Algunos aspectos de la Justicia Militar (A propósito del caso peruano)[1]

César San Martín Castro

Sumario: **I**. Introducción. **II**. Conceptos básicos de Derecho Procesal. **III**. La Jurisdicción Militar Peruana. A. Aspectos históricos. B. El Ordenamiento jurídico vigente. C. La noción de «militar» en la jurisdicción castrense. D. Aspectos orgánicos de la jurisdicción militar.

I. Introducción

§ 1. Estudiar la justicia militar en el Perú y, esencialmente, indagar por su concreta naturaleza jurídica, es ante todo resolver una interrogante. La justicia militar peruana: ¿Constituye una emanación de la potestad jurisdiccional del Estado o, tal vez, integra la función administrativa disciplinaria o sancionadora residenciada en el Poder Ejecutivo, a través de la propia estructura castrense?

Desde luego, las respuestas que pueden intentarse deben partir del propio texto constitucional y de las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin perjuicio de relacionarlas con la historia institucional del país y las normas infra constitucionales.

1 Una versión resumida se presentó en el Seminario sobre «Justicia Militar y Estado de derecho en el Perú», organizado por el Instituto de Defensa Legal en el mes de Septiembre de 2001.

§ 2. Se entiende por *naturaleza jurídica* de una institución la esencia y propiedad característica de ella. Desde esta perspectiva, en lo atinente a la jurisdicción militar, importa definir qué es la jurisdicción, cuáles son sus notas características fundamentales, qué es lo propio de lo militar con relación a la jurisdicción en general, porqué no es administración o, mejor dicho, autotutela administrativa y, finalmente, si el rasgo diferencial está justificado y merece mantenerlo de cara a los nuevos perfiles constitucionales del Estado.

El Perú, durante la década pasada, ha sido protagonista de numerosas demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en muchos casos, el actor necesario ha sido la justicia militar. Ello ha determinado, en el ámbito regional, la estructuración de un cuerpo de doctrina consolidado sobre el ámbito y características de la jurisdicción militar, y, a la vez, en fechas más recientes, ha presionado a la jurisdicción constitucional y ordinaria nacional, de tal suerte que es posible afirmar que en la actualidad existe en el Perú una nueva sensibilidad para analizar el papel y los límites de la justicia militar.

§ 3. Cabe señalar que, en tanto se estudie el tema de la jurisdicción, aún cuando esa institución está abordada por la Constitución, su análisis necesariamente corresponde al Derecho procesal. Desde esta perspectiva, se procurará una aproximación conceptual.

II Conceptos básicos de derecho Procesal

§ 1. Si como se tiene expuesto el tema en cuestión pertenece, preferentemente, al ámbito del Derecho procesal, entonces, el problema inicial consiste en definir esa disciplina jurídica. Asencio Mellado, resumiendo el estado de la cuestión, sostiene que «*el Derecho procesal es aquella parte del ordenamiento jurídico que regula la actuación de los órganos jurisdiccionales y de las partes en el seno del proceso con el fin de la aplicación del derecho al caso concreto cuya resolución se solicita*»[2].

No hay duda en la dogmática jurídica que con relación a la jurisdicción propiamente dicha, con exclusión de las normas que versan sobre la estructuración de los poderes del Estado y la posición que en el mismo ocupa el Poder Judicial, que pertenecen al ámbito del Derecho constitucional, son procesales las normas que regulan la organización judicial: creación y clase de

2 Asencio Mellado, 1996, p. 22.

órganos jurisdiccionales; planta, estructura y gobierno judiciales; estatuto de los jueces; y, presupuestos de la jurisdicción y de la competencia[3].

§ 2. Un concepto básico del Derecho Procesal, al igual que el de acción y proceso, es el de jurisdicción. Ella está dotada de unos caracteres propios y de unos fines específicos, cuyo resultado es la impartición de la justicia en el caso concreto[4]. La función jurisdiccional consiste, puntualiza Cordón Moreno, en la tutela del Derecho objetivo, atribuida al Estado, que la ejerce a través de los órganos jurisdiccionales[5].

§ 3. La jurisdicción hoy en día es siempre una potestad del Estado y, asimismo, una potestad de órganos supranacionales configurados por el Derecho Internacional Público. Cuando se afirma que la jurisdicción es una potestas del Estado, desde el derecho interno, se enfatiza que se trata de una derivación de la soberanía estatal, que atribuye a su titular una posición de supremacía capaz de vincular el comportamiento de los demás. En el caso de la jurisdicción, apunta Montero Aroca, es posible definirla como «la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los órganos jurisdiccionales, integrados por jueces y magistrados independientes, encargada de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable, y ejecutando lo juzgado»[6]. Como tal, debe quedar claro, que la jurisdicción es una e individisible; lo que puede distribuirse es la competencia, que sustenta, dice Prieto Castro, la diferenciación de órganos[7].

Este concepto, absolutamente dominante en la doctrina procesalista, envuelve el reconocimiento de los dos aspectos que integran la noción de jurisdicción: 1) el *objetivo*: la potestad jurisdiccional; y, 2) el *subjetivo*: el complejo organizativo que la imparte, que son los órganos jurisdiccionales. En este último aspecto es que, a mi juicio, la Constitución nacional incorpora algunos puntos específicos que es del caso analizar, pues en concreto hace referencia a la jurisdicción

3 Asencio Mellado, 1996, p. 27.

4 Pedráz Penalva (2000, p. 27 y 28) enfatiza que si nos situamos en el parámetro constitucional, la *jurisdicción* es intelegible como potestad, es decir, como aquella competencia constitucionalmente establecida; como el ámbito de acción del Poder —estatal— constitucionalmente definido, reservado en exclusiva a unos órganos predeterminados e independientes. Su naturaleza de medio de constitucionalización social, de garantía del principio de legalidad, de realización y tutela de los Derechos Humanos y de supresión de los obstáculos a la igualdad y efectiva participación ciudadana, a través de su rogado desarrollo procesal, configura, determina y constituye su razón de ser.

5 Cordón, 1995, p. 17.

6 Montero Aroca, 1999, p. 49.

7 Prieto-Castro y Fernández, p. 46.

militar en cuanto complejo organizativo propio, distinto del que abarca propiamente el Poder Judicial (vid.: art. 139°.1 Const.).

§ 4. Según Gimeno Sendra, la jurisdicción —como tal—tiene las siguientes notas esenciales[8]:

1. Es un *Poder* del Estado, así designado por la Constitución, con una vocación de monopolio de la justicia, que incluye el control jurídico de la propia Administración, reconoce el autogobierno de los jueces y diseña un modelo absoluto de independencia judicial, tanto a nivel individual cuanto en el ámbito colectivo.

2. Tiene *potestad jurisdiccional*, entendida como capacidad de actuación de la personalidad del Estado en la manifestación de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Las notas de esta potestad que son de destacar son: a) su generalidad, pues crea un deber especial de sujeción por parte de todos los justiciables, que se resume en la exigencia de colaboración y de obediencia de todos los ciudadanos y poderes públicos a las resoluciones judiciales; y, b) en cuanto a su contenido, se concreta en cuatro potestades: 1. Ordenatoria (emplazamiento de las partes y terceros, someterlas al proceso, impulsar el curso del procedimiento), 2. De instrumentación (otorgar a determinados actos de procedimiento carácter de prueba), 3. Decisora (la más importante e implica la resolución del conflicto con autoridad de cosa juzgada, que dice de su irrevocabilidad), y 4. De ejecución (realizar en sus propios términos lo dispuesto en el fallo de la sentencia).

3. *Independencia, unidad y exclusividad jurisdiccional*. (i) La independencia, significa —en cuanto que es una pieza fundamental del Estado de Derecho— que la justicia es equidistante tanto frente a la sociedad y las partes, cuanto respecto a los demás poderes públicos y a la burocracia superior, lo que permite a los jueces aplicar la ley, esto es, su sumisión al Derecho objetivo[9]. (ii) La unidad implica que el cuerpo

8 Gimeno Sendra y Otros, 1992, p. 29 y 36.

9 La independencia es un requisito fundamental que identifica a un tribunal, la que queda reflejada en aspectos diferentes: independencia frente al Ejecutivo y su faceta de inamovilidad, frente a las partes o imparcialidad, frente al resto de órganos jurisdiccionales, y tiene el contrapunto esencial en el sometimiento al imperio de la ley y la responsabilidad (STEDH, «asunto Belilos», 29.4.88, § 64). Señala Roxin (2000, p. 13) que el pensamiento liberal de un Estado democrático incorpora, entre otros principios fundamentales decisivos, tanto **(1)** la *independencia judicial*, que debe preservar la sentencia de toda influencia extraña a la causa, por cierto, también por parte del Ejecutivo, cuanto **(2)** la *prohibición de tribunales de excepción*

judicial es único, y que el Gobierno no puede crear jurisdicciones excepcionales para conocer de determinadas materias (que éstas tengan calidad de «cosa juzgada», no impide la vulneración a la garantía constitucional de juez legal). (iii) La exclusividad, en tanto que el ejercicio de la potestad jurisdiccional constituye un monopolio de los integrantes del Poder Judicial.

§ 5. Por tanto, la jurisdicción no sólo es una potestad derivada de la propia soberanía estatal. Para ser tal, se requiere ineludiblemente que se conforme respetando e incorporando un conjunto de requisitos o notas características propias, sin las que no se puede hablar de *jurisdicción* en sentido estricto.

Siendo así, sólo se podrá calificar una concreta función, la que corresponde a la jurisdicción militar, en la medida en que respete esas notas características[10]. Básicamente, como recalca Gimeno Sendra, se requiere que se cumpla «la independencia y sumisión a la Ley y al Derecho de conformidad con la jerarquía normativa y el sistema de fuentes preestablecido»[11]. Ello sin perjuicio de discutir el mejor perfil de su organización y su concreto ámbito competencial objetivo y funcional.

Debe quedar claro, desde ya, que si la Constitución reconoce el monopolio jurisdiccional de imposición de las penas (art. 139°.10 Const.) y la Convención Americana de Derechos Humanos exige que el Tribunal decisor sea independiente e imparcial (art. 8°. 1 CADH), deviene ilegítimo un órgano administrativo que pudiera estar habilitado para la imposición de sanciones

a través del principio del «juez establecido por la ley», que pone a salvo al imputado de toda manipulación judicial ilegítima. Independencia es, en suma, sujeción exclusiva del juez a la ley, y a nada ni a nadie más.

10 Monroy Gálvez (1996, p. 230 y 231) critica el uso de categorías jurídicas usadas en este ámbito por la Constitución. Respecto a la actividad en el fuero militar, señala: «... *Consideramos que la acepción jurisdicción utilizada para nombrar a la actividad en el fuero militar [...], no se ajusta al concepto que compartimos, es decir, nos parece que se trata de un uso incorrecto del concepto. Afirmamos que las llamadas jurisdicción militar [...] son, en estricto, expresiones de una competencia material exclusiva*».. Estimamos que el legislador constituyente no ha sido pulcro en advertir la diferencia entre jurisdicción y Poder Judicial organización, lo que ha permitido —siguiendo una concepción que refleja la lógica autonomista del «poder militar»— la configuración de la organización judicial militar con sensibles incumplimientos a la exigencia de todo Estado de Derecho: jueces independientes, imparciales y objetivos.

11 Gimeno Sendra, 1992, p. 62. San Cristóbal Reales (1996, p. 11), en esta misma perspectiva, apunta que «lo que define a un órgano estatal como 'judicial' es que sus titulares sean 'independientes e inamovibles', y por extensión, la jurisdicción (en sentido subjetivo, en tanto tercero en quien se confía la resolución de un conflicto jurídico) que integra ese órgano será 'judicial'».

penales, o cualquier jurisdicción especial que, con extralimitación de su competencia, pretendiera imponerlas. El mismo Gimeno Sendra afirma que esto último sucedería si la jurisdicción especial militar extralimitara su competencia fuera de las terminantes disposiciones constitucionales, pues en este caso se constituiría en un Tribunal de Excepción[12].

