

LA JUSTICIA MILITAR A LA LUZ DE LAS GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN

YOLANDA DOIG DÍAZ

SUMARIO: **1.** Perspectiva de estudio. **2.** Fundamentos de la Justicia Militar. 2.1. La especialidad del Derecho Militar. 2.2. La necesidad de Jueces Militares en un entorno militar. 2.3. El mantenimiento de la disciplina castrense. 2.4. El cumplimiento de las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas por la Constitución. **3.** La evolución legislativa de la Justicia Militar Peruana. 3.1. La Justicia Militar en la Colonia. 3.2. El estado actual de la Justicia Militar peruana. 3.3. Los proyectos de reforma de la Justicia Militar. 3.3.1. El proyecto del Congresista Henry Pease. 3.3.2. Los proyectos del Ministerio de Defensa. **4.** Aspectos conflictivos de la justicia militar peruana. 4.1. Una Justicia administrativizada. 4.1.1. La unidad jurisdiccional. 4.1.2. La exclusividad jurisdiccional. 4.1.3. La independencia judicial. 4.2. El ámbito de atribuciones de la Jurisdicción Militar. **5.** Conclusión.

1. PERSPECTIVA DE ESTUDIO

Quien haya seguido las discusiones de juristas y políticos sobre temas como el funcionamiento de la administración de justicia, la independencia de jueces y magistrados o la autonomía del Poder Judicial, habrá observado que dicho debate no incluye casi nunca a los miembros de la jurisdicción militar. No se cuestiona la independencia¹, inamovilidad o imparcialidad de los jueces militares y cuando

1 Constituye una excepción el trabajo de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 1998.

se ha adoptado una actitud crítica al respecto, ha estado centrada única y exclusivamente en el tema de su competencia². Piénsese que los Tribunales Militares no sólo han enjuiciado a miembros de los Ejércitos y de la Policía Nacional sino que también han procesado a civiles, por delitos no siempre vinculados a intereses castrenses.

Ciertamente, la hipertrofia del ámbito competencial de la justicia militar ha sido y sigue siendo en algunos Estados, un problema relevante que no debe, sin embargo, abordarse aisladamente. Otros aspectos del ordenamiento jurídico militar requieren la atención de los juristas, entre los que adquiere especial envergadura el de la vigencia de las garantías jurisdiccionales que, reconocidas en algunos casos formalmente, no tienen efectividad alguna.

La marginación que ha experimentado esta parcela de la Administración de Justicia, puede ser explicada a partir de su composición, puesto que en ella confluyen dos de los más potentes instrumentos de coerción con los que cuenta un Estado: la Justicia y las Fuerzas Armadas. El predominio del componente militar en esta convergencia, ha provocado el alejamiento de la Justicia Militar de los principios propios de la jurisdicción y su casi plena incorporación en el ámbito de la administración militar. Esta situación se agudiza en aquellos países en los cuales a la tradicional división tripartita del Estado se añade el poder militar que no sólo tiene una existencia de hecho sino que se autoproclama como un poder más del Estado, debilitando algunas veces y anulando otras, los poderes clásicos, especialmente el Judicial³. Lamentablemente, la justicia peruana es ejemplo de ello, puesto que el debilitamiento progresivo al que ha sido sometido el Poder Judicial ha tenido como contrapartida el fortalecimiento de la Administración militar, en la que se incluyó, a todos los efectos, a la Justicia Militar.

Esta experiencia resulta ya lejana para países como Alemania, Francia u Holanda que han decidido suprimir la Jurisdicción Militar y atribuir el conocimiento de los delitos militares bien a sus jueces ordinarios o a jueces especializados integrantes de la jurisdicción ordinaria. En otros países, como España o Italia, la transformación ha sido menos radical y se ha optado por mantener una organización judicial castrense independiente de la ordinaria y regida —al menos formalmente en algún caso por los mismos principios.

2 Esta situación fue también puesta de manifiesto en la década de los 80 en España por RODRÍGUEZ DEVESA, 1980, p.10.

3 En ese sentido PAZ RUBIO, p.339.

Ahora bien, la falta de correspondencia entre la Justicia Militar peruana y los principios de la jurisdicción, no es un mal exclusivo del modelo peruano sino que constituye un rasgo característico del modelo tradicional de justicia militar, incompatible desde luego con el marco jurídico del Estado de Derecho y en vías de superación —sino superado— por numerosos ordenamientos.

El propósito de este estudio es reflexionar acerca de la actual configuración de la justicia militar peruana y su necesaria correspondencia con garantías de la jurisdicción tales como la unidad y exclusividad jurisdiccional o la independencia e imparcialidad de los jueces militares. Se ha optado por dividir este estudio en cuatro partes. En la primera se exponen las razones que habitualmente justifican la existencia de una justicia militar tradicional, pues sólo determinando aquella razón última en la que se sustenta el mantenimiento de una justicia especial, ajena al Poder Judicial, podrá admitirse la necesidad de reducir el grado o medida de cumplimiento de alguna de las garantías. La segunda parte aborda la configuración actual de la justicia castrense peruana, con una breve referencia a sus antecedentes y a los proyectos de reforma y la tercera parte de este artículo analiza críticamente la justicia militar desde dos perspectivas, la vigencia de los principios de la jurisdicción por un lado; y, la delimitación de su ámbito de competencias por otro. La cuarta parte se plantea como una conclusión, en la que se postulan los caminos que podría seguir la reforma de la justicia militar peruana.

2. FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA MILITAR

Con la finalidad de justificar la especialidad de la Jurisdicción Militar frente a la ordinaria y así marcar distancia de las garantías de la jurisdicción, se recurren a razones de diversa índole. Los argumentos pueden resumirse en cuatro grupos: 1) la especialidad del derecho que aplica; 2) la necesidad de jueces militares en un entorno militar; 3) el mantenimiento de la disciplina castrense; y, 4) el cumplimiento de las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas⁴.

Un inciso aparte merece el razonamiento, más sociológico que jurídico, que atribuye la existencia de la justicia militar a las opciones políticas de los

4 Clasificación efectuada por FERNÁNDEZ SEGADO, 1988, p.2858. SAN CRISTOBAL, 1996, p. 134-150 expone hasta ocho clases de argumentos utilizados para justificar la especialidad de la jurisdicción militar. JIMÉNEZ VILLAREJO, p.11-15 distingue entre las razones de la especialidad de la justicia militar que tienen vigencia en la sociedad española y las que la han perdido.

legisladores o a criterios históricos⁵. Las reflexiones de Messina⁶ al respecto cobran plena vigencia, pues entiende que los motivos tradicionalmente adoptados para justificar la existencia en tiempo de paz de tribunales militares, en definitiva, parecen decaer si se los observa desde un punto de vista estrictamente racional. En esta perspectiva el problema acaba siendo verdadera y únicamente político: mantener con vida a los tribunales militares significa perpetuar la visión según la cual los que pertenecen a las fuerzas armadas deben tener sus «propios» jueces; suprimirlos, significaría despojar a los militares de un fuero «privilegiado» uniéndolo su suerte a la de cada ciudadano. Por otro lado, nadie puede negar que la historia es también un factor determinante en la existencia de la jurisdicción militar, utilizado siempre para preservarla, apelando al continuismo en algunos casos y a la oportunidad en otros. En el primer caso, parte de la doctrina entiende que la subsistencia de los tribunales castrenses durante distintas épocas de la historia, constituye una razón de peso para mantenerla. Sin embargo, tal razonamiento es excesivamente frágil y carece de lógica, pues justifica su mantenimiento en su existencia. Además, resulta evidente constatar como cada proceso evolutivo exige, por su naturaleza, la abolición de estructuras que pese a mantenerse por siglos han perdido su razón de existir⁷.

La experiencia española es un ejemplo de cómo la oportunidad histórica puede jugar un papel determinante en el destino de los tribunales castrenses. En el debate constituyente español estaba presente la siempre estrecha vinculación entre jurisdicción militar y represión política; sin embargo en absoluto se planteó la supresión de ésta dado el peligro de desestabilización que podía proceder del ejército, que por esos tiempos era objetivo constante de atentados terroristas. Si se tiene en cuenta que la Constitución de 1978 suponía la ruptura total con una dictadura militar de 40 años, resulta comprensible que los responsables de la transición política española hayan optado por mantener la Jurisdicción Militar, incluir de forma pactada el art. 117.5 y no abrir, en consecuencia, un debate en el *iter* constituyente que hubiese podido ser políticamente inconveniente⁸.

RIVELLO, p.20-22, refiriéndose a la justicia militar italiana identifica hasta cinco razones utilizadas por la doctrina para justificar la existencia de esta especial jurisdicción y concluye que no existe un motivo racional para justificar en tiempo de paz la existencia de los tribunales militares.

5 Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, p. 82.

6 1985, p.169.

7 Cfr. MESSINA, R., 1984, p. 131 y RIVELLO, p.19.

8 Vid. al respecto CASONA USERA, p. 12 y GIL GARCÍA, p. 26-7.

A continuación se abordará de una forma más profunda las cuatro líneas argumentales que suelen ser invocadas para justificar la existencia de una justicia militar privada de las garantías propias de la jurisdicción.

2.1. La especialidad del Derecho Militar

Un argumento en favor de la existencia de la Jurisdicción Militar es el de la especialidad del derecho militar, fundamentalmente de las ramas relacionadas con el derecho penal militar y el disciplinario militar, aunque haya quien reconoce más ramas propias e independientes⁹. La especialidad de la jurisdicción militar se entiende como una derivación y exigencia técnica de la propia especialidad y autonomía del Derecho Penal Militar y del Derecho Disciplinario Militar. El Derecho Penal Militar se reconoce como el más importante de los Derechos Penales especiales, sustentado y orientado por un cuadro de valores propio, desenvuelto en una tipología delictiva distinta de la del Derecho Penal común¹⁰.

Frente a tal postura, cabe adoptar un posición crítica, en tanto en cuanto el derecho penal militar no configura una rama científica autónoma ni independiente del ordenamiento penal, así como tampoco cuenta con principios jurídicos peculiares o propios¹¹. Como un derecho público general, el derecho penal se adecua al ámbito castrense, como ocurre —cierto que en menor proporción— por ejemplo cuando el tit. XVIII del Código Penal peruano de 1991, protege a la administración pública castigando penalmente ciertas conductas que pueden cometerse en su entorno o por sus funcionarios. Los funcionarios de la administración pública podrían reivindicar entonces igualmente su derecho a un tratamiento penal por caminos autónomos¹².

La codificación penal militar como sucede con las normas que van incorporándose a la parte especial del Código Penal o las leyes penales especiales, res-

9 Véase RODRÍGUEZ VILLASANTE, p.1264-5, quien admite que puede construirse un Derecho administrativo militar partiendo de las especialidades de la Administración Militar, un Derecho internacional militar particularmente dedicado al estudio del Derecho de la guerra y las relaciones entre Fuerzas Armadas de diversos países, un Derecho social militar reconocido en sus especialidades por el propio Estatuto de los Trabajadores, finalmente un Derecho procesal militar y un Derecho penal militar que constituyen el bloque más armonioso y codificado de todo el Derecho militar y donde se siente más su especialidad.

10 Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, p. 12-13.

