. edición, 2 ts., Cuadernos del Rectorado, Lima, 2007).

Por esas circunstancias de la vida, tuve la ocasión de saludarlo en fecha reciente con ocasión de la VII Convención Latinoamericana de Derecho que tuvo lugar durante los días 8 al 12 de octubre del presente año en los ambientes de la Universidad Autónoma de Chile donde acudí conjuntamente con el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Jesús Antonio Rivera Oré. Hago esta somera remembranza por cuanto fue precisamente en dicha velada académica donde finiquitamos con García Belaunde la presente publicación *La Jurisdicción Militar en debate*, y que ahora sale bajo los auspicios de los Cuadernos del Rectorado.

No podíamos dejar pasar la ocasión, y como tal, llevar adelante la difusión de tan importante documentación que servirá, a no dudarlo, como material de trabajo a discutir en el tema delicadísimo de la Justicia

---

(\*) Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Perú).

Militar, siendo su contenido netamente académico y que debe calar en toda la sociedad civil.

Por tanto, permítasenos presentar a la ciudadanía, a la comunidad académica y público en general un documento de capital importancia que lleva por título *La Jurisdicción Militar en debate*, que constituye un estudio sesudo elaborado por una Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial. Y además, de proponer las recomendaciones y proyectos normativos que resultan pertinentes plasmar en el ámbito de la Jurisdicción Militar.

La Comisión Especial fue presidida por Domingo García Belaunde, cuya experiencia en estos menesteres es de sobra conocido en el mundo académico. Tan sólo, por citar un ejemplo, es preciso recordar su valiosa participación como Presidente de la Comisión que redactó el Ante-Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, y que luego se convirtió en la Ley N° 23506, calificada por García Belaunde como «la ley más importante del siglo XX», afirmación que el tiempo se encargó de confirmar con hartos motivos que no viene al caso por el momento comentar.

Ahora, García Belaunde, en compañía de Francisco J. Eguiguren Praeli, Arsenio Oré Guardia, Luis García-Corrochano Moyano y el Mayor General FAP (r) Enrique Quiroga Carmona nos entregan algunos planteamientos y sugerencias importantes, sin descuidar el reconocimiento constitucional sobre un tema que es muy delicado y que ofrece diversos enfoques, a saber, la Justicia Militar, que por lo demás sus consecuencias atañen y repercuten a toda la sociedad civil, especialmente cuando los paisanos o civiles son juzgados en el fuero militar sin el más mínimo de garantías, vulnerando por tanto sus derechos fundamentales y tutela procesal efectiva.

La política legislativa tiene que estar orientada sobre la base de buenas intenciones. En tal sentido, le corresponde al Poder Legislativo como también al Poder Ejecutivo ensamblar de manera coherente toda la legislación militar, sin descuidar los aspectos constitucionales y procesales, y muy en especial las recetas que ofrece el presente informe, válido por motivos de diversa índole. Destacando entre ellos los siguientes:

- a) Se trata de un documento de trabajo redactado con claridad y sencillez por personalidades académicas que conocen la problemática y la materia.
- b) Se sigue la tónica y las pautas jurisprudenciales que ha marcado el Tribunal Constitucional, sin que por ello tengan que aceptar sus puntos de vista. Y
- c) Porque ofrece diversas soluciones que servirán como norte al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo al momento que tengan que definir, de una vez por todas, la puesta en marcha y reforma de la Jurisdicción Militar, sin trastocar el marco jurídico-constitucional.

Por todo ello, el presente documento de trabajo servirá para contribuir al debate alturado de la Jurisdicción Militar, que por lo demás, es un tema muy espinoso en los Estados constitucionales de América Latina.

Finalmente, es importante destacar la contribución que va a modo de Epílogo en el presente libro y que lleva por título «**El Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827**», a cargo del profesor José F. Palomino Manchego, quien da a conocer, como ha hecho con celo y diligencia de investigador en otras ocasiones, un texto histórico prácticamente inhallable que merece su difusión y estudio para poder entender la problemática que presenta desde sus inicios en el Perú la Justicia Militar.

Lima, noviembre de 2007.

# PRÓLOGO

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Poco después de la instalación del nuevo gobierno en julio de 2006, recibí una llamada cordial de mi viejo amigo el embajador Allan Wagner Tizón, recién nombrado como Ministro de Defensa, para conversarme sobre el problema de la justicia (o jurisdicción) militar, que para ese entonces se encontraba cuestionada por una sentencia del Tribunal Constitucional (que afectaba su organización y funciones). Y por otro lado, se encontraba en trámite una nueva demanda de inconstitucionalidad en torno al nuevo Código de Justicia Militar, sobre el cual se esperaba igualmente un pronunciamiento crítico en sede constitucional. La idea del Ministro era nombrar una comisión *ad-hoc* para que estudiase el problema y diese algunas recomendaciones a seguir. Si bien tal invitación constituía para mí una deferencia, se trataba de un problema que no solo tenía muchas aristas, sino que además lo conocía muy superficialmente y me obligaba a meterme más en un asunto de por sí complicado.

Quedé pues en pensarlo y luego de haber tomado una decisión al respecto, pedí libertad para nombrar a sus integrantes, en la medida de que fuesen no solo personas vinculadas al mundo constitucional, sino también al Derecho Penal Militar y al Derecho Administrativo. Luego de dar varias vueltas y encontrarme con algunas negativas, logré vencer y obtuve el apoyo de Francisco J. Eguiguren y Arsenio Oré Guar-

dia, éste último para la parte penal, y adicionalmente de Enrique Quiroga Carmona, General FAP en retiro y además con amplia experiencia en el ámbito de la justicia militar. El grupo se completó con Luis García-Corrochano Moyano, experto internacionalista y destacado ahí por la Ministra del Interior (ya que la justicia militar, en sentido amplio, cubre tanto la estrictamente militar como la policial).

El Ministro Wagner aceptó esta propuesta y nombró la Comisión *ad-hoc* a fines de agosto de 2006, mediante Resolución Suprema n.º. 362-2006-DE/SG, la que nos daba un plazo muy breve para presentar nuestros planteos: hasta el 31 de octubre de ese año. Toda vez que las recomendaciones y/o proyectos deberían ser entregados al Ejecutivo para su estudio y análisis en el mes de noviembre y ser luego enviados para su evaluación por el Congreso (pues el 31 de diciembre vencía el plazo que había puesto el Tribunal Constitucional para adoptar un nuevo modelo más garantista).

Lo primero que tuvimos que hacer, tras nuestra instalación oficial, que fue un acto público con presencia de periodistas y de lo que se informó a la opinión pública, era enterarnos de lo que existía. Y para eso pedimos toda la documentación que pudiera servirnos. Llamamos también en apoyo a diversas personalidades que conocían el tema, así como a expertos y asesores tanto de la Defensoría del Pueblo como del Tribunal Costitucional. Igualmente, en su momento recabamos información y tuvimos una larga reunión de trabajo con el Consejo Supremo de Justicia Militar y nos dimos tiempo para poder leer la principal literatura, sobre todo nacional, existente hasta la fecha y que trataba el tema desde diversas ópticas (que son citadas en el lugar pertinente). Recibimos también cartas y llamadas telefónicas de las más diversas gentes, que nos hacían sugerencias sobre el tema en cuestión. Y con esa información es que empezamos a discutir, primero como Comisión, y luego separadamente y en grupos, sobre lo que se podía hacer.

Por cierto, nuestras primeras lecturas fueron destinadas a desentrañar el sentido de las sentencias que sobre el tema había emitido el Tribunal Constitucional, de sumo interés pero muy complicadas de leer, no solo por su enorme extensión, sino por su carácter repetitivo y por una redacción deficiente que nos hacía perder mucho tiempo. Por otro lado,

revisamos también los antecedentes de la justicia militar en el Perú, sobre todo la más cercana, para conocer experiencias y opiniones sobre el particular.

Pronto comprendimos, por la diversidad de opiniones que teníamos, que existían varios modelos de jurisdicción militar, y que de todos ellos el peruano no era el más recomendable. En efecto, como producto de la Constitución vigente de 1993, se había creado un «fuero militar» cerrado, impermeable a todos y que nadie revisaba, salvo en el caso de la aplicación de la pena de muerte, que en rigor no podía aplicarse. Esto dio lugar a abusos cometidos sobre todo en la década del noventa e incluso que algunos de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar de aquella época declarasen la existencia en el Perú de dos poderes judiciales: el Común, al cual todos estamos sometidos y el Poder Judicial Militar, privativo de las Fuerzas Armadas.

Indudablemente éramos conscientes de que el actual fuero militar (llamémoslo así, aun con la impropiedad del término que la propia Constitución utiliza) actuaba últimamente con mesura y mayores garantías que en otra época y más aun que había tenido –y tiene– militares honorables que ahí desempeñan sus labores en forma seria y desinteresada. Pero ese en realidad no era el problema, pues lo que estaba en juego era la institución en sí misma y si debía o no gozar de esa autonomía excepcional de la que gozaba y goza hasta ahora.

Una lectura atenta de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la Ley N° 28665 (Exp. núm. 006-2006-AI/TC) nos convenció de que este Tribunal había incurrido en deslices doctrinarios y en posturas ambivalentes, no obstante reconocer que había varias opciones políticas para diseñar una jurisdicción militar, cuya necesidad no estaba en cuestión.

Y así llegamos a la conclusión de que el problema a la larga era optar por un modelo de jurisdicción militar que en la práctica no existía, pues el enunciado constitucional era precisamente el antimodelo, que no podía ser vencido por una interpretación ingeniosa pero nada convincente, como la que había intentado el Tribunal Constitucional. Ese era, en realidad, el problema.

Pensamos pues que frente a esta situación deberíamos plantear un nuevo modelo de jurisdicción militar para el Perú, pero contra ello cons-

piraban dos factores: por un lado, el tiempo que pasaba volando, ya que el plazo que nos habían dado era perentorio y no hubiera sido suficiente para ello. Y por otro, el tope o límite constitucional, que decididamente requería ser cambiado, para lo cual no nos habían convocado, pues era algo que correspondía a los órganos políticos encargados de la conducción del país, o sea del Legislativo y del Ejecutivo.

Ante esa realidad, y sabiendo de antemano cuáles eran nuestras limitaciones, es que pensamos en una solución transitoria, que es lo que finalmente hicimos. Esta solución transitoria, sin embargo, no consistía en prolongar lisamente el actual sistema tal como funcionaba, sino introducir algunos elementos garantistas dentro de él y además una suerte de revisión de las sentencias penales emitidas en sede militar, por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En el documento que preparamos se expresa esto con toda claridad y dejamos dicho que lo primero que debe hacerse es una reforma constitucional en este punto, que defina un modelo de jurisdicción militar que sea garantista, y mientras esto no llegase recomendábamos la puesta en vigor de un régimen transitorio específico.

Nuestro informe final, que fue muy preciso y con gran cantidad de anexos<sup>(\*)</sup>, fue entregado oficialmente tanto al Ministro de Defensa como a la Ministra del Interior en fecha oportuna. La recepción de nuestro trabajo queda confirmada con el dispositivo legal que dio por terminada las labores de nuestra Comisión y además nos daba las gracias por el trabajo realizado (Resolución Suprema n°. 490-2006-DE/SG).

Este informe final y sobre todo nuestro anteproyecto de ley que establecía un régimen transitorio, fue objeto de un pequeño cambio por parte del Ministerio de Defensa (que eliminó la propuesta de reforma constitucional que nosotros proponíamos y que era importante) respetando el resto y así fue presentado al Consejo de Ministros que lo aprobó tal cual, y fue de inmediato remitido al Congreso de la República, cuya directiva lo destinó para análisis y estudio por parte de la Comisión de Defensa.

---

(\*) Por razones de espacio los anexos no se publican en la presente edición. (Nota del coordinador)

En esta Comisión se hicieron una serie de observaciones al proyecto, con argumentos realmente insustanciales, denunciando además que en algunos de sus puntos era inconstitucional lo que proponíamos, lo cual lo sabíamos todos, pues era un régimen transitorio que traía aparejada una reforma constitucional, que era precisamente lo que habíamos planteado en nuestro proyecto, pero que fue dejado de lado por el Ejecutivo al hacerlo suyo y presentarlo a la consideración del Congreso. Pero además, parecía no existir en esta Comisión Parlamentaria la intención de modificar el actual *status* de la jurisdicción militar.

Lo cierto es que veladamente el proyecto remitido por el Ejecutivo –elaborado sobre la base del nuestro, si bien con la ausencia del importante punto de la necesidad de la reforma constitucional– fue dejado de lado y remplazado por otro que finalmente fue aprobado aceleradamente y convertido en la Ley N° 28934 que prorrogaba todo lo existente, sin el más mínimo cambio. Es decir, ni la situación existente, ni las sentencias del Tribunal Constitucional ni menos el informe de la Comisión *ad-hoc* parecían importar al legislador. Y desde entonces las cosas han quedado así, sin avizorar ningún cambio de actitud en el ambiente.

Poco después salió la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 0012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006) que declaró inconstitucionales varios delitos considerados como militares. Quedando pendiente un ajuste de la dogmática penal-militar acorde con tal criterio jurisprudencial.

En lo que se refiere a nuestro proyecto, la nueva sentencia constitucional no lo afecta en lo menor, salvo en un dato que hay que tener en cuenta: que al disminuir sustancialmente los delitos típicamente militares, se tendrá que considerar esto dentro de la carga procesal que tenga la jurisdicción militar, lo que puede incidir en el modelo jurisdiccional que se adopte en un futuro.

Debo decir finalmente en relación con la Comisión *ad-hoc* que me honré en presidir, que tuve excelentes colaboradores, amplios conocedores de la problemática que se nos había encomendado y que gracias a esas horas de trabajo terminé aprendiendo mucho sobre el tema y reforzando antiguas convicciones mías. Por otro lado, destacar el hecho de que luego de largas discusiones aprobásemos un documento por unanimidad, en el entendido que habíamos coincidido en los grandes planteamientos y además reconocíamos que existían en la vitrina del Dere-

cho Comparado muchas alternativas por escoger. Y que si bien fueron materia de discusión, se dejaron de lado pues era una opción que no nos correspondía considerar en esta oportunidad. Y sobre todo haber hecho una propuesta garantista, si bien de corte transitorio, en tanto se diese la reforma constitucional que consideramos muy importante.

\*\*\*

La documentación reunida con motivo del trabajo de la Comisión *ad-hoc* es voluminosa, y así consta no solo en nuestros archivos, sino también en los archivos del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior, pues a ellos les fue entregado todo el legajo bajo cargo.

Mientras tanto ha continuado publicándose literatura sobre este tema (a los recientes trabajos de Christian Donayre M. hay que agregar el de David Lobatón, *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*, Lima 2007), y por eso me ha parecido conveniente presentar en esta oportunidad la principal documentación que elaboró la Comisión *ad-hoc* y lo que finalmente planteó. Pues no se conoce hasta ahora y es probable que nunca se publique, como sucede normalmente con este tipo de trabajos. Hubiera deseado publicar otros documentos, pero su volumen no lo recomienda, por lo menos por ahora. En todo caso, he consultado a mis compañeros de trabajo sobre el material escogido, y hemos coincidido que constituye lo esencial de nuestra tarea y con ello queda claramente expuesta nuestra posición, que fue acogida por todos <sup>(1)</sup>.

Lima, julio de 2007.

---

(1) Debe quedar constancia de que no obstante tuvimos la generosa colaboración de muchas personas e instituciones, lo que finalmente preparamos y firmamos es de nuestra exclusiva responsabilidad y no compromete a nadie más que a nosotros mismos. Al mismo tiempo, se deja a salvo el derecho de los miembros de la Comisión a expresar más adelante sus puntos de vista sobre lo que debe ser el nuevo modelo de jurisdicción militar en el Perú, que en rigor aquí no se desarrolla.