III. La Jurisdicción Militar

A. Aspectos históricos

§ 1. La Constitución nacional vigente incorpora un conjunto de cláusulas que es del caso tener presente para desentrañar la naturaleza de la justicia militar peruana. Estas cláusulas, en determinada medida, repiten anteriores textos constitucionales[13] respecto de la posibilidad de instituir tribunales militares y, hasta cierto punto, los modifican sensiblemente en cuanto a su ámbito de conocimiento.

La Constitución de 1843 es la primera que contiene una referencia expresa a la jurisdicción militar. El art. 110°, como no podía dejar de hacerlo, califica a los tribunales militares como «especiales». Dice la norma: «*Habrá un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo tribunales especiales para el comercio y la minería.-*

12 Gimeno Sendra, 2000, p. 23. En igual sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en su sentencia N° 60/1991, de 14 de Marzo, al señalar «*el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria [...] el conocimiento de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional*». De igual manera, y especialmente, la Corte Interamericana de derechos Humanos en el «asunto Castillo Petruzzi y otros», de 30.5.99; en cuyo § 128 señala «*Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia*».

13 García Belaúnde (1993, p. 5) destaca que el Perú ha tenido once constituciones anteriores a la vigente, sin perjuicio de más de treinta documentos con vocación constitucional. La jurisdicción militar surgió con el nacimiento del ejército permanente y ha sido, desde sus orígenes, una jurisdicción especial, de ahí su referencia en las Constituciones republicanas y las leyes que la organizaban desde la independencia nacional.

La Ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus Vocales, y sus respectivas atribuciones». Las Constituciones siguientes, de 1839, 1856 y 1860, no hacen referencia concreta a la justicia castrense, pese a lo cual funcionó fluidamente. Una muestra de ello son: *primero*, las numerosas leyes de reforma de la legislación militar heredada de la Colonia expedidas durante los primeros años de la independencia nacional[14]; *segundo*, la Ley de 14 de enero de 1865 que aprobó el «Código Militar», pero que no entró en vigor por la revolución que hubo entonces, según da cuenta el Diccionario de la Legislación Peruana de García Calderón; y, *tercero*: la aprobación del primer Código de Justicia Militar que entró en vigencia mediante la Ley de 20 de diciembre de 1898.

§ 2. En el siglo XX se reanuda la referencia expresa a la justicia militar. La Constitución de 1920, modificada por la Ley N° 5862, de 22 de septiembre de 1927, en su artículo 156°, prescribe: «*La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejercito o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional*». Sobre esa base el Código de Procedimientos en Materia Criminal de ese año, en su art. 31°, sancionó que están excluidos de la jurisdicción penal ordinaria: «*...los delitos puntualizados en el Código de Justicia Militar cuando son cometidos por militares*»; esto es, limitó la jurisdicción castrense a los militares y a los delitos tipificados en el Código de la materia, línea conceptual que, de uno u otro modo, se proyectaría a las últimas Constituciones.

La Constitución de 1933 importó un retroceso frente a la Constitución anterior, pues amplió el ámbito de la jurisdicción militar, al no figurar ningún límite ni delinear con criterio de excepcionalidad su competencia objetiva. El art. 229° estipula que «*La ley determinará la organización y las atribuciones de los*

14 Así tenemos, por ejemplo, (1) la Ley de 27 de diciembre de 1821 que crea una Comisión Militar, compuesta de un presidente, cuatro vocales, seis fiscales y cuatro defensores, para conocer privativamente de todas las causas sobre robos, raterías, violencias y riñas que hubiese dentro de la capital, sean los delincuentes militares o paisanos, las que se seguirán conforme al reglamento que establece la forma del proceso verbal; (2) el Decreto de 27 de Mayo de 1826, que atribuye a un Consejo Militar Permanente el conocimiento de las causas de delitos comunes y del servicio de todo individuo militar, excepcionándose a los que tienen juzgado particular por pertenecer a cuerpos privilegiados; (3) el Decreto de 13 de marzo de 1834, que encarga a la jurisdicción castrense el conocimiento de los crímenes de tumulto, sedición y traición, bajo el procedimiento del juicio verbal; (4) ampliado por el Decreto de 7 de septiembre de 1836, a los delitos de robo y asesinato que se cometieren en los caminos o dentro de la ciudad; y, (5) la Ley de 2 noviembre de 1839, que dispone que la Corte Suprema conocerá de los recursos de nulidad que se interpongan en las causas del fuero militar, asociándose a ella dos militares de la clase de general.

tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas». Sobre tan amplio texto, el art. 10° del Código de Procedimientos Penales de 1940, se limitó a señalar que «*La instrucción y el juzgamiento de los delitos que [...] por la condición personal del agente sea objeto de leyes especiales, caerán bajo la jurisdicción [...] los tribunales de Guerra, Militares, Navales o de Policía, según los casos*». Como es de observarse, el criterio que sigue el Código Ordinario es muy amplio y no necesariamente calza con la Ley Fundamental, dado que instituyó la jurisdicción castrense como *fuero personal*. Ello fue así porque el criterio de definición competencial que reconoció fue llana y latamente la condición personal del imputado, sin tomar en cuenta —y, menos, desarrollar— que la propia Carta Política incorporó una cláusula de control o de justificación teleológica a la propia existencia y razón de ser de los tribunales militares: «la naturaleza de las cosas».

La penúltima Constitución, de 1979, avanzó en algo al precisar el ámbito de lo militar y fijar algunas excepciones para el juzgamiento de civiles, aunque sin llegar a la radical exclusión de la Constitución de 1920[15]. El artículo 282°, modificado por la Ley N° 24949, estableció, de modo muy similar a la Constitución vigente de 1993, aunque esta última amplía la posibilidad de juzgamiento de civiles por la justicia militar, apartándose definitivamente del progresista texto del art. 156° de la Constitución de 1920. Dicha norma estipulaba: «*Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el art. 235°.- Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar*»[16].

§ 3. Una característica singular, frente a las prescripciones constitucionales, fue la relativa autonomía de la legislación militar, que no necesariamente sigue o respeta las limitaciones reconocidas por las Leyes Fundamentales.

El primer Código de Justicia Militar, de 20 de diciembre de 1898, promulgado por Nicolás de Piérola, en tanto que la Constitución de 1860 se limitó a señalar

15 Al respecto, el Profesor Mixán Mass (1982, Tomo I, p. 353) adelantó una propuesta hermenéutica muy estricta, aunque no llega a ubicarse claramente en la noción de bien jurídico y de la misión constitucional de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Dice: «*para radicar la competencia penal del juez militar se requiere: no solamente que el sujeto agente del delito sea un militar, sino, además, de que el delito sea cometido en ejercicio de la función militar y el acto delictuoso guarde relación con la índole del servicio*».

16 El art. 235° de la Constitución de 1979 establecía que: «*No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior*».

que «*La justicia será administrada por los tribunales y juzgados, en el modo y la forma que las leyes determinen*» (art. 124°); y, que «*Los Juzgados y Tribunales privativos e igualmente sus Códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes*» (art. 136° - Título XIX Disposiciones Transitorias); prescripciones que, a su vez, reprodujo la Constitución de 1867 en su art. 121° y 2da Disposición Transitoria, en materia de «jurisdicción de Guerra» (Título II) y «competencia jurisdiccional» (Título III), estableció lo siguiente:

1. Que, como regla general, la jurisdicción de guerra se ejerce tanto por razón del delito y del lugar en que el delito se comete, cuanto por razón de guerra.

2. Que por *razón del delito* la jurisdicción de guerra conoce de las causas contra los militares —por el hecho de ser tales—, por cualquiera de los delitos comprendidos en las leyes penales del Ejercito. Asimismo, comprendió a los civiles en diez rubros de delitos específicos, así como por otros delitos que por ley especial se le atribuya. Entre ellos se encuentran los delitos de: traición; deserción; rebelión, sedición o motín militar; insulto a centinelas y fuerza armada del Ejército; espionaje; incendio, robo, hurto, estafa de caudales, material de guerra, armas, pertrechos, municiones y demás efectos pertenecientes a la hacienda militar; falsificación de marcos y sellos usados en las oficinas militares o de documentos que deban expedirse por las dependencias de guerra; adulteración de provisiones de boca destinadas al suministro de tropas; salteamiento, destrucción de hilos telegráficos, ataque a conductores de valijas postales o robo de éstas, incendio, secuestro de personas, siempre que el delincuente pertenezca a banda cuyo número no baje de tres.

3. Que, extensivamente, por *razón de delito*, el art. 13° prescribe que «la jurisdicción de guerra conoce también de los delitos y faltas cometidos por militares en acto de servicio, aunque fuesen comunes».

4. Que, por *razón del lugar*, la jurisdicción de guerra conoce de las causas que contra toda clase de personas, por la comisión de toda clase de delitos en plazas sitiadas, cuarteles, campamentos, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, academias y demás establecimientos de guerra, siempre que el delito perturbe el servicio militar, tienda a alterar el orden público, afecte la seguridad de esas dependencias o perjudique su mejor defensa.

5. Que la jurisdicción castrense también alcanza a determinadas materias de derecho civil, tales como reclamaciones por deudas contraídas por militares

en campaña, relaciones matrimoniales y testamentos militares. Ello la convertía, como es obvio, en un fuero personal y privilegiado.

6. Que, como *reglas de extensión de la competencia militar*, se incorpora, entre otras, las siguientes: (1) que, en caso de concurso real o ideal de delitos, conoce de todos los delitos la jurisdicción que habría de imponer la pena más grave; (2) que este mismo principio se extiende inclusive cuando exista duda, pero (3) cuando la pena prevista es igual, corresponderá el conocimiento de las causas a la jurisdicción militar; la que, (4) asimismo, conocerá en esos casos de los delitos conexos. Estas reglas, contradictoriamente, establecieron un principio inverso al propio de toda jurisdicción especial, dado que en estos casos siempre la *vis atractiva* la tiene la jurisdicción ordinaria[17].

§ 4. El segundo Código de Justicia Militar, aprobado por la Ley N° 8991, de 16 de octubre de 1939, dictado al amparo de facultades legislativas delegadas otorgadas por el Congreso Constituyente y bajo el imperio de la Constitución de 1933, que se limitó a señalar que los tribunales militares se organizarán y tendrán la atribución que fije la ley, aunque respetando «...la naturaleza de las cosas», en lo que es materia de análisis, no difiere en mucho a lo que en su día dispuso el Código derogado. Es de destacar: (1) la clásica referencia al ámbito de la justicia militar: por razón del delito, por razón del lugar y por razón del estado de guerra (art. 6°); (2) la precisión que, por razón del delito, la jurisdicción militar conoce —restrictivamente— de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas «... por infracciones previstas en este Código» (art. 7°), aunque tratándose de Policías, la competencia material se extiende no sólo a las infracciones contra la disciplina y el deber militar, sino también las cometidas en acto de servicio o función militar, o con ocasión de uno u otra[18] (art. 10°); (3) la comprensión de civiles cuando se comete un conjunto de delitos, tales como

17 La Corte Suprema en una decisión sumamente importante, aunque dictada con arreglo al Código de Justicia Militar posterior, que correctamente estipuló la primacía de la jurisdicción ordinaria en casos de conflicto, señaló limpiamente ese principio. Sostuvo «*La jurisdicción ordinaria es fuente y raíz de todas las demás, y constituye la regla general de competencia, por lo cual las excepciones determinantes de atribución a las jurisdicciones especiales han de hallarse suficientemente acreditadas para contrarrestar y enervar aquella norma; y si una infracción se encontrase comprendida en el Código común y en el privativo, prevalece la jurisdicción del primero, salvo que se dieran todas las circunstancias para que el hecho se sujete a la jurisdicción privativa*» [Ej. Sup. 16.7.1960. Revista Anales Judiciales, Lima, 1960, p. 172].