11 Así HIGUERA GUIMERÁ, p. 35.

12 Cfr. MESSINA, R., 1985, p.3-4

ponde a la legítima necesidad de la sociedad de sancionar a nivel criminal un núcleo más o menos extenso de comportamientos¹³. Decir que existe un derecho penal militar es tanto como decir que existe un derecho penal que protege bienes jurídicos castrenses, que no precisa de reglas o principios jurídicos sustancialmente diversos a los previstos en el ordenamiento general. La escisión del Derecho penal común y especial es de tipo formal, en la mayoría de los casos hay un origen histórico y no cuenta en su abono con argumentos técnicos decisivos. En suma, que se encuentre fuera del Código Penal común no quiere decir que sea independiente de los principios establecidos por el propio código penal¹⁴.

Detrás de aquéllos que defienden enérgicamente la existencia de un derecho penal militar autónomo¹⁵ o independiente, puede intentar ocultarse la concepción de un derecho privilegiado con base en la situación estamentaria de los militares¹⁶ o en la autosuficiencia de las Fuerzas Armadas¹⁷; y, en el caso extremo que ello suceda o, siendo menos radical, aunque exista una normativa especial, en ningún caso ello es razón suficiente para mantener tribunales compuestos exclusivamente por militares dependientes del Poder Ejecutivo y en su mayoría legos en derecho.

2.2. La necesidad de Jueces Militares en un entorno militar

En estrecha relación con el argumento anterior, se postula —apelando siempre a la existencia de un derecho especial— a la necesaria especialización de los agentes aplicadores, que deben contar con una cierta sensibilidad para la singularidad castrense, adquirida más fácilmente con una dedicación permanente¹⁸ que con una ocasional atención. Se defiende, pues, la condición militar de los miembros de los tribunales castrenses que se fundamenta por un lado, en la especial formación de los jueces militares que reúnen un conocimiento militar y

13 Cfr. MESSINA, R., 1985, p.2.

14 En ese sentido RODRÍGUEZ DEVESA, 1994, p. 33-35.

15 Como defiende SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, p. XVI.

16 En esta línea de pensamiento MOZO SEOANE, p. 628 y ESCRIBANO TESTAUT, p. 60.

17 Cfr. MESSINA, R., 1985, p.3-4

18 La «dedicación permanente» que supuestamente otorga esa especial sensibilidad, hace referencia a una sensibilidad para la realidad castrense pero no significa una especialización en el plano del dominio científico, que para el autor «es obvio que la misma está al alcance de cualquier jurista de formación universal». JIMÉNEZ VILLAREJO, p.13.

técnico; y, por otro, en la necesaria capacidad especial para el análisis crítico del caso y para ponerlo al alcance de la norma¹⁹.

Otro argumento, no de carácter esencial como el anterior, consiste en la aplicación del principio de Juez natural *scabini*, que radica en la proximidad entre el Tribunal y el enjuiciado. El juez militar, en tanto compañero del justiciable, conoce del entorno o circunstancias sociológicas en que ocurrieron hechos y actuaron las personas²⁰, siendo capaz de sustituir en el juicio a los técnicos en Derecho.

La posición expuesta provoca algunas objeciones. Como primer punto es necesario advertir que esa «capacidad especial» que se intenta reconocer en el juez militar no proviene de su condición de militar sino de la preparación especializada y del conocimiento científico que le ha sido impartido. Una mayor atención merece la expresión «especial sensibilidad», cuya ambigüedad resulta preocupante cuando se relaciona con la independencia de los juicios. Dependiendo el modo en que se entienda pueda resultar compatible o no con el ideal racional de la independencia judicial. Así pues, uno de sus sentidos es claramente incompatible con el ideal de independencia, dado que por especial sensibilidad entiende «espíritu militar», «honor del ejército», «identidad con las fuerzas armadas» etc., todo ello alude a entidades vaporosas e incompatibles con la racionalidad, detrás de las cuales puede intentar ocultarse la verdad de los hechos y justificar así el incumplimiento de las normas. Un sentido perfectamente compatible con la independencia es aquel en el que la sensibilidad militar no significa nada distinto de especial conocimiento o conocimiento profundo de una determinada realidad o institución. No debe perderse de vista que el juez militar, como sucede con el ordinario, desempeña su función sometido a la ley y no según sus convicciones ni sentimientos²¹, en el primer caso es un juez independiente mientras que en el segundo es interesado.

En segundo lugar, cabe recordar que los argumentos relacionados con la mejor preparación o capacidad de los jueces militares frente a los ordinarios, suele ser utilizada para debilitar al Poder Judicial y trasladar competencias relacionadas con delitos comunes a la justicia militar, estrechamente vinculada al Poder Ejecutivo.

19 Vid. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, p. 85-91

20 Vid. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, p. 85-91

21 Sobre el papel de las convicciones del juez al momento de juzgar, su identificación con la autonomía y la diferencia con la independencia puede consultarse el clarificante trabajo de AGUILO REGLA, 1997, p. 76.

La tercera precisión tiene que ver con la concepción de juez natural que se utiliza, primero como «*scabini*» y luego como «compañero del justiciable». Nada en común tiene la figura del juez natural o juez del lugar, con la condición militar de los integrantes de los tribunales castrenses. La utilización de expresiones como la de «compañero del justiciable» para calificar al juez militar, vulnera un concepto básico de la jurisdicción como es el de reconocer en el juez una relación de «ajenidad» respecto a las partes y al objeto del proceso. Se descubre en esta expresión uno de los principales problemas de la justicia militar, que consiste en atribuir la potestad para enjuiciar a militares, precisamente a militares, en una estructura donde reina la subordinación y jerarquía.

Por último, y en relación con la especialidad del derecho penal militar, tratada en el apartado anterior, resulta necesario reconocer que uno de los rasgos característicos del Derecho penal militar frente al común, reside en la mayor dureza de la debida en el castigo, privilegiando el principio de prevención general. Independientemente de las críticas que tal decisión política genere, en tanto en cuanto supone perjudicar al sancionado por causas ajenas a él, lo cierto es que tal dureza debe estar en la ley y no tiene por qué pensarse que debe estarlo en el órgano encargado de aplicar dicha ley²².

2.3. El mantenimiento de la disciplina castrense

El tercero de los argumentos enunciados sobre el que descansa la existencia de la Jurisdicción Militar es el de mantener con ella la disciplina en los ejércitos, a través de la rapidez y ejemplaridad de los procesos y de las penas²³.

Es un hecho notorio que las Fuerzas Armadas constituyen una organización altamente jerarquizada, que se sustenta sobre un valor primordial como es el de la disciplina. Menos categórico se puede ser cuando se reflexiona sobre si esa disciplina requiere de una Jurisdicción Militar, tal y como la configura el CJM peruano.

Quizás sea necesario prestar atención a la competencia que se ha atribuido los últimos años a los tribunales militares, para comprobar que tradicionalmente en regímenes autoritarios y con predominio del poder militar, la Jurisdicción Militar no se ha caracterizado precisamente por enjuiciar infracciones a la

22 En ese sentido DEAN GUEL BENZU; MOVILLA ALVAREZ, p. 186 y GIL GARCÍA, p.17.

23 Cfr. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, p. 86-87; GONZÁLEZ DEL ALBA, p.11.

disciplina sino por juzgar conductas más cercanas a la disidencia política y a los conflictos de orden público²⁴.

Sentado lo anterior, será necesario analizar hasta qué punto la disciplina requiere de una Justicia dependiente del Ejecutivo y administrada exclusivamente por militares.

La disciplina en las FFAA se preserva castigando conductas en el ámbito administrativo, a través de un régimen disciplinario previsto en el Libro Tercero del CJM peruano o bien penalmente, en los arts. 142 al 178 del Libro Primero del mismo código. En el primer caso, corresponde a los jefes de Unidad o a la Superioridad la potestad sancionadora; y, en el segundo, a los jueces militares.

En el plano administrativo la eficacia de la sanción está en la prontitud de la actuación del mando para restablecer la disciplina, lo que no debe impedir que esa sanción pueda ser revisada jurisdiccionalmente, aunque en ese caso se salva su eficacia con excluir la suspensión de la ejecución.

Desde otra óptica, y tal y como sucedía con la pretendida especialidad del derecho penal militar, han surgido voces cuestionando el peso específico que se pretende dar a la disciplina militar, que desvirtúan la especialidad del régimen disciplinario militar sin negar, obviamente, la existencia de particularidades que tienen su fundamento en las peculiares características y exigencias que la disciplina en su sentido más amplio tiene dentro de los Ejércitos (o de otras organizaciones de estructura militar). Sin embargo, y a pesar de lo anterior, no puede tampoco hablarse de una sustantividad del Derecho disciplinario militar, puesto que no es distinto sustancialmente del Derecho disciplinario «común», ni protege un sistema de valores distinto del tutelado por cualquier otro régimen disciplinario, aunque sí referido a un ámbito organizativo específico²⁵.

Esas singularidades se concretan en la disciplina militar —a diferencia de la del funcionario de un organismo público— en dos notas principales: a) la *explícita formalización* y descripción de esos deberes, en mayor grado que en otras organizaciones; y b) la especial *intensidad* con que son sentidos y exigidos, lo que conlleva mayor rigor y dureza en las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Se trata de una diferencia de grado, en ningún caso «cualitativa»²⁶.

24 Vid. MOVILLA ALVAREZ, p.185

25 Cfr. MOZO SEOANE, p. 301-303.

26 Cfr. MOZO SEOANE, p.301-303.

Ahora bien, esperar la misma eficacia del procedimiento administrativo sancionador de los procedimientos penales, puede acarrear riesgos, especialmente cuando lo que se pretende es reducir plazos y acelerar trámites. Los casos de flagrante delito permiten un mayor conocimiento de los hechos delictivos y del presunto autor y por tanto cabe omitir o reducir determinados plazos. Salvo en el caso anterior, recurrir a la rapidez y celeridad en los procedimientos penales puede tener un precio muy alto, pues supone limitar una de las principales funciones del juez como es el descubrimiento de la verdad material. Para ello se restringen los actos de investigación sumariales, corriendo el riesgo de convertir el proceso en un mero trámite de imposición de sanciones²⁷, ajeno a las garantías del debido proceso²⁸.

Si las diferencias entre el régimen disciplinario militar y el del resto de funcionarios no son sustanciales y si la protección penal de esa disciplina no debe poner en peligro las garantías del debido proceso, como sucede —o debe suceder— en la justicia ordinaria, cabría preguntarse si la condición militar de los jueces y tribunales castrenses, a quienes se atribuye el *ius punendi*, es decisiva para proteger esa disciplina.

Existen al respecto dos tipos de argumentos. Por un lado, aquél que considera que la disciplina militar tiene tal hondura y trascendencia en los ejércitos y ha determinado de forma tan importante el derecho sustantivo militar, que la aplicación del mismo debe hacerse por quienes provengan de ese estamento organizado y vivan en consecuencia esos mismos valores como esenciales²⁹; y, por otro lado, se esgrime la necesidad de mantener tal disciplina cuando se pone al militar delante de «sus» jueces para conseguir así «responsabilizar» al propio militar frente a lo miembros de la institución de la que forma parte³⁰.

El primero de los argumentos es una consecuencia inevitable del principio que expresa que «quien manda debe juzgar», como fundamento de la atribución a los militares de la potestad jurisdiccional. Aunque se mantiene como un dogma en los modelos tradicionales de justicia castrense, no concede razones para que un juez técnico no esté en capacidad de actuar ejemplarmente o con celeridad.