**Postdata:** Al momento de terminarse la impresión de este texto, fue promulgada la Ley N° 29182 denominada como «Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar-Policial» y publicada en el diario oficial «El Peruano» el 11 de enero de 2008. Lamentablemente, en ella no se aborda el problema de fondo que señaló nuestra Comisión y además repite prácticamente los mismos conceptos que existían anteriormente, sin tomar en cuenta los hechos y las dificultades aquí reseñadas. Con lo cual se nos pone nuevamente en una situación complicada, que tarde o temprano tendrá que ser abordada con realismo y sobre todo con humildad.

Lima, enero de 2008.

# I

## CONSTITUYEN COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE EVALUAR LA SITUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL ESPECIALIZADA EN MATERIA PENAL MILITAR-POLICIAL (\*)

### RESOLUCIÓN SUPREMA N° 362-2006-DE/SG

Lima, 24 de agosto de 2006

#### CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 28665 se estableció la organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar-policial;

Que, el Colegio de Abogados de Lima solicitó se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N° 28665, por considerar que transgreden los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de independencia e imparcialidad, de autonomía del Ministerio Público, de independencia del Consejo Nacional de la Magistratura, así como el derecho a la igualdad ante la Ley;

---

(\*) *El Peruano*, 25 de agosto de 2006.

Que, mediante sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 0006-2006-PI-TC se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima, disponiendo que la *vacatio sententiae* indefectiblemente vencerá el 31 de diciembre de 2006;

Que, el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador pudiere establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal-militar compatible con la Constitución;

Que, es necesario conformar una Comisión Especial que evalúe la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial y proponga los proyectos normativos pertinentes;

Que, dicha Comisión Especial estará integrada por un grupo multidisciplinario de profesionales de alto nivel;

De conformidad con lo establecido en el inciso 24) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo N° 560;

SE RESUELVE:

**Artículo 1°.-** Constituir la Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial y proponer las recomendaciones y proyectos normativos que resulten pertinentes para esa finalidad.

**Artículo 2°.-** La Comisión Especial estará conformada por las siguientes personas:

- Doctor Domingo García Belaunde, quien la presidirá.
- Doctor Francisco J. Eguiguren Praeli.
- Doctor Arsenio Oré Guardia.
- Mayor General FAP (r) Enrique Quiroga Carmona.
- Doctor Luis García-Corrochano Moyano.

**Artículo 3º.-** La Comisión Especial deberá presentar sus conclusiones y recomendaciones al señor Ministro de Defensa y a la señora Ministra del Interior a más tardar el 31 de octubre de 2006.

**Artículo 4º.-** La Comisión Especial podrá invitar a profesionales y técnicos expertos a brindar su colaboración en forma *ad-hoc* sobre temas relativos a los asuntos propios de la Comisión.

**Artículo 5º.-** La presente Resolución Suprema no irrogará gastos al Estado.

**Artículo 6º.-** La presente Resolución Suprema será refrendada por el Ministro de Defensa y la Ministra del Interior.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALAN GARCÍA PÉREZ  
Presidente Constitucional de la República

ALLAN WAGNER TIZÓN  
Ministro de Defensa

PILAR ELENA MAZZETTI SOLER  
Ministra del Interior

## II

### DAN POR CONCLUIDAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE EVALUAR LA SITUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL ESPECIALIZADA EN MATERIA PENAL MILITAR POLICIAL (\*)

#### RESOLUCIÓN SUPREMA Nº 490-2006-DE/SG

Lima, 29 de noviembre de 2006

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 28665 se estableció la organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar-policial;

Que, el Colegio de Abogados de Lima y el Ministerio Público, solicitaron se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley citada en el considerando anterior, por considerar que trasgreden los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función

---

(\*) *El Peruano*, 30 de noviembre de 2006.

jurisdiccional, de independencia e imparcialidad, de autonomía del Ministerio Público, de independencia del Consejo Nacional de la Magistratura, así como el derecho a la igualdad ante la Ley;

Que, las sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de marzo y 13 de junio de 2006, recaídas en los expedientes N° 0004-2006-PI-TC y N° 0006-2006-PI-TC, respectivamente, declararon fundadas en parte las Acciones de Inconstitucionalidad presentadas, disponiendo que la *vacatio sententiae* indefectiblemente vencerá el 31 de diciembre de 2006;

Que, el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el legislador pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal-militar compatible con la Constitución;

Que, mediante Resolución Suprema N° 362-2006-DE/SG de fecha 24 de agosto de 2006, se constituyó la Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial, integrada por un grupo multidisciplinario de profesionales de alto nivel;

Que, dicha Comisión Especial ha cumplido con entregar sus conclusiones y recomendaciones a los señores Ministros de Defensa y del Interior;

De conformidad con lo establecido en el numeral 24 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo N° 560;

SE RESUELVE:

**Artículo 1°.-** Dar por concluidas las funciones de la Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial.

**Artículo 2°.-** Dar las gracias a los miembros de la Comisión Especial citada en el artículo precedente, por los importantes servicios prestados a la Nación.

**Artículo 3°.-** La presente Resolución Suprema será refrendada por el Ministro de Defensa y la Ministra del Interior.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALAN GARCÍA PÉREZ  
Presidente Constitucional de la República

ALLAN WAGNER TIZÓN  
Ministro de Defensa

PILAR ELENA MAZZETTI SOLER  
Ministra del Interior

### III

## CARTA AL EMBAJADOR ALLAN WAGNER TIZÓN

Lima, 30 de octubre de 2006

Sr. D.  
Allan Wagner Tizón  
Ministro de Defensa

Srta. D.  
Pilar Mazzetti Soler  
Ministra del Interior

Presente.-

De mi consideración:

Atendiendo al encargo que se nos confiara mediante Resolución Suprema N° 362-2006-DE/SG y en virtud de la cual se constituyó una Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar policial, cumplo con hacer entrega del Informe preparado por dicha Comisión, el cual da cuenta de los antecedentes, la explicación de la situación actual y las propuestas y recomendaciones que nos permitimos efectuar.

Al Informe se le adjuntan cinco anexos: el primero es el relacionado con el Ante-proyecto de ley que crea un régimen transitorio para la jurisdicción militar –lo que se explica ampliamente en el Informe–; el segundo es el texto de la Ley N° 26885, tal como queda luego de incor-

porarle las modificaciones y textos que se desprenden de la sentencia del Tribunal Constitucional, y que en nuestro concepto no es aplicable de inmediato; el tercero es el cuadro comparativo que contiene el texto de la Ley N° 28665, lo resuelto por el Tribunal Constitucional y el texto que resulta de la adecuación entre ambos; el cuarto es el proyecto alcanzado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, que le fuera solicitado y en el cual explican sus planteos y recomendaciones. Y el quinto, que es una relación sucinta de la metodología de trabajo de la Comisión, y que tiene un fin propiamente informativo.

El Informe que alcanzamos, así como los anexos que se adjuntan en lo que tienen de propuestas, han sido elaborados consensuadamente por los miembros de la Comisión, en el entendido que hay acuerdo en cuanto a sus aspectos fundamentales, pero no necesariamente en los detalles, ya que siendo muy compleja la problemática abordada, se mantienen algunas diferencias que sin embargo no constituyen discrepancias con los aspectos centrales del Informe.

Finalmente, la Comisión desea agradecer las facilidades que nos ha otorgado el Ministerio de Defensa al proporcionarnos apoyo de su personal especializado, así como la infraestructura necesaria para poder llevar a cabo el encargo recibido en el breve plazo de que ha dispuesto.

Atentamente

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE  
Presidente

## IV

### INFORME

#### I. INTRODUCCIÓN

1. El 25 de agosto de 2006 se publicó en el diario oficial «El Peruano» la Resolución Suprema N° 362-2006-DE/SG, mediante la cual se constituyó la Comisión encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial y proponer las recomendaciones y proyectos normativos que resulten pertinentes para dicha finalidad, como consecuencia de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 28665, que reguló la organización, funciones y competencias de la jurisdicción especializada en materia penal Militar Policial<sup>(1)</sup>.

2. Dicha sentencia, aunada a la expedida por el mismo TC en similar demanda interpuesta por la Fiscal de la Nación<sup>(2)</sup>, declararon inconstitucionales una gran cantidad de artículos de la ley cuestionada. La principal objeción establecida por el TC se refiere a la inconstitucionalidad

---

(1) Expediente N° 0006-2006-AI/TC.

(2) Expediente N° 0004-2006-AI/TC.

de incorporar a la Jurisdicción Militar dentro del Poder Judicial y el Ministerio Público con un régimen paralelo (estatuto personal de los magistrados, forma de organización, presupuesto, etc.) distinto al que rige para dichas instituciones y sus magistrados. Asimismo, siguiendo lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se establece que para que la Jurisdicción Militar cuente con magistrados especializados e independientes, los jueces, vocales y fiscales deberán ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura y no podrán ser militares en actividad. El TC estableció, además, un plazo de *vacatio sententiae*, que «indefectiblemente» vencerá el próximo 31 de diciembre.

3. En algunos casos, las sentencias citadas han declarado inconstitucionales algunos preceptos o parte de éstos, lo que implica su derogación; en otros, además, señalaron el contenido sustitutorio que deberían tener tales normas, modificando la redacción original de la Ley. A consecuencia de ello, la Ley N° 28665 quedó parcialmente vigente, aunque seriamente afectada en su congruencia orgánica y consistencia técnica interna, pues algunas disposiciones han quedado «vigentes», al no haber sido expresamente derogadas o modificadas por las sentencias del TC, pero igualmente devienen en contradictorias con el sentido general de dichas sentencias, por lo que también deberían ser adecuadas en una eventual propuesta legislativa.

4. La Comisión considera importante tener presente que aún se encuentra pendiente de expedición la sentencia del TC respecto al proceso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima, contra el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N° 961), cuyo contenido tendrá directa incidencia en las funciones y competencias de la Jurisdicción Militar pues, como se sabe, dicho Código constituye el campo material de actuación jurisdiccional de la Jurisdicción Penal Militar Policial. Por lo tanto, la elaboración definitiva de la estructura funcional y competencial de la Jurisdicción Penal Militar deberá apreciarse y formularse cuando también haya quedado definido por el TC el contenido del Código de Justicia Militar Policial y su constitucionalidad, pues éste determina los delitos e infracciones penales que serán el ámbito de competencia material jurisdiccional.

5. El presente Informe señalará los antecedentes, las bases constitucionales y legales que actualmente regulan la Jurisdicción Militar –en su ámbito organizativo–, los aspectos que debe comprender la futura reforma y los presupuestos para que la misma se adecue a un modelo penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

## II. ANTECEDENTES

6. El 19 de julio de 1980, el saliente Gobierno militar promulgó una nueva Ley Orgánica de la Justicia Militar a través del Decreto Ley N° 23201. Cinco días más tarde promulgó a través del Decreto Ley N° 23214, un nuevo Código de Justicia Militar. Ambas normas fueron objeto de crítica especializada, de orden constitucional<sup>(3)</sup>.

7. En la sentencia recaída en el Expediente 00017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004, el TC declaró fundada en parte la demanda presentada por la Defensoría del Pueblo contra algunas disposiciones de la Ley N° 24150 (modificada por el Decreto Legislativo N° 749) que regula la actuación de las Fuerzas Armadas en los estados de excepción.

8. El 9 de agosto de 2004, el TC en el Expediente N° 00023-2003-AI/TC, declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra algunas disposiciones de la Ley Orgánica de la Justicia Militar, aprobada por Decreto Ley N° 23201, del Código de Justicia Militar, aprobado por Decreto Ley N° 23214, y de la Ley N° 27860, Orgánica del Ministerio de Defensa. En esta oportunidad el TC exhortó al Congreso de la República para que

---

<sup>(3)</sup> En especial, por la Defensoría del Pueblo, que emitió diversos Informes sobre la materia: «*Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú*» (1998), «*Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú*» (2002), «*¿Quién juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia ordinaria*» (2003), entre otros. Además, podemos mencionar dos importantes publicaciones que compilan trabajos sobre el tema: «*Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*», en el Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde, Lima 1997 y «*La reforma del Derecho Penal Militar*», en Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Lima, 2002.

en un plazo no mayor de 12 meses contados a partir de la fecha de publicación de dicha sentencia –ocurrida 30 de octubre de 2004–, dicte la legislación que corresponda de acuerdo con lo expresado en ella.

9. El 4 de noviembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitió una Resolución Aclaratoria, ante el pedido del Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y su delegado, en torno a algunos alcances de su sentencia de fecha 9 de agosto de 2004, la que se publicó el 7 de enero de 2005.

10. Mediante Oficio N° 125-2005-P/TC, de fecha 29 de agosto de 2005, el Tribunal Constitucional comunicó al Congreso de la República, que el plazo inicialmente establecido para elaborar las normas que sustituirían a la declarada inconstitucional<sup>(4)</sup> no vencía el 30 de octubre de 2005, como se afirmó en un inicio, sino el 7 de enero de 2006, esto es, en la fecha en que se publicó la Resolución Aclaratoria citada en el párrafo precedente.

11. El 7 de enero del año en curso se publicó la Ley N° 28665, denominada Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia militar-policial, y el 11 de enero, el Decreto Legislativo N° 961, también conocido como Código de Justicia Militar Policial<sup>(5)</sup>. Estas normas fueron cuestionadas por la Fiscalía de la Nación y el Colegio de Abogados de Lima, instituciones que formularon sendas demandas de inconstitucionalidad respecto de algunas de sus disposiciones. La Defensoría del Pueblo asumió también un papel crítico contra dichas disposiciones<sup>(6)</sup>.

---

(4) Citada en el párrafo 8.

(5) El Código de Justicia Militar Policial fue elaborado por el Poder Ejecutivo por expresa delegación del Congreso de la República a través de la Ley N° 28636, publicada el 6 de diciembre de 2005. El 7 de diciembre de ese mismo año, mediante Resolución Suprema N° 701-2005-DE/SG, se designó la Comisión que se encargó de dicha labor.

(6) Entre otros, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe N° 104, denominado «Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28655 y por el Decreto Legislativo 961».

12. La demanda interpuesta por la Fiscalía de la Nación<sup>(7)</sup> fue declarada fundada en parte, mediante sentencia de fecha 29 de marzo de 2006, publicada el 18 de abril del mismo año. Entre otros aspectos, dicha resolución estableció un plazo de *vacatio sententiae* de seis meses contados desde su publicación. Luego, el 25 de abril de 2006 el Procurador del Congreso de la República presentó una solicitud de aclaración, atendida mediante Resolución Aclaratoria de fecha 13 de junio de 2006, que precisó que la fecha de la sentencia no era 29 de marzo de 2006 sino 17 de abril del mismo año. Señaló, además, que el término inicial del plazo de vacancia de la sentencia se computará a partir de la fecha de notificación de la Resolución Aclaratoria.

13. La demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima<sup>(8)</sup> también fue declarada fundada en parte, mediante sentencia de fecha 13 de junio de 2006. Igual que en el caso anterior, esta sentencia estableció un plazo de vacancia cuyo término final operará, indefectiblemente, el 31 de diciembre de este año.

14. A la fecha de expedición de este Informe, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el Decreto Legislativo N° 961, que aprobó el Código de Justicia Militar, se encuentra pendiente de resolución ante el Pleno del TC, luego de la vista de la causa, en que quedó al voto. En tanto la sentencia puede darse a conocer en cualquier momento, es del caso tener presente esta eventualidad en lo que pudiera incidir en el aspecto organizativo de la Jurisdicción Militar.

### III. SITUACIÓN ACTUAL

15. Para los fines a que este Informe se contrae, es necesario resaltar algunos criterios de base constitucional que influyen en la determinación del marco organizativo de la Jurisdicción Militar:

---

(7) El número de expediente se consigna en la nota al pie de página N° 2.