18 Ello, en su día, dará lugar a la tesis jurisprudencial de la década de los 80 de la causalidad y de la mera ocasionalidad, como fundamento para definir el «delito de función» con arreglo a la Constitución de 1979.

traición, deserción, rebelión, ataque a centinela o fuerza armada, espionaje, atentado contra la hacienda militar, falsificación de documentos militares, determinados ilícitos en banda (art. 11°), así como los que por ley especial se atribuye a la jurisdicción de guerra (art. 12°); (4) el conocimiento de delitos cometidos en acto de servicio, aunque fuesen comunes (art. 12°); (5) el conocimiento, por razón del lugar, de los delitos —cometidos por cualquier persona, inclusive civiles— que tienen lugar en plazas sitiadas, cuarteles y demás establecimientos militares, siempre que el delito perturbe el servicio militar, tienda a alterar el orden público, afecta la seguridad de esas dependencias o perjudique su mejor defensa (art. 14°); (6) en caso de concurso real de delitos, uno militar y otro común, conoce la jurisdicción a la que corresponde imponer la pena más grave (art. 20°), criterio que se siguen en el caso de concurso ideal de delitos (art. 21°) y cuando exista duda, aunque ante igualdad de penas prima la jurisdicción ordinaria, siempre que el acusado no sea militar en servicio (art. 22°); y, (7) la jurisdicción de la que por esas reglas conozca de los delitos, también conoce de los delitos conexos (art. 6°).

§ 5. El tercer Código de Justicia Militar, aprobado por Decreto Ley N° 11380, publicado el 7 de junio de 1950, tuvo como eje de la reforma la institucionalización de los Consejos de Guerra Permanentes para una sanción eficaz y oportuna, la organización del Cuerpo Jurídico, la adecuación a un sistema de penas más flexible y la imposición de procedimientos más céleres, «... a fin de que sea verdadera salvaguarda de la moralidad y disciplina inconmovibles de dichas Fuerzas, garantía de orden y factor inmediato para su restabilización (sic) si se produce su ruptura».

La Corte Suprema, en los delitos materia de conocimiento de la jurisdicción castrense, conocía en vía de recurso de nulidad, de recurso de revisión, conflictos de jurisdicción entre la ordinaria y la militar, de los delitos cometidos por los miembros del Consejo de Oficiales Generales en el ejercicio de sus funciones (art. 4°); el conocimiento recursal en vía de nulidad comprendía los autos que resolvían excepciones de jurisdicción, sentencias que imponían pena de muerte y privación de libertad mayores de cinco años, sentencias absolutorias por los delitos conminados con las penas antes indicadas, sentencias expedidas por la Sala Revisora del Consejo de Oficiales Generales (art. 754°).

En cuanto a la determinación de la jurisdicción militar (arts. 407°/427°), el Código repite la legislación derogada.

§ 6. El cuarto Código de Justicia Militar, aprobado por Decreto Ley N° 14613, de 25 de julio de 1963[19], dictado igualmente cuando se encontraba en vigor la Constitución de 1933, cuyo art. 229° —como se ha dejado anotado— reconocía la existencia de tribunales militares y dejaba librada su organización y atribuciones a la ley, siempre que sean compatible con «...*la naturaleza de las cosas*», reproduce en lo esencial las disposiciones de los anteriores Códigos de Justicia Militar, sin tener presente la construcción de limitaciones específicas relacionadas con lo que debe entenderse por «naturaleza de las cosas», que en este caso —como no podía ser de otra forma— debía referirse a la naturaleza propiamente militar del delito y a la calidad de militar, perteneciente a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del agente delictivo.

En efecto, dicho Código disponía que (1) la jurisdicción militar se ejerce por razón del delito, por razón del lugar y por razón del estado de guerra (art. 328°); (2) por razón del delito la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas contra los miembros de la Fuerza Armada, Fuerzas Auxiliares y, en general, de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas en dicho Código (art. 329°)[20]; (3) contra cualquier persona, sea militar o civil, por delitos tales como de traición, espionaje, ultraje a la nación, rebelión militar, ataque a centinela o fuerza armada, saqueo y organización ilegal de agrupaciones armadas, robo de caudales militares, corrupción de funcionarios militares; (4) por delitos comunes cometidos por militares y policías cometidos en acto de servicio (art. 333°)[21]; (5) por razón del

19 Vid.: Hurtado Pozo, 1987 p. 312 y 315, García Belaúnde, 1993, p. 199 y 484.

20 Una aplicación restrictiva de este dispositivo fue realizada por la Corte Suprema tratándose de delitos imputados a un Guardia Civil perpetrados en circunstancias que cumplía comisión de un Juez Penal, de lo que fluye que el *servicio* debe ser propiamente dispuesto por el ordenamiento castrense o policial, nunca cuando el agente actúe por comisión judicial (Ej. Sup. de 9.12.61, Revista Anales Judiciales, 1961, p. 146; y Ej. Sup. de 21.3.67, Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, 1967, p. 739). Igualmente, en los casos de delitos contra la administración de justicia imputados a un Guardia Civil, por haber permitido la fuga de un preso, que conducía a la Cárcel por orden del Juez Penal (Revista de Jurisprudencia Peruana, 1967, p. 610).

21 Una opción restrictiva en la interpretación del «acto de servicio» la hizo el Supremo Tribunal en los supuestos de tortura; señaló que «*los maltratos inferidos a un inculpado durante la investigación judicial, no pueden ser considerados como practicados en actos del servicio. Si la autoridad policial se extralimita en el ejercicio de sus funciones, el delito es común y su juzgamiento corresponde al fuero ordinario*» (Boletín del Colegio de Abogados de Lima, 1970, p. 213). Aunque, a *contrario sensu*, será de competencia de la jurisdicción militar el delito contra vida cometido por un miembro de la Policía en circunstancias en que se encontraba en acto del servicio (Boletín Judicial de la Corte Suprema N° 4, 1972, p. 218).

lugar, contra cualquier persona, por delitos cometidos en plazas sitiadas, cuarteles y demás establecimientos militares (art. 336°); (6) extensivamente[22], cuando una infracción estuviese comprendida en ambos Códigos (Militar y Penal común), conocerá de la causa la Justicia Militar si se encuentra expedita la jurisdicción y competencia según lo dispuesto en el Código de Justicia Militar, así como en los casos de delitos conexos si el principal está sometido al fuero castrense, pero en caso de concursos real o ideal el conocimiento corresponde a la jurisdicción que habrá de imponer la pena más grave, pero en caso de duda o de similar pena, tienen preferencia los tribunales comunes[23].

§ 7. El quinto Código de Justicia Militar de 1980, promulgado por Decreto Ley N° 23214, de 24 de julio de 1980, se sustentó en la necesidad de adecuar la legislación militar a la nueva Constitución Política de 1979, así como de «... actualizar sus normas en concordancia con la evolución y desarrollo operados en las Fuerzas Armadas y Policiales»; sin perjuicio, que, esencialmente, buscó evitar que el nuevo gobierno democrático sea el que reforme la jurisdicción militar, utilizada con fines ostensiblemente políticos durante el docenio militar. No obstante que el art. 282° de la mencionada Constitución delimitó la justicia militar a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en los casos de «delitos de función, cuyas disposiciones no son aplicables a civiles, salvo el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior», insistió básicamente en las disposiciones del Código anterior, no obstante el cambio que significaba la nueva Ley Fundamental.

En efecto, insistió en definir el ámbito de la jurisdicción militar a partir de tres criterios independientes: por razón del delito, por razón del lugar y por razón del Estado de guerra (art. 319°). Enfatizó que, por *razón del delito*, la jurisdicción conoce no sólo de las causas seguidas contra los miembros de la Fuerza Armadas y Fuerzas Policiales —únicas autorizadas por la Constitución—, sino también de «cualquier otra Fuerza dotada de armas que, militarmente

22 En este tema sí difieren los Códigos de 1898 y 1963, pues el último se inclina por la jurisdicción ordinaria en caso de delitos sancionados penas iguales (vid.: art. 353°), pero a su vez comprende en la jurisdicción militar a otras fuerzas que portan armas militarmente organizadas, distintas de las FFAA. y de la PNP (vid.: art. 329°).

23 Ello permitió, por ejemplo que la Corte Suprema dirima la competencia en favor de la jurisdicción castrense en los casos en que se perpetró independientemente y en tiempo distintos, por ejemplo, un delito contra la hacienda militar y un delito contra el honor sexual, por estar conminado el primero con pena más grave (Ej. Sup. de 18.4.64, Revista de Jurisprudencia Peruana, 1964, p. 812). En igual sentido, pero a favor de la jurisdicción ordinaria, se dirimió la causa cuando separadamente un Guardia Civil cometió un delito contra el honor sexual y otro de abuso de autoridad, porque el primero era más grave (Revista de Jurisprudencia Peruana, 1967, p. 496).

organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas en este Código» (art. 320°)[24]. Añadió, en su art. 323°, que la jurisdicción militar conoce de las causas que se sigan contra civiles (1) por el delito de traición a la Patria en caso de guerra exterior[25], así como —pese a ser un supuesto no contemplado expresamente por la Constitución aunque ya previsto en los anteriores Códigos castrenses— (2) por infracciones en la aplicación del Servicio Militar; supuesto último que la nueva Constitución recién «legitimó». Empero, es de acotar que en ambos casos, al no ser los agentes delictivos propiamente «militares», tanto los primeros como los segundos —de ahí la necesaria extensión—, no es posible avalar su incorporación a la jurisdicción castrense, tal como lo tiene ya establecido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se verá posteriormente.

Igualmente, extendió la jurisdicción militar a los delitos comunes cometidos por militares y policiales en acto del servicio cuando inculpado y agraviado son militares, aplicándose en ese caso las normas del Código Penal común[26]; y, por *razón del lugar*, cuando se trate de delitos cometidos por un militar en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles y demás establecimientos militares. Se trata de supuestos que no tienen la menor base constitucional, no sólo porque hace abstracción de la naturaleza estrictamente militar del hecho punible —que no lo califica como tal la condición militar de la víctima ni el lugar de comisión—, sino porque además extiende la aplicación del Código Penal común a un órgano jurisdiccional especial que por imperio constitucional sólo debe aplicar el Código de Justicia Militar.

En caso de que una misma infracción estuviese comprendida en ambos Códigos (concurso ideal de delitos), conocerá la jurisdicción militar si ésta se

24 Este agregado tiene como primera y única fuente el art. 331°.1 del Código de Justicia Militar de 1963. Los anteriores Códigos no incorporaron tal regla de extensión de la jurisdicción castrense.

25 Según se ha visto del repaso histórico realizado, la extensión de la justicia castrense a los civiles era pródiga. Con la Constitución de 1979 tal posibilidad se limitó a un caso; norma que, comparada con la Constitución de 1920, constituyó un serio retroceso, pues el art. 156° de aquélla prohibió expresamente extender la jurisdicción militar sobre personas que no estén en el servicio del Ejercito o Fuerzas Policiales.

26 Una importante limitación para la definición del *fuero* castrense, cuando extensivamente se dispone que conocerá de los delitos en los que los sujetos activo y pasivo son militares, está consagrada en la Ejecutoria Suprema de 11 de noviembre de 1960. Dice la Corte Suprema «*La circunstancia que el sujeto pasivo de la relación procesal penal castrense, tenga clase militar, está condicionada a que el delito incriminado está expresamente contemplado en dicho Código Privativo, por lo que de no ser así el conocimiento de la causa corresponde a la jurisdicción común*» [Revista de Jurisprudencia Peruana, N 207, Lima, 1960, p. 579].

encuentra expedita conforme a las reglas sobre jurisdicción y competencia contenidas en el Código de Justicia Militar (art. 340°); pero, en caso de duda acerca de la competencia rige el principio de la pena más grave y, si fueran iguales, la primacía la tiene la jurisdicción ordinaria, salvo que el agente sea militar en servicio y se trate de un delito de función (art. 344°).

Este Código, es de reconocerlo, no reproduce las normas sobre delitos principales y delitos conexos, y mantiene la independencia de cada infracción punible a los efectos de la jurisdicción que corresponde conocer de ellos, situación que se vuelve problemática en los casos de concurso ideal de delitos y, esencialmente, de cara al principio del *ne bis in idem*.