27 Vid. al respecto ASENCIO MELLADO, p. 47; GIMENO SENDRA, 1977, p. 94; FIAREN GUILLÉN, p.7.

28 Al respecto pueden consultarse las Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional Español: STC 21/1981 de 15 de junio (f.j. 15), STC 44/1983 de 24 de mayo (f.j. 1), STC 97/1984 de 19 de octubre (f.j. 3), STC 27/1985 de 26 de febrero (f.j.3), STC 76/1982 de 14 de diciembre (f.j.4).

29 En ese sentido véase PÉREZ ESTEBAN, p. 518 y ESTEBAN RAMOS, p.98.

30 Vid. MESSINA R., 1985, p.141.

En esa misma línea, cabría preguntarse si un militar está familiarizado con problemas de aplicación de la ley. Puede que esté en condiciones de formular juicios en atención al hecho y valorar éstos desde un perfil técnico militar, pero no cuenta con la formación adecuada para afrontar y resolver las cuestiones jurídicas que la aplicación de las normas penales sustanciales y procesales conlleva³¹. La formación militar de poco sirve cuando la primordial actividad de un juez, sea éste militar u ordinario, es la de aplicar el derecho y someterse a él. La relevancia de la formación jurídica sobre la militar parece obvia, especialmente si se tiene en cuenta que en un proceso judicial los conocimientos técnicos o científicos —como los vinculados al ámbito castrense— pueden ser aportados por especialistas en la materia a través de un informe pericial³². Insistir en la formación militar de los jueces castrenses, como necesaria para resolver delitos previstos en el CJM, podría llevar al absurdo de pensar que en un delito de lesiones el juez requiere ser médico o en delitos contra los recursos naturales y en otro sobre medio ambiente debe ser ingeniero o geólogo.

Todo lo anterior, no impide, sin embargo reconocer la necesaria posesión por parte de los jueces militares de unos conocimientos de carácter especializado, que se manifiesta en la dedicación de los jueces a un particular sector del derecho.

El segundo de los argumentos que apela a la disciplina como fundamento de la justicia militar, tiene más sentido en tanto en cuanto resulta razonable que la efectividad de la sanción, sea penal o administrativa, será mayor cuando proviene de los miembros del mismo colectivo. Cierto es, sin embargo, que el derecho comparado ofrece ejemplos de ordenamientos que han optado por la supresión de los tribunales militares en tiempos de paz, con la consiguiente atribución a tribunales especializados de la potestad jurisdiccional en el ámbito militar, y ello no ha supuesto una merma para la disciplina en sus ejércitos. Piénsese en ordenamientos como el francés o el holandés³³, que han atribuido el *ius punendi* en materia militar a tribunales ordinarios. Tal decisión está acompañada, generalmente, de un entorno político estable en el que los ejércitos no constituyen ningún riesgo para los gobiernos. También juegan en favor de tales decisiones, los procesos de profesionalización que han experimentados sus Fuerzas Armadas,

31 Al respecto VENDITTI, p.388.

32 En ese sentido GIMENO, 2000, T.5, p. 549.

33 Los precursores han sido los alemanes, que desde la ley de 17 de agosto de 1920, N° 7734, dictada para cumplir los arts. 105 y 106 de la Constitución de Weimar, decidieron suprimir los tribunales militares salvo para tiempo de guerra y para el personal de la marina del Reich, embarcado a bordo de los navíos de guerra en servicio.

dejando de lado medidas como el servicio militar obligatorio, para sustituir a sus miembros por personal que mantiene una vinculación profesional con el servicio, con mayor permanencia y experiencia, y que, por último, ingresa a esta organización por su propia voluntad, motivado por la formación y expectativas que se ofrecen.

La situación peruana es distinta, y puede que requiera aún de Tribunales compuestos por militares para mantener la disciplina en sus ejércitos. Sin embargo, ello no significa que deba mantenerse en los términos en los cuales diseña el CJM peruano la composición de los tribunales, compuestos exclusivamente por militares, en su mayoría legos en derecho y nombrados por la Administración Militar. En ese sentido, y si se reconoce como necesario que los titulares de la potestad jurisdiccional en el ámbito militar sean militares, es perfectamente posible por un lado, que éstos procedan del cuerpo jurídico militar y así incluir a jueces que cuentan con conocimientos técnicos y, por otro lado, articular también un mecanismo de designación que mantenga la independencia de los titulares de tribunales y juzgados, por ejemplo, atribuyendo su designación al Consejo Nacional de la Magistratura, el que también podría encargarse de su formación.

Ahora bien, la necesidad de contar con militares en los Tribunales Castrenses no tiene por qué excluir de su composición a los magistrados profesionales³⁴. Será necesario plantearse la conveniencia de integrar en los Tribunales Castrenses, junto a los jueces procedentes del cuerpo jurídico militar a jueces procedentes de la carrera judicial. La disciplina militar podría robustecerse y afianzarse si las conductas que la lesionan son competencia de tribunales compuestos por técnicos en derecho, que gocen de garantías tales como la independencia e imparcialidad.

2.4. El cumplimiento de las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas por la Constitución

El cuarto y último de los argumentos esgrimidos en favor de la existencia de una Justicia Militar y en íntima relación con el anterior, es el encargo constitucional que pesa sobre las Fuerzas Armadas, que deben garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (art. 165 Const.

34 Cfr. HERRERO PEREZAGUA, p.197.

Per. 1993)³⁵. La función atribuida a las Fuerzas Armadas, de relevancia incuestionable para nuestra sociedad, exige un marco legal propio, determinadas obligaciones por parte de sus miembros y ciertas peculiaridades institucionales. Todo ello se traduce en un conjunto de singularidades, algunas de ellas de relevancia constitucional como es la restricción del derecho de petición, que los ciudadanos pueden ejercer de forma colectiva o individual ante la autoridad administrativa, mientras que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional ejercen el derecho de petición individualmente (art. 2.20 Const. Per. 1993). Sucede lo mismo con los derechos de representación electoral, puesto que los militares no pueden elegir ni ser elegidos (art. 34 Const. Per. 1993) y, no obstante ser considerados servidores públicos, no se les reconocen tampoco derechos de sindicación y huelga (art. 42 Const. Per. 1993). Por último y como otra más de sus particularidades, se considera también a la Justicia Militar como una más de las singularidades institucionales de las Fuerzas Armadas presentada como indispensable para cumplir con sus funciones.

Resulta evidente que los militares se ven sujetos a límites específicos, más estrictos que el resto de funcionarios, en razón de la función que desempeñan y a la naturaleza del servicio. Este recorte de derechos de los militares, incluso el de la justicia militar que puede entenderse como la restricción del derecho al juez natural, es una expresión de la relación de sujeción que experimentan ciertos colectivos. De acuerdo con López Benítez, por relaciones especiales de sujeción se entienden aquellas relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación³⁶.

En ese sentido, los colectivos que por excelencia mantienen una relación especial de sujeción con la administración son los militares, los funcionarios y los reclusos. Los militares son funcionarios del Estado, pero constituyen una clase particular, que a juicio de López Benítez, obedece a sus hondas raíces históricas y a la especificidad de sus misiones. Tal diferenciación se refleja en la carta constitucional peruana, ya que no sólo dedica particulares referencias a los militares, sino que les marca también unos fines distintos al del resto de servidores públicos. No cabe duda que las limitaciones en sus derechos fundamentales

35 Vid. sobre la misión asignada por la Constitución Española a sus Fuerzas Armadas FERNÁNDEZ SEGADO, 1992, p.27-8.

36 Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, p. 161-2.

van a estar determinadas por estos fines; en algunas ocasiones configurando limitaciones *ad hoc* para los mismos; en otras, midiendo el alcance de las limitaciones configuradas por la Constitución a todos los servidores públicos, así pues, los funcionarios están sujetos igualmente a una jerarquía en el servicio, a un régimen de responsabilidades y a incompatibilidades³⁷ (art.39-41 Const. Per. 1993).

Los recortes que sufren en sus derechos los militares, bastante más pronunciados que los del resto de funcionarios, se justifican en el fin primordial que la Constitución les encomienda. Podría interpretarse el argumento en el siguiente sentido: dado que deben cumplir con ciertos fines se les restringen ciertos derechos que, de ser ejercidos como el resto de funcionarios, impedirían el cabal cumplimiento de esos fines. En todo ese razonamiento cabría preguntarse si realmente el fuero militar constituye un recorte en sus derechos o un privilegio, por cuanto son el único grupo de servidores públicos enjuiciado por miembros de su mismo colectivo. También cabría plantearse si el cumplimiento de la función constitucional que se ha encomendado a las Fuerzas Armadas, requiere de Tribunales compuestos exclusivamente por militares, sin conocimientos jurídicos y sin la independencia y la imparcialidad necesarias.

Actualmente resulta difícil pensar que en el Perú el fuero militar, tal y como se regula en el CJM, constituye un privilegio para los militares, por el contrario, éstos pueden considerarse discriminados en relación con el resto de servidores públicos, al no ver adecuadamente protegidos sus derechos al juez predefinido por la ley, independiente e inamovible. La relevancia de las funciones encomendadas por la Constitución a las Fuerzas Armadas por un lado, y su repercusión en los derechos de los militares en tanto justiciables por otro, requieren ser analizadas separadamente. Si se parte de la base de que la Jurisdicción Militar es una excepción frente a la jurisdicción ordinaria, que vendría a ser la regla en la medida que da pleno cumplimiento a las garantías de la jurisdicción, se observa que los que intentan justificar la existencia de esta excepción lo hacen apelando a un valor superior representado por la misión asignada a las Fuerzas Armadas. La relación que pretende articularse pierde sentido si se analizan sus componentes de forma individual, es decir, la misión de las Fuerzas Armadas depende de la Administración Militar y, en consecuencia, del Ejecutivo; mientras que en lo sustancial la Jurisdicción Militar se identifica funcionalmente con el Poder Judicial. Ambas estructuras están divididas y se rigen por reglas y principios distintos, y pretender mezclarlas, al hacer depender de la Jurisdicción

37 LÓPEZ BENITEZ, p. 497-8.

Militar la efectividad de las Fuerzas Armadas, lesiona y pone en riesgo derechos fundamentales del justiciable y valores constitucionales, tales como el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley o el derecho a un juez imparcial.

3. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA JUSTICIA MILITAR PERUANA

Los ejércitos han experimentado, como toda institución, progresivos cambios a lo largo de la historia. En un principio se constituían por sujetos que formaban grupos, más o menos organizados, destinados a participar en empresas bélicas, que se disolvían tan pronto concluían las guerras³⁸. A fines del siglo XV, la instauración de los Ejércitos permanentes³⁹ trae consigo la institucionalización de las estructuras militares, tanto en lo que se refiere a ejércitos cuanto a los órganos administrativos que se ocupaban de los problemas bélicos⁴⁰. La cohesión y eficacia de esta nueva clase de Ejércitos se construirá a través de un régimen jerárquico y de unidad que supone exigir a sus integrantes disciplina, subordinación y lealtad.

