## Resumen

*En el siguiente informe, el profesor Jorge Mera distingue los que –a su juicio– constituyen los principales obstáculos dogmáticos, legales y prácticos de una reforma de la justicia militar penal en tiempos de paz. Propone, a continuación, modelos referenciales comparados que resultan compatibles con las exigencias de una sociedad democrática e invita a los diversos actores nacionales a iniciar una discusión que ha permanecido pendiente en la transición democrática chilena.*

**LA MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR, UN DESAFÍO PENDIENTE**

*Jorge Mera Figueroa*

**COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN**
Número 1 / Año 1 / Enero de 1999
19 págs.

Registro de Propiedad Intelectual Nº 137.411

# La modernización de la justicia militar, un desafío pendiente*

Jorge Mera Figueroa**

La regulación de la justicia penal militar en tiempo de paz data, en nuestro país, de comienzos de siglo (1925) y no ha sido hasta el momento objeto de transformaciones estructurales[1]. No puede, por tanto, resultar extraño que no se compadezca, como se verá, con los estándares contemporáneos técnicos y valóricos mínimos reconocidos internacionalmente –los que se han desarrollado con particular fuerza después de la Segunda Guerra Mundial– y que son propios de un Estado democrático de derecho. De ahí que uno de los temas pendientes y urgentes de la modernización de la administración de justicia en nuestro país, sea el de la justicia penal militar en tiempo de paz.

---

* Este informe se realizó en el marco de un proyecto de investigación que sobre Justicia Militar se llevó a cabo, entre abril de 1996 y marzo de 1998, en el Centro de Investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, con financiamiento de la Fundación Ford y bajo la dirección del autor de este artículo. Los resultados completos de la investigación se publicarán en un libro que se encuentra próximo a ser editado.

** Profesor de Derecho Penal e Investigador del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

1 Me ocuparé en este artículo solo de la jurisdicción *penal* –y no disciplinaria– militar *en tiempo de paz*, esto es, en épocas de normalidad jurídica. La jurisdicción penal militar en tiempo de guerra es otro asunto, por lo que tanto su justificación como el ámbito de su extensión se sustentan en argumentos de distinta índole. Tanto es así que incluso en los países donde se ha suprimido esta jurisdicción especial para el tiempo de paz, se la mantiene para el tiempo de guerra.

## FALENCIAS ESTRUCTURALES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR CHILENA EN TIEMPO DE PAZ

### Excesiva extensión

### Estructura y organización

Dos son las principales falencias estructurales que presenta dicha jurisdicción: el ámbito de su extensión y su organización y estructura, que comprometen su independencia e imparcialidad.

### Problemas derivados de su excesiva extensión

En primer lugar, su ámbito excesivo permite el juzgamiento de civiles por tribunales militares en múltiples supuestos y el de militares por delitos comunes cometidos en acto o con ocasión del servicio militar o en recintos militares o policiales, como podría ser el caso, por ejemplo, de las violaciones a los derechos humanos realizadas por uniformados. De hecho, la mayoría de los procesos seguidos en los tribunales militares alcanzan a civiles, en tanto que solo un porcentaje muy menor de los procesos en contra de militares dicen relación con delitos auténticamente castrenses[2].

Esta anómala situación –sin parangón, desaparecido el régimen franquista[3], en el derecho comparado contemporáneo– contradice flagrantemente las razones que justificarían este fuero especial (y a las que se alude más adelante), referidas a la necesidad de mantener la disciplina de los institutos armados y a la complejidad especial que revestirían las más graves infracciones de los deberes militares cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas. En el derecho comparado contemporáneo, como veremos, la jurisdicción penal militar para el tiempo de paz, o bien ha desaparecido, o bien se encuentra circunscrita al conocimiento de delitos estrictamente castrenses, constitutivos de las más graves infracciones de los deberes militares, cometidos por miembros de las instituciones armadas.

Una jurisdicción militar tan amplia como la nuestra no parece obedecer a criterios razonables –como podría ser el de la naturaleza estrictamente militar de los bienes jurídicos protegidos, unida a la calidad de militar en servicio activo del infractor–, por cuanto, en definitiva, los factores que según la ley determinan, en diversos casos, el fuero militar son formales y arbitrarios[4].

---

2 Cfr. infra, 7 y 8, los datos estadísticos que allí se consignan.

3 La doctrina española ha sido muy crítica de la ampliación del fuero militar que tuvo lugar durante Franco. Canosa Usera sostiene que "El franquismo no hace más que confirmar las peores tendencias en el abuso de las Fuerzas Armadas y en su consiguiente desnaturalización, al convertirlas en brazo armado de una política de cuyo sostén los Ejércitos fueron instrumento principal" (Raúl Canosa Usera, Configuración Constitucional de la Justicia Militar, Revista del Poder Judicial, 2ª Epoca, Nº 34, Madrid, junio, 1994, p. 3). Por su parte, Fernández Segado afirma que la hiperinflación competencial de la justicia militar es "fruto de su instrumentalización por el poder político como arma de combate frente a la subversión, arma, por cierto, de notable efectividad, tanto por la ejemplaridad de las penas como por la sumariedad de sus procesos" (Francisco Fernández Segado. La extensión de la Jurisdicción Militar. Reflexiones en torno al art. 4 de la Ley Orgánica 4/1987, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Revista de Derecho Procesal. Madrid, Nº 3, 1995, p. 833).