B. El Ordenamiento jurídico vigente

§ 8. La Constitución de 1993, sobre la base de la Constitución anterior y la propia lógica autoritaria que la animó, estatuyó lo siguiente:

1. La primera referencia expresa se encuentra en el Capítulo VIII «Poder Judicial». El art. 139° Const., a la par que proclama como principio de la función jurisdiccional —en el art. 138° Const. hace mención a la *potestad de administrar justicia*—, la unidad y la exclusividad [cabe señalar que la unidad no se refiere a la función sino a la manera de organizar el poder judicial[27]], reconoce asimismo como excepción el establecimiento de la jurisdicción militar (así la rotula). Los demás numerales del citado art. 139° Const. desarrollan el conjunto de exigencias orgánicas y procesales que la jurisdicción debe respetar, en la que se incluye, por cierto, la militar. De lo contrario, sencillamente, no sería *jurisdicción*[28].

27 Cabe aclarar, conforme expone Lobatón (1998, p. 12 a 14), que el Principio de Unidad responde a la exigencia del pensamiento político liberal de suprimir las jurisdicciones privativas propias del antiguo régimen, que tuvieron como designio establecer un tratamiento específico y privilegiado a ciertas personas, que de esta manera quedaban sujetas a un tribunal distinto del competente sobre el común de los ciudadanos, con lo que se lesionaba el principio de igualdad ante la ley, que exige el sometimiento de todos a unos mismos tribunales o, mejor dicho, a tribunales de una misma naturaleza.

28 Si se toma en sentido fuerte la afirmación del principio de Unidad Jurisdicional, ello quiere decir tal principio «*apunta a investir a toda entidad judicial de las garantías mínimas reconocidas como estándar universal; esto es, resulta presupuesto para realizar en toda su amplitud la tutela judicial efectiva*» (Schiappa-Pietra, 1990, p. 49), de suerte que la existencia de la jurisdicción militar no enerva de dicha investidura necesaria para ser calificada de «entidad judicial» propiamente dicha.

2. La segunda se encuentra en el Capítulo XII «De la seguridad y la Defensa Nacional». Los arts. 173° y 174° se limitan a fijar la competencia objetiva-material de la justicia militar, incardinándola en los fines y funciones que cumplen las FF.AA. y la PNP (cfr.: arts. 165° y 166° Const., que precisamente integran ese Capítulo). Se trata de un ámbito propiamente penal [no se reconoce una jurisdicción contenciosa-administrativa militar]. A ese ámbito se circunscriben los: (i) Delitos de función cometidos por miembros de las FF.AA. y PNP; (ii) Delitos referidos a la legislación del Servicio Militar Obligatorio; y, (iii) cuando la ley lo establezca y en la dimensión que así lo estime, delitos cometidos por civiles en los casos de delitos de traición a la patria y de terrorismo.

El Tribunal Constitucional en su STC de 15.10.99, recaída en el «asunto Rafael Eduardo Modenesi Montani», ratificó esa competencia, proscribiendo que pueda conocer de acciones de garantía constitucional (art. 5°, Decreto Legislativo N° 895), que como se sabe integra otra materia o disciplina jurídica: el Derecho procesal constitucional, que el art. 202°.2 de la Constitución se la entrega concurrentemente a la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial y a la jurisdicción constitucional del Tribunal Constitucional[29].

3. La tercera se encuentra en el citado Capítulo VIII «Del Poder Judicial», cuyo art. 141° delimita la intervención del Supremo Tribunal, al recurso de casación de los fallos emitidos por el Fuero Militar (sic), siempre que impongan pena de muerte[30].

§ 9. Fijado el ámbito normativo «de lo jurisdiccional militar» por la Primera Ley, cabe resaltar tres datos substanciales.

29 Exp. N° 757-99-HC/TC, El Peruano, 15.1.2000, p. 2533 y 2534.

30 En los debates del Congreso Constituyente Democrático, sin cuestionamiento alguno, se aceptó unánimemente la propia existencia del los tribunales militares y su ámbito de conocimiento circunscrito a los militares y policías que cometan los denominados «delitos de función», así como todos aquellos que infringen delictivamente la legislación del Servicio Militar. Sólo fueron materia de discusión, a propósito de los planteamientos críticos de la minoría parlamentaria, cuatro ámbitos bien definidos: (1) el juzgamiento de civiles por delitos de traición a la patria y terrorismo, en cuya virtud la minoría no formuló un rechazo de principio, sino que se limitó a solicitar que tal disposición debía tener el carácter de transitoria ante los embates del terrorismo (Flores Nano, Lourdes y Tudela Van Breugel-Douglas, Francisco); (2) el conocimiento casacional de la Corte Suprema de todos los fallos expedidos por los Tribunales Militares, sin limitarse —según la propuesta defendida por Martha Chávez Cossío - a los que impongan pena de muerte (Pease García, Henry y Cáceres Velásquez, Roger); (3) la exclusión del conocimiento del fuero militar de los delitos contra los derechos humanos (Pease García, Henry); y, (4) la necesidad que los jueces militares fuesen militares en retiro Pease García, Henry) [vid.: Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático, Ed. Oficial, Congreso de la República, Lima, 1994, p. 1721 a 1785].

1) La Constitución reconoce que los Tribunales Militares [utiliza en algún pasaje —vid.: arts. 173° y 141° Const. — el antiguo y equívoco nombre de «Fuero Militar»[31]] integran la potestad jurisdiccional del Estado [su reconocimiento expreso se encuentra en el Capítulo VIII], aunque permite que se organice de modo peculiar, como complejo organizativo distinto a los órganos integrados en el Poder Judicial cuyo vértice es la Corte Suprema. El llamado *Poder Judicial organización* no comprende a la jurisdicción militar, que es un Tribunal Especial por la Organización, al decir de Montero[32].

2) El ámbito competencial objetivo (*rationae materiae*) permite reconocer que aplica, primordialmente, el derecho penal militar, que es un derecho especial por antonomasia, al punto que delimita la ley aplicable: el Código de Justicia Militar, en el sentido que éste sólo debe incorporar como ilícitos penales aquellos definidamente funcionales[33]. Ello permite sostener, como lo hace Bernales Ballesteros, que la interpretación sobre lo que es delito de función [objeto básico de la competencia *rationae materiae* de los tribunales militares] debe ser restrictiva y abarcar sólo aquellos casos que indiscutiblemente son asuntos

31 Schiappa-Pietra (1990, p. 35) dice al respecto: «*empleamos la denominación jurisdicción en vez de fuero, por considerar que —pese a su reiterado uso como sinónimos- la primera tiende a referirse al ordenamiento jurídico institucional que administra [imparte] justicia, mientras que el segundo tiende a aludir a la prerrogativa personal en la determinación de la competencia de un ordenamiento específico. Además, la diferenciación entre ambas denominaciones se basa también en la acepción que cada cual ha alcanzado a través de la historia. En el Perú sigue empleándose el término fueros, pero nosotros lo estimamos inadecuado*»

32 Montero, 1999, p. 91. La Defensoría del Pueblo en la Resolución Defensorial N° 32-DP-2000, de 6 de junio de 2000, señala que «*El fuero privativo militar constituye una instancia jurisdiccional de excepción que conoce situaciones expresamente contempladas por la propia Constitución*» [El Peruano, 7.6.2000, p. 187701]. Tal vez, el vocablo «excepción» se ha utilizado incorrectamente, pues da cuenta de una instancia jurisdiccional que —en si misma- no cumple con los postulados y requisitos de un órgano judicial independiente, competente e imparcial, que por cierto no puede ser el sentido y orientación de la Constitución, aunque por su falta de precisas referencias y de una adecuada cultura institucional ha dado lugar a una jurisprudencia errática, que no permite decir —como lo hace Chirinos Soto (1979, p. 337)- que el artículo 282° de la Constitución —similar en este punto al art. 173° de la Constitución vigente- imprime a dicho texto fundamental «*su indispensable tono civilista*».

33 Apunta Jiménez y Jiménez (1987, p. 40 y 41), siguiendo a Venditti y Núñez Barbero, que la ley penal militar es especial porque es complementaria del Código Penal Común; es especial porque la mayor parte de sus preceptos se refieren a una determinada categoría de sujetos (los militares) [en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible que el Código de Justicia Militar incorpore a civiles]; y es especial, finalmente, porque las normas punitivas castrenses contienen elementos especificadores respecto de los comunes.

castrenses o policiales, con lo que se evitaría desigualdades de trato y se crearían condiciones de moralización mucho más efectivas[34].

3) En lo demás, por ser propiamente jurisdicción, está sometida a todos los presupuestos y requisitos: notas esenciales de la jurisdicción, que inclusive en lo que son derechos procesales constitucionales puede reclamarse en vía de acción de garantía, como lo reconoce la STC de 13.1.99 recaída en el «asunto Valdemar Demetrio Cabanillas Quispe»[35].

La Constitución, por consiguiente, acepta —siguiendo a Hurtado Pozo— la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en su relación deben ser prohibidas[36]. Asimismo, al otorgar a la jurisdicción militar una expresa mención constitucional y afianzarla como orden jurisdiccional propio, implícitamente, por sus peculiaridades, le reconoce diferencias con la jurisdicción ordinaria. Esta peculiaridad descansa en la noción de *disciplina*, como exigencia estructural de la organización de las Fuerzas Armadas, que garantiza la cohesión y buen orden al interior de dichas instituciones, y las dota de la eficacia necesaria para el cumplimiento de los objetivos que tienen asignadas en el Estado de Derecho[37]. Ello, sin duda, determina la legitimidad de algunas modulaciones legislativas limitativas o, en todo caso, *sui generis*, en la estructura orgánica de la justicia militar y en el procedimiento penal arbitrado al efecto, siempre que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión constitucional de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Empero, el cuidado fundamental al mantenimiento de la disciplina castrense, justificativa de la jurisdicción militar, no puede vulnerar la idea esencial, de carácter orgánico, del juez objetivo, independiente e imparcial, así como las garantías genéricas

34 Bernales Ballesteros, 1997, p. 743.

35 Exp. N° 934-98-HC/TC, El Peruano, 14.8.1999, pp. 2041/2042.

36 Hurtado Pozo, 1987, p. 312. Otro autor nacional, Mixán Mass (1982, Tomo I, p. 352), dice lo mismo: «... El fuero Militar se funda en la naturaleza especial de la función militar ...». Esta opción, sin embargo, como acota San Cristóbal Reales, (1996, p. 149), no tiene que ver con el desarrollo del concepto de jurisdicción y las garantías que hoy día debe adoptar, sino que obedecen a razones extrajurídicas —es una opción política y no necesariamente a una necesidad de las Fuerzas Armadas— que no justifican realmente la especialidad de la jurisdicción militar, y sobre todo no justifican la merma de garantías al justiciable; «...los fines de las instituciones castrenses se pueden conseguir por la vía disciplinaria y sancionando los delitos militares en tiempo de paz por medio de un proceso eficaz y rápido ante un juez independiente y especializado».

37 Correctamente anota Lobatón (1998, p. 24): «*la razón de ser de los tribunales militares no es la defensa nacional, esa es tarea de las Fuerzas Armadas; a los primeros sólo les compete cautelar la disciplina de las segundas*».

del debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional, derecho de defensa, igualdad y presunción de inocencia[38].

§ 10. Como quiera que el art. 139°.3, III párrafo, de la Constitución sanciona como un derecho procesal de las personas, de todas, que sean juzgadas por órganos jurisdiccionales no excepcionales que tengan una jurisdicción predeterminada por la ley, de tal afirmación, siguiendo a De Diego Díez[39], se infieren tres rasgos principales: *judicialidad, carácter ordinario y predeterminación legal.*

(1) Lo primero —*Judicialidad*— implica incardinación del órgano dentro de la categoría de los órganos judiciales, lo que requiere una serie de condiciones en quienes los sirven como magistrados. Ellas están enumeradas en el art. 146° Const. Son: independencia, sumisión a la ley, responsabilidad e inamovilidad.