(8) El número de expediente se consigna en la nota al pie de página N° 1.

### 3.1. La «independencia» de la jurisdicción militar

16. La derogada Constitución Política de 1979 estableció en su artículo 233, inciso 1, lo siguiente:

*«Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:  
1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y militar (...)».*

En igual sentido, la Constitución Política de 1993 establece una «jurisdicción» militar independiente de la «ordinaria», conclusión que se obtiene de la lectura del inciso 1 del artículo 139, que dice:

*«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:  
1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)».*

Con diferencias en la redacción del enunciado inicial<sup>(9)</sup>, los preceptos citados de ambas constituciones expresan lo mismo: que la jurisdicción militar se «desvincula» del Poder Judicial, es decir, es independiente.

El TC también ha reconocido que la Constitución Política establece una «jurisdicción» militar independiente; lo que se desprende de las decisiones que a continuación reseñamos:

- a) En la sentencia recaída en el Expediente 0017-2003-AI/TC<sup>(10)</sup> se estableció que: *«...de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, una de esas excepciones al principio de exclusividad y unidad, está representada por la existencia de la denominada «jurisdicción militar».*

<sup>(9)</sup> En la de 1979 se expresa que la «unidad y exclusividad» es una «garantía de la administración de justicia; en cambio, en la de 1993 se considera que forma parte de un bloque de «principios y derechos» de la función jurisdiccional.

<sup>(10)</sup> Fundamento jurídico N° 120.

b) Asimismo, en la sentencia emitida en el Expediente 0023-2003-AI/TC<sup>(11)</sup> se consagró lo siguiente: *«Como antes se ha dicho, si bien el mencionado inciso 1 del artículo 139° de la Constitución ha considerado excepcionalmente a la jurisdicción militar como una jurisdicción independiente, ello no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces»*. (El subrayado es nuestro)

c) Ambos criterios fueron asumidos, también, en la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC<sup>(12)</sup>.

De otro lado, la Defensoría del Pueblo también ha reconocido que la Constitución Política instituye una «jurisdicción» militar independiente. Así, en su Informe N° 6 expresa que: *«... (el artículo 139 inciso 1) reconoce la existencia de la justicia militar como «otra jurisdicción independiente y paralela»*<sup>(13)</sup>.

En el ámbito de las leyes orgánicas también se encuentra la idea de una «jurisdicción» militar independiente. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N° 54, dispone en su artículo 64 que: *«Los Fiscales de la Justicia Militar no están comprendidos en...»* sus disposiciones.

Tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público han considerado que la «jurisdicción» militar está estructurada independientemente de la jurisdicción ordinaria y que la incorporación al fuero ordinario que hace la Ley N° 28665 implica una invasión a su autonomía e independencia. En tal sentido se puede interpretar la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Fiscalía de la Nación, en cuanto arguyó que las disposiciones cuestionadas de inconstitucionales *«...han*

(11) Fundamento jurídico N° 24.

(12) Fundamento jurídico N° 5.

(13) Informe Defensorial N° 6, pp. 27 y 29.

*generado que órganos ajenos al Poder Judicial y al Ministerio Público, se incrusten en sus respectivas organizaciones de manera inorgánica. No se trata de la integración de una jurisdicción especializada al seno de los órganos constitucionales llamados a administrar justicia, sino de la creación de órganos legales paralelos, dotados de organización y administración propias, y, por añadidura, con injerencia en asuntos propios de la jurisdicción ordinaria»<sup>(14)</sup>.*

En la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC<sup>(15)</sup>, el TC expresó que le corresponde al legislador determinar la ubicación de la jurisdicción militar, dentro o fuera del Poder Judicial, en los términos siguientes: «(...) no es de su competencia [del TC] establecer si el juzgamiento de los delitos de función, de acuerdo con la ley futura, deba realizarse por un tribunal militar completamente desvinculado de la jurisdicción ordinaria. La decisión sobre la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y militar le corresponde al Congreso».

No obstante ello, al mismo tiempo desarrolla algunos criterios que establecen una jurisdicción militar incardinada en la jurisdicción ordinaria. Así, por ejemplo, cuando no declara inconstitucional la creación de una Sala Suprema Penal Militar Policial<sup>(16)</sup>, cuando establece que la existencia de una Sala Suprema Militar Policial no justifica que se instauren dos regímenes disciplinarios dentro del Poder Judicial<sup>(17)</sup>, cuando establece que los jueces y fiscales militares deben ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura<sup>(18)</sup>, cuando consagra que la Aca-

<sup>(14)</sup> Demanda de Inconstitucionalidad presentada por la Fiscal de la Nación el 24 de enero de 2006, p. 2.

<sup>(15)</sup> Fundamento jurídico 14.

<sup>(16)</sup> Véase el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

<sup>(17)</sup> Véase el Fundamento 92 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

<sup>(18)</sup> Véanse los Fundamentos 112 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC y 112 del Expediente 0006-2006-PI/TC.

demia de la Magistratura debe encargarse de la formación y capacitación de los jueces y fiscales militares<sup>(19)</sup>, o cuando afirma que es la jurisdicción ordinaria quien debe dirimir las contiendas de competencia que se presenten entre la propia jurisdicción ordinaria y la militar<sup>(20)</sup>.

Esta óptica ambivalente y, en todo caso, no muy precisa, asumida por el TC, lejos de superar las trabas interpretativas que suscita la redacción del inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, conservan –y, en cierto sentido, acrecientan– las dudas acerca del significado de dicho precepto constitucional; y, peor aún, vuelve incoherente lo resuelto por el propio TC en las sentencias recaídas en los expedientes 0004-2006PI/TC y 0006-2006PI/TC, antes referidas.

Por tanto, considerando que el TC ha declarado constitucional la incorporación de la jurisdicción militar al Poder Judicial, consideramos necesaria una reforma constitucional que esclarezca el mensaje normativo del inciso 1 del artículo 139º de la Constitución Política<sup>(21)</sup>.

### 3.2. Competencia de la Corte Suprema en materia penal militar

17. Según el artículo 141 de la Constitución Política de 1993, la Corte Suprema: «...conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173». El referido artículo 173 establece lo siguiente: «*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*

(19) Véanse los Fundamentos 51 a 56 de la sentencia recaída en el Expediente 0006-2006-PI/TC.

(20) Véase el Fundamento 45 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

(21) La Defensoría del Pueblo sostiene que el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución «presenta problemas de redacción y contiene conceptos erráticos (...)». En: Informe Defensorial N° 104. «Inconstitucionalidad de la legislación militar policial aprobada por la Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo N° 961». Lima, abril de 2006, p. 27.

*terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte (...)».*

La posibilidad de una Sala Penal Suprema Militar-Policial –formulada por la Ley N° 28665– no ha sido cuestionada por el TC. En la sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC<sup>(22)</sup>, al interpretar los artículos 141 y 173 de la Constitución, distingue dos tipos de competencias de la Corte Suprema: la «material» y la «orgánica».

Esta Comisión, aun admitiendo lo discutible de dicha distinción, la acoge y sugiere que mientras no se determine en definitiva la base constitucional de la jurisdicción militar, se habilite transitoriamente la competencia de la Corte Suprema para conocer, vía un recurso de nulidad, las sentencias dictadas en última instancia por la jurisdicción militar, en las que la sanción impuesta sea igual o mayor a cuatro (4) años de pena privativa de libertad.

#### IV. REFORMA CONSTITUCIONAL

18. La Constitución Política debe contener las bases de la jurisdicción militar. Bajo esta premisa, a continuación presentamos algunos temas fundamentales de índole constitucional que deben ser resueltos en un posterior trabajo de reforma que compete al Congreso de la República. Asimismo, manifestamos las pautas que en materia legal deberán considerarse en tanto se precisen los parámetros establecidos en la Carta Política de 1993, que necesariamente deben servir como referencia para una posterior legislación de desarrollo.

(22) El Tribunal Constitucional considera que la creación de la Sala Suprema Penal Militar Policial no es: «(...) *inconstitucional siempre y cuando sea interpretada en el sentido de que el recurso de casación que pueda conocer esta Sala no sea el relativo a la aplicación de la pena de muerte, pues, como ya se ha expuesto, esta constituye una competencia 'material' de la jurisdicción ordinaria, y no de la jurisdicción militar, debiendo ser interpretado más bien en el sentido de que el mencionado recursos de casación que pueda conocer esta Sala sea aquel que pueda regular el legislador como competencia 'orgánica' de la jurisdicción militar*». (Fundamento 27 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de marzo de 2006, recaída en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC).

#### 4.1. Bases constitucionales

19. Teniendo en cuenta que la vigente Constitución Política de 1993, especialmente en sus artículos 139º, inciso 1, 141º y 173º, establece algunos parámetros constitucionales que deben observarse en la regulación de la organización, funciones y competencias de la Jurisdicción Penal Militar, la Comisión considera que una adecuada reforma de la Jurisdicción Militar requiere simultáneamente de la reforma de los preceptos constitucionales antes señalados, tarea que debe ser asumida urgentemente por el Poder Legislativo.

La reforma tendrá que acoger los principios y criterios sobre la materia establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, así como la necesidad de dar a la Jurisdicción Militar un carácter técnico y especializado, limitado al conocimiento de delitos e infracciones penales exclusivamente de naturaleza militar y policial, cometido por personal militar o policial en situación de actividad y en actos estrictamente de servicio; garantizando el carácter autónomo del órgano jurisdiccional y la independencia de los jueces y magistrados militares, así como el respeto al debido proceso y los derechos del personal militar y policial sometido a tal jurisdicción.

En tal sentido, consideramos que la reforma constitucional que proponemos debería referirse, puntualmente, sobre los siguientes aspectos:

- a) Definir si la «jurisdicción» militar es independiente o no de la jurisdicción ordinaria. Y si es independiente, en qué forma o bajo qué modelo se desarrolla esa independencia y cuáles son sus límites.

En el supuesto de que se definiese la «jurisdicción militar» como independiente, estimamos que debe existir siempre por encima de la última decisión de tal jurisdicción militar, una impugnación ante la Corte Suprema de Justicia de la República, cuyos alcances se deben determinar.

- b) Definir la competencia de la Jurisdicción Militar; labor que requiere delimitar previamente el concepto de «delito de función».

Aunque este tema ya fue abordado por el Tribunal Constitucional<sup>(23)</sup>, debe evaluarse el contenido de su pronunciamiento en aras de un mejor trabajo de reforma constitucional. Y es que de lo regulado por el Código de Justicia Militar-Policial –de obvia incidencia en la aplicación de la Ley Orgánica de la Justicia Militar– se desprende que se sancionan, en algunos casos, delitos que afectan a otros bienes jurídicos distintos a los propios de la institución militar. Así, por ejemplo, el delito de rebelión tipificado en el artículo 68 del Decreto Legislativo N° 961, que sanciona dicha conducta porque atenta contra el «orden constitucional», sin que éste sea –precisamente– un bien jurídico de índole militar<sup>(24)</sup>.

- c) Establecer que la Jurisdicción Militar, en virtud del concepto de unidad de jurisdicción, se encuentra también vinculada a los principios que rigen también en la función jurisdiccional ordinaria, como, por ejemplo, legalidad, independencia, imparcialidad, entre otros.

#### 4.2. Desarrollo legal

20. Las normas legales que regulen la organización de la jurisdicción militar deben fundar su legitimidad en virtud de su correspondencia con el marco constitucional; por tanto, el trabajo legislativo deberá concernirse a los siguientes aspectos:

- a) La Jurisdicción Penal Militar sólo es competente para conocer y resolver los delitos de naturaleza estrictamente militar y policial, cometidos por personal militar y policial en situación de actividad, en actos propios de la función realizados en el servicio. Por

---

<sup>(23)</sup> En la sentencia recaída en el Expediente N° 017-2004-AI/TC, se definió el concepto de delito de función de la siguiente manera: «132. (...) *El delito de función se define como «aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales».*

<sup>(24)</sup> En el mismo sentido, es del caso puntualizar que actualmente el Servicio Militar es voluntario, razón por la que la Jurisdicción Militar debería archivar los procesos en curso vinculados con la omisión o abandono de este servicio.

tanto, dicha jurisdicción no puede juzgar, en tiempo de paz, a civiles, ni podrá conocer de delitos cometidos por personal militar o policial en actividad cuando la víctima sea un civil. Las contiendas de competencia entre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Ordinaria, serán resueltas por la Corte Suprema.

- b) En los casos de conflicto armado o estados de excepción declarados conforme a la Constitución Política, la Jurisdicción Militar actúa de acuerdo a una normativa especial y según las medidas excepcionales que adopte el Tribunal de Justicia Militar a fin de garantizar su funcionamiento oportuno.

21. La lista que precede no es cerrada. En ella pueden incluirse otros criterios iguales o más importantes, que pueden haberse omitido.

## V. PRESUPUESTOS DE UNA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL MARCO DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

22. La Jurisdicción Militar en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, debe respetar los principios y derechos estatuidos en el artículo 139 de la Constitución Política, así como los derechos fundamentales de la persona establecidos en dicha Carta y también los que, sin estar expresamente regulados en ella, emergen como principios de un Estado de Derecho. Muchos de ellos se encuentran reconocidos en los tratados o convenios internacionales aprobados y ratificados por nuestro país; y son conocidos doctrinariamente como «derechos implícitos o no enumerados».

Sin pretender ser exhaustivos, estimamos que los principios que deben ser respetados por la Jurisdicción Militar para alcanzar legitimidad, son los siguientes:

- a) Principios referentes al imputado: juicio previo, derecho de defensa, favorabilidad, *in dubio pro reo*, presunción de inocencia, excepcionalidad de la detención y la libertad como regla, *ne bis in idem*, entre otros.
- b) Principios referentes al órgano jurisdiccional: Juez legal e independencia judicial.

- c) Principios referentes a la estructura del proceso penal: legalidad procesal, celeridad procesal, impulso oficial y publicidad.

Estos principios forman parte del derecho a un debido proceso, o más exactamente a una tutela procesal efectiva, que incluye el derecho al libre acceso a la justicia.

## VI. NORMAS TRANSITORIAS

23. No obstante el espíritu garantista que trasuntan las sentencias del Tribunal Constitucional a las que nos hemos referido a lo largo de este Informe, somos de opinión que sus postulados –de ser materializados en un Proyecto de Ley– no pueden ser aplicados de inmediato. Nuestras razones son, entre otras, las siguientes:

- a) Resulta indispensable que previamente se realice una reforma constitucional que defina las bases de la Jurisdicción Militar.
- b) Al 31 de diciembre de este año no será posible implementar una nueva organización de la Jurisdicción Militar que sea eficiente y que responda a los parámetros constitucionales.
- c) Es necesario que se resuelvan, mediante el debate parlamentario y académico, las bases constitucionales de la Jurisdicción Militar, determinando el grado de vinculatoriedad entre la jurisdicción ordinaria y la militar; su competencia; la forma de nombramiento de sus jueces y fiscales; su estructura y en general todo aquello que permita un diseño orgánico coherente.

24. Por estas consideraciones, la Comisión encuentra indispensable formular una propuesta normativa que constituya un **Régimen Transitorio** (Anexo N° 1), cuya duración se extienda por el término estrictamente necesario, a regir desde el 1° de enero de 2007 y hasta que el Poder Legislativo –con la eventual propuesta normativa del Poder Ejecutivo– emprenda la reforma constitucional de la Jurisdicción Militar y elabore una nueva ley sobre su organización, funciones y competencia. Es decir, diseñe un nuevo modelo de Jurisdicción Militar.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

25. Como corolario, la Comisión ha estimado consignar las siguientes consideraciones, a manera de resumen de lo expuesto:

- a) Las sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 29 de marzo y 13 de junio de 2006, recaídas en los expedientes N° 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, respectivamente, declararon inconstitucionales diversas disposiciones de la Ley N° 28665. Esta última quedó modificada en más del 80% de su articulado, con lo cual perdió sistematicidad y coherencia en su estructura y contenido.
- b) Como pauta metodológica, la Comisión procedió inicialmente a elaborar una propuesta normativa de la Ley N° 28665, concordada y depurada de conformidad con las sentencias antes mencionadas. El resultado obtenido se adjunta al presente informe (Anexo N° 2). Igualmente se adjunta como Anexo N° 3 un cuadro comparativo que contiene el texto de la Ley N° 28665, lo resuelto por el Tribunal Constitucional y el texto que resultaría de la adecuación entre ambos.