Con el fin de garantizar la vigencia de la disciplina cuanto la subordinación absoluta a las órdenes de los superiores, se dictan normas que castigan aquellas conductas que no cumplen con las reglas del servicio y del régimen disciplinario. Las primeras se protegen penalmente, mientras que las segundas tienen una cautela menor que se traduce en sanciones administrativas⁴¹. Se va formando así un Derecho militar⁴² y, como consecuencia lógica, aparece una justicia militar propia de esta nueva esfera del Estado⁴³.

Tal y como sucedió en otras ramas del derecho, el ordenamiento jurídico militar peruano estuvo fuertemente influido por las normas españolas que procedían de la colonia. En el siguiente apartado serán tratados puntuales rasgos del modelo de justicia militar vigente durante la colonia.

38 FERNÁNDEZ SEGADO, 1991, p.14

39 GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, p.12 y FERNÁNDEZ DE LA MORA, p.36.

40 En ese sentido DOMÍNGUEZ NAFRÍA, p. 1548.

41 JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, 1987, p.85-91.

42 En opinión de PASCUAL SARRÍA los Ejércitos desde los primeros tiempos han sentido, a diferencia de otras agrupaciones, una mayor necesidad de reglamentar sus comportamientos. PASCUAL SARRÍA, p. 13-14.

43 Así DOMINGO NAFRÍA, p. 1548

3.1. La Justicia Militar en la Colonia

Las últimas Ordenanzas que rigen en el Perú colonial fueron las de Carlos III, vigentes a partir del 22 de octubre de 1768 para todos los Ejércitos de España y a partir de la Real Orden de 20 de septiembre de 1769 para todas las colonias⁴⁴. El Tratado VIII de las Ordenanzas Generales estaba destinado a regular tanto la competencia de los órganos judiciales militares como su composición y actuación. El título X se dedicó a tipificar los delitos militares y comunes que serían enjuiciados por los tribunales militares. Algunos delitos difícilmente tenían relación con el ámbito militar tal como el «juramento execrable por costumbre», «el ultraje de imágenes divinas», «ultraje a sacerdotes», «violencia de mujeres» o el «contrabando».

En relación con el procedimiento por el que se sustanciaban los delitos, cabe señalar que éste presentaba una etapa investigadora a cargo de un fiscal instructor, que pudo ser el sargento mayor del regimiento o su ayudante o, en su defecto, el designado por el capitán general. Al fiscal le corresponde la investigación del delito denunciado y, a su término, debe emitir un dictamen pidiendo pena o absolución. El fiscal contaba con la asesoría de un escribano, también militar del grado de tropa. Finalizado el sumario, la causa se remitía al consejo de guerra a quien le correspondía el enjuiciamiento de la causa. Los consejos de guerra podían ser de dos clases, consejos ordinarios o consejo de oficiales generales. Al primero le correspondía el enjuiciamiento de los militares que pertenecían a la tropa mientras a los segundos el de los oficiales. La composición de estos Consejos no era idéntica, pues mientras el ordinario se componía de capitanes, con excepción del comandante de la compañía del acusado, el de oficiales generales esta formado por oficiales de grado superior a coronel. Los Consejos no eran permanentes, puesto que se constituían para cada caso concreto por orden del capitán general, a quien además le correspondía la tarea de nombrar a los miembros del consejo.

En el juicio que celebraba el consejo intervenía el fiscal que instruyó el sumario y el Auditor, en calidad de asesor, sin voto. Se ha dicho que era en el capitán general en quien residía el *imperium*, puesto que las sentencias dictadas por los consejos de Guerra antes de ser ejecutadas, debían necesariamente de contar con la aprobación del capitán general, previo dictamen del Auditor, y cuando no se produjese acuerdo entre el capitán general y el Auditor se producía

44 Cfr. TOLEDO SÁNCHEZ, p.107.

el disenso, que debía ser resuelto por una instancia superior. Aunque las Ordenanzas no se acataran plenamente en las Colonias, debido a las particulares condiciones de los ejércitos españoles en ultramar, no cabe duda que han tenido una gran influencia en la legislación militar de la etapa republicana. Ello obedece, como explica Hurtado Pozo, al vacío legislativo originado por la no promulgación de leyes básicas, lo que determinó la supervivencia de la legislación española⁴⁵.

Una prueba de la influencia de la legislación española puede apreciarse en los distintos Códigos de Justicia Militar que han tenido vigencia en el Perú⁴⁶. En todos, sin excepción, la potestad jurisdiccional castrense, entendida como la facultad para resolver los conflictos en el ámbito penal militar estaba, tal y como sucedía en las Ordenanzas, en manos de militares legos en derecho. Como se apreciará en el siguiente epígrafe, la configuración de la justicia castrense en la actualidad guarda aún ciertos vestigios del pasado.

3.2. El estado actual de la Justicia Militar Peruana

El modelo de justicia militar que diseñan las Ordenanzas ha sufrido ciertas reformas que merecen una valoración positiva, aunque en determinados aspectos se mantienen rasgos prácticamente inalterados.

Dos aspectos de la regulación merecen especial atención, de un lado, el carácter permanente de los consejos y, de otro, la participación del elemento técnico. Los consejos han dejado de constituirse especialmente para cada caso, existiendo consejos de guerra y consejos superiores de justicia de las Fuerzas Policiales (art. 15 LOJM). En cuanto a la composición técnica, los consejos se componen de un presidente y dos vocales, uno de los cuales deberá ser del cuerpo jurídico militar. Igual sucede con el Juez Instructor permanente, que será siempre un miembro del cuerpo jurídico militar (art. 31 LOJM). El consejo se constituye además por el auditor y un fiscal del cuerpo jurídico militar (art. 22 LOJM).

45 p.37-38.

46 Código de Justicia Militar de 1865, promulgado el 10 de enero durante el gobierno del general Juan Antonio Peste; Código de Justicia Militar de 1989, promulgado el 20 de diciembre bajo el gobierno de Piérola; Código de Justicia Militar de 1939, dictado en el régimen del Grl. Oscar Benavides; Código de Justicia Militar de 1950, promulgado el 29 de mayo bajo el Gobierno del General Manuel A. Odría; Código de Justicia Militar de 25 de julio de 1963, en el régimen de Nicolás Lindley López y, Código de Justicia Militar de 19 de julio de 1980, bajo el gobierno del Grl. Morales Bermúdez. Cfr. ETO CRUZ, p. 359-365.

Este reforzamiento de lo jurídico en la composición de los órganos judiciales militares, ciertamente mejorable, es consecuencia inevitable de la función que realizan y de las normas que aplican, que necesita de expertos en leyes. Piénsese en la normativa administrativa, penal y procesal militar, especialmente compleja de la que se sirven los jueces militares, a la que se suman las singularidades del régimen castrense⁴⁷.

Al Auditor le corresponde una función asesora de tipo genérico y, paralelamente, interviene en los juicios tomando parte en las deliberaciones, proponiendo cuestiones de hecho y redactando las sentencias que el consejo pronuncie (art. 74. 3 y 4 LOJM). Dicha función, no obstante, tiene un freno cuestionable puesto que el Auditor no vota la sentencia, a cambio de lo cual emite un dictamen. Los consejos, a los que supuestamente se atribuye la potestad jurisdiccional, emiten sus resoluciones previo dictamen del Auditor y si existiese disenso con éste, la causa se eleva en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar (art.309 CJM).

El papel del Auditor en los procesos penales militares es cuestionable. Podría pensarse que no tiene un papel decisivo en el proceso judicial, sin embargo, en los supuestos de disenso con el consejo, su dictamen podría llegar a ser determinante, siempre y cuando el Consejo Supremo aprobara su posición. Ello supone plantear si debe exigírsele imparcialidad en el ejercicio de su función. Sobre él no recae la condición de parte, como sucede con el Ministerio Público, a quien además se le atribuye la obligación de promover de oficio o a petición de parte la acción de la Justicia Militar. Es un hecho cierto que la posibilidad de determinar la decisión de un juicio conlleva la necesaria imparcialidad en el desempeño de su función. Sin embargo, el resto de funciones que la LOJM encomienda al Auditor hace difícil que pueda ejercer su función con imparcialidad, pues su intervención en el proceso no se limita a la etapa del juicio encargada al Consejo, sino que debe también dictaminar toda denuncia así como las instrucciones concluidas. Todo ello supone haber tomado contacto con el objeto del proceso y haber efectuado, sin duda alguna, una valoración de los hechos que le impide actuar con imparcialidad.

Es evidente que las cosas han cambiado en la justicia militar desde el tiempo de las Ordenanzas, sin embargo, la jurisdicción sigue siendo considerada un imprescindible y necesario atributo del militar, entendida con un concepto disciplinista de la justicia en el que se confunde el mando con la jurisdicción. Así puede observarse en la facultad concedida al Presidente de la República o

47 PACUAL SARRÍA, p.15.

al Consejo Supremo de Justicia Militar de ordenar al juez militar que abra instrucción, sustituyendo de esa forma la decisión judicial que debe adoptarse de forma independiente y sometida a la ley.

Resulta sorprendente que siempre se haya mantenido a los magistrados profesionales fuera del ámbito militar, como si fuesen incapaces de enjuiciar conductas militares; y, que el nombramiento de los miembros de los Tribunales Militares, de cualquier grado, sea una atribución exclusiva del Gobierno. Tal ha sido el distanciamiento entre la justicia militar y la ordinaria que toda reforma legislativa experimentada en el Perú tiene su germen en la organización judicial militar, no en vano, todos los Códigos de Justicia Militar han sido dictado por regímenes militares⁴⁸. Incluso el proyecto de reforma del Código de Justicia Militar y de la Ley Orgánica de la Justicia Militar publicado en El Peruano en julio del 2001, procede del Ministerio de Defensa y será debatido en el Congreso en la Comisión de Defensa, como si se tratase de una materia militar.

A las iniciativas de reforma que se han presentado hasta el momento, dedicaremos el siguiente epígrafe.

3.3. Los proyecto de reforma de la Justicia Militar

El conflictivo escenario vivido entre los años 2000 y el 2001, que supone el fin del gobierno de Fujimori, el surgimiento de un gobierno de transición y, finalmente, la instauración de un nuevo gobierno, provocó el nacimiento y expansión de un espíritu reformista que va desde la supresión de la Constitución de 1993 y la vuelta a la de 1979 hasta la reforma de la justicia castrense. Sobre este aspecto de la reforma, se hará referencia en este estudio a dos propuestas: el proyecto de ley N° 1733 presentado por el congresista Henry Pease, que proviene de lo que podría llamarse la sociedad civil y el proyecto de reforma de la LOJM y CJM, procedente del Ministerio de Defensa.

Ambos proyectos merecen un análisis profundo, lo que supondría desviarse del objetivo de este estudio, que es el de establecer el estado actual de la justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción. En este punto, realizaremos

48 No debe olvidarse que, como pone de manifiesto PANIAGUA CORAZAO, la vida constitucional peruana ha sido «azarosa, difícil y breve. Apenas algo más de medio siglo frente a los 122 años de regímenes autocráticos, 106 de ellos exclusivamente castrenses y 16 años de gobiernos civiles impuestos o sostenidos por el militarismo» PANIAGUA CORAZAO, p.22.

una breve descripción de las propuestas más relevantes acompañadas de un comentario en torno a la conveniencia o no de instaurarlas en el ordenamiento jurídico militar.