(2) Lo segundo —*Ordinario*— designa a aquellos tribunales constituidos por oposición a los tribunales de excepción, no a los órganos judiciales especializados o especiales: Tribunal Constitucional, Tribunales Consuetudinarios, Tribunales Militares, Jurado Nacional de Elecciones (vid.: arts. 201/202°, 149°, 139°.1, 178°.4 Const.).

(3) Lo tercero —*predeterminación legal*— significa que el juez del caso esté designado con carácter general (criterio de generalidad) —no *ad causam* o *ad personam*— y previamente a la comisión del hecho delictivo o, según otra concepción [la que sigo], a la iniciación del proceso —*ex post facto*— [la CADH dice «juez o tribunal..., establecido con anterioridad por la ley»].

Lo «ordinario» no supone necesariamente la incardinación del juez legal en la jurisdicción ordinaria, a la del Poder Judicial como organización única en cuyo vértice se encuentra la Corte Suprema, pues de no ser así no se explicaría la existencia del Tribunal Constitucional, de los Tribunales Tradicionales, del Jurado Nacional de Elecciones y de los Tribunales Militares. Lo *ordinario* —en esta perspectiva— es todo órgano que ejerce potestad jurisdiccional y que está expresamente reconocido por la Constitución; aquéllas, en tanto integran un conjunto organizativo propio, son *jurisdicciones constitucionalizadas especiales*. Otro tema es, por cierto, el carácter singular y restrictivo de la jurisdicción militar, cuyo rebasamiento tendría relevancia constitucional y convertiría al órgano judicial militar en excepcional.

38 Sobre este último punto, resulta de especial interés la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Español N°115/2001, de 10 de mayo.

39 De Diego Díez, 1999, p. 32 a 34, 94, 97.

§ 11. Cabe aclarar, siguiendo a Andrés y Movilla, que la importancia o, mejor dicho, el verdadero sentido del principio de unidad jurisdiccional, visto desde su perspectiva histórica, estriba en el objetivo político de conseguir una justicia garantizada porque a su servicio sólo haya verdaderos jueces[40]; que, como dice Almagro Nosete, sean iguales las garantías procesales, cualquiera que sea la naturaleza del asunto y el órgano a quien se encomienda su conocimiento[41].

Unidad, cabe recalcar, es el complemento o la otra cara de la exclusividad jurisdiccional: la justicia solo se imparte por verdaderos jueces y éstos deben formar parte de una organización propia, sujeta a determinadas características. En palabras de Fernández Segado, «*... se trata de que no exista ni una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria [...] esto es, de aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento. De ahí que se prohiba los tribunales de excepción y se circunscriba la jurisdicción militar a los delitos de función y del Servicio Militar Obligatorio*»[42]. La reacción, como postula Montero Aroca, no es contra la existencia de Tribunales diversos por la competencia, sino contra la existencia de Tribunales no independientes[43].

Dos consecuencias tiene este principio, enseña Cordón Moreno, la exclusión de la incidencia del Poder Ejecutivo sobre la creación y composición de los órganos jurisdiccionales, y la prohibición de los Tribunales de Excepción, o Tribunales creados ad Hoc, para la decisión de determinados asuntos[44].

§ 12. 1. La jurisdicción militar, entonces, integra el sistema judicial del Estado. Como tal, no puede pertenecer a las Fuerzas Armadas, ni depender ni ser parte de ella, como tampoco del resto del Poder Ejecutivo. Este parámetro, sin embargo, no cumplen nuestros actuales tribunales militares, a tenor del art. I del Título Preliminar del D.L. N° 23201, de 19.7.80, pues dice que «*Los Tribunales de Justicia Militar constituyen un alto Organismo de los Institutos Armados [...] para el ejercicio de la función judicial ...*»[45].

40 Andrés Ibáñez/Movilla Alvarez, 1986, p. 179.
41 Nosete Almagro y Otro, 1994, p. 848.
42 Fernández Segado, p. 146/147.
43 Montero Aroca, p. 69 y 70.
44 Cordón Moreno, 1999, p. 48.
45 Se puede decir, por tanto, que tal y como está regulada la jurisdicción militar por la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar, es una «*jurisdicción no judicial*», dado que aún cuando se proclama la independencia y objetivad a lo largo de su desarrollo se le vacía de contenido reduciéndoos a una mera declaración formal (cfr.: San Cristóbal Reales, 1996, p. 18).

La noción constitucional y de *jus cogens* internacional de tribunal independiente, alude —como expresa Huerta Guerrero— al grado de relación que existe entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial, respecto a los demás órganos del Estado, de suerte que «... *en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, ningún juez o tribunal se encuentra sometido a la voluntad de las instancias superiores, debiendo en consecuencia mantener también su independencia respecto a todos los demás órganos judiciales*». En relación a la jurisdicción militar, dicho autor invocando el precedente de la exigencia de un modelo político de separación efectiva de poderes para concretar la independencia judicial, da cuenta de la Sentencia recaída en el «asunto Castillo Petruzzi y otros» dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El § 130 precisa «[...] *de conformidad con* [las normas sobre la justicia militar peruana] *el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares*»[46].

2. El ámbito competencial, necesariamente restrictivo de la justicia militar [tal como lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 19.6.98[47]], se concreta en determinados ilícitos, por lo que su naturaleza es de fuero real o de causa[48]. La potestad de administrar justicia, en un concreto ámbito competencial, no puede desconocer el art. 148° de la Constitución, consecuentemente, la jurisdicción militar es Poder Judicial en sentido amplio. Los órganos jurisdiccionales militares deben tener las mismas garantías de los órganos jurisdiccionales ordinarios, legalmente determinados. Las peculiaridades que pueden reconocerse, empero, no deben vulnerar el contenido esencial de la independencia judicial ni las reglas previstas en los arts. 139° y 146° de la Constitución.

46 Huerta Guerrero, 2000, p. 14 y 15.

47 STC 585-96-HC/TC, «asunto Carlos Alfredo Villalba Zapata». El Peruano, 30.9.98, p. 1262.

48 Bidart Campos (1985, p. 72 y 73), anota lo siguiente: «El fuero real, o de materia, o de causa, es una jurisdicción que juzga a determinadas personas en razón de la *cuestión* o *materia* sobre la que versa el juicio, y no en razón de la persona. El fuero real implica que esa persona, en virtud de la *materia*, no va a ser juzgada por los tribunales comunes; [...]. Para que el fuero militar sea verdaderamente un fuero real y no personal, tiene que existir *únicamente* cuando el hecho que se juzga por tribunales militares *afecte a las fuerzas armadas como institución.* [el fuero militar existe ...] para tutelar bienes jurídicos de específica y estricta naturaleza militar».

La noción de tribunal independiente también es exigible en sede internacional. El Tribunal que juzgue un caso debe estar habilitado de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas, las cuales deben encontrarse taxativamente previstas en las normas internas de cada Estado, siendo que en el caso de la justicia militar las leyes fundamentales delimitan su competencia. En el caso de la justicia militar, dice Huerta Guerrero, el asumir materias reservadas a la jurisdicción ordinaria importa una usurpación de jurisdicción e invasión de facultades (Cfr: SCIDH, «Asunto Loayza Tamayo v. Perú», Sentencia de 17.9.97, § 61), a la vez que precisando negativamente su ámbito, la Corte Interamericana prohibe juzgar civiles y militares en retiro y, en el plano positivo, le otorga un alcance limitado (restrictivo y excepcional) a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas militares (Cfr.: SSCIDH, Asuntos Castillo Petruzzi, §§ 128 y 133; Cantoral Benavides, §§ 112 y 113; Durand y Ugarte, §§ 117 y 118; y, Cesti Hurtado, §§ 151, 193 y 199)[49].

3. Estas modulaciones, dice Gil García, no sólo deben encontrarse legalmente previstas, sino que deben estar justificadas de manera razonable desde la singularidad del ámbito en el que ha de actuar y sin tener que configurarse por ello idénticas a la ordinaria[50].

En este ámbito cabe incorporar la noción de tribunal independiente (art. 8°.1 CADH). El concepto de imparcialidad, en su vertiente de carácter objetiva, según resalta López Barja de Quiroga, se dirige a comprobar si existen garantías suficientes que excluyan toda posible duda de parcialidad, al punto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asume la denominada «teoría de la apariencia», en cuya virtud en el «asunto De Cubre» de 26.10.84, sostuvo que hasta las apariencias revisten importancia, pues es preciso alejar toda duda que impida que los Tribunales, en una sociedad democrática, inspiren confianza[51].

Tratándose de la justicia militar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado establecido, por lo menos un ámbito fundamental, que inhabilita la intervención de la jurisdicción castrense. Como menciona Huerta Guerrero, en los «asuntos Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides», la Corte precisó que si las Fuerzas Armadas están inmersas en el combate contra los grupos insurgentes no se le puede encargar el juzgamiento de dichos grupos, pues ello mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador[52].

49 Huerta Guerrero, 2000, p. 12 a 14.
50 Gil García, 1999, p. 42.
51 López Barja de Quiroga, 1999, p. 80.
52 Huerta Guerrero, 2000, p. 16.

§ 13. El fundamento de la jurisdicción militar en un sistema democrático se relaciona con el peculiar encargo de las FF.AA. y de la PNP: defensa militar del país y control del orden interno, y con la estructura vertical de la organización castrense y policial, donde destacan las notas de disciplina y jerarquía. En tal virtud, apunta Gimeno Sendra, la finalidad de la jurisdicción militar es asegurar la disciplina en una organización fuertemente jerarquizada, la cual constituye un valor esencial para su buen funcionamiento[53].

Pareciera que la Constitución [la ausencia de debate en la Constituyente sobre este punto es clamorosa] aceptó esa concepción y, por ello, instituyó la jurisdicción militar, cuando muy bien pudo optar por otros modelos existentes en democracias fuertes que no consideran necesaria la jurisdicción militar en tiempos de paz.

Desde esa óptica el art. II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar (Decreto Ley N° 23201, de 19 de julio de 1980) estipula que: «*Los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas —Armadas y Policiales— la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento ...*».

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre Perú 2000, § 152, enfatiza que la jurisdicción militar deber ser restringida. En el § 155 estima que *la justicia militar puede ser aplicada sólo a militares que hayan incurrido en delitos de función*[54]. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el «asunto Castillo Petruzzi y otros»[55], ha dejado sentado igualmente que el propósito de la jurisdicción militar consiste en mantener el orden y la disciplina de las FF.AA.; en tal virtud, declaró que la jurisdicción militar es una jurisdicción de tipo funcional cuya aplicación debe estar reservada a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas circunstancias.

Vale la pena glosar las partes pertinentes del § 128. Dice la CIDH: «*La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias [...]*». Esta doctrina la reitera en el «asunto Durand y Ugarte», agregando en el § 117 que «*En un*

53 Gimeno Sendra y Otros, 1992, p. 62.
54 Comisión, p. 12.
55 SCIDH, «asunto Castillo Petruzzi y Otros», de 30.5.99.

Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares [...]» (SCIDH, 16.8.2000).

§ 14. 1. La Corte Interamericana no cuestiona el ámbito competencial de la jurisdicción militar en la medida en que sólo se circunscriba a los «delitos de función», aunque los limita a «determinadas circunstancias», que aún no ha definido acabadamente. Es de mencionar, sin embargo, la Sentencia recaída en el «asunto Durand y Ugarte»; en el § 117 indica que los delitos y faltas de conocimiento de los tribunales militares deben atentar contra bienes jurídicos propios del orden militar, mientras que en el § 118 precisa que cuando los militares hacen un uso desproporcionado de la fuerza, que excede en mucho los límites de su función, al punto de, por ejemplo, provocar la muerte de un gran número de reclusos, tal hecho no puede considerarse «delito militar», sino delito común, independientemente que los supuestos autores hubieran sido militares o no.