Visto lo anterior, puede constatar que la Ley N° 28665 ha quedado seriamente afectada en su congruencia orgánica y consistencia técnica interna, pues algunas disposiciones han quedado «vigentes», al no haber sido expresamente derogadas o modificadas por las sentencias del Tribunal Constitucional, pero igualmente devienen en contradictorias con el sentido general de dichas sentencias, por lo que también deberían ser adecuadas en una eventual propuesta legislativa.

La Comisión, luego de analizar lo que sería la Ley resultante de su adecuación con las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, considera que ésta haría las veces de un mero «remiendo», cuyo contenido no resulta técnicamente coherente ni brinda una propuesta normativa deseable; por lo que la Comisión no la asume como propio.

- c) La Comisión también estima que la parte subsistente de la Ley N° 28665 adecuada con las sentencias constitucionales, no es factible implementarla y llevarla a la práctica en el breve lapso disponible hasta el 31 de diciembre del presente año. Las razones que sustentan esta apreciación, entre otras, son las siguientes: *i*) no se ha resuelto la base constitucional que fundamenta sus disposiciones; *ii*) el tiempo para la instauración de un nuevo modelo organizativo de la Jurisdicción Militar es escaso; y *iii*) se presentan contingencias de orden administrativo, pues no existe presupuesto ni previsiones de infraestructura y de personal que garantice su eficiencia.

26. Por estas consideraciones, la Comisión sugiere se apruebe una Ley que contenga preceptos de carácter transitorio, de articulado muy breve, que sirva para operar a partir del 1° de enero próximo.

27. La Comisión agradece la concurrencia de los señores magistrados del Consejo Supremo de Justicia Militar (quienes hicieron llegar su Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar Policial, que se adjunta como Anexo N° 4), de los representantes de la Defensoría del Pueblo y del Tribunal Constitucional, así como del profesor Christian Donayre Montesinos, y sobre todo los aportes que formularon en las sesiones que participaron. Igualmente, agradece la contribución desinteresada de las abogadas Paola Lobatón Fuchs y Giuliana Loza Avalos quienes nos apoyaron para el cumplimiento de nuestro cometido.

Lima, 26 de octubre de 2006.

Domingo García Belaunde  
Presidente

Francisco J. Eguiguren Praeli

Arsenio Oré Guardia

Mayor Gral. FAP (r) Enrique Quiroga Carmona

Luis García-Corrochano Moyano

# V

## ANTE-PROYECTO DE LEY

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la ley siguiente:

### LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS TRANSITORIAS APLICABLES A LA JURISDICCIÓN MILITAR

#### **Artículo 1°. Vigencia de la presente Ley**

La presente Ley establece el régimen transitorio que rige la actividad de la Jurisdicción Militar desde el 01 de enero de 2007 hasta la fecha en que el Congreso de la República apruebe la nueva Ley Orgánica de Justicia Militar así como el nuevo Código de Justicia Militar, leyes que a su vez deberán de expedirse con base a la reforma de la parte pertinente de la Constitución.

### **Artículo 2°. Competencia de la Jurisdicción Militar**

La organización, funciones y competencias de la Jurisdicción Militar continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N° 26685, con las siguientes precisiones:

- a) La Jurisdicción Militar es competente para juzgar los delitos de función, tipificados en el Código de Justicia Militar que cometa el personal militar o policial en situación de actividad. Su competencia alcanza al personal en retiro que hubiera cometido el delito en situación de actividad.
- b) La Jurisdicción Militar no es competente para el juzgamiento de civiles, ni de militares y policías en situación de retiro.
- c) La Jurisdicción Militar no es competente para conocer procesos constitucionales.
- d) Debe observar los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en materia de procesos penales.

### **Artículo 3°. Competencia de la Corte Suprema**

Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 141° y 173° de la Constitución, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República será competente para conocer:

- a) Vía recurso de nulidad, las sentencias dictadas en última instancia por la Jurisdicción Militar, en las que la sanción impuesta sea igual o mayor a cuatro (4) años de pena privativa de libertad.
- b) Las contiendas de competencia surgidas entre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Ordinaria.

### **Artículo 4°. Archivamiento de procesos por infracción de servicio militar**

Los procesos por omisión o abandono del Servicio Militar, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se encuentren en

trámite en la Jurisdicción Militar, serán archivados de oficio por el Juez Militar competente.

### **Artículo 5°. Nombramiento de magistrados militares**

Las vacantes que se produzcan en la Jurisdicción Militar durante la vigencia del presente régimen transitorio, serán cubiertas, preferentemente, mediante la designación de abogados militares o policías en situación de retiro. Cuando ello no sea posible, se designará abogados del Cuerpo Jurídico Militar, quienes pasarán a la situación de disponibilidad mientras desempeñan el cargo.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima...

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I. ANTECEDENTES**

El 7 de enero de este año se publicó la Ley N° 28665, denominada Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia militar-policial; y el 11 de enero, el Decreto Legislativo N° 961, también conocido como Código de Justicia Militar Policial<sup>(1)</sup>. Estas normas fueron cuestionadas por la Fiscalía de la Nación y el Colegio de Abogados de Lima quienes plantearon la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones. La Defensoría del Pueblo asumió también un rol crítico contra dichas disposiciones<sup>(2)</sup>.

---

(1) El Código de Justicia Militar Policial fue elaborado por el Poder Ejecutivo por expresa delegación del Congreso de la República a través de la Ley N° 28636, publicada el 6 de diciembre de 2005. El 7 de diciembre de ese mismo año, mediante Resolución Suprema N° 701-2005-DE/SG, se designó la Comisión que se encargó de dicha labor.

(2) Entre otros, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe N° 104, denominado «Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28655 y por el Decreto Legislativo 961».

La demanda interpuesta por la Fiscalía de la Nación fue declarada fundada en parte en la sentencia de fecha 29 de marzo de 2006 (Expediente N° 0004-2006-PI/TC), la misma que fue publicada el 18 de abril de 2006 y estableció un plazo de *vacatio sententiae* de seis (6) meses contados desde su publicación, vencido el cual esta sentencia surtiría todos sus efectos.

La demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima fue también declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 13 de junio de 2006 (Expediente N° 0006-2006-PI/TC). Esta Resolución estableció un plazo de *vacatio sententiae* el cual vence, indefectiblemente, el 31 de diciembre de este año.

Actualmente, el Tribunal Constitucional evalúa la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el Decreto Legislativo 961, que aprobó el Código de Justicia Militar. Como la causa quedó al voto, la sentencia puede darse a conocer en cualquier momento, y su contenido tendrá directa incidencia en las funciones y competencias de la Jurisdicción Militar pues, como se sabe, dicho Código constituye el campo material de actuación jurisdiccional de la Jurisdicción Penal Militar.

## II. ESTADO ACTUAL

Una lectura conjunta de la normatividad constitucional y legal, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así como de otros documentos jurídicos nos permite concluir que la Jurisdicción Especializada Militar es independiente, desvinculada del Poder Judicial.

En efecto, la Constitución de 1979 estableció en su artículo 233 inciso 1 lo siguiente:

«233. Son garantías de las administraciones de justicia:

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

En igual sentido, la Constitución de 1993 establece una «jurisdicción» militar independiente de la «ordinaria». Por lo menos, así se puede concluir de la lectura del inciso 1 del artículo 139 de la Constitución:

«139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

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

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional también ha reconocido que la Constitución establece una «jurisdicción» militar independiente, pudiéndose citar al respecto las siguientes decisiones:

- a) En la sentencia recaída en el Expediente 0017-2003-AI/TC se estableció que «de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, una de esas excepciones al principio de exclusividad y unidad, está representada por la existencia de la denominada «jurisdicción militar». (Fundamento N° 120)
- b) Asimismo, en la sentencia emitida en el Expediente 0023-2003-AI/TC se consagra lo siguiente: «Como antes se ha dicho, si bien el mencionado inciso 1 del artículo 139° de la Constitución ha considerado excepcionalmente a la jurisdicción militar como una jurisdicción independiente, ello no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces. (Fundamento N° 24)
- c) Estos criterios, también, fueron asumidos en la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC. (Fundamento N° 5)

En esa misma dirección, la Defensoría del Pueblo también ha reconocido (haciendo la crítica del caso) que la Constitución instituye una «jurisdicción» militar independiente. Así, en el Informe N° 06 expresa

que: «... (el artículo 139 inciso 1) reconoce la existencia de la justicia militar como «otra jurisdicción» independiente y paralela»<sup>(3)</sup>.

Las leyes orgánicas que en materia jurisdiccional se han promulgado refuerzan la idea de una «jurisdicción» independiente. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Ministerio Público que dispone, en su artículo 64, que «Los Fiscales de la Justicia Militar no están comprendidos en las disposiciones de la presente ley (...)».

Ahora bien, no obstante todo lo anteriormente señalado, la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC desarrolla algunos criterios que establecen una jurisdicción militar incardinada en la jurisdicción ordinaria. Por ejemplo, cuando no declara inconstitucional la creación de una Sala Suprema Penal Militar Policial<sup>(4)</sup>, cuando establece que la existencia de una Sala Suprema Militar Policial no justifica que se instauren dos regímenes disciplinarios dentro del Poder Judicial<sup>(5)</sup>, cuando establece que los jueces y fiscales militares deben ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura<sup>(6)</sup>, cuando consagra que la Academia de la Magistratura debe encargarse de la formación y capacitación de los jueces y fiscales militares<sup>(7)</sup>, o cuando afirma que es la jurisdicción ordinaria quien debe dirimir las contiendas de competencia que se presenten entre la propia jurisdicción ordinaria y la militar<sup>(8)</sup>.

Esta óptica ambivalente y, en todo caso no muy precisa, asumida por el Tribunal Constitucional, lejos de superar las trabas interpretativas

(3) Informe Defensorial N° 6, p. 27 y 29.

(4) Véase el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

(5) Véase el Fundamento 92 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

(6) Véase el Fundamentos 112 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC y 112 del Expediente 0006-2006-PI/TC.

(7) Véase el Fundamentos 51 a 56 de la sentencia recaída en el Expediente 0006-2006-PI/TC.

(8) Véase el Fundamento 45 de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

que suscita la redacción del inciso 1 del artículo 139 de la Carta de 1993, conservan y, en cierto sentido, acrecientan las dudas acerca del significado de dicho precepto constitucional y, peor aún, vuelve incoherente lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes 0004-PI/TC y 0006-PI/TC, antes referidas.

Es por ello que se hace imprescindible una reforma constitucional que esclarezca el mensaje normativo de la Constitución en su artículo 139 inciso 1<sup>(9)</sup> y, luego recién poder configurar las normas con rango de ley que sean necesarias.

### III. IMPOSIBILIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN

No obstante el espíritu garantista que trasuntan las sentencias del Tribunal Constitucional a las que nos hemos referido con anterioridad, apreciamos que sus postulados –al ser materializados en un Proyecto de Ley– no pueden ser aplicados de inmediato, por las siguientes razones:

- a) Antes de poner en vigencia –a través de una Ley– los postulados normativos del Tribunal Constitucional resulta indispensable, como lo hemos ya señalado, que se realice un trabajo de reforma constitucional que esclarezca el mensaje normativo de la Carta de 1993.
- b) Al 31 de diciembre de este año no será posible implementar una nueva organización de la Jurisdicción Militar que sea eficiente y que responda a los parámetros constitucionales.
- c) Es necesario que se resuelvan, mediante el debate parlamentario y académico, la conveniencia de algunas disposiciones establecidas (o no cuestionadas) por el Tribunal Constitucional: la creación de una Sala Suprema Penal Militar, el grado de vinculatoriedad

---

<sup>(9)</sup> La Defensoría del Pueblo sostiene que el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución «presenta problemas de redacción y contiene conceptos erráticos (...)». En: Informe Defensorial N° 104. «Inconstitucionalidad de la legislación militar policial aprobada por la Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo N° 961». Lima, abril de 2006, p. 27.

entre la jurisdicción ordinaria y la militar, si la concepción de un Ministerio Público autónomo descarta la posibilidad de instaurar Fiscalías Militares Policiales, etc.

- d) Luego de las sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 29 de marzo y 13 de junio de 2006 (Expedientes N° 0004-2006-PI/TC y N° 0006-2006-PI/TC, respectivamente) la Ley N° 28665 ha quedado modificada en más del 80% de su articulado. Si se recogiera en un Proyecto lo que queda de la Ley N° 28665 y lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las sentencias ya referidas, entonces, el resultado sería una norma carente de sistematicidad y de coherencia.
- e) Se encuentra pendiente de expedición la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al proceso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima, contra el Código de Justicia Militar Policial (Decreto legislativo N° 961). Por lo tanto, consideramos que la elaboración definitiva de la estructura funcional y competencial de la Jurisdicción Penal Militar debe apreciarse y formularse cuando también haya quedado definido por el Tribunal Constitucional el contenido del Código de Justicia Militar Policial y su constitucionalidad, pues éste determina los delitos e infracciones penales que serán el ámbito de competencia material jurisdiccional. Por ello, actualmente no es posible ni conveniente elaborar una nueva propuesta integral sobre la organización, funciones y competencias de la Jurisdicción Penal Militar

Es por ello que resulta necesario establecer un régimen transitorio que esté en vigor en tanto se fijan las normas constitucionales y leyes de desarrollo que precisen un nuevo modelo de jurisdicción militar. Dicho régimen transitorio debe comprender las precisiones necesarias respecto a la competencia de la Jurisdicción Militar, formulando el proyecto correspondiente. Asimismo, en atención a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional se debe regular la forma cómo debe operar la competencia orgánica de la Corte Suprema en materia militar. Finalmente, debe contener normas relativas al archivamiento de procesos por infracción del servicio militar.

### ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La aprobación del Ante-proyecto que se propone contribuirá a fijar un marco normativo necesario durante un período de transición hasta que se defina desde la Constitución y con precisión el alcance de la Jurisdicción Militar. Por lo tanto, lejos de generar un costo al Estado, llenará un vacío que contribuirá al mejor funcionamiento de la Jurisdicción Militar.

## VI

### METODOLOGÍA DE TRABAJO DE LA COMISIÓN

Los datos relacionados con la Comisión, sus sesiones e información que ha solicitado para el mejor desempeño de sus labores, se indican a continuación.

#### 1. NÚMERO DE SESIONES

Sesión de instalación - 05 de setiembre de 2006.

Segunda sesión - 15 de setiembre de 2006.

Tercera sesión - 02 de octubre de 2006.

Cuarta sesión - 11 de octubre de 2006.

Quinta sesión - 18 de octubre de 2006.

Sexta sesión - 23 de octubre de 2006.

Sétima sesión - 26 de octubre de 2006.

No se consideran aquí la sesión preliminar ni las reuniones informales para definir proyectos o textos bajo estudio. Tampoco las labores que cada miembro de la Comisión asumió por su cuenta como su colaboración y aporte a las labores de la Comisión.

## 2. FECHA DE INSTALACIÓN OFICIAL

05 de setiembre de 2006.

## 3. PERSONAL INVITADO

### a) Defensoría del Pueblo

- Dr. Samuel Abad Yupanqui.
- Dr. Roberto Pereira Chumbe.

### b) Tribunal Constitucional

- Dr. Edgar Carpio Marcos.
- Dr. Javier Adrián Coripuna.