3.3.1. *El proyecto del Congresista Henry Pease*

Este Congresista propone una reforma que, en lo fundamental, pretende: primero, que la competencia de los tribunales militares no se extienda a los militares en retiro; segundo, que se incluya el delito contra la constitucionalidad y el Estado de Derecho⁴⁹; tercero, que la Sala Penal de la Corte Suprema conozca en casación las sentencias dictadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar; y, en cuarto y último lugar, que los militares del Consejo Supremo de Justicia Militar y de los Consejos de Guerra sean sustituidos por militares en retiro.

Centraremos nuestra atención en dos de las reformas propuestas por el proyecto del congresista; lo que no impide que se formule una crítica global. Es evidente que el proyecto responde a intereses coyunturales, y ello trae consigo que pretenda resolver sólo algunos problemas y a cambio margine otros interrelacionados con los primeros. Con ello el legislador elude dar un adecuado tratamiento normativo a cuestiones conflictivas, desplazando la problemática a los jueces que deben aplicar dichas normas.

Ello se desprende, por ejemplo, de la nueva conducta delictiva que pretende introducir en el CJM, cuyo lenguaje jurídico registra términos ambiguos y conceptos vagos⁵⁰, que no responden a los habituales problemas del lenguaje natural o la tecnicidad de su manifestación jurídica, sino que pueden proceder de una mala técnica legislativa. Lo anterior, intencional o no, puede manifestarse en un género de supuestos en situación de indefinición normativa calculada. Las circunstancias anotadas, como se ha dicho anteriormente, se proyectan en su conjunto sobre la actividad del juez coadyuvando a hacerla, en alguna medida,

49 El proyecto del Congresista Henry Pease propone que se agregue a la Sección IV de los Delitos contra el Orden Constitucional y de la Seguridad del Estado, del Título Primero de la rebelión del CJM, el art. 107-A. «Cometen delito contra la constitucionalidad y el estado de derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en actividad que realicen actividad políticas en favor de determinado partido o movimiento político que llevan a influenciar o variar la voluntad popular o los resultados de un proceso electoral., La pena será de penitenciaría». Disponible en: [http://www.congreso.gob.pe/out_of_domain.asp?URL=.](http://www.congreso.gob.pe/out_of_domain.asp?URL=)

50 Nos referimos a las expresiones «Estado de Derecho», «actividad política», «influnciar o variar la voluntad popular».

incierta⁵¹. Por otro lado debe tenerse en consideración que la conducta que pretende agregarse al CJM, tiene figuras homólogas en el Título XVI y XVII del Código Penal Peruano de 1991 y por lo tanto, de ser cometidas por militares, ello no supondría su impunidad sino que correspondería a los tribunales ordinarios.

Un segundo aspecto del proyecto, sin duda innovador, reside en atribuir la potestad jurisdiccional a militares en retiro. Para ello, sería el Consejo Nacional de la Magistratura el encargado de nombrar a los militares en retiro que integrarían el Consejo Supremo de Justicia Militar y nombraría también a los que desempeñan funciones en los Consejos Superiores, seleccionando a los propuestos en ternas por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

En este aspecto, es clara la intención del proyecto, pues se pretende fortalecer la posición de independencia de los jueces militares, asignando una función tan importante como el nombramiento a un órgano autónomo sin vínculos con el Ejecutivo. No en vano, la Constitución atribuye expresamente al Consejo Nacional de la Magistratura la selección y el nombramiento de los jueces, adquiriendo un carácter instrumental para la independencia, al tener entre sus funciones aquéllas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir en los tribunales. Sin embargo, esta propuesta provoca ciertas interrogantes por un lado, y no ataja los problemas de los jueces militares, por otro. En este orden, y si el Consejo Nacional de la Magistratura tiene como fundamental función —que no la única— la selección y nombramiento de los jueces y fiscales, nos preguntamos si el nombramiento de los vocales militares los realizará por concurso público y si realizará una evaluación personal. En directa conexión con lo anterior, cabe preguntarse también en torno a la capacidad del Consejo para evaluar a los militares, al carecer de criterios y parámetros suficientes para evaluar una carrera militar que no presentará méritos jurídicos, que tradicionalmente sirven al Consejo para resolver los concursos.

A pesar de la conveniencia de atribuir a un órgano constitucional independiente la selección de los vocales militares, persiste un grave defecto de la justicia castrense, que reside en la atribución de la potestad jurisdiccional a tribunales compuestos en su mayoría por militares, que carecen del conocimiento técnico necesario para impartir justicia. Tampoco el proyecto elimina los inconvenientes del singular entorno en el que se ejerce la justicia militar, pues al atribuir exclu-

51 ANDRÉS IBÁÑEZ, 1994, p. 875-877; LIFANTE VIDAL, p. 192-224; ATIENZA, p. IGLESIAS VILA, 1999.

sivamente a militares la jurisdicción, mantiene la distorsión que en la aplicación de la justicia generan valores militares como la disciplina, jerarquía o subordinación. Ello podría superarse si los tribunales castrenses incorporaran también magistrados profesionales⁵².

A tenor de todo lo expuesto, cabe reflexionar sobre la conveniencia de que el Consejo Nacional de la Magistratura ejerza sus funciones en el ámbito de la justicia militar no designando a militares en retiro como propone el congresista Pease, sino a magistrados profesionales que impartan junto a miembros del cuerpo jurídico militar, también designados por el Consejo, la potestad jurisdiccional militar. Ello no supondría un problema para el Consejo en materia de selección y nombramiento, como sucede con los militares en retiro, pues en el caso de los jueces profesionales podría valorar sus conocimientos en derecho militar y en el caso de los miembros del cuerpo jurídico —en tanto abogados— podría evaluar sus méritos académicos y su actividad jurídica en los ejércitos.

Por último, y en lo que debe constituir un error de redacción, se advierte que el proyecto sólo hace referencia a los consejos superiores y no a los consejos de guerra, aunque parece razonable pensar que se refiere a las dos clases de consejos.

3.3.2. Los proyectos del Ministerio de Defensa

Estos proyectos son de mayor envergadura que el analizado anteriormente, pues suponen una reforma importante en los pilares de la Justicia Militar, tanto en la norma que regula su estructura orgánica como en la que determina su competencia y procesos. Por lo tanto, centraré la atención en dos de las intenciones que parecen inspirar la reforma que proviene del Ministerio de Defensa. En primer lugar, restringir las atribuciones de los tribunales militares y, en segundo lugar, afianzar la independencia de los jueces militares.

Para conseguir el primer objetivo, el proyecto restringe la competencia de los tribunales militares por razón de la persona y por razón del delito. En el primer caso, el proyecto postula que la jurisdicción militar se ejerce exclusivamente sobre militares en situación de actividad o disponibilidad, excluyendo

52 Propuesta planteada también en el debate parlamentario español de la Ley Orgánica de la Justicia Militar por la Agrupación de Diputados de Izquierda Unida-Esquerra Catalana. Vid. el debate en REDEM, núm.53.

expresamente a los militares en retiro, siempre y cuando no hayan cometido el delito cuando estaban en activo⁵³. Excepcionalmente, se prevé que los tribunales castrenses sea competentes para enjuiciar a civiles por delito de traición a la patria y por infracciones a la ley del servicio militar (art. 328 PCJM).

En el segundo caso, se limita la competencia material de los tribunales militares a delitos previstos y penados en el CJM. Sin embargo, y aquí reside uno de los problema del proyecto, aún cuando el espíritu de la norma merece alabanzas, la técnica legislativa no es apropiada, pues introduce ciertos preceptos que, sin llegar a ser contradictorios, pueden generar cierta confusión y acabar sirviendo a fines espurios, como puede ser la ampliación de la competencia de los tribunales castrenses. En ese sentido puede observarse que el título preliminar del PLOJM dedica tres preceptos a delimitar el ámbito de actuación de los tribunales militares. El art. IV establece que el fuero privativo militar juzga exclusivamente los delitos de función militares; mientras en el art. V y en el VI se define lo que se entiende por delito de función. A estos preceptos se suman los del PCJM que marcan los límites de la jurisdicción militar, y así en el art. 328 se expresa que la jurisdicción militar se ejerce, en tiempo de paz, por razón del delito y del lugar. El primer criterio se define en el art. 329, repitiendo la definición que consta en los arts. V y VI del título preliminar del PLOJM; y pese a quedar muy claro que la jurisdicción militar sólo conoce los delitos previstos en el CJM se precisa en el art. 330 que los delitos de torturas, desaparición forzada de personas, genocidio y homicidio calificado en agravio de militares o civiles no pueden atribuirse a los jueces militares. La obviedad de este precepto es manifiesta puesto que ninguno de esos delitos pueden configurar un delito de función ni pueden ser considerados delitos militares, al no estar previstos en el CJM. Sin embargo, resulta también evidente que, aunque innecesario, dicho precepto pretende evitar que se repitan excesos del pasado.

Cuando el PCJM determina la competencia por razón del lugar, establece que el delito inherente a la función del militar, cometido en algunos de los establecimientos militares que detalla corresponde a la jurisdicción militar (art. 332). Dicho precepto podría generar cierta confusión, puesto que al incluir el criterio del lugar sin precisar a qué delitos inherentes a su función se está refiriendo, podría llevar a alguno a entender que todo delito cometido con ocasión de acto de servicio en un establecimiento militar corresponde a los jueces militares. La interpretación de las normas que atribuyen competencia a los jueces militares debe realizarse de manera restrictiva primero, y sistemática

53 Art. VII PLOJM y Arts. 329 – 334 PCJM (El Peruano 1 de julio de 2001)

después. Atendiendo a ello, el criterio del lugar constituye un elemento a tener en cuenta por el juez al determinar si la conducta configura o no un delito previsto en el CJM, de ninguna manera debe entenderse como un elemento preferente para considerar un delito como militar, puesto que los únicos delitos sobre los que tienen jurisdicción los jueces militares son aquellos previstos en el CJM, según el proyecto.

Ahora bien, resulta conveniente que se haya eliminado la cláusula en virtud de la cual los tribunales militares podían conocer conductas previstas en el código penal común, cuando agraviado e inculpado son militares, tal como prescribe actualmente el art. 324 CJM. Debe valorarse positivamente en el PCJM que los casos de conexión subjetiva y objetiva, entre civiles y militares o entre delitos civiles y militares, se atribuyan a los tribunales ordinarios (arts.330, 350 y 351 PCJM).

El segundo de los objetivos del proyecto que parece intentar reforzar la independencia de los jueces militares, es la facultad que concede al presidente de la República para designar a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, a propuesta de los Ministros de Defensa y del Interior, tras un proceso de evaluación conjunta realizado y con opinión favorable del presidente de la Corte Suprema (art. 7 PLOJM). En el caso de los miembros de los consejos, tanto los de guerra como los superiores, se prevé que sus miembros sean nombrados a propuesta del presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar por resolución suprema refrendada por el ministro del sector.

En este punto, la reforma pretende «garantizar una adecuada selección de los miembros de los mismos (Consejo), así como su plena autonomía en el ejercicio del cargo»⁵⁴. Parecen entender los autores del proyecto, que al atribuir la designación al Presidente de la República, para el caso del consejo supremo, y al Presidente del Consejo, para los consejos, se quiebra la relación de dependencia entre los vocales militares y los órganos de la Administración Militar. En nuestra opinión, que la facultad de designar a los cargos judiciales recaiga en el Ministro de Defensa, en el Presidente de la República o en las más altas autoridades militares, siempre supone que continúe en manos del Ejecutivo, con todos los riesgos que ello entraña.