La Comisión Interamericana, por su parte y desde una perspectiva casuística, reconoce un límite puntual: no puede calificarse como delito de función, aquellos «cometidos en relación con el servicio militar», aquellos particularmente graves, incluidos los de lesa humanidad, pues están en contradicción con los deberes y responsabilidades de las fuerzas del Estado y no podrían entonces cometerse en relación con el servicio militar (§§ 31 y 32, Informe Colombia 1999)[56].

El art. 5° de la Ley N° 26926, de 21.2.98, siguió esa orientación al sancionar que no podían ser de conocimiento de la jurisdicción militar los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y discriminación. Al respecto, la Corte Suprema en una decisión, valorada positivamente por la Defensoría del Pueblo, al estimar que el delito de tortura —y, por extensión, todos los indicados en la citada ley— no tienen la calidad de «delitos de función» declaró, en primer lugar, que dicho delito «... *protege la dignidad de la persona y su integridad personal* ... [y se configura] *cuando el agente se encuentra en situación de poder respecto de la víctima, la misma que es aprovechada para afectar tales derechos*»; y, en segundo lugar, que «*la condición de efectivo castrense no es un criterio válido ni suficiente para justificar el establecimiento de discriminaciones en el trato penal, máximo si se trata de instituciones tutelares del Estado como son las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional*»[57]

56 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Colombia 1999, p. 9.

57 Resolución Defensorial N° 32-DP-2000, 6.6.2000. Contienda — Corte Suprema, Exp. N° 06-99 / Corte Suprema de Ucayali v. Conserjo Supremo de Justicia Militar. Ejecutoria Suprema de 12,10.99.

2. Otra limitación, también de base casuística, es la que la Corte Interamericana estableció en el «asunto Cesti Hurtado»[58]. En su § 151 precisó que si el sujeto activo era militar en retiro no puede ser juzgado por los tribunales militares, lo que constituiría una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el art. 8°.1 de la Convención. En igual sentido se pronunció la STC en el «asunto Giovanni Giorgi Cavagnaro Castro», de 10.12.99[59]. La doctrina constitucional coincide con este criterio. Así, Rubio Correa, dice: «*los militares en retiro no pueden ser juzgados por los tribunales militares en virtud de su actuación como ciudadanos porque estos hechos, en el supuesto que fueran delito, no están bajo la competencia de dichos tribunales y, además, porque al estar en el retiro no ejercen función y por consiguiente, no pueden cometer delitos de función*».[60]

3. El Tribunal Constitucional en el citado «asunto Carlos Alfredo Villalba Zapata», de 19.6.98, adelanta una definición de delitos de función. Dice en el Fundamento Jurídico 2°.c) que se trata de «...conductas que afectan bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituyan la afectación de deberes de función, y que tengan como sujetos activos del delito al personal que integre dichos institutos militares o policiales, sea en situación de actividad o bien en situación de disponibilidad, encontrándose excluidos de la posibilidad de cometer delitos de función, los militares en situación de retiro, pues éstos, al recobrar el ejercicio pleno de sus derechos civiles, ..., ya no pertenecen a los institutos armados».

Si bien ese concepto del Tribunal Constitucional es exacto al contemplar un único criterio de atribución competencial, aún es incompleto, pues no permite concretar límites más precisos. Es importante sobre el particular enfatizar: 1) Que el sujeto pasivo debe ser las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, en tanto se trata de la vulneración de bienes jurídicos colectivos y, en rigor, públicos, circunscritos a los intereses propios de las FF.AA. y PNP (exclusivamente *ratio materiae:* naturaleza militar del delito, ignorando el criterio espacial y el subjetivo); 2) que el sujeto activo debe ser un militar o policía en actividad (de imposible extensión a paisanos); y, 3) Que la conducta nunca puede estar circunscrita a delitos de lesa humanidad, tales como tortura, desaparición forzada, genocidio (límite objetivo derivado de lo absolutamente impropio de tales

58 SCIDH, Cesti Hurtado, 29.9.99, p. 34.

59 Exp. N° 1131-99/HC-TC, 10.12.99, «asunto Giovanni Giorgio Cavagnaro Castro», El Peruano, 15.1.2000.

60 Rubio Correa, 1999, Tomo V, p. 371.

conductas que rebasan lo estrictamente militar: no pueden ser consideradas actuaciones propias del servicio o profesión militar).

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema no ha tenido una línea unívoca. Primero, tomó como referencia el «acto de servicio», al que añadió tanto el criterio de simple ocasionalidad cuanto el criterio de mera causalidad[61]. Son emblemáticos al respecto, los asuntos «Alvaro Artaza Adrianzén»[62] y «La Cantuta»[63], respectivamente.

En el primer caso, el Supremo Tribunal señaló: «*los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar, sino también a otros aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas, pues no se requiere exclusivamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función, basta la simple ocasionalidad*»[64]. En el segundo caso, sostuvo que «*la posible violación penal fue consecuencia de órdenes impartidas y recibidas*» y «*se ejecutó en acto de función cometido por el personal militar que resulte responsable*».

En ambos supuestos, la calificación del delito no se relaciona con los elementos objetivos y subjetivos de la conducta perpetrada. El Supremo Tribunal ignora que todo tipo penal, para su análisis, requiere tomar como referencia todos sus elementos constitutivos, básicamente en el ámbito objetivo: sujeto activo (círculo de autores), sujeto pasivo (vinculado al objeto de la acción), bien jurídico vulnerado y circunstancias externas del hecho[65]. Desde esta perspectiva, es absolutamente insuficiente destacar como punto definitorio una circunstancia externa del hecho, como es el que el agente se encuentre de servicio o el hecho se vincule, ocasional o causalmente, al servicio que presta, obviando los demás elementos objetivos, que concurrentemente deben presentarse para el análisis típico[66].

61 Cfr.: Chipoco, 1988, p. 28 a 31.
62 Exp. Competencia N° 5-85, 10.4.85 — Ayacucho.
63 Exp. Competencia N° 7-94, 11.2.94.
64 En: Jurisprudencia Penal, 1987, Año XLVI, p. 16 y 17.
65 Jescheck, 1981, Tomo I, p. 374 a 376.
66 Es interesante al respecto la reflexión formulada por Azabache, 1995, p. 163. Nos dice que esas decisiones establecieron una doctrina completamente contraria a la Constitución: «*por delitos de función, dijeron, debe entenderse todos los actos cometidos por militares en servicio. Dicho con otras palabras, por delito de función (construcción basada en una valoración sobre la acción desarrollada) debía entenderse todo delito cometido por personal en servicio (concepción basada en el estatuto —militar— del responsable)*».

Segundo. Otro criterio, que ratifica su línea jurisprudencial, está en relación con los denominados «Estados de Emergencia». En la Ejecutoria Suprema de 12.9.91, declaró que «*En los lugares declarados en Estado de Emergencia, los miembros de las Fuerza Armada y Fuerzas Policiales que cometan las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar en el ejercicio de sus funciones, son de competencia del Fuero Privativo Militar*»[67]; y, con mayor precisión, en el «asunto Marco Antonio Quipe Yucra», pese a estimar que el delito perpetrado era de homicidio culposo, consideró que como el hecho ocurrió en el curso de un operativo de rastrillaje para la captura de elementos terroristas en una zona declarada en Estado de Emergencia, se entiende que los policías se encuentran prestando servicios, por lo que resulta competente la justicia militar[68].

El Estado de Emergencia, en tanto institución de Derecho político, destinada a conjurar riesgos relevantes contra el orden interno, que a su vez permite que las Fuerzas Armadas asuman el control del mismo (art. 137° Const.), en sí mismo —por referirse a una circunstancia externa de carácter general no vinculada a exigencias típicas concretas— no determina que cualquier conducta contraria al ordenamiento punitivo que perpetren los militares y policías sea calificado de *delito de función*, pues es menester deslindar dos datos esenciales: a) la naturaleza del bien jurídico vulnerado por la conducta del militar o policía, que necesariamente ha de referirse al ámbito establecido en los arts. 165° y 166° de la Constitución; y, b) la tipicidad de los hechos en el Código de Justicia Militar.

Tercero. En tiempos más recientes, la Corte Suprema ha venido adoptando una doctrina más sólida, aunque con altibajos pues existen resoluciones contradictorias. Así tenemos: a) en el «asunto Carlos Enrique Alvarez Bobadilla y otros», estipuló que no es un delito de función aquella conducta en la que los sujetos pasivos son civiles[69], posición que reiteró en el «asunto Encarnación Suyón Sánchez»[70]; b) en el «asunto Luis Zara Llanos», declaró que cuando se afecta la libertad de ciudadanos civiles y la administración pública no es del caso la intervención de la jurisdicción militar, por no afectar bienes jurídicos propios ni el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional[71].; c) en el «asunto Marco Antonio Dávila Robles», empero, se nota

67 Rev. Anales Judiciales, Tomo LXXIX, Corte Suprema de Justicia, Lima, 1991, p. 345.
68 Exp. Competencia N°17-97, 12.12.97. En: Rojas Vargas, 1999, Tomo II, p.175.
69 Exp. Competencia N° 11-98, 23.7.99.
70 Exp. Competencia N° 26-98, 27.11.98.
71 Exp. Competencia N° 20-98, 20.10.98.

un sensible retroceso al establecer, pese a insistirse en la noción de bien jurídico, que tratándose del delito de lesiones graves, su conocimiento corresponde a la jurisdicción militar, puesto que ha vulnerado un bien jurídico que es de índole «policial» (sic) y no civil por ser un delito de función[72]; y, d) en el «asunto Juan Loayza Villarroel y otros», relativo a un delito contra la fe pública, se desentiende de la noción de bien jurídico, pero declara que el conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción ordinaria dado que tales hechos no constituyen actos realizados «*en función de servicio*»[73]. Aquí es de resaltar la diferencia que existe entre «delito de función» y «delito realizado en función de servicio», dado que en este último supuesto se privilegia una circunstancia externa del hecho que, por lo demás, no es el criterio que sostiene la Constitución.

5. Pese a esta última tesis, que concuerda con la sustentada por el Supremo interprete de la Constitución con fecha anterior, llama la atención que la Corte Suprema en otro fallo, en el «asunto José Fermín Jaime Coronel y otros» si bien anterior, pues es de fecha 23.7.98 (tres meses antes), aunque posterior a la decisión del Tribunal Constitucional, reconozca expresamente que el delito es común, al no implicar la afectación de bienes jurídicos exclusivamente castrenses ni el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, sin que a ello obste que haya sido cometido encontrándose los encausados en acto de servicio, pero considere que su conocimiento corresponde a la justicia militar por imperio del art. 324° del Código de Justicia Militar estipula que la jurisdicción militar es competente cuando agraviado e inculpado son militares, aplicándose las normas del Código Penal Común[74]; situación que contraviene la Constitución, pues ésta no permite ninguna excepción a la competencia por razón de materia[75].

72 EXP. R. N. N° 1983-97, 29.1.98. En: Rojas Vargas, 1999, Tomo II, p. 173.

73 Exp. Competencia N° 16-97, 9.12.97. En: Rojas Vargas, , 1999, Tomo II, p. 179 y 178. En un caso anterior (Exp. Competencia N° 17-91, de 19.3.92, Consejo Supremo de Justicia Militar v. 2° Juzgado de Instrucción de Lima), sin mayores razonamientos, la Corte Suprema señala que el delito de concusión, pese a que la institución agraviada es la Sanidad de las Fuerzas Policiales, es de carácter común por estar sancionado en el Código Penal, aunque en el art. 279° del CJM dicha conducta también está prevista como delito [En: Rojjasi Pella, 1997, p. 309 y 310]. Un caso inverso es el recaído en el Exp. 142-85 — Lima, 1.10.85, que se trata de un robo de armas realizado por un Sub Oficial del Ejercito, en el cual la Corte Suprema se limita a destacar, no la tipicidad del hecho —art. 285° CJM- ni el titular del bien jurídico lesionado, sino únicamente que cuando delinquió se encontraba «en servicio» (Jurisprudencia Penal — Ejecutorias Supremas, 1987, p. 17 y 18).