En ambos casos se nos proporcionó información sobre el tema en cuestión, así como libros y folletos publicados por la Defensoría del Pueblo en los últimos años.

Se nos proporcionó, igualmente, material de trabajo enviado por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

## 4. PERSONAS A QUIENES SE LES SOLICITÓ INFORMACIÓN POR ESCRITO

- a) Dr. Francisco J. del Solar.
- b) General PNP Eduardo Rada Córdova.
- c) Contralmirante (r) Carlos Mesa Angosto.
- d) Dra. Carol Bellido.
- e) Dr. Christian Donayre Montesinos.

Se llevaron a cabo personalmente, por escrito y telefónicamente, recibiendo colaboración en el mismo sentido.

## 5. PERSONAS QUE ASISTIERON A UNA SESIÓN DE TRABAJO

### a) Sesión del 11.10.06

- Dr. Christian Donayre Montesinos.

### b) Sesión del 18.10.06

- General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza (Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar).
- Contralmirante AP Hernán Ponce Monge (Presidente de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar).
- General PNP Julio Bueno Tirado (Presidente de la Sala Revisora y Ordinaria del Consejo Supremo de Justicia Militar).
- Capitán de Navío Eduardo Vergara Fajardo (Presidente del Consejo de Guerra Naval).
- Coronel Cuerpo Jurídico Gonzalo Arturo Boluarte Pinto (Presidente del Consejo de Guerra de la Fuerza Aérea).
- Mayor SJE Santiago Abarca León (Ayudante del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar).

...

## VII

### LEY N° 28934 (\*)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

#### LEY QUE AMPLÍA EXCEPCIONAL Y TEMPORALMENTE LA VIGENCIA DE LA ACTUAL JUSTICIA MILITAR POLICIAL

##### Artículo 1°.- Vigencia temporal de la actual Justicia Militar Policial

El Consejo Supremo de Justicia Militar y los demás órganos que integran la organización de la Justicia Militar Policial, continúan ejerciendo sus funciones, atribuciones y competencias con la misma estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la

---

(\*) *El Peruano*, Lima 16 de diciembre de 2006.

Ley N° 28665 hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley N° 28665 por sentencias del Tribunal Constitucional núms. 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, o de la dación de una nueva ley que regule la Justicia Militar.

### **Artículo 2°.- Vigencia del Código de Justicia Militar Policial**

En concordancia con el artículo anterior, la parte procesal y de ejecución penal del Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 961 entrará en vigencia en un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la promulgación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley N° 28665 o de la dación de una nueva ley que regule la Justicia Militar.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los catorce días del mes de diciembre de dos mil seis.

MERCEDES CABANILLAS BUSTAMANTE, Presidenta del Congreso de la República;

JOSE VEGA ANTONIO, Primer Vicepresidente del Congreso de la República.

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA.

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil seis.

ALAN GARCÍA PÉREZ, Presidente Constitucional de la República.

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ, Presidente del Consejo de Ministros.

## EPÍLOGO

# EL «PROYECTO DE CONSTITUCIÓN MILITAR DEL EJÉRCITO DEL PERÚ» DE 1827 <sup>(\*)</sup>

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO<sup>(\*\*)</sup>

## I. RASGOS HISTÓRICOS DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL VIRREINATO Y SU INFLUJO EN NUESTRA VIDA REPUBLICANA HASTA 1827

Tal como lo hemos puesto de relieve en otra ocasión, el hecho de llevar a cabo una ojeada retrospectiva de la Justicia Militar en el Perú nos obliga a sostener que ella ha existido desde antes de la etapa republicana y, como tal, ha venido evolucionando hasta adquirir los perfiles actua-

---

(\*) Agradezco a mi buen amigo y colega en la docencia, Dr. Luis Sáenz Dávalos, por su apoyo invaluable para poder concluir el presente ensayo. También extendiendo mi reconocimiento al Dr. Marcos Jamanca Vega por haberme permitido conocer el *Proyecto de Constitución Militar el Ejército del Perú de 1827*.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1990). Diplomado en Defensa Nacional por el Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEM) de España (1996).

les. Claro está, con sus luces y sombras y con la problemática que acarrea, producto del poco interés por parte de los operadores políticos, fenómeno que también salta a la vista en algunos Estados constitucionales de América Latina <sup>(1)</sup>.

Durante el Virreinato rigieron las famosas Ordenanzas Militares españolas tales como la de 1728, las Ordenanzas del 10 de enero y del 7 de abril de 1745 que regularon las atribuciones del Auditor de Guerra, las Ordenanzas de su Majestad para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército, la Real Cédula de Carlos III del 4 de noviembre de 1773 que crea en España el Consejo Supremo de Guerra y la Ordenanza Naval de 1802. Las disposiciones contenidas en el Prontuario de Espinoza y las leyes de Colón también formaron parte de los antecedentes de la legislación militar en el Virreinato.

La Constitución de Cádiz –próxima a celebrar su bicentenario– promulgada por el Rey Fernando VII el 19 de marzo de 1812, que tuvo vigencia para España y sus dominios de Ultramar, reconocía en sus artículos 248, 250 y 359 los siguientes aspectos: *a)* el principio de unidad del fuero, *b)* los militares gozaban del fuero particular sobre la base de lo dispuesto en la Ordenanza, y *c)* la regulación de la disciplina militar se regía de acuerdo a las Ordenanzas <sup>(2)</sup>.

Así llegamos hasta 1823 en que se crea mediante una ley especial el Consejo Militar Permanente, no existiendo en las primeras constituciones de 1823 y 1826 dispositivo alguno que se ocupe con detalle de la Jurisdicción Militar.

Ahora bien, los autores que suscribieron el *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú* en 1827 fueron Anselmo Quiros y Nie-

---

<sup>(1)</sup> Vid. Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José F. Palomino Manchego «La Jurisdicción Militar en el Perú», en Germán J. Bidart Campos - José F. Palomino Manchego (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997, págs. 354-371.

<sup>(2)</sup> La abundante y prolija bibliografía, desde la perspectiva histórica, se puede consultar en Antonio Millán Garrido: *Justicia Militar*, 6ª. edición, Editorial Ariel, S.A., Madrid, 2006, págs. 810-812.

to (Arequipa 1797-Yungay 1839), oficial del Ejército Libertador, hombre de ideas liberales que combatió en las batallas de Junín y Ayacucho; Manuel Ignacio García (Lambayeque 1777-Lima 1845), también convencido de sus ideas liberales, magistrado, político y auditor de guerra en 1830 y Pedro Bermudez (Tarma 1793-Lima 1852), Diputado y Senador, Ministro de Guerra y Jefe Supremo de la República en 1834<sup>(3)</sup>. Se infiere de lo expuesto que cada uno de ellos tenía experiencia en el campo de la milicia y de las armas. Su espíritu liberal también se dejaba notar producto de la efervescencia de los debates heredados de las Cortes de Cádiz.

En tal sentido, ¿qué llevó a los autores poner como título *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú*? ¿Había acaso en aquella época –el año 1827– una legislación militar homogénea en el Perú? ¿Seguíamos dependiendo de la legislación militar española, en especial de las Ordenanzas Militares de Carlos III?

La pista nos puede dar, en sentido afirmativo, el catedrático español Roberto L. Blanco Valdés en su libro *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*. Recuerda Roberto Blanco que el sargento mayor del segundo batallón de zapadores minadores, Vicente Sancho, publicó en la España gaditana el *Ensayo de una Constitución militar deducida de la Constitución Política de la monarquía española* (Imprenta Tormentaria, Cádiz, 1813). Paralelamente, añade Roberto L. Blanco, Alvaro Flórez Estrada redactó una *Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte militar* (se trata de una serie de artículos que fueron apareciendo en el periódico gaditano *El Tribuno del Pueblo Español* a lo largo de todo el año 1813)<sup>(4)</sup>.

Ambas obras, concluye Roberto L. Blanco, tienen un extraordinario interés que se deriva de un básico triple orden de motivos:

---

(3) Mayores datos biográficos sobre los tres autores, en el orden que son citados, se pueden encontrar en Alberto Tauro del Pino: *Enciclopedia Ilustrada del Perú*, 3ª. edición, Peisa, Lima, 2001, t. 14 (págs. 2193-2194), t. 7 (pág. 1042) y t. 3 (págs. 354-355).

(4) Cfr. Roberto L. Blanco Valdés: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 1988, pág. 214. Antecede Presentación de Jordi Solé Tura.

- «1. En primer lugar, la relevante personalidad de sus autores, dos destacados liberales, que habían tenido un protagonismo notable en el surgimiento de la resistencia anti-francesa –Sancho llegó a brigadier como consecuencia de su actuación en la guerra, y Flórez Estrada contribuyó de forma decisiva a la organización de la resistencia en la zona asturiana–, y cuya vida política futura, marcada por un paralelismo de forzosos exilios y regresos, vino a demostrar tanto la claridad y firmeza de sus ideas liberales como la continuidad de sus aportaciones sustantivas a la regulación de las materias político-militares. Aunque originariamente ambos de profesión civil –el primero había estudiado leyes y teología en Valencia; el segundo, como es sabido, un notorio economista–, sus aportaciones a la Constitución militar serán realizadas en la doble cualidad, lo cual aumenta su interés, de un civil, Flórez, que sigue como tal en 1813, cuando escribe sus artículos; y un militar, Sancho, que ha pasado a serlo por imperativo de la guerra en el momento de redactar su *Memoria* y que lo hace en esa condición. *Artículos y Memoria*, además, cronológicamente posteriores a 1812, es decir, al texto constitucional, lo cual es indicativo –y así lo aclaraban sus autores–, de la voluntad de dar con los mismos desarrollo a los principios constitucionales gaditanos.
2. Ello conecta con la segunda causa de interés: ..., los proyectos de Flórez y de Sancho pueden considerarse ciertamente indicativos de la ideología del más consciente liberalismo español respecto de la problemática político-militar en la coyuntura del primer sexenio liberal. O, para ser más exactos, del liberalismo que no había tenido que abdicar en gran medida de sus principios ideológico-políticos y sus consecuentes soluciones jurídico-constitucionales, como parte de la necesaria operación de compromiso que condujo al texto de 1812, de las ideas liberales no expresadas en el Congreso constituyente; en suma, del liberalismo no autocensurado. La claridad con que se expresan los problemas y la audacia con que se plantean las soluciones a los mismos son, creemos, en contraste con las muchas ambigüedades, vacíos y subterfugios detectables en el discurso parlamentario liberal, fruto de la libertad de quien no tiene que llegar a acuerdos para ver

aprobadas, cediendo en una parte, otra proporcional, mayor o menor, de sus ideas.

3. Pero, y aquí residiría el tercer motivo que hace a los documentos de los que vamos a tratar especialmente interesantes, la reflexión de Flórez-Sancho no es, estrictamente, una meditación sobre cuestiones militares, o no es eso solamente, es mucho más: se trata, creemos, del más serio y riguroso intento llevado a cabo por el primer liberalismo español de pensar, en toda la grandeza del término, articulada y críticamente sobre los nuevos horizontes que estaba abriendo la revolución político-militar gaditana. Salvando todas las distancias –las que median entre dos obras casi desconocidas y una que ha pasado a ser un clásico del pensamiento político contemporáneo–, nos atreveríamos a apuntar que la reflexión que se contiene en los proyectos Flórez-Sancho es, en sus condicionamientos y sus intenciones; comparable a la realizada, dos décadas después, por Karl von Clausewitz en su famosísimo *Vom Kriege*. Y ello porque, en efecto, tanto en uno como en otro caso, se tratará, a través de una reflexión político-filosófica engarzada a un profundo conocimiento histórico, de concluir sobre las inmensas consecuencias, políticas, militares y político-militares, que se abren tras el alumbramiento de una nueva realidad desconocida hasta ese momento: la realidad del Estado constitucional y de la sociedad burguesa que nacen de forma paralela e inescindible»<sup>(5)</sup>.

## II. LA JUSTICIA MILITAR EN LOS INICIOS DE LA REPÚBLICA: UN ANTECEDENTE

El llamado «Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú» representa para su época (1827) un documento de trabajo precursor de lo que hoy en día constituye la legislación militar, especialmente en lo que se refiere a aquellos aspectos de organización y estructura de las Fuerzas Armadas, como en otros en los que se delimita los alcances de

---

<sup>(5)</sup> Cfr. Roberto L. Blanco Valdés: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, obra citada, pág. 215.

la Justicia Militar. Ya sea para fijar competencias y establecer límites a la misma, ya sea para precisar los supuestos de procesamiento y exclusión de quienes son sometidos a dicho fuero privativo. Hasta ese entonces no había un Código de Justicia Militar Nacional que regule la organización y los delitos cometidos por los profesionales de las armas.

Por otra parte, contiene valiosos referentes respecto de lo que hoy en día, y desde la perspectiva de las normas constitucionales, se ha dado en llamar «Derecho Constitucional Militar»<sup>(6)</sup>, pues como veremos inmediatamente, consigna normas que con algunos retoques y modificaciones propias del tiempo, son reconocidas por la mayor parte de constituciones del continente, incluyendo, a la peruana.

Yendo al punto central, el Proyecto en cuanto tal se encuentra conformado por once capítulos («De la fuerza armada en jeneral», «De la fuerza del ejercito y division militar del territorio de la Republica», «Del reemplazo del ejercito», «Estado mayor Jeneral», «De la instruccion del ejercito», «De la hacienda militar», «Ascensos», «Haberes, servicios, premios y retiros militares», «Caminos militares, marchas y bagajes», «Fuero militar» y «Ordenes jenerales»), de los cuales puede decirse que los capítulos Primero y Décimo son los principales, desde la óptica que aquí nos interesa desarrollar. El resto de capítulos, si bien contienen algunas normas referidas a nuestra materia, no son en rigor, de naturaleza fundamental, salvo que se las entienda de manera extensiva.

Del citado capítulo primero puede destacarse el artículo 1° cuyo texto establece que: «*Todo peruano llamado por la ley, esta obligado a defender a la Patria desde la edad de 18 años hasta la de 40*». Dicho precepto, en síntesis, representa un prototipo de la norma constitucional que en su día se encargaría de incorporar el llamado servicio militar obligatorio como uno de los deberes esenciales que todo Estado espera o exige de sus integrantes, aún cuando, debido a los excesos en las Fuerzas Armadas, se ha convertido en el Perú en servicio militar voluntario.

El artículo 2° agrega que: «*La fuerza militar de la Republica, es el conjunto de todos los peruanos que la patria arma para su defensa*», crite-

(6) Por ejemplo, *vid.* el libro de Pablo Casado Burbano: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986.

rio que aunque de primera intención podría graficar una visión esencialmente bélica en la institución militar, sin embargo, puede verse moderado si se toma en cuenta que el artículo 7º posteriormente precisa que: «*El ejército se compondrá de infantería, caballería, artillería e ingenieros*» (el subrayado es nuestro). Pues, si esta última norma prevé que no siempre se integra el ejército por militares armados sino por aquellos que realizan labores de apoyo logístico, puede asumirse el hecho que ser militar no supone necesariamente que para todos los casos se adopte una postura eminentemente armamentista.

El artículo 3º termina por avalar lo sostenido, más arriba, pues al precisar que: «*Defender la nación de sus enemigos exteriores, sostener la Constitución y la ejecución de las leyes, es el objetivo de la fuerza armada*», permite considerar que no siempre resulta esencialmente castrense la finalidad del Ejército, pues con igual lógica o con no menos importancia se considera vital defender el orden constitucional y la vigencia de las leyes, temperamento que hoy en día es asumido como pieza clave de la estructura sobre la que descansa la Constitución Política.

Los artículos 8º, perteneciente al capítulo segundo, 13º, perteneciente al capítulo tercero y 35º del capítulo cuarto, consignan normas que a nuestro modo de ver se anticipan en reconocer la tradicional subordinación del poder militar al civil, en tanto establecen canales de dependencia entre el Ejército y los poderes públicos.