En suma, no parece que el proyecto introduzca reformas en materia de independencia judicial. El Poder Ejecutivo continúa ejerciendo respecto de los jueces militares una facultad que no ostenta sobre los jueces ordinarios. Preci-

54 Exposición de motivos del PLOJM (El Peruano, 1 de julio de 2001)

samente a éstos últimos los designa el Consejo Nacional de la Magistratura, un órgano autónomo del Ejecutivo, que no tendría porqué excluirse del mecanismo para designar a los jueces militares.

4. ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA JUSTICIA MILITAR PERUANA

Los problemas que presenta actualmente la justicia castrense peruana pueden enfocarse desde dos perspectivas: primero, la administrativización de la justicia militar y sus consecuencias en materia de garantías jurisdiccionales; y, segundo, el ámbito de competencias de los tribunales militares.

4.1. Una Justicia Administrativizada

Desde que Locke publicó en 1690 sus dos ensayos sobre el gobierno y todavía más desde que Montesquieu dio a la imprenta en 1749 su libro sobre el Espíritu de las Leyes⁵⁵, fue doctrina dominante entre los teóricos precursores del liberalismo político la necesidad de que existieran en el Estado unos jueces «imparciales y rectos» separados del Poder Legislativo y Ejecutivo⁵⁶. Uno de los postulados del pensamiento liberal fue la desaparición de las jurisdicciones especiales y la atribución de la función judicial a un poder único que ni lo comparte, ni depende del Ejecutivo o del Legislativo. A pesar de las cautelas adoptadas, la creación de jurisdicciones especiales ha sido históricamente un medio para el surgimiento de sectores judiciales dóciles a las sugerencias del poder político y, por consiguiente, de discutible imparcialidad. La jurisdicción militar, por excelencia modelo de jurisdicción especial, se ha vinculado más de lo necesario y lo conveniente a la Administración Militar. Se ha llegado incluso a decir que el orden judicial militar es la rama del poder ejecutivo encargada de resolver las contiendas de intereses entre militares⁵⁷.

En esta parte del artículo se intentará demostrar que la función desempeñada por los jueces militares, los consejos de guerra o el consejo supremo de justicia militar no son jurisdicción. La función atribuida a los Tribunales Militares podría asimilarse más a la que desempeña la administración, en último término, pues, a la función del Poder Ejecutivo.

55 Edición publicada en 1980 con prólogo de Tierno Galván.

56 TOMÁS Y VALIENTE, p.1458.

57 TOMÁS Y VALIENTE, p.1460.

Si se tuviese que caracterizar en pocas palabras el objetivo de la administración y de la jurisdicción, podría decirse que a la primera le corresponde fundamentalmente proveer el bienestar común de múltiples formas, una de ellas a través de su potestad sancionadora; mientras que a la jurisdicción le corresponde aplicar el Derecho resolviendo el conflicto surgido entre las partes. Ciertamente es que la Administración, en determinados casos tutela y también aplica el Derecho como lo hace la Jurisdicción, por ejemplo cuando debe hacer cumplir sus normas o cuando castiga su incumplimiento, siempre en relación con su actividad y con el fin preestablecido por ésta. La jurisdicción, por el contrario, tutela o resuelve el Derecho sobre conductas que le son ajenas frente a las cuales siente desinterés objetivo⁵⁸.

A ello debe agregarse que la aplicación del Derecho por parte de la administración tiene sentido instrumental respecto de sus propios fines concretos, mientras que la aplicación del Derecho por parte de la jurisdicción sólo es instrumental respecto del Derecho objetivo y los derechos subjetivos e intereses de los sujetos jurídicos, pero constituye el fin mismo de la jurisdicción⁵⁹. Otro signo distintivo reside en la relación funcional entre sus órganos, puesto que en la Administración, las instancias encargadas de aplicar el derecho llevan a cabo su función inspirados en principios como la jerarquía y coordinación. Mientras que en la jurisdicción tal función se desempeña con independencia absoluta.

En resumen, puede afirmarse que la nota que diferencia a la Jurisdicción de la Administración reside en el desinterés objetivo frente a las conductas sobre las que deben pronunciarse. De ella se derivan dos notas características que la diferencian de la Administración, la independencia y la imparcialidad de sus operadores.

Si se tiene en cuenta la distinción realizada entre Administración y Jurisdicción se advierte que la configuración actual de la justicia militar peruana se identifica con la primera por distintos motivos. En primer lugar, nadie podrá negar que los Tribunales castrenses «dicen el Derecho», pero únicamente el que se refiere y atañe a su propia finalidad y actuación. En segundo lugar, y en su relación con los asuntos sobre los que se pronuncian, los tribunales militares no ejercen dicha función con ajenidad ni con desinterés objetivo por razones de naturaleza funcional y orgánica. Funcionalmente, la actividad que desempeñan los jueces militares no es jurisdicción porque los asuntos que deben resolver incumben a los

58 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, 1999, p. 20-23; SAN CRISTÓBAL REALES, p.4.

59 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, 2000, p.4.

Ejércitos y son instrumentales para sus fines y; orgánicamente, porque dependen jerárquicamente y están subordinados a las más altas instancias militares.

Esta distancia entre la justicia castrense y los principios que informan la jurisdicción, con su consiguiente aproximación a la Administración, ha provocado que sea considerada como un sector más de la administración castrense. Esta situación ha sido asumida sin reparos y utilizada para justificar que la designación de los Jueces Militares debe realizarse por el mismo cauce que las disposiciones administrativas que regulan los nombramientos y ascensos en el ámbito de las Fuerzas Armadas, lo que supone una activa intervención del ejecutivo⁶⁰.

Todos y cada uno de los elementos que componen la jurisdicción deben estar presentes en la Jurisdicción Militar para poder conceptuarla, efectivamente, como jurisdicción. Todo ello a pesar de que el texto constitucional peruano no se exprese en esos términos —como sucede en constituciones como la italiana⁶¹ o la española⁶²— y trate al fuero militar en el capítulo XII, dedicado a la Seguridad y Defensa Nacional. De lo anterior no tiene porqué deducirse que el marco de garantías de la jurisdicción, que la Constitución peruana consagra expresamente, excluye de su ámbito de aplicación al fuero militar. Ahora bien, debe reconocerse que la Constitución no rechaza ni impide que garantías como la exclusividad jurisdiccional o la independencia puedan ser invocadas en el fuero militar. A ello se suma que las normas constitucionales reguladoras de principios tales como la independencia o la imparcialidad son meramente programáticas y no tienen un carácter normativo, lo que hace depender su eficacia del desarrollo legislativo. Por tanto, la responsabilidad de que los principios constitucionales sean aplicados en el ámbito judicial militar recaerá en los legisladores, a quienes se les debe exigir la correspondencia de las normas militares con los principios constitucionales.

En los siguientes tres apartados serán analizados tres principios de la jurisdicción de mayor trascendencia para la justicia militar, tal como la unidad jurisdiccional, la exclusividad jurisdiccional y la independencia judicial.

60 En ese sentido GOMEZ CALERO, p. 30.

61 El constituyente italiano establece en el art. 108 que la ley asegura la independencia de los jueces de la jurisdicción especial.

62 La Constitución Española dedica cinco apartados del art. 117 a establecer los principios que rigen la justicia. El inciso quinto establece que: «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

4.1.1. *La unidad jurisdiccional*

La unidad jurisdiccional es una garantía a la que se ha dado rango constitucional en el artículo dedicado a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Consagra el inciso primero del art. 139 Const. Per. por un lado, la vigencia de la unidad de la función jurisdiccional; y, por otro, que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral».

La Constitución Peruana no es muy explícita al definir el principio de unidad jurisdiccional, como tampoco lo es, por ejemplo, la Constitución Española donde se dice que dicho principio es la «base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (art. 117.5 CE). Ello ha provocado que algunos autores subrayen la falta de referencia a su contenido y la ambigüedad de la expresión utilizada por el constituyente⁶³.

La exégesis del art. 139.1 Const. Per. 1993 revela la existencia de dos normas: la primera, reconoce la existencia de la unidad jurisdiccional, y, la segunda, establece dos especialidades, una justicia militar y una arbitral. Estas especialidades no tienen porqué considerarse como excepciones a la unidad jurisdiccional. Proponemos una interpretación distinta a la que se viene realizando, ciertamente literalista, pero coherente con el marco garantista del Estado de Derecho. Puede entenderse que la jurisdicción militar y la arbitral son especialidades, sobre las que también debe tener plena vigencia la unidad jurisdiccional, entendida como el conjunto en el que todos los elementos poseen idénticas facultades, garantías y obligaciones⁶⁴. De ese modo, principios tales como la independencia judicial, imparcialidad o inamovilidad deben informar cada manifestación jurisdiccional incluso la castrense o la arbitral, si bien con matices, al adaptar la especialidad de esas jurisdicciones a los principios anotados.

4.1.2. *La exclusividad jurisdiccional*

Si se utiliza el mismo razonamiento del epígrafe anterior, la exclusividad de la función jurisdiccional, en tanto garantía propia de la jurisdicción, debe extender su ámbito de aplicación sobre la jurisdicción militar.

Ello supone que en la justicia castrense estarían vigentes las dos vertientes de dicha garantía, tanto la positiva cuanto la negativa. La exclusividad

63 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, 1986, p.182; AROZAMENA SIERRA, J., p. 3039-3040; GIMENO SENDRA, p. 90; REVERÓN PALENZUELA, p. 67.

64 DÍEZ-PICAZO, L.M., p.12; de la misma idea GIL GARCÍA, p. 56.

jurisdiccional en su vertiente positiva se traduce en que la resolución jurídica de los conflictos es una potestad que sólo puede ser ejercida por jueces y magistrados en Juzgados y Tribunales y nunca por órganos del Poder Legislativo o Poder Ejecutivo. En un sentido amplio puede entenderse que esta garantía impide y prohíbe que el legislador pueda atribuir la potestad jurisdiccional al poder ejecutivo o al propio poder legislativo. La vertiente negativa, por su parte, pone límites a la actuación de los órganos jurisdiccionales: su propia función y la que por ley se les atribuya. El juez no puede compartir la función jurisdiccional con ninguna otra, su ejercicio es exclusivo.

Ambas vertientes están consagradas en la Constitución Peruana de 1993. En el caso de la positiva, al rechazar que una autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional como al negar que pueda atribuirse la potestad jurisdiccional a órganos de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquier que sea su denominación (art. 139.1 y 2 Const. Per. 1993). La vertiente negativa se garantiza en el art. 146, en el que se establece que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada. La necesidad de extender ambas vertientes en la jurisdicción militar, es una tarea que emprende de cierta manera la LOJM, al establecer que los miembros de los tribunales militares no pueden ejercer empleo, cargo o comisión ajena a su función específica. Sin embargo, dicha tarea no se cumple plenamente por varios motivos, el primero de ellos reside en atribuir la potestad jurisdiccional a militares que difícilmente pueden ser considerados jueces o magistrados; el segundo radica en la falta de proyección de la actividad desempeñada en juzgados y tribunales, puesto que al tratarse de militares profesionales y miembros del cuerpo jurídico militar, sus carreras dependen de normas militares que no aseguran la permanencia en la función judicial. La LOJM únicamente fija un mínimo de años de permanencia en el cargo, que sólo es de dos años (arts. 23 y 38 LOJM).