74 Exp. Competencia N° 07-98, 23.7.98.

75 El art. 324° CJM, estipula: «*La jurisdicción militar conoce también de los delitos comunes cometidos en acto del servicio cuando agraviado e inculpado son militares, aplicándose las normas del Código Penal común*». Esta norma ha permitido a la Corte Suprema en varias decisiones, pese a que el delito no está incurso en el Código de Justicia Militar, ¡como lo

Se trata, en suma, de un aspecto normativo que notoriamente vulnera las disposiciones constitucionales.

Este tema es particularmente cuestionable. Un caso anterior, de mucha notoriedad, como es el de Leonor La Rosa, fue fallado en igual sentido, al reconocer que la víctima y los agentes delictivos eran militares[76]. La Defensoría del Pueblo, con razón, acotó que el art. 324° CJM, que determinó el amparo legal del Supremo Tribunal, «*debe ser examinado a la luz del principio de igualdad (art. 2°.2 Const.), según el cual toda persona que cometa un delito común debería ser juzgado ante los tribunales ordinarios. El hecho que tanto el agraviado como el inculpado sean militares, no justifica objetiva y razonablemente un tratamiento diferenciado. [...] A nuestro juicio, el citado artículo ha quedado derogado por la Constitución vigente pues ella sólo reconoce competencia a los tribunales militares para conocer delitos de función mas no evidentemente para conocer de delitos comunes. Una interpretación de esta naturaleza, además, sería respetuosa del principio constitucional de igualdad ante la ley*»[77].

Gimeno Sendra y, en esa misma línea, Asencio Mellado, postulan con toda razón a mi juicio, que el delito funcional [*ámbito estrictamente castrense* en la nomenclatura española] se reconduce a la concurrencia simultánea de tres elementos: el delito que ha de ser típicamente militar; el lugar de comisión [o dato circunstancial], que ha de tratarse de un establecimiento militar o ser realizado en acto de servicio; y, el subjetivo, que el agente delictivo debe ser militar[78].

---

ordena la Constitución!, dirima la competencia a favor de la justicia militar. Es emblemático, bajo esa perspectiva, el caso de un delito de homicidio imputado a un policía en agravio de otro policía, derivado a la justicia militar por la sola referencia a que, supuestamente, se cometió «en acto de servicio» [Exp. N° 2163-85-Piura. 1.4.86. En: Normas Legales, Tomo 150, Enero-Febrero, Trujillo, 1988, pp. 426/427].

76 Ejecutoria Suprema de 18.7.97, Exp. Contienda N° 12-97. Consejo Supremo de Justicia Militar v. 6° Juzgado Penal de Lima. Allí se señaló que la agraviada era «*agente militar en servicio*», por lo que, enunciando que en el caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, dirimió la competencia en favor de la jurisdicción militar, sosteniendo «*que frente a estos hechos, se tiene en cuenta que las personas procesadas y agraviadas son militares por lo que en aplicación de los artículos trescientos veintiuno, trescientos veinticuatro y trescientos veintiséis del Código de Justicia Militar [...]*».

77 Informe defensorial N° 6. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú, Defensoría del Pueblo, Lima, 1998, pp.53/54.

78 Gimeno Sendra y Otro, 1992, p. 63 a 65. Asencio Mellado, 1996, p. 171 y 172, el mismo, 2000, p. 284. La posición de Gimeno Sendra (1996, p. 17) resulta particularmente adecuada;

§ 15. Pero no sólo es de reconocer a la justicia militar un ámbito competencial reducido a los militares y a las conductas estrictamente funcionales, propias del ámbito castrense o policial. El «*acto de servicio*», noción utilizada desde siempre, siendo de destacar la Ley N° 2442, de 8 de septiembre de 1917[79], permite, como lo hace el vigente Código de Justicia Militar, que la comisión de delitos comunes no sea óbice para la extensión de la justicia militar a esos hechos, por lo que necesita de una imprescindible delimitación: la jurisdicción militar conocerá exclusivamente toda conducta perpetrada por un militar siempre que vulnere bienes jurídicos militares.

Se trata, además, de enfrentarse seriamente a la posibilidad de que la justicia castrense juzgue civiles, como —con ciertos límites— lo autoriza la Constitución vigente para los delitos de traición a la patria y terrorismo. La SCIDH de 30.5.99, recaída en el «asunto Castillo Petruzzi y otros», ilegitima esa opción de nuestro derecho interno, pues declaró que la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Como quiera que por lo general la ampliación de la competencia militar contra civiles se debe a hechos que afectan la seguridad interna, se estima que los tribunales militares, a menudo involucrados en la contienda, no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el art. 8(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, como elementos esenciales del debido proceso legal.

---

en un último trabajo enfatiza lo siguiente: «*[‘ámbito estrictamente castrense’], que desde siempre se ha configurado mediante la simultánea concurrencia de estos tres criterios: a) por razón de la materia, la jurisdicción castrense ha de ceñirse a los delitos que atenten a la disciplina castrense; b) por razón del lugar, a los cometidos dentro de los cuarteles y en actos de servicios; y, c) por razón de las personas, tan sólo a los militares y nunca a los civiles*».

79 El artículo 1° de dicha Ley estipulaba: «*A la jurisdicción militar están sujetos los militares, únicamente por infracciones cometidas en actos del servicio, previstas por el Código de Justicia Militar*». El artículo 3°, a su vez, definía el acto de servicio militar sin hacer referencia a su estricta naturaleza; así, decía: «*Servicio militar es el que se presta a la Nación en el ejercito, la armada, la gendarmería, las instituciones, dependencias o comisiones militares; y también a la guardia civil cuando en tiempo de guerra nacional o civil sea puesta a disposición del Ministerio de la Guerra*». El art. 2° del Reglamento de dicha Ley, sin apartarse de esa noción, señaló que la justicia militar debería inhibirse del conocimiento de los hechos cuando «*...en las causas contra militares en servicio* [se refieran a ...] *infracciones que no se relacionen con los deberes que, por leyes y reglamentos, impone la permanencia en el Ejercito y en la Armada, ...*».

C. La noción de «militar» en la jurisdicción castrense

§ 16. El desempeño de funciones militares como tal, es el rasgo esencial que torna objetivamente razonable la competencia de la jurisdicción castrense. El Código de Justicia Militar de 1980, en los artículos 321° y 322°, precisa quiénes son militares a los efectos de la jurisdicción castrense[80].

El primer artículo identifica a los que son militares; se trata de: (1) los que de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales tienen grado militar o prestan servicio militar; (2) los que de acuerdo a las mismas leyes forman parte de la Reserva del Ejercito Territorial, mientras se hallen prestando servicio; (3) los asimilados militares; y, (4) los prisioneros de guerra.

El segundo artículo asimila a la condición de militares, obviamente sin serlos, a: (1) los miembros de toda otra fuerza, dotada de armas que, milita y, permanente organizada, se encuentre al servicio del Estado; (2) los omisos al llamamiento, al canje e inscripción; y, (3) el personal civil que o labora en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, que se reputa como reserva llamada al activo, por razones de Seguridad y Defensa Nacional y por estar considerado en las respectivas leyes orgánicas de cada instituto, como parte integrante de su personal militar en servicio activo.

§ 17. La Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejercito, Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea, aprobada por el Decreto Legislativo N° 752, de 12 de noviembre de 1991, vino a modificar el ámbito de la jurisdicción castrense. En efecto, el art. 2° estableció que los oficiales militares, en atención a su situación con relación al servicio, son Oficiales en Situación de Actividad, Oficiales en Situación de Disponibilidad y Oficiales en Situación de Retiro. La primera es la situación en la que el Oficial se encuentra dentro del Servicio (art. 24°); la segunda es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad, pero puede volver a ella, desaparecidos los motivos que originaron su separación del servicio activo (art. 34°); y, la tercera es la situación del Oficial que se encuentra fuera de las Situaciones de Actividad y de Disponibilidad, apartado definitivamente del servicio (53°). Según el art. 12°

80 En similares términos se pronuncia el anterior Código de Justicia Militar, en sus arts. 330° y 331°. Los demás Códigos, salvo algunas diferencias no esenciales, tienen disposiciones muy semejantes (vid.: arts. 409°/410°, CJM 1950; arts. 8°/10°, CJM 1939).

sólo los Oficiales en situación de Actividad o de Disponibilidad están sujetos a los alcances del Código de Justicia Militar; Los oficiales en Situación de Retiro, ejercerán sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución sin limitación alguna (art. 70°).

Reglas similares contiene la Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú, aprobada por Decreto Legislativo N° 745, de 12 de noviembre de 1991. A su vez, la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, aprobada por Ley N° 27238, de 22 de diciembre de 1999, precisó (1) que las únicas situaciones en las que se puede encontrar el personal policial son las de actividad, disponibilidad y retiro (art. 29°); y, (2) que los miembros de la Policía que incurran en delitos de función serán investigados sumariamente por el respectivo comando y denunciados ante el fuero militar; en caso de incurrir en delitos comunes serán sometidos al órgano jurisdiccional ordinario. El art. 53° del Reglamento de la Ley (Decreto Supremo N° 008-2000-IN, de 6 de octubre de 2000) precisó que el Personal Policial, Personal de Servicios y Personal con estatus de Oficial en caso de delito de función está sujeto al Fuero Privativo Militar, mientras que el Personal Civil si incurre en delitos de función, (sic) será procesado ante el Fuero Común. Esta última regla respeta un principio esencial: el personal civil, por ser tal, aunque trabaje en dependencia militares, no puede cometer delitos de función y, por ende, la jurisdicción que debe conocer de los delitos perpetrados con ocasión de su desempeño laboral es la ordinaria.

§ 18. Las Leyes de Situación Militar o Policial son muy claras al respecto. Los militares y policías en Situación de Retiro están excluidos de la competencia de los tribunales militares, tal como lo ha reconocido tanto el Tribunal Constitucional cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bajo esa misma perspectiva, el personal militar o policial, propiamente dicho, sólo incluye a todos los que están en el servicio: se encuentran en ese estatus los Oficiales Asimilados, personal con estatus Oficial (armeros) y los que proceden de las escuelas de formación castrense o policial. Por tanto, están al margen, el personal civil de las Fuerzas Armadas y Policial Nacional, dado que no realizan funciones propiamente militares o policiales, lo que implica considerar que el art. 322°.c) del CJM está abrogado por el nuevo estatuto legal.

Por otro lado, es de dudar la inclusión del personal militar o policial en situación de Disponibilidad, pese a lo dispuesto en las Leyes de situación militar o policial y lo sostenido por el Tribunal Constitucional. Este personal se encuentra objetivamente alejado del servicio castrense o policial, por lo que su conducta,

cualquiera que ella fuera, no puede calificarse de «funcional» al no desempeñar cargo o actividad concreta en el ámbito castrense o policial; el que pueda, eventualmente, regresar al servicio no es óbice para considerar su conducta anterior atada a una posibilidad de retorno al cuerpo militar o policial y «retroactivamente» considerarla como funcional.

Es de rechazar, igualmente, que se califique como «militar» a los miembros de otra fuerza, dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado. La Constitución, en este aspecto, sólo considera la competencia del Tribunal Militar para los militares y policiales; por tanto, otra fuerza dotada de armas, más allá de su posibilidad de institucionalización, no puede ser trasladada al ordenamiento propiamente militar o policial y, menos, calificar extensivamente determinados actos de sus miembros como «delitos de función». No es posible acudir a ficciones jurídicas para extender el ámbito competencial de un fuero especializado, pues por su propia naturaleza no puede ser un fuero atrayente (solamente lo es la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial), y su alcance debe interpretarse restrictivamente, de suerte que en caso de duda debe optarse por la jurisdicción ordinaria.

§ 19. El inc. b) del art. 322° del Código de Justicia Militar «asimila a la condición de militares», asimismo, a los *omisos al llamamiento, al canje e inscripción*. La nueva Ley del Servicio Militar (Ley N° 27718, de 28 de septiembre de 1999) estipula que constituye delito quienes son omisos al llamamiento [Octava Disposición Transitoria], mientras que el Código de Justicia Militar castiga por delito de deserción simple a los omisos a la inscripción en los registros militares, al canje de la boleta de inscripción y al llamamiento (cfr.: arts. 224° y 225° CJM).