En efecto, el primero de los citados dispositivos estipula que: «*El Congreso fijara cada año el número de tropas de cada arma que deba componer el ejército*»; el segundo que: «*El ministro de guerra presentara todos los años al Congreso un estado de las tropas de línea, y otro de la milicia civil; ambos con expresión de las bajas ocurridas el año anterior para que se decrete el reemplazo*», y el tercero, que son atribuciones del E.M.J. (Estado mayor jeneral): «*Proponer al Gobierno todas las mejoras convenientes a los diversos ramos que componen el ejército*». Con dichos preceptos queda evidentemente patentizada no sólo el tipo de relación, sino la propia jerarquización del Ejército frente a la organización civil.

Al hilo de la misma posición, y como consecuencia inexorable del tipo de relación entablada, algunos otros dispositivos del mismo Pro-

yecto, se dirigen a reconocer facultades del Estado sobre el Ejército, fundamentalmente en el ámbito económico, al igual que facilitar al interior de aquél el modo más operativo de manejar su presupuesto. A tales efectos, el artículo 51° del capítulo sexto precisa que: «*Para la mejor administracion de los fondos decretados por el Congreso para cubrir el presupuesto de la guerra se establecera una oficina jeneral de la hacienda militar*». Por consiguiente, y conforme al artículo 54° del mismo capítulo: «*El jefe de E.M.J. (Estado Mayor Jeneral) reclamara del ministerio y del tesorero general de la Nacion, los fondos decretados por el Congreso para atender los gastos del ejercito*».

Por su parte, y conforme a lo señalado en el artículo 63° del mismo apartado: «*La oficina general de la hacienda militar, pasara en cualquier tiempo al ministro de hacienda, todas las razones que pida; ya sea para fiscalizar la administracion militar, o para los demas usos que convengan al ministerio*».

Los preceptos consignados en el capítulo octavo reconocen lo que podríamos denominar los derechos esenciales del militar y de quiénes, por correlato, puedan resultar beneficiados como consecuencia de la relación personal que mantengan con el mismo.

Efectivamente, el artículo 87° establece que: «*La ordenanza jeneral fijara los haberes de las tropas de linea*»; el artículo 88° dispone que: «*Los individuos que las compongan gozaran un sueldo fijo y sin descuentos*»; el artículo 89° señala que: «*Las viudas y en su defecto los hijos menores de los militares de linea que se casen en la clase de capitan arriba, gozaran de una pension del Estado*»; el artículo 90° que: «*Las mujeres y en su defecto los hijos menores, hijas solteras o padres de los oficiales prisioneros, disfrutaran de la mitad del haber de sus maridos, padres o hijos, mientras estos esten en poder del enemigo*»; el artículo 91° que: «*Los militares absolutamente inutilizados en actos de servicio, percibiran su haber integro hasta que sean colocados en otros destinos de no menos sueldo, que el que disfrutaban por su empleo militar*»; el artículo 92° que: «*Los militares inutilizados en actos de servicio, seran preferidos a todos los demas ciudadanos en la provicion de empleos civiles, teniendo aptitud y providad*»; el artículo 93° que: «*Las viudas, hijos menores, hijas solteras o padres de los militares que mueran en actos de servicio percibiran la mitad del sueldo que disfru-*

*taba su marido, hijo o padre cuando murio»; el artículo 94° que: «Para ser considerado en la carrera militar, seran atendidos unicamente los meritos militares, y para graduar estos, solo seran bastantes las correspondientes hojas de servicios conformes a ordenanza»; el artículo 95° que: «Se anotaran annualmente los que hubiesen prestado desde el año anterior el individuo respectivo»; el artículo 96° que: «Se renovaran tambien todos los años en las hojas de servicios las notas que califiquen las circunstancias personales de los individuos respectivos»; el artículo 100° que: «Ni los coroneles ni los jenerales, tendran notas en sus hojas de servicios»; el artículo 102° que: «Las hojas de servicio se leeran a los interesados con las respectivas notas, y oidos estos sobre las reclamaciones que tengan que hacer, exprezaran bajo su firma, si se conforman o no»; el artículo 103° que: «Si el interesado no se conforma, el comandante jeneral o de división, le oira la presencia de las personas que formaron la hoja y extendera su dictamen a continuacion»; el artículo 104° que: «Este dictamen sera el ultimo recurso a excepcion del caso en que la reclamación recaiga sobre alguna nota de mala conducta, en el cual se procedera a la averiguacion judicial con arreglo a ordenanza, y por el resultado perdera su empleo el anotado, o el injusto anotador»; el artículo 105° que: «La ordenanza jeneral clasificara las acciones distinguidas, y les asignara premios fijos y proporcionados»; el artículo 106° que: «Todo militar podra en tiempo de paz, retirarse despues de haber servido cuatro años»; el artículo 107° que: «A los quince años de servicio gozara el militar que se retire un tercio del haber de su ultimo empleo, a los 20 años medio, a los 25 dos tercios, y a los 30 un haber integro»; y el artículo 108° que: «La ordenanza jeneral del ejercito designara el abono de tiempo que tendran los años de servicio en campaña y los premios correspondientes a las milicias civicas».*

Con los atributos antes referidos, puede decirse que queda delineado en gran medida el estatuto básico del militar, aspecto fundamental que hoy en día también recogen algunas constituciones y leyes orgánicas militares.

El capítulo décimo es, definitivamente, y como se anticipó líneas arriba, el fundamental, pues a través de los dispositivos en él consignados se sientan las bases de lo que por entonces se asume como una correcta delimitación entre los fueros civil y militar, así como las competencias esenciales que por sobre todo, a este último corresponden.

En medio de dicho contexto, el artículo 119° postula que: «*Los delitos comunes pertenecen a los tribunales ordinarios y los militares, a los militares que designara la ordenanza*». Con dicho temperamento, queda pues suficientemente claro, que la regla general en materia de procesamiento castrense se circunscribe al procesamiento único y exclusivo de quienes cometen los llamados delitos militares, quedando excluidos del mismo quienes incurran en todos aquellos actos a los que la ley ordinaria tipifica como delitos comunes.

A renglón seguido, y en la lógica de delimitar lo que representaría el objeto de procesamiento de la jurisdicción castrense, el artículo 120° precisa que: «*Son delitos militares: 1° Los que pueden cometerse por solo los individuos militares: 2° Los que se cometan por individuos militares; primero, en actos del servicio de armas; segundo: dentro de los cuarteles; tercero, en campaña: cuarto, en marcha*». Correlativamente a lo dicho, el artículo 121° agrega que: «*Son tambien delitos militares: 1° Los desacatos o violencias cometidas por cualquier persona contra los militares que se hallen en actos del servicio de armas. 2° Los actos ejecutados por cualquier persona en auxilio de un ejercito enemigo*».

De los preceptos glosados puede verificarse que el artículo 120° delimita con toda precisión que para que un delito sea militar, no sólo debe tratarse de hechos castrenses o propios de la vida castrense, sino que el sujeto activo debe ser necesariamente militar. Y el artículo 121° introduce por vez primera, lo que a la larga se convertiría en fuente de inagotables polémicas, desde que se admite que personas que no sean militares, puedan ser sometidos al fuero privativo, ya sea porque quien aparece como sujeto pasivo es militar, ya sea porque se incurre en actos considerados como traición a la patria.

Aunque no es objeto de estudio de este apartado, lo relativo a lo cuestionable que puedan resultar figuras como las descritas en estos últimos supuestos, queda evidenciado que la polémica sobre los alcances de la Jurisdicción Militar en torno de civiles, no es un tópico que pueda considerarse novedoso sino que como se podrá apreciar, tiene antecedentes bastante remotos.

El artículo 122° ha consignado, por otra parte, que: «*El codigo militar, señalará las penas correspondientes a los delitos militares*». Y el artícu-

lo 123º ha agregado que: «*El mismo designara las penas correccionales que por duras que fuesen, no seran infamantes*».

Ambos criterios nos parecen sumamente importantes. Mientras que el primero apunta hacia el tratamiento especializado en la tipificación de las penas, consagrando embrionariamente el principio de legalidad penal en el ámbito castrense; el segundo incorpora lo que con el tiempo será el tratamiento humanista en el régimen de las penas de tipo castrense, al proscribir aquellas sanciones incompatibles con el respeto a la dignidad de la persona humana.

Los artículos 124º y 125º consignan lo que para lógica por entonces manejada pueden considerarse agravantes al establecer que: «*Todo delito o falta militar, sera castigado con mayor pena en campaña, que en tiempo de paz*», y que: «*El reincidente sera espelido del servicio previo el juicio respectivo, y sufrira las penas que las leyes señalen*».

El artículo 126º, concordante en cierta forma, con lo desarrollado en el capítulo octavo, consagra los derechos civiles sobre el militar, empezando por el de contraer nupcias al señalar que: «*El militar podra contraer matrimonio, y usar de todos los demas derechos civiles, sin mas requisitos ni lisencias que los demas ciudadanos*».

Los artículos 127º, 129º, 130º y 131º reconocen por último, un conjunto de derechos de naturaleza procesal, incorporando en buena cuenta categorías propias de lo que hoy en día se conoce como debido proceso y tutela procesal efectiva.

El primero de los dispositivos citados –127– contempla que: «*Ni en campaña, ni en tiempo de paz, sufrira ningun militar pena alguna excepto las correccionales, sino en virtud de sentencia judicial*», lo que supone que la capacidad de sancionar queda residenciada en las autoridades que a nivel del fuero castrense imparten justicia.

Excepción a esta regla, puede decirse, es la constituida por la señalada en el artículo 128º que, dentro de una concepción típica de la época, aunque inaplicable hoy en día (por razones obvias), había previsto que: «*Exceptuarse los delitos de sedición en todos los casos, y los de cobardía que podran ser castigados en el acto por los respectivos superiores hasta con pena*

*de la vida*». Y es que no encuadran ciertos supuestos en los que la sedición puede cuando menos explicarse, o peor aún, considerar a la cobardía como un delito es algo que hoy en día no resistiría el menor análisis.

El artículo 129° prevé que: «*Todo juicio militar recibira dos sentencias; pero los tramites del procesos seran breves*», lo que implica consagrar la instancia plural como garantía de todo proceso penal privativo. El artículo 130° incorpora lo que hoy en día se conoce como jurisdicción predeterminada por la ley al establecer que: «*Ningun militar podra ser juzgado, sino por jueces nombrados con anterioridad al delito*».

Finalmente, el artículo 131° establece una suerte de extensión de la garantía de no ser responsabilizado sino a título de sentencia judicial (de la que habla el artículo 127°), no obstante incidiendo sus efectos a nivel administrativo. Asimismo, consagra el principio de autodeterminación en materia laboral. Dice dicho precepto que: «*Ningun militar podra ser depuesto de su graduación o empleo, sino por causa legalmente sentenciada, ni pasado de un empleo a otro, sino con ascenso, o por su consentimiento*». Con dicha lógica, se persigue que ningún militar puede verse perjudicado ya sea en su *status* o labor, sino en los supuestos expresamente previstos por la ley.

### III. VALORACIÓN FINAL

El *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú* que se publicó en 1827, sin lugar a dudas, constituye un documento de suma importancia para la historia del Derecho Penal Militar en el Perú, y cuya difusión y estudio por parte de los especialistas en la materia ha pasado desapercibido <sup>(7)</sup>. De ahí la razón de darlo a conocer en los momentos que el tema de la Justicia Militar se halla en pleno debate.

Cádiz, enero de 2008.

---

<sup>(7)</sup> Resulta importante consultar la tesis que presentó Ernesto Blume Rocha, contando con mi asesoría, para la obtención del Título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima, y que lleva por título *La Justicia Militar en la Historia del Perú*, Lima, 2003.

**PROYECTO DE  
CONSTITUCION MILITAR  
DEL  
EJERCITO  
DEL  
PERU**

Lima,

IMPRENTA DE LA INSTRUCCION PRIMARIA POR S. HURLEY

1827

La ordenanza española, obra celebre en su especie, en la epoca en que fue dada, es hoy insuficiente por las mejoras que el tiempo ha hecho en la base, en la tactica y en la economia de los ejercitos. Por otra parte es inadmissible para nosotros que necesitamos ajustar la subordinacion militar al pacto que hemos formado, y a las instituciones de nuestro ejercito a nuestras circunstancias locales.

Por consiguiente los subscritos pedimos que se nombre una comision particular que presente el proyecto de la Constitucion Militar y de sus respectivos reglamentos.

Lima Julio 31 de 1827.— *M. de Aparicio.*— *Anselmo Quiros.*— *Presentada a las 11 de hoy 31 de julio.*— *Una rubrica.*— *A la comision especial nombrada en esta fecha Julio 31.*— *Una rubrica.*

## SEÑOR

La Comision nombrada para presentar el Proyecto de Constitucion y sus respectivos reglamentos, solo ha tenido que registrar los trabajos y practicas de las naciones guerreras en las epocas de su libertad, para hacer un plan adecuado a las circunstancias de nuestro ejercito, que creado sin instituciones en el tiempo de la revolucion, y al frente del enemigo, conserva a mas de su carácter natural, cierta especie de disposicion que lo hace suceptible de cualquier forma, y con especialidad de una organización radical, que se sustituya, al caos que forman las instituciones antiguas con las reglas inutiles y multiplicadas, que sin relacion mutua, han dictado indistintamente los anteriores gobiernos, según ha sido el espíritu particular que los ha guiado. Si consideramos que habiendo estado la suerte de todo militar exclusivamente dependiente de las personas que han mandado, y que el ejercito sin embargo, jamas se ha prestado a ser vil instrumento, se conocera desde luego, que el Proyecto presentado, al formar la fuerza armada de verdaderos peruanos, al garantizarles su carrera; su subsistencia y la de las prendas que mas amen. Consulta casi tanto como es posible la seguridad de las instituciones nacionales; porque la suerte de los militares, ora sean mirados en clase, ora como ciudadanos, solo nace de la prosperidad de la Patria, y si las naciones que nos cercan, no han tenido mas recursos, corren a su infancia, a la par que nosotros la nuestra; ¿qué motivo puede paralizarnos?

El Proyecto que se presenta, solo tiene por objeto convertir la fuerza armada en apoyo de la libertad. Es la fe politica de los militares de la comision, que aseguran que es tambien la del ejercito, a quien han seguido y observado en todo el curso de la guerra. Entrar en un detall prolijo de cada articulo o capitu-

lo, sería inútil porque solo al leerlos salta el espíritu que los ha dictado, y la tendencia que llevan acia su objeto; fuera de que, ya sería tarde para un detall semejante. El ejecutivo se prepara a pedir al Congreso los militares de la comisión, y ya apenas puede quedarles tiempo para sentir y conocer mejor con este motivo el lazo que los liga a la Representación Nacional, de cuyo seno se separan. Si contra todas las probabilidades y por un acontecimiento extraordinario la planta extranjera hayase nuestro suelo; al ejército no le bastaría la gloria de perecer en un caso desgraciado, si sus restos por lo menos no formasen en la barra del Congreso su última muralla.

Quiera la Representación Nacional admitir el amor y profundo respeto con que la Comisión en sus últimos instantes, le presenta humilde sus trabajos:— Lima y Octubre 12 de 1827.— Señor: *Anselmo Quiros*.— *Manuel Ignacio García*.<sup>(\*)</sup>

---

<sup>(\*)</sup> En todo el texto del «Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú» se ha respetado de manera íntegra la ortografía de la época. (J.P.M.)

# CONSTITUCION MILITAR DEL EJERCITO DEL PERU

## CAPITULO PRIMERO DE LA FUERZA ARMADA EN JENERAL.

Art. 1. Todo peruano llamado por la ley, esta obligado a defender a la Patria con las armas desde la edad de 18 años hasta la de 40.