A fin de evitar lo anterior, es conveniente crear en el cuerpo jurídico militar una sección integrada por juristas que ocuparan puestos de jueces y vocales, cuyo ingreso supondría crear una carrera judicial militar⁶⁵. Todo ello sin perjuicio de considerar, como se ha adelantado en este mismo trabajo, que atribuir la selección y provisión de destinos judiciales militares al Consejo Nacional de la Magistratura constituiría una alternativa más acorde con el texto constitucional.

65 MILLÁN GARRIDO, 1987, p.26. GÓMEZ DE LA ESCALERA, p.518.

4.1.3. *La independencia judicial*

Aunque la Constitución no haga referencia expresa a la independencia de los jueces militares, como sí lo hace respecto de los «magistrados judiciales» en su art. 146 Const. Per. 1993, lo cierto es que la unidad jurisdiccional exige que garantías como la independencia o inamovilidad se extiendan también al ámbito judicial militar. La posición hasta aquí defendida no resulta tan ajena a la actual regulación que establece la LOJM, que en su art. III prescribe que los miembros de la justicia militar no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los organismos judiciales de mayor jerarquía. Resulta positivo reconocer la independencia de los jueces militares frente al Poder Ejecutivo. Sabido es, sin embargo, que no basta con que la ley declare vigente unos principios para que pueda pensarse que éstos van a regir en toda su amplitud en el derecho positivo y de ello es una prueba palpable la justicia castrense peruana. El reconocimiento de la independencia de los jueces militares no es suficiente si ésta no va acompañada de mecanismos y garantías que protejan al juez de las interferencias del Ejecutivo. No basta con declarar que los miembros de los tribunales militares no dependen de las autoridades administrativas: es necesario materializar dicha proclamación. Por lo mismo no es conveniente atribuir la facultad en materia de selección, formación, perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, inspecciones y aplicación del régimen disciplinario militar a órganos que dependen del Ejecutivo.

A tenor de lo expuesto, es evidente que la independencia del juez militar no se protege frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste determina quiénes integran los consejos de guerra y quiénes ejercen de juez instructor. En el caso de los militares, el nombramiento del presidente y vocales de los consejos se lleva a cabo por Resolución Suprema refrendada por el Ministro del Sector (art. 23 LOJM) y en el caso de los jueces instructores, su número es determinado por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo Supremo de Justicia Militar. Todos aquellos que ejercen la potestad jurisdiccional militar —entiéndase por ello tanto los militares cuanto los miembros del Cuerpo Jurídico Militar— están insertos en la estructura de los Institutos armadas, y por lo tanto se ven sometidos al mismo régimen de ascensos y provisión de destinos que el resto de militares. Ello, paradójicamente, es reconocido por la misma ley que proclama la independencia de la autoridad administrativa, al afirmar que los Tribunales de la Justicia Militar constituyen un alto organismo de los Institutos Armados (I LOJM).

Por otra parte y al margen del problema expuesto, merece un comentario crítico el art. III LOJM en el extremo que articula una relación de dependencia

entre los órganos judiciales militares inferiores y el de mayor jerarquía. Una vez más aparece un concepto distorsionado, puesto que la independencia debe garantizarla el Estado frente a todo poder influyente, incluso los tribunales orgánicamente superiores. Ciertamente la estructura orgánica de la justicia militar puede ser piramidal, igual que lo es la de la justicia ordinaria, pero no por ello debe entenderse que jerárquica, desde el momento que no existen rangos inferiores o superiores sino categorías, en las que todos tienen el mismo status y realizan la misma actividad. Esta construcción piramidal de la justicia militar de ninguna manera puede suponer algún tipo de potestad correctora por parte de los órganos superiores, que no pueden ni corregir la aplicación del derecho ni la interpretación de los órganos, salvo cuando se ordene por recurso establecido por la ley. Ahora bien, incluso en el supuesto en que a través de un recurso se reforme la decisión del juez de instancia, ello no puede —bajo ningún concepto— acarrear una sanción disciplinaria, en tanto en cuanto se trata de una decisión dictada en ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La independencia del juez no sólo debe protegerse del Poder Ejecutivo, de los órganos superiores judiciales sino que también debe introducir cautelas para protegerla de las partes y colocar al juez en una posición de imparcialidad. Tal imparcialidad es difícil de garantizar en tanto supone exigir del juez una actitud. Para defenderla se ha intentado objetivar aquellas circunstancias que podrían afectarla. Se distingue así entre imparcialidad objetiva e imparcialidad subjetiva, de modo que la primera trata de evitar la parcialidad derivada de la relación del juez con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo, y la segunda, evitar esa misma parcialidad en el criterio del juez derivada de la relación con las partes⁶⁶. En el ámbito de la justicia militar, la independencia frente a las partes y al objeto del proceso se protege a través de los impedimentos previstos en el art. 370 CJM. Este grado de protección, sin embargo, no es suficiente, pues el entorno de la justicia militar presenta serios inconvenientes para la imparcialidad invocada. El riesgo reside en el grado y en el distintivo militar, peligroso según Venditti para la formación de la voluntad judicial; puesto que el militar en tanto integrante de una jerarquía, es llevado por su propia naturaleza y *forma mentis* a ser sensible a las directrices superiores. La extracción militar de todos los miembros de la jurisdicción militar puede provocar el predominio de sentimientos tales como el espíritu de casta o la defensa de los intereses castrenses. Por su parte, el hábito de respeto a la opinión del superior puede llegar a jugar, inconscientemente, un rol en la dialéctica del colegiado,

66 PEDRAZ PENALVA, p. 215-219.

desde donde puede reproducir la estructura jerárquica con matemático rigor⁶⁷. Más allá de las causas previstas legalmente como posibles atentados a la imparcialidad del juez, el entorno de la justicia militar puede arrastrar al juez a resolver los asuntos con parcialidad por la especial situación de juez y parte con que ejerce su función. Esta parcialidad se nutre de valores militares como la jerarquía, disciplina, obediencia y subordinación, pero especialmente el de unidad. Este riesgo se pretende superar a través de una estructura judicial castrense que distribuye los asuntos de su competencia en función a la jerarquía del militar encausado, de forma que los miembros del tribunal no sean de menor jerarquía militar que él. A la postre, la justicia castrense se organiza en función a criterios como la jerarquía y disciplina, relegando los de independencia.

En este mismo trabajo se ha reconocido que la disciplina castrense puede depender de la composición militar de los tribunales que enjuicien las conductas previstas en el CJM. Sin embargo, los riesgos que ello acarrea a la imparcialidad podrían reducirse en cierta proporción si estos tribunales incorporaran, junto al magistrado militar, magistrados profesionales designados por el Consejo Nacional de la Magistratura.

En último término, y siempre desde postulados garantistas, debe exigirse la inamovilidad de los jueces militares, que supone la estabilidad del juez en el cargo y en la plaza a la que ha sido asignado, entendiéndose tanto el juzgado cuanto el tribunal; y sin limitaciones temporales como las previstas en la LOJM. Con la inamovilidad se pretende impedir que el juez pueda ser trasladado o cesado de su puesto arbitrariamente, salvo cuando concurren las causas previstas en el ordenamiento. La inamovilidad significa que el ingreso en la carrera judicial es un derecho adquirido del funcionario, cuya regulación está en la misma ley que lo nombra. Y ello con el fin de evitar que modificaciones legales puedan obedecer a cambios de criterios o que políticas de cada gobierno alteren el estatuto de los jueces⁶⁸. Dicha garantía se materializa registrando en la ley las causas y los trámites por las cuales pueden ser separados, suspendidos, trasladados y jubilados los jueces, que deben, en cualquier caso, estar directamente relacionadas con el ejercicio de la función judicial y no con el desempeño militar.

67 Cfr. VENDITTI, p. 389.

68 Cfr. ALMAGRO NOSETE, p. 38.

4.2. El ámbito de atribuciones de la Jurisdicción Militar

Es un problema altamente preocupante en países que aún conservan el modelo tradicional de justicia militar, la extensión, contenido y límites de la competencia de los tribunales militares. Y ello debido a que el marco de atribuciones de la jurisdicción militar constituye la parcela más conflictiva en la delimitación del orden penal ordinario. Es evidente que ningún orden de la jurisdicción ordinaria se encuentra tan afectado como el penal en su respectivo elenco de competencias genéricas. A ello se agrega que la jurisdicción militar tiene como cometido esencial el ejercicio de la potestad jurisdiccional en materia penal; guardando así identidad con los cometidos del orden jurisdiccional penal ordinario. Esta coincidencia impone la necesidad de establecer ciertas líneas definitorias del ámbito de atribuciones de la justicia militar con la suficiente dosis de seguridad jurídica⁶⁹. Este problema será primero delimitado a través de ciertas pautas que se irán presentando, antes de analizar el margen de competencias que el CJM atribuye a los jueces militares.

En primer lugar no debe perderse de vista, por obvio que parezca, que la Justicia Militar es una justicia especial frente a la de los jueces ordinarios y que tal especialidad supone que la ordinaria ejercerá —o debe ejercer siempre— una *vis atractiva* respecto de la especial. Ello supone que en caso de duda en la naturaleza de las conductas analizadas o ante la falta de elementos para determinar si el asunto corresponde o no a la justicia especial debe prevalecer la ordinaria.

En segundo lugar, el ámbito de materias que se atribuye a los tribunales castrenses responde a criterios que varían de un país a otro. Es un hecho reconocido, sin embargo, que las infracciones penales militares se determinan, particularmente, desde la protección que pretenda concederse a intereses militares o del Ejército⁷⁰. El delito militar se ha visto circunscrito, como precisa Jiménez Villarejo, a las acciones u omisiones que atentan o ponen en peligro valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente militares o directamente vinculados a la seguridad o a la defensa nacional⁷¹. Sin embargo, esta restricción del ámbito de atribuciones de los tribunales dependerá siempre de la concepción que se tenga de la Jurisdicción Militar y de los fines para los cuales sea utilizada. Resulta pues significativo apreciar como en regímenes autoritarios o de inestabilidad

69 En ese sentido GARBERÍ LLOBREGAT, p.148-150.

70 Vid. NÚÑEZ BARBERO, p.715

71 p. 12

política la justicia militar ha sido utilizada como un instrumento de represión penal y política contra la sociedad civil, en detrimento del Poder Judicial. Para conseguirlo, y siempre de forma proporcional a la intervención que las fuerzas armadas tienen en la vida del país⁷², los gobernantes privilegian a los tribunales castrenses apelando a la gravedad de los delitos y a la consiguiente especial capacidad de los jueces militares para enjuiciarlo; poniendo en duda la capacidad de los jueces ordinarios, su falta de idoneidad y cuestionando el funcionamiento de la justicia ordinaria.