La Constitución de 1993, como se ha expuesto, habilita la jurisdicción castrense a los que infringen las disposiciones del Servicio Militar. Empero, siendo claro que quienes están ya en filas tienen la condición propia de «militares» a todos efectos; no tienen tal condición quienes no acuden a filas o infringen las disposiciones relativas a la inscripción o al canje. Estos últimos no son militares, pues nunca se incorporaron a filas y, por ende, no pueden realizar funciones castrenses. Recuérdese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce al Tribunal Militar en tanto en cuanto reprime a quienes realizan función militar o integran fuerzas militares, siempre que además perpetren conductas que vulneren bienes jurídicos castrenses; esta doble condición, precisamente, no se da en el supuesto comentado.

D. Aspectos orgánicos de la jurisdicción militar

§ 20. Sin embargo, el problema no se reduce al aspecto competencial de la jurisdicción castrense. Otra perspectiva imprescindible, que es de rigor incorporar para calificar a la justicia militar como jurisdicción propiamente dicha, y no de comisiones o tribunales de excepción, es su configuración orgánica.

Al respecto, la Comisión Interamericana[81] ha establecido que no cumple el estándar mínimo de un Tribunal Independiente, Objetivo e Imparcial, si la jurisdicción es operada por las fuerzas de la seguridad pública y, en tal sentido, queda comprendida dentro del Poder Ejecutivo, y si quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial. A ello se agrega, el que los jueces del sistema judicial militar, en general, son miembros del Ejercito en servicio activo, pues de ese modo quedan comprometidos los principios de imparcialidad y objetividad. El que permanezcan las jerarquías y que los integrantes de las FF.AA. juzguen a sus colegas, dificulta en grado sumo la imparcialidad.

Sobre el particular resulta de máxima importancia hacer mención a la famosa sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° C-141/95, de 29.3.95 «asunto Nelson Rafael Coter Corvacho», sobre inconstitucionalidad del art. 656° del Código Penal Militar. La sentencia estableció: 1) Que la jurisdicción militar, en las condiciones establecidas por la Constitución, pertenece al sistema de administración de justicia y, como tal, su función es autónoma e independiente, está al servicio de los intereses generales y sus decisiones están sujetas inexorablemente al imperio de la ley; en tal virtud, está sometida a los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, inherentes al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional. 2) Que no se garantiza la independencia e imparcialidad cuando quienes intervienen en el juzgamiento son oficiales en servicio activo, esto es, funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores. 3) Que cuando existe una situación de conflicto social, en el que las Fuerzas del Orden intervienen para combatir a grupos alzados en armas, y se dispone que la justicia militar intervenga en su represión jurídica, no se dan entonces las circunstancias que interna y externamente aseguran dicha independencia e imparcialidad, lo que tiene que ver más con el órgano-institución objetivamente considerado, que con las personas a las cuales se atribuye su función. 4) Que, finalmente, la administración de justicia no sólo reclama un

81 Informe «Colombia 1999», §§ 20/26.

juez conocedor de la problemática sobre la cual debe emitir sus fallos, de juicio sereno, recto en todo sentido, con un acendrado criterio de lo justo, sino también un juez objetiva e institucionalmente libre[82].

Es interesante, finalmente, enfatizar lo que estipula el Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el art. 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Allí, apunta Zamora Leclere, si bien no se dice que la existencia de tribunales militares o especiales sea incompatible con el derecho al debido proceso, empero se menciona entre los factores relevantes para la independencia de los tribunales, el sistema de nombramiento y la idoneidad de los jueces, es decir, las calificaciones exigidas para su nombramiento[83].

§ 21. Esta afirmación, que guarda plena armonía con el contenido esencial de la jurisdicción, obliga a destacar algunas notas que imperativamente debe incorporar la justicia militar.

La primera es la exclusión de la injerencia en la jurisdicción militar de los mandos militares. La justicia castrense no es una manifestación más del mando, no es pues como denominaba Duque Corredor una «justicia de comando» y, por tanto, el Ordenamiento Jurisdiccional Militar no debe estar integrado a la estructura castrense ni depender de sus titulares. La institucionalización de una auténtica carrera judicial militar es una condución esencial para evitar la ingerencia de los mandos.

La justicia, en palabras de Virgina Contreras, jamás será autónoma si está sujeta, en primer lugar, a los clásicos tres elementos fundamentales de la organización militar: la obediencia, la subordinación y la disciplina, que son los pilares insustituibles en los que se apoya el ordenamiento castrense, que por cierto siguen los jueces militares por ser tales; y, en segundo lugar, si los jueces forman parte estructural de las Fuerzas Armadas[84].

La segunda es la tecnificación jurídica de los órganos jurisdiccionales castrenses. Los jueces militares deben ser abogados, sin perjuicio del conocimiento del ámbito castrense. Es claro, siguiendo a Marino Alvarado, que en tanto los jueces militares: a) no dejen de ser militares y, por tanto, obedezcan a una jerarquía; b) no manejen propiamente la justicia militar por no ser abogados; y, c) sean elegidos a dedo a través de procedimientos no objetivos y por la

82 Defensoría del Pueblo. p. 94/99.
83 Zamora Leclere, 1993, p. 230.
84 Contreras, 1998, p. 7 y 8.

propia jerarquía castrense[85], el estándar mínimo para una justicia independiente, objetiva e imparcial no se habrá cumplido.

La tercera es la asimilación del modelo de la jurisdicción ordinaria y la configuración de un vértice común a toda la jurisdicción: independencia de cada juez y una Sala de la Corte Suprema como máximo órgano jurisdiccional de lo castrense.

§ 22. Los actuales jueces castrenses peruanos dependen del Ministerio de Defensa y son parte del personal militar profesional, aún cuando existe una tendencia hacia su inclusión en el Cuerpo Jurídico Militar[86]. La estructura orgánica de la jurisdicción militar está absolutamente administrativizada y materialmente domeñada por el Ejecutivo[87], lo que significa que, en rigor, es una «*jurisdicción no judicial*». Su movilidad y sus destinos dependen de los mandos; no hay inamovilidad judicial, sino la propia movilidad del colectivo militar. No hay, ni siquiera, un cuerpo único castrense judicial, organizado al margen de los altos mandos y con un exclusivo perfil judicial. El concepto de juez ordinario, dice Gil García, implica un grado de independencia judicial, que no lo tiene la jurisdicción castrense[88], más aún en el Perú cuando ni siquiera todos los jueces militares son integrantes del Cuerpo Jurídico Militar (vid.: Ley N° 26677, de 22.10.96).

Urge, pues, una revisión integral de la jurisdicción militar, para acercarla formal y subjetivamente a la ordinaria. Si se decide su mantenimiento, frente a

85 Alvarado, p. 11 y 12. El art. 7° de la LOJM, modificado por la Ley N° 26677, de 24.10.96, establece que el Fiscal y el Auditor General son miembros del Cuerpo Jurídico Militar y que de los diez integrantes del Consejo Supremo de Justicia Militar, tres deben ser del Cuerpo Jurídico Militar. Asimismo, el art. 10° estipula que cuando los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar actúan en Sala Revisora o Sala de Guerra, uno de sus tres integrantes será del Cuerpo Jurídico Militar, al igual que siempre lo serán los Vocales Instructores. La misma lógica se sigue en la integración de miembros del Cuerpo Jurídico Militar en los Consejos de Guerra o Superiores de Justicia Policial (art. 22°) y en los Juzgados Sustitutos (art. 31°). Empero, se trata de una minoría y, por cierto, no define la *ratio* de la justicia castrense, aún cuando se ha creado el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, limitada al personal del Cuerpo Jurídico Militar (art. 7°, Ley N° 26677, de 22.10.96).

86 Un experto en el tema de las Fuerzas Armadas, Enrique Obando, precisando una serie de alternativas para mejorar el desempeño profesional y su adecuada inserción en el ordenamiento democrático, señala como una medida categórica aquella que tiene que ver con el Consejo Supremo de Justicia Militar. Dice: «*Difícilmente los jueces militares pueden ser imparciales cuando dependen económica y jerárquicamente de los altos mandos. Su función legal sería más fácil de cumplir si dependieran del Poder Judicial y no de la Fuerza Armada*» (2001, p. 33).

87 Ramírez Sineiro, p. 151.

88 Gil García, 1999, p. 120.

otras opciones que prescinden de la justicia militar en época de paz (vgr.: Francia —Ley N° 82/621, de 21.7.82—, Alemania —Ley Fundamental de Bonn de 1949 y Ley Penal Militar de 24.5.74—, Austria, Países Escandinavos), debe estar organizada de un modo ordinario y tener un ámbito competencial restringido a lo estrictamente castrense o militar[89].

Lo ordinario implica un modelo de organización jurisdiccional militar equivalente a la ordinaria. Como dice Gimeno Sendra, los órganos judiciales no sólo deben gozar de independencia individual y funcional, deben ostentar la necesaria independencia judicial frente al Poder Ejecutivo[90].

El gran problema, sin embargo, es cómo configurar el personal jurisdiccional militar para que cumpla con los principios de independencia, imparcialidad, sumisión a la ley e inamovilidad, esta última considerada como la primera garantía de la independencia del órgano jurisdiccional respecto al Poder Ejecutivo. Pareciera, sobre el particular, que si se opta por mantener la justicia militar en época de paz —aunque es de pensar seriamente, de cara a una futura reforma constitucional, la opción alemana—, es del caso: 1) avanzar hacia el modelo italiano donde se avanza progresivamente en «ordinarizar» al juez que conoce de asuntos de derecho penal militar y se permite que los civiles —sujetos a un periodo de formación militar imprescindible— ingresar a la magistratura militar, a la par que se forma un cuerpo de jueces administrado mayormente por un órgano propiamente judicial o integrante de ese sistema[91], o, desde otra perspectiva, acercarse a la opción holandesa, cuya Ley de 2 de julio de 1982 estableció que la justicia militar se imparte en salas militares, integradas en los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, formando parte de ellas un jurista militar y dos miembros de la carrera judicial[92]; y, 2) integrar la cúspide de la jurisdicción militar a la Corte Suprema, en una Sala que puede tener una composición plural,

89 Ver nota 78.

90 Gimeno Sendra y Otro, 1992, p. 66.

91 Explica Fernández Segado (1991, p. 69) que en Italia, a partir de la Ley N° 180, de 7 de mayo de 1981, los Tribunales castrenses han ganado en sensibilidad constitucional, en preparación técnico-jurídica y en garantías respecto de su independencia, originando una mayor permeabilidad de la jurisdicción castrense respecto de los principios constitucionales. En cuanto al principio de independencia, el párrafo segundo del art. 1° de la Ley determina que «*el estatuto jurídico, las garantías de independencia y el escalafonamiento de los magistrados militares serán regulados por las disposiciones vigentes para los magistrados ordinarios en cuanto les sean aplicables*». A este respecto, el propio artículo 1°, en su primer párrafo, concreta unas equiparaciones entre las distintas categorías judiciales de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción militar.

92 Fernández Segado, 1991, p. 60.

algo parecida al modelo español, o, en todo caso, una composición homogénea de jueces profesionales parecida al modelo belga.

Aquí se puede optar por un modelo híbrido, como el español aunque mejorado, o uno normalizado, como el belga. En todo caso, es esencial, como apunta San Cristobal Reales, convertir la jurisdicción militar en un «orden especializado de la jurisdicción ordinaria», respetando, por ello, la especialidad propia del ámbito al que se va a aplicar, desvinculándola por completo del Poder Ejecutivo[93]. Es posible, por tanto, instituir una jurisdicción castrense, en tanto se la quiera mantener, como un orden especializado de la jurisdicción ordinaria desmembrado del orden penal.

93 San Cristóbal Reales, 1996, p. 318.