Art. 2. La fuerza militar de la Republica, es el conjunto de todos los peruanos que la Patria arma para su defensa.

Art. 3. Defender la nacion de sus enemigos exteriores, sostener la Constitucion y la ejecucion de las leyes, es el objetivo de la fuerza armada. (a)

Art. 4. Dividese la fuerza armada en ejercito y escuadra.

Art. 5. Las provincias litorales concurriran al servicio de la escuadra, y las del interior al ejercito.

Art. 6. El ejercito se divide en tropas de linea y milicias civicas.

**CAPITULO SEGUNDO  
DE LA FUERZA DEL EJERCITO Y DIVISION MILITAR  
DEL TERRITORIO DE LA REPUBLICA**

Art. 7. El ejercito se compondra de infanteria, caballeria, artilleria e ingenieros.

Art. 8. El Congreso fijara cada año el numero de tropas de cada arma que deban componer el ejercito.

Art. 9. Se dividira el territorio de la Republica, en cuatro comandancias jenerales, compuestas la primera de los departamentos de Lima y Junin; la segunda del de la Libertad; la tercera del de Ayacucho y el Cuzco, y la cuarta del de Puno y Arequipa.

Art. 10. Un comandante jeneral tendra en cada comandancia jeneral el mando de las tropas que alli existan.

Art. 11. En cada comandancia jeneral habra un pequeño E. M. que se denominara divisionario.

**CAPITULO TERCERO  
DEL REEMPLAZO DEL EJÉRCITO**

Art. 12. El reemplazo del ejercito sera annual.

Art. 13. El ministro de la guerra presentara todos los años al Congreso un estado de las tropas de linea, y otro de la milicia civica; ambos con expresion de las bajas ocurridas el año anterior para que se decrete el reemplazo.

Art. 14. Se hara este para las tropas de linea de los cuerpos civicos por sorteo, bajo un metodo uniforme y dentro de un mismo termino en toda la Republica; y el de estos de todas las clases del Estado, a quienes la ley no exceptuase.

Art. 15. Cada cuerpo civico en el intermedio de un año a otro, repondra las bajas que hubiesen ocurrido por desercion de los individuos con que haya contribuido a la formacion o remplazo de los cuerpos de linea.

Art. 16. Entraran en sorteo annualmente todos los soldados y cabos de la milicia civica que tengan 18 o 19 años, y si estos no bastasen, los de 20, 21 &a.

Art. 17. Seran admitidos en las tropas de linea todos los que quieran servir voluntariamente, con tal que se empeñen por el mismo tiempo que los que sufren el sorteo; que presenten para ello licencia de su padre o curador si son peruanos, y que hagan constar su buena conducta, y no estar procesados criminalmente.

Art. 18. Los voluntarios tendran derecho a elegir el arma y cuerpo a que quieran ser destinados teniendo las calidades precisas.

Art. 19. El numero de voluntarios se rebajara del cupo de hombres, asignados a la comandancia, a que pertenezcan.

Art. 20. Dentro del termino preciso de 8 dias contados desde la fecha en que cada cuerpo reciba la mitad del reemplazo de un año, seran licenciados todos los individuos que hayan cumplido su empeño en el anterior.

Art. 21. Los peruanos que por medio de la fuga, o de cualquier otro modo se substraigan de servir en el ejercito, sufriran las penas que las leyes señalen a los desertores.

Art. 22. Solo se podra entrar a servir en el ejercito, por los medios expresados en este capitulo, u obteniendo plaza de alumno en los colejos militares.

Art. 23. Cuando se aumenta la fuerza de las tropas de linea, se hara aumentando los años de servicio, y el cupo del reemplazo al mismo tiempo; practicandose lo contrario cuando haya de disminuirse.

Art. 24. El empeño en tiempo de paz sera por cuatro años, y en el caso del articulo 23 solo se podra aumentar hasta seis, pero desde que la nacion declaro la guerra, todo empeño sera por el tiempo que dure esta.

Art. 25. Los individuos que despues de cumpidos sus empeños continuasen voluntariamente en los cuerpos de linea o armada, recibiran de enganche la gratificacion que señale la ordenanza, siempre que hubiesen servido antes sin nota alguna.

## CAPITULO CUARTO ESTADO MAYOR JENERAL

Art. 26. El Estado mayor jeneral recidira en la capital; pero seguira al Presidente de la Republica en los casos que salga de ella, conforme a la Constitucion.

Art. 27. Se compondra el E. M. J. de un jefe de la clase de jeneral y el numero correspondiente de ayudantes jenerales de la clase de coroneles, de primeros ayudantes tenientes coroneles, de segundos ayudantes de la clase de mayores, y de capitanes adictos con el suficiente numero de escribientes de la de oficiales subalternos.

Art. 28. Ninguno podra obtener las plazas de ayudantes sin haber servido antes en la clase de adicto, y pasado por todos los grados de escolta.

Art. 29. Los adictos seran nombrados entre los oficiales que se distinguan en los cuerpos de linea por sus talentos, conocimientos militares, valor y aplicacion al servicio.

Art. 30. Los individuos del E. M. J. desde ayudante segundo inclusive acia arriba quedan separados enteramente de sus anteriores cuerpos y destinos.

### SON ATRIBUCIONES DEL E. M. J.

Art. 31. El detall y la inspeccion del ejercito.

Art. 32. La jeografia y topografía.

Art. 33. El establecimiento y direccion de los hospitales y formacion y conservacion de cuarteles y caminos militares de que habla el capitulo noveno.

Art. 34. Proponer una terna para los empleos vacantes, desde la clase de jefes hasta jenerales, para los de hacienda militar, y para comandantes jenerales.

Art. 35. Proponer al Gobierno todas las mejoras convenientes a los diversos ramos que componen el ejercito.

Art. 36. Para los casos de que hablan a los artículos (33), (34), y (35) formara el E. M. J. una junta compuesta de los ayudantes jenerales primeros y segundos ayudantes, y tomará el cuerpo de sus acuerdos a pluralidad absoluta de votos, sin perjuicio de que cada vocal pueda que el suyo en las actas que firmaran el jeneral jefe que presidira la junta, y el secretario que ella nombrarse.

Art. 37. Tambien tendran voto en esta, el contador y tesorero de la hacienda militar en los negocios de hacienda, el cirujano mayor en los concernientes a su profesion, el primer jefe de cada cuerpo de linea, en las propuestas que se hagan para llenar la vacantes de jefes que en el ocurran; y el comandante jeneral de artilleria e injenieros en los negocios de sus respectivas armas.

Art. 38. En caso de empate decidira el Presidente.

Art. 39. Los estados mayores divisionarios, estaran a cargo de un ayudante jeneral del E. M. J. con los ayudantes adictos y escribientes necesarios, y bajo las inmediatas ordenes de los comandantes jenerales.

Art. 40. Los estados mayores divisionarios, ejerceran en cada distrito las propias funciones que el E. M. J. en toda la Republica.

Art. 41. Los E. M. D. seran parte de E. M. J. y los individuos de estos cuerpos, haran su carrera en los E. M. D. en el E. M. J. y en el ministerio de la guerra.

Art. 42. En tiempo de guerra se aumentara un numero suficiente de oficiales de E. M. para componer los de los ejercitos de operaciones a las ordenes de sus respectivos jefes a quienes nombrara el gobierno a propuesta del E. M. J.

Art. 43. El E. M. J. pedira cuantas noticia se necesite a los estados mayores divisionarios y de campaña, y estos por conducto del mismo, elevaran al Gobierno cuanto deba llegar a su conocimiento.

Art. 44. Los estados mayores divisionarios y los de campaña, pidiran por si cuantas noticias necesiten a los jefes de los cuerpos, y a todas las demas autoridades militares de su ejercito, o comandancia jeneral.

Art. 45. Las ordenanzas jenerales detallaran todas las funciones que aqui se indican, el orden ascensos, el numero de oficiales de cada clase en tiempo de paz, y el modo de aumentarlos en tiempo de guerra: haberes que deben disfrutar, y todo lo demas concerniente a la perfecta organizacion de los estados mayores.

#### CAPITULO QUINTO DE LA INSTRUCCION DEL EJERCITO

Art. 46. La instruccion sera uniforme y exactamente conforme a la letra de la tactica que el ejecutivo señale para el ejercito.

Art. 47. Habran en los cuerpos de linea, academias constantes, teoricas y practicas.

Art. 48. Cada comandante jeneral reunira todos los años en un solo punto las tropas de linea existentes en sus respectivas comandancias y las ejercitaran el tiempo necesario en las maniobras de linea.

Art. 49. Para hacer efectiva la responsabilidad de las personas encargadas de la instrucción disciplina, el jeneral jefe del E. M. J. pasara cada año la revista de inspeccion a las tropas que existan en la comandancia de la capital, y el ejecutivo a propuesta del jefe del E. M. J. nombrara a los inspectores que hayan de pasarla a las tropas de las demas comandancias jenerales sin perjuicio de las demas revistas extraordinarias que tuviese a bien ordenar.

Art. 50. El colejo militar mandado establecer por decreto de ... y los demas colejos o escuelas que en adelante se establecieren, quedaran sujetos al plan de estudios que detallen las ordenanzas jenerales.

#### CAPITULO SEXTO DE LA HACIENDA MILITAR

Art. 51. Para la mejor administracion de los fondos decretados por el Congreso para cubrir el presupuesto de la guerra se establecera una oficina jeneral de hacienda militar.

Art. 52. Se dividirá a esta oficina en dos departamentos, contaduría jeneral y tesorería.

Art. 53. Todo ramo de la hacienda militar y los empleados en ellos, estarán bajo la inspección del E. M. J.

Art. 54. El jefe de E. M. J. reclamara del ministerio y del tesorero general de la Nación, los fondos decretados por el Congreso para atender a los gastos del ejército.

Art. 55. La tesorería militar jeneral, recibirá del tesoro jeneral de la Nación, los fondos de la hacienda militar, y los distribuirá en virtud de ordenes supremas.

Art. 56. La contaduría jeneral militar, intervendrá todos los documentos de cargo y data de la tesorería, y llevará cuenta exacta de los caudales que se aplique al pago del presupuesto de la guerra, y su lejitima inversion.

Art. 57. La cuenta de la tesorería jeneral militar se cortará todos los años.

Art. 58. En cada comandancia jeneral habrá del mismo modo, una oficina militar que se compondrá de intervención y pagaduría del ejército.

Art. 59. Las funciones de esta oficina, son en cada comandancia jeneral lo que las oficinas generales respecto de todo el ejército.

Art. 60. El pago de todos los gastos militares de cada comandancia jeneral se hará por la respectiva pagaduría del ejército, con la debida intervención, y por orden del comandante jeneral.

Art. 61. Las propuestas que la Junta de E. M. haga para los empleados de hacienda militar, recibirán el informe del ministro de hacienda, quien las pasará al de guerra para que las presente al ejecutivo.

Art. 62. Los empleados de la hacienda militar, darán antes de tomar posición de sus destinos, las mismas fianzas que los demás empleados de la hacienda pública.

Art. 63. La oficina jeneral de la hacienda militar, pasara en cualquier tiempo al ministro de hacienda, todas las razones que pida; ya sea para fiscalizar la administracion militar, o para los demas usos que convengan al ministerio.

Art. 64. En tiempo de guerra se organizaran las oficinas de campaña con los empleados de la hacienda militar, los cuales volveran despues a sus respectivas oficinas; recomendados particularmente para sus ascensos posteriores segun los meritos que hubiesen contraido.

Art. 65. Para simplificar los ajustes del ejercito, los comisarios de guerra, formaran el ajuste mensual de cada cuerpo a continuacion del extracto de revista, haciendo por nota el cargo o abono de las bajas, altas, hospitalidades, y demas novedades que ocurran de una revista a otra.

Art. 66. En cada cuerpo habra una junta economica, compuesta de los jefes y capitanes, que sera responsable de distribucion, y lejitima inversion de los fondos de caja.

## CAPITULO SEPTIMO ASCENSOS

Art. 67. Las plazas de mando de armas en el ejercito seran las siguientes. (b)

CLASE	{ Cabo segundo. Idem. primero. Sarjento segundo. Idem. primero.
OFICIALES	{ Subteniente o alferes. Tenientes. Capitan.
JEFES	{ Sarjento mayor. Teniente coronel. Coronel.
JENERALES	{ Jeneral de brigada. Idem. de division y mariscal.

Art. 68. Para ascender en el ejercito se requiere saber leer y escribir y contar: estar perfectamente impuesto en las obligaciones de la clase a la que se ascienda y de las Inferiores; y haber hecho todas las fatigas, asi de armas como mecanicas; de la plaza que se deja.

Art. 69. Nadie podra obtener dos ascensos con una misma fecha, ni ascender dejando algun grado intermedio.

Art. 70. No se daran graduaciones militares a los que no se hallen en actual servicio, ni grados superiores al empleo efectivo que cada uno obtenga.

Art. 71. Tampoco se proveera bajo el titulo de supernumerario; de ejercito o de cualquiera otro modo ningun empleo militar, que no tenga la vacante efectiva.

Art. 72. En la tropas de linea, el ascenso hasta cabo primero sera en la compania en que se sirva; desde sarjento segundo hasta capitán inclusive en cada cuerpo respectivo; y desde sarjento mayor hasta coronel inclusive, en todos los cuerpos de la arma a que correspondan los ascendidos.

Art. 73. La salida ordinaria de los sarjentos primeros de artilleria e ingenieros, sera a sub-tenientes de infanteria y caballeria, segun la clase de servicio que hubieren hecho y sin perjuicio de tercero.

Art. 74. El ascenso hasta sarjento primero sera siempre por eleccion.

Art. 75. Las plazas de subtenientes de infanteria y caballeria de linea, se proveeran alternando dos alumnos y un sarjento.

Art. 76. Las vacantes de las sub-teniente, teniente y capitán de infanteria y caballeria en los cuerpos de linea, se proveeran dando una plaza a la antigüedad rigurosa, y otra a la eleccion.

Art. 77. La salida a jefe, y los ascensos en esta clase, seran siempre por eleccion.

Art. 78. Las propuestas por eleccion se formaran en terna.

Art. 79. Las propuestas desde cabo segundo hasta sarjento primero inclusive, seran a pluralidad de votos por una junta compuesta de los subalternos, y el comandante de la compañía en que fuere la vacante.

Art. 80. Las propuesta desde sub-teniente hasta capitán inclusive, se haran del mismo modo por otra compuesta de los capitanes y jefes de cuerpo, y la de estos en las tropas de línea por el E. M. J.

Art. 81. La eleccion de cabos y sarjentos propuestos, se hara tambien a pluralidad de votos por una junta compuesta de los jefes del cuerpo, y del capitán o comandante en la compañía en que fuere la vacante.

Art. 82. El ejecutivo proveera los demas empleos militares; y desde coronel inclusive hacia arriba, con las calidades que previene la Constitucion politica.

Art. 83. En la propuesta y eleccion, solo tendran voto los individuos que esten presentes a excepcion de las propuestas para los jefes de los cuerpos de línea, en las cuales, su estuviere ausente de la capital el primer jefe del cuerpo en que ocurra la vacante, remitira su voto por escrito al E.M.J.

Art. 84. Si en estas votaciones resultasen empate, decidira el individuo de mayor graduacion que presidira la junta.

Art. 85. En las propuestas y elecciones se atenderan el valor providad, aptitud y amor a las instituciones de la Republica, y en circunstancias iguales, a los servicios y antigüedad.

Art. 86. A todo ascenso procedera un riguroso examen de los que aspiran a ser propuestos.

## CAPITULO OCTAVO

### HABERES, SERVICIOS, PREMIOS Y RETIROS MILITARES

Art. 87. La ordenanza jeneral fijara los haberes de las tropas de línea.

Art. 88. Los individuos que las compongan gozaran un sueldo fijo y sin descuentos.