Cuando la competencia de la Jurisdicción Militar es tan extensa que supera lo militar puede pensarse con cierta seguridad, que está sirviendo de instrumento represivo del poder político, gracias a una normativa penal mas severa que la común, aplicada por órganos judiciales vinculados al aparato orgánico del poder político⁷³. Recuérdese que la jurisdicción militar está integrada en la Administración del Estado, que no otorga las mismas garantías al justiciable que las previstas en la jurisdicción ordinaria⁷⁴ y que tiene cierto grado de secretismo⁷⁵. Todo ello, sumado a la ejemplaridad y severidad de sus sanciones, ha provocado que se recurra a ella para efectuar represiones ejemplares, bien sea ensanchando su competencia, por ejemplo a delitos políticos, terrorismo, bandidaje o bien sea declarando en tiempo de paz el estado de guerra o de sitio⁷⁶.

En tercer lugar, y determinado el riesgo que entraña el exceso de competencia de los tribunales militares, la doctrina mayoritaria⁷⁷ es unánime al proponer, cuando de la Jurisdicción Militar se trata, la conveniencia de que disponga de una reducida competencia, que en todo caso puede ampliarse en tiempo de guerra⁷⁸. Para ello suelen recurrir a formulas claras y concisas de atribución de la competencia. Una de ellas, por ejemplo, es limitar la competencia de los jueces militares a determinados delitos, tal y como lo hace el ordenamiento español a través de su código penal militar, el italiano con su código penal militar de paz y como pretende hacerlo el proyecto del Ministerio de Defensa antes abordado. Ahora bien, de lo anterior no se deduce que la competencia de los tribunales militares tiene que circunscribirse a todo lo militar o a toda conducta que infrinja deberes militares, sino que debe limitarse a un ámbito de asuntos concretos y

72 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, p. 1075 y NÚÑEZ BARBERO, p.715.

73 Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, p. 13.

74 Vid. TOMÁS Y VALIENTE, p. 1462.

75 Tal y como expresa el informe de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2000, p.80

76 FERNÁNDEZ SEGADO, 1991, p.16.

77 JIMÉNEZ VILLAREJO, p.13.

78 En ese sentido FERNÁNDEZ SEGADO, 1991, p.20.

restringido. Tal concreción dependerá, pues, de los bienes jurídicos o intereses militares que el legislador quiera proteger penalmente ante los tribunales militares. El problema en este caso, como expone Fernández Segado⁷⁹, reside en que determinados tipos delictivos, sin dejar de pertenecer al ámbito estrictamente castrense, tienen un carácter pluriofensivo, resultando problemático encontrar un criterio que discierna su adscripción al campo civil o al militar, debido a que entran en juego factores heterogéneos y, en última razón, de política legislativa. Es por ello que la doctrina⁸⁰ ha diferenciado entre delitos exclusiva o propiamente militares, en los que el militar quebranta un deber inherente a la profesión de las armas, de aquellos otros delitos impropiaamente militares en los que civiles pueden ser sujetos activos directos de un ataque a un bien jurídico castrense o en los que su carácter pluriofensivo daña bienes jurídicos comunes, tutelados por la legislación común y bienes jurídicos de naturaleza castrense.

Cuando lo que se pretende es que las atribuciones de los jueces militares sea tan amplia que no sólo proteja intereses militares sino también el orden público o la seguridad ciudadana, el legislador recurre a cláusulas que atribuyen facultades discrecionales a los jueces militares para determinar su competencia. Sucede así cuando se atrae hacia los tribunales castrenses todo delito cometido en el cumplimiento del servicio de armas reglamentario⁸¹ o en acto de servicio (art. 324 CJM). La utilización de las fórmulas antes anotadas contribuye a que la jurisdicción castrense conozca de ciertos delitos comunes cometidos con ocasión del cumplimiento del servicio. También suele recurrirse al uso alternativo de criterios como el lugar o la persona, de forma que toda infracción cometida en un establecimiento militar o cometida por un militar sea enjuiciada por Tribunales Militares. El sistema descrito desborda el ámbito de la Jurisdicción Militar en tanto en cuanto se proyecta sobre conductas tipificadas como delictivas en un código normativo que no es el militar, y que, inexcusablemente, habrá de ser el común.

En cuarto lugar, la competencia de los tribunales militares peruanos en tiempo de paz se determina en función de dos criterios, por razón del delito o por razón del lugar. En el primer caso, la materia está determinada en el Libro Primero del Código de Justicia Militar. En el segundo caso por razón del lugar, conoce de las causas contra cualquier militar por delitos cometidos en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles, campamentos, maestranzas, fábricas, talleres y estableci-

79 1994, p.19.

80 Así RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, p. 101-137 y FERNÁNDEZ SEGADO, 1994, p.19.

81 FERNÁNDEZ SEGADO, 1994, p.19.

mientos militares (art. 326 CJM). En este último caso, el CJM no precisa si los delitos cometidos en dichos lugares son los previstos en el CJM o también los comunes. Si se es coherente con el espíritu restrictivo con el que deben interpretarse las normas que atribuyen competencia a una justicia especial, debe entenderse que sólo se trata de los delitos previstos en el CJM, puesto que cuando se atribuye a tribunales militares la competencia penal sobre delitos comunes se ha dejado expresa constancia en el texto de la ley. Las atribuciones de la justicia militar no se determinan en función al sujeto, sin embargo, al definir la competencia por razón del delito se especifica que las infracciones previstas en el CJM las conocen los jueces militares en causas contra los miembros de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales y, en general, de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado (art. 320 CJM).

A pesar de la rigurosa y restrictiva interpretación de las normas del CJM, lo cierto es que contempla dos cláusulas que, a nuestro entender, superan el margen de asuntos que deben conocer los tribunales castrenses. En primer lugar, cuando extiende la competencia a los civiles, en un principio por delitos de traición a la patria en caso de guerra exterior y por infracciones en la aplicación de la Ley del Servicio Militar (art. 323 CJM). Sin embargo esta aparente y excepcional competencia se extendió de forma considerable, cuando la legislación antiterrorista calificó ciertas figuras delictivas como traición a la patria⁸² o cuando se atribuyó a los tribunales militares el juzgamiento de los delitos cometidos por bandas armadas⁸³. Resulta cuestionable que delitos de especial complejidad se

82 A partir del Decreto Legislativo N°25659, quedan tipificados como delitos de traición a la Patria, el ejercicio de un cargo dirigenal dentro de la organización terrorista, la pertenencia a los destacamentos encargados de aniquilamientos selectivos, la participación en atentados con coches bomba, y los actos de colaboración agravados, como el almacenamiento de nitrato de amonio (anfo) o el suministro de información para la comisión de atentados terroristas. Posteriormente, en el Decreto Legislativo N° 25880 se tipificó como delito de traición a la patria la apología al terrorismo realizado por docentes y en la Ley N°26508 se castigó como traición a la patria el que habiendo obtenido alguno de los beneficios contemplados en la Legislación sobre Arrepentimiento comete alguno de los delitos previstos en el Decreto Ley 25475. Sobre el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo en la modalidad de traición a la patria, puede consultarse el Informe de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2000.

83 El decreto legislativo N° 895, de 23 de mayo de 1998, castigó como terrorismo agravado los delitos de robo, secuestro, extorsión u otros delito contra la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública, cometidos por banda, asociación o agrupación criminal y perpetrados con armas de guerra, granadas y/o explosivos; y atribuyó su enjuiciamiento a los tribunales castrenses. La Ley N° 27235 de 17 de diciembre de 1999, reformó el decreto legislativo N° 895, sustituyendo la denominación terrorismo agravado por

atribuyan a tribunales sin los suficientes conocimientos técnicos en la materia. En segundo lugar, el CJM incluye una cláusula para atraer hacia sus tribunales delitos comunes cometidos en acto de servicio, siempre y cuando agraviado e inculpado sean militares (art.324 CJM). Dicha norma ha servido para sustraer a los jueces ordinarios asuntos en los que se hallaban involucrados militares, pero que dudosamente ponían en peligro intereses castrenses⁸⁴.

5. CONCLUSIÓN

Los tribunales militares peruanos, como puede advertirse en este trabajo, padecen de todos aquellos defectos que caracterizan al modelo tradicional de justicia militar, tanto por el excesivo ámbito de competencias que ejerce cuanto por la falta de mecanismos que garanticen adecuadamente la independencia de sus jueces. La justicia militar peruana ha servido de instrumento de represión penal frente a la sociedad civil por una parte y de privilegio para determinados sectores del ejército por otra.

La situación descrita parece tener un punto y final, como se desprende de los proyectos analizados en este estudio. En mi opinión la reforma de la justicia militar peruana debería girar sobre dos objetivos fundamentales. En primer lugar y en lo que al ámbito de competencia de la justicia militar se refiere, es preciso construir una formula restrictiva y por lo tanto coherente con la dimensión que debe tener la jurisdicción militar peruana, que limite su competencia a los delitos y faltas comprendidas en la ley penal militar. Los tipos penales que han de incluirse en dicha ley penal especial deben lesionar bienes jurídicos estrictamente castrenses y tener por sujetos activos únicamente a militares.

terrorismo especial y transfiriendo la investigación y el juzgamiento de los delitos de terrorismo especial a los jueces ordinarios.

84 El art. 324 CJM fue utilizado como fundamento jurídico en contiendas de competencia entre el fuero militar y los jueces ordinarios, en supuestos en los que militares cometieron delitos comunes que, sin embargo, difícilmente podían ser considerados actos de servicio. Por ejemplo en el proceso contra C.S.N. y otros por lesiones graves en agravio de Leonor La Rosa Bustamante (Sala Penal «C» de la Corte Suprema, Contienda de Competencia N° 12-97); en el proceso contra F.N.P. y otros por los delitos de secuestro, desaparición forzada de personas y asesinatos en agravio de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad la Cantuta (Sala Penal de la Corte Suprema, Contienda de Competencia N° 07-94); en el proceso contra el Capitán de Corbeta Armada Peruana A.A.A. por el delito de homicidio en agravio de cincuenta personas no identificadas (Sala Penal de la Corte Suprema, Contienda de Competencia N° 5-85).

En segundo lugar y en relación con las garantías de la jurisdicción, deben introducirse en la estructura orgánica de la justicia militar los mecanismos y las cautelas necesarias para garantizar la unidad jurisdiccional, la exclusividad y la independencia judicial. Para ello, una medida conveniente podría ser la de incluir en el mecanismo de designación de todos los jueces militares al Consejo Nacional de la Magistratura. En cuanto a la composición de los órganos judiciales militares caben plantear hasta tres reformas: primero, que los Consejos y Juzgados dejen de estar integrados por militares sin conocimientos jurídicos, por el riesgo que ello entraña para los justiciables; segundo, que los llamados a ocupar plazas en consejos y juzgados sean del Cuerpo Jurídico Militar; y, en tercer lugar, que magistrados ordinarios compartan plaza en los tribunales militares junto a militares del Cuerpo Jurídico.

Todo ello supone mantener una jurisdicción especial que no está exenta, como ocurre actualmente, de aplicar las garantías de la justicia ordinaria.

A pesar de los múltiples reparos que las jurisdicciones especiales provocan entre los teóricos del derecho y de notable tendencia a suprimirla, tal y como viene ocurriendo en numerosos ordenamientos extranjeros, entendemos que el momento que actualmente atraviesa, por un lado la administración de justicia peruana y, por otro, las Fuerzas Armadas no permiten postular la supresión de la jurisdicción militar.