Art. 89. Las viudas y en su defecto los hijos menores de los militares de línea que se casen en la clase de capitán arriba, gozaran de una pensión del Estado.

Art. 90. Las mujeres y en su defecto los hijos menores, hijas solteras o padres de los oficiales prisioneros, disfrutaran de la mitad del haber de sus maridos, padres o hijos, mientras estos estén en poder del enemigo.

Art. 91. Los militares absolutamente inutilizados en actos de servicio, percibirán su haber íntegro hasta que sean colocados en otros destinos de no menos sueldo, que el que disfrutaban por su empleo militar.

Art. 92. Los militares inutilizados en actos de servicio, serán preferidos a todos los demás ciudadanos en la provisión de los empleos civiles, teniendo aptitud y providad.

Art. 93. Las viudas, hijos menores, hijas solteras o padres de los militares que mueran en actos de servicios percibirán la mitad del sueldo que disfrutaba su marido, hijo o padre cuando murio.

Art. 94. Para ser considerado en la carrera militar, serán atendidos únicamente los méritos militares, y para graduar estos, solo serán bastantes las correspondientes hojas de servicios conformes a ordenanza.

Art. 95. Se anotarán anualmente los que hubiese prestado desde el año anterior el individuo respectivo.

Art. 96. Se renovarán también todos los años en las hojas de servicios las notas que califiquen las circunstancias personales de los individuos respectivos.

Art. 97. Hasta la plaza de teniente primero inclusive, se extenderán las notas a pluralidad de votos en junta compuesta del capitán de la compañía y de los jefes del cuerpo.

Art. 98. Las notas de los capitanes se pondrán del mismo modo por la junta de jefes.

Art. 99. Las juntas de los jefes hasta coronel exclusive, se pondrán por el jefe de E. M. y el comandante general o general de la respectiva división en tiempo de guerra.

Art. 100. Ni los coroneles ni los jenerales, tendran notas en sus hojas de servicios.

Art. 101. Cualquiera duda que ocurra en las calidades de algun sujeto, se decidira a pluralidad absoluta de votos por la junta cuyo presidente tendra voto decisivo en caso de empate.

Art. 102. Las hojas de servicio se leeran a los interesados con las respectivas notas, y oidos estos sobre las reclamaciones que tengan que hacer, exprezaran bajo su firma, si se conforman o no.

Art. 103. Si el interesado no se conforma, el comandante jeneral o de division, le oira a presencia de las personas que formaron la hoja y extendera su dictamen a continuacion.

Art. 104. Este dictamen sera el ultimo recurso a excepcion del caso en que la reclamacion recaiga sobre alguna nota de mala conducta, en el cual se procedera a la averiguacion judicial con arreglo a ordenanza, y por el resultado perdera su empleo el anotado, o el injusto anotador.

Art. 105. La ordenanza jeneral clasificara las acciones distinguidas, y les asignara premios fijos y proporcionados.

Art. 106. Todo militar podra en tiempo de paz, retirarse despues de haber servido cuatro años.

Art. 107. A los quince años de servicio gozara el militar que se retire un tercio del haber de su ultimo empleo a los 20 años medio, a los 25 dos tercios, y a los 30, un haber integro.

Art. 108. La ordenanza jeneral del ejercito designara el abono de tiempo que tendran los años de servicio en campaña y los premios correspondientes a las milicias civicas.

## CAPITULO NOVENO CAMINOS MILITARES MARCHAS Y BAGAJES

Art. 109. El E. M. J. formara un croquis intinerario de toda la Republica en el cual se indicaran los caminos militares de primera y segunda clase, y en unos y otros los pueblos de transito, los pueblos de data, y los de descanso.

Art. 110. Los caminos militares de primera clase, seran los caminos que comuniquen la capital de una provincia con la de las provincias limitrofes.

Art. 111. Los caminos militares de segunda clase seran los que sirvan para comunicar las capitales de provincia con los respectivos puertos.

Art. 112. Los pueblos de transito seran aquellos donde deben hacer noche las tropas en marcha; los de data aquellos en que deban recibir transportes, y los de descanso aquellos en que la tropa deban hacer alto.

Art. 113. Se proporcionara que la distancia de cada transito no baje de diez leguas ni suba de diez y seis.

Art. 114. Se construiran en los pueblos de transito y descanso los cuarteles y hospitales necesarios.

Art. 115. La formacion de los caminos militares y la construccion de los cuarteles militares y hospitales respectivos corresponde a las tropas de linea bajo la direccion del E. M. J. y en los tiempos en que el ejecutivo señale para estos trabajos.

Art. 116. Todo militar que marche en comision del servicio o cuerpo de tropas, recibira en el punto de donde sale el importe de los bagajes y la gratificacion de marcha que designe la ordenanza conforme a la distancia del punto a que debe llegar.

Art. 117. El jefe de tropas que marchen cualquiera que sea su numero, pedira a la autoridad civil de cada pueblo de transito la contenta correspondiente al pago que hubiese hecho de los bagajes y viveres que se le hubiesen proporcionado, y al buen porte y disciplina observada por los individuos que estan a sus ordenes.

Art. 118. Si en virtud de algun desorden cometido por las tropas de marcha la autoridad civil se creyese en el caso de no dar la respectiva contenta, comunicara lo acaecido al comandante jeneral, quien esclarecido el hecho, hara efectiva la responsabilidad del jefe, o pedira a quien convenga la de la autoridad civil si por su parte hubiese faltado a su deber.

CAPITULO DECIMO  
FUERO MILITAR

Art. 119. Los delitos comunes pertenecen a los tribunales ordinarios y los militares, a los militares que designara la ordenanza.

Art. 120. Son delitos militares: 1° Los que pueden cometerse por solo los individuos militares. 2° Los que se cometan por individuos militares, primero en actos del servicio de armas: segundo, dentro de los cuarteles: tercero en campaña: cuarto en marcha.

Art. 121. Son tambien delitos militares: 1° Los desacatos o violencias cometidas por cualquier persona contra los militares que se hallen en actos del servicio de armas. 2° Los actos ejecutados por cualquiera persona en auxilio de un ejercito enemigo.

Art. 122. El codigo militar, señalara las penas correspondientes a los delitos militares.

Art. 123. El mismo designara las penas correccionales que por duras que fuesen, no seran infamantes.

Art. 124. Todo delito o falta militar, sera castigado con mayor pena en campaña, que en tiempo de paz.

Art. 125. El reincidente sera espelido del servicio previo el juicio respectivo, y sufrira las penas que las leyes señalen.

Art. 126. El militar podra contraer matrimonio, y usar de todos los demas derechos civiles, sin mas requisitos ni lisencias que los demas ciudadanos.

Art. 127. Ni en campaña, ni en tiempo de paz, sufrira ningun militar pena alguna excepto las correccionales, sino en virtud de sentencia judicial.

Art. 128. Exceptuense los delitos de sedicion en todos los casos, y los de cobardia que podran ser castigados en el acto por los respectivos superiores hasta con pena de la vida.

Art. 129. Todo juicio militar recibira dos sentencias; pero los tramites del proceso seran breves.

Art. 130. Ningun militar podra ser juzgado, sino por jueces nombrados con anterioridad al delito.

Art. 131. Ningun militar podra ser depuesto de su graduacion o empleo, sino por causa legalmente sentenciada, ni pasado de un empleo a otro, sino con ascenso, o por su consentimiento.

### CAPITULO UNDECIMO ORDENES JENERALES

Art. 132. Todo militar cualquiera que sea su graduacion, y sueldo que disfrute, se manifestara siempre de un modo sencillo frugal y decente.

Art. 133. La ordenanza jeneral detallara los uniformes militares conforme al espiritu del anterior articulo, y el vestuario de la tropa sera siempre de telas y efectos del pais— Lima Octubre 12 de 1827.— *Anselmo Quiros.*— *Manuel Ignacio Garcia.*— *Pedro Bermudez.*

### NOTAS

(a) Este articulo podra quedar en los terminos en que lo pone la Constitucion Politica, a menos que esta no prefiera dividir la fuerza armada, en ejercito y escuadra solamente, pues que la milicia nacional esta naturalmente inclusa en aquel que comunmente se sub-divide en milicias civicas o nacionales, y tropas de continuo servicio.

(b) VOTO PARTICULAR DEL INDIVIDUO QUE SUSCRIBE

Aqui señor en este articulo queda roto el plan que la presente Constitucion trataba de establecer. Ella se formo con una escala semejante a esta.

Cabo segundo id. primero.	Capitan de detall o ayudante mayor.
Sarjento segundo id. primero.	Jefe de batallon, o escuadrones.
Sub-teniente o alferéz.	Sub-brigadier.
Teniente segundo id. primero	
Capitan de compañía.	Brigadier, y Mariscal.

Pero al presente sustituida a esta, aquella resulta en la maquina una pieza extraña que la desorganiza.

El artículo 71 contra el cual no se ha hecho en la comisión objeción alguna dice: «Tampoco se provea bajo el título de supernumerario, de ejército, o de cualquiera otro modo, ningún empleo militar que no tenga la vacante efectiva.» Luego no pueden crearse las plazas de tenientes coroneles, y coroneles en un ejército cuyo pie de fuerza, no admite regimientos ni jenerales de brigada, cuando entre nosotros no se conocen estos cuerpos.

En las grandes naciones de Europa los ejércitos admiten divisiones y subdivisiones que no admiten los nuestros atendido el pequeño pie de fuerza a que ascienden. En Europa hay capitanes, coroneles, jenerales de brigada, jenerales de división y grandes mariscales; porque allí tienen compañías, regimientos brigadas divisiones y grandes y varios ejércitos de operaciones.

Como nosotros no podemos formar regimientos que se componen de dos o más batallones, o de tres o más escuadrones no debemos tener tenientes coroneles ni coroneles que son los jefes de regimiento.

Las brigadas de Europa que se componen de dos o más cuerpos de diferentes armas, son entre nosotros divisiones, las cuales ni siquiera tienen más fuerzas que las que admite un regimiento; por consiguiente nos bastan las clases de subbrigadieres y brigadieres que tendrán en nuestro ejército las consideraciones que en Europa los tenientes coroneles y coroneles.

Una división compuesta de dos o más brigadas, exige en Europa un jeneral de división; pero entre nosotros; dos o más brigadas son el total de nuestra fuerza, y por consecuencia forzosa resulta que para mandarlas basta un jeneral que se llamara mariscal. Los de esta clase podrán mandar en jefe todo el ejército, o las brigadas que se reúnan en un solo cuerpo para formar los ejércitos de operaciones si alguna vez fuesen varios.

Se ha puesto un brigadier para mandar un cuerpo equivalente a un regimiento, desechando de este modo el título de coronel; pero esto ha sido porque los regimientos a los que pertenecen los coroneles, son compuestos de cuerpos de una misma arma, y nuestras brigadas, lo serán una misma o de diferentes.

Sin considerar ahora los males que ha ocasionado al ejército y al erario, la facultad ilimitada de crear militares con destinos que no conocen vacantes en el ejército; sin poner la vista en que el ejército de esta facultad en los anteriores gobiernos, solo ha tenido por objeto formar criaturas que aseguren las secretas aspiraciones de las personas que indistintamente han mandado; y sin ver siquiera, que el ejército aun después de haber sido gratificado con grandes sumas, no se cree recompensado, solo porque ve prostituidas las insignias militares, que ya no expresan los servicios particulares que han hecho en su carrera, los que dignamente las han recibido; expresión, que considerado el carácter orgulloso franco y desprendido de

un soldado, es el unico premio que puede recompensarlo; y sin considerar mucho mas que podia alegarse; basta advertir los siguientes inconvenientes a que sujeta a la carrera militar la escala puesta repentinamente en el Proyecto.

Primero: conforme a esta todo individuo de infanteria tendra que quedar parado en la clase de teniente coronel o jefe de batallon, porque no habiendo rejimientos, no podra jamas optar la plaza de coronel a menos que esta se de sin vacante y contra el articulo 71.— Un coronel con respecto a la clase de jeneral de brigada se hallara en el mismo caso, asi como un jeneral de division con respecto al grado de mariscal.

Lo mismo sucedera en la caballeria, pues que formados estos cuerpos de dos escuadrones y una compañía de flanqueadores, en el maximun de su fuerza con proporcion a la total, tendran menos de la necesaria para formar un rejimiento, y mas de la que puede mandar un solo comandante. En este caso la ordenanza dara el mando de uno de los escuadrones a un comandante y del segundo a otro que tambien mandara el todo del cuerpo, resultando por consiguiente por falta de rejimientos, cortada tambien en esta arma, la escala en el grado de primer comandante. Solo pues, en el E. M. J. podra tocarse la clase de coronel y aun en este, quedaran parados en ella los individuos que deban pasar a las ultimas. Y si esto es así; ¿por que el empeño de conservar plazas inutiles y a las cuales no es posible llegar?

Con respecto a los sarjentos mayores sustituidos aqui con capitanes de detall, nada puede decirse que no salte a primera vista. Los sarjentos mayores fueron creados para llevar el detall de un rejimiento, luego, no habiendo rejimientos entre nosotros, un capitan que sera el primero entre los capitanes, basta para el detall de un batallon. Los franceses primero y despues los españoles han conocido esto, y han abolido la clase de mayores dando a los capitanes el detall de los batallones y a los tenientes coroneles el detall de los rejimientos.

Este voto, que en las discusiones no se ha tenido a bien considerar, no sera batido por la prensa, porque en ella, se respeta mas el bien de la Patria; pero si lo fuese, espero poder contestas a cuantos pretendan sostener la escala puesta en el cuerpo de la Constitucion.

Si sucediese que la escala que propongo se admita; en la redaccion que se haga de la Constitucion segun se sancione, pueden sustituirse los nombres de *sub brigadier*, *brigadier* y *capitan de detall*, en los articulos que digan *teniente coronel coronel* o *sarjento mayor*.

Lleno del respeto mas profundo ofrece el que suscribe su humilde voto a la Representacion Nacional.— Lima Octubre 12 de 1827.

ANSELMO QUIROS

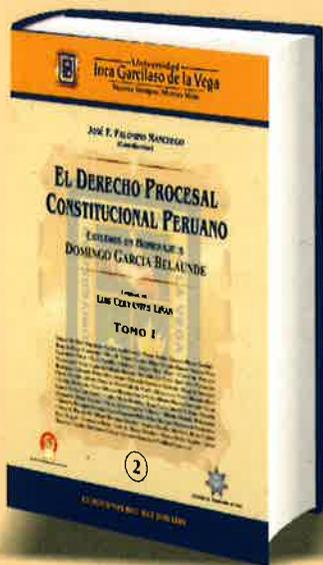
Este libro se terminó de imprimir en los  
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley  
[grijley@terra.com.pe]  
el día 16 de enero de 2008,  
con ocasión del nacimiento (16-I-1802)  
del jusfilósofo alemán Friedrich Julius Stahl († 16-I-1802).

**PUBLICACIONES  
DE LOS  
CUADERNOS DEL RECTORADO**





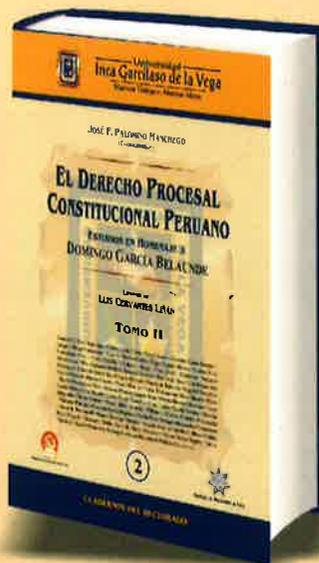
Universidad  
**Inca Garcilaso de la Vega**  
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



**TOMO I**  
Ivi + 760 págs. / tapa dura

# EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

ESTUDIOS EN HOMENAJE A  
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE



**TOMO II**  
xiviii + 800 págs. / tapa dura