4 Un especialista chileno en la materia, ha sintetizado de la siguiente manera el punto en cuestión: "Nuestra jurisdicción militar está determinada en el art. 5º, y puede considerarse amplísima:

a) porque al comprender los delitos militares, considera como tales todos aquellos contemplados en el Código y en otras leyes especiales que somete el conocimiento de sus infracciones a los tribunales militares, y es indudable que numerosísimos de estos delitos son, en doctrina, impropiamente militares, ya que pueden perpetrarse por civiles;

b) porque abarca los delitos comunes cometidos por militares o empleados civiles de los cuerpos armados cuando concurre, además, alguno de estos factores: 1. estado de guerra o estando en campaña *(ratione temporis)*; 2. en acto del servicio o con ocasión del servicio *(ratione legis)*; y 3. en un recinto militar *(ratione loci)*;

c) porque el fuero militar se extiende en los casos de los artículos 11 y 12, o sea, por codelincuencia, por conexidad o por concurso de delitos, comprendiendo

En efecto, basta con que se trate de militares que cometen *delitos comunes* en acto del servicio militar o con ocasión de él, o que los ejecuten en recintos militares o policiales; que la infracción –cualquiera que sea su naturaleza, castrense o común, o la calidad de su autor, militar o civil– esté contemplada en el Código de Justicia Militar o, incluso, que una ley, cualquier ley, establezca que el delito de que se trate será de conocimiento de los tribunales militares (como ocurre con la Ley de Control de Armas), aunque en los dos últimos casos los imputados sean civiles y las infracciones no presenten connotación militar alguna.

Los resultados inaceptables a que conduce un fuero militar tan desmesurado son, entre otros, los siguientes: los tribunales militares juzgan a civiles imputados por delitos en contra de militares o de carabineros[5], de la institución castrense o de sus intereses; a civiles imputados por delitos de carácter político o en contra del orden público, y a militares y carabineros que cometen delitos comunes –incluso en contra de civiles– en múltiples supuestos.

Comentario aparte merece la ampliación de la jurisdicción penal militar a la preservación de la seguridad del Estado y del orden público, situación que se intensifica a partir de 1972, con la entrada en vigencia de la Ley de Control de Armas, la cual entregó el conocimiento de sus infracciones –normalmente cometidas por civiles– a los tribunales militares. Ello implica desvirtuar, hasta cierto punto, la estructura del propio Código de Justicia Militar[6], en razón de factores coyunturales –aparición en la década de los sesenta, de movimientos políticos que recurren a la violencia–, ingresando así nuestro país a la tradición tercermundista y latinoamericana, según la cual el enfrentamiento de la subversión debe realizarse por las Fuerzas Armadas, con el consiguiente debilitamiento de las garantías y el riesgo de que las acusaciones penales se traten y resuelvan de acuerdo con la lógica de la guerra y de la dupla amigo y enemigo.

Esto desnaturaliza a las FF.AA., toda vez que su misión no es velar por el orden público, asunto de competencia de la autoridad civil, sino que de la seguridad exterior del Estado, como tradicionalmente se ha es-

dentro de la jurisdicción militar al civil que cometió un delito común conjuntamente con un militar que estaba en servicio; a civiles responsables de delitos comunes cuando alguno de estos fuere conexo con un delito militar y al militar por delitos del fuero común cuando además se le imputare un delito de jurisdicción militar" (Renato Astrosa, Derecho Penal Militar, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1974, 2ª ed., p. 27).

5 Originalmente, el Código de Justicia Militar no extendía la jurisdicción militar a la policía de Carabineros, salvo que estas fuerzas policiales estuvieren agregadas al Ejército o prestaran servicios de guarnición. La ampliación de la jurisdicción militar a Carabineros se produjo en virtud de un decreto con fuerza de ley de 1929, que introdujo un nuevo Título relativo a los delitos cometidos por carabineros y en contra de carabineros. Dicha ampliación resulta criticable, toda vez que la función policial propia de Carabineros no tiene el carácter de militar La jurisdicción militar, respecto de Carabineros, debiera, en todo caso, a lo sumo, circunscribirse a lo que de militar tiene –en nuestro sistema– esta institución, esto es, al control de la aplicación de las normas relativas a su régimen interno, necesarias para la mantención de la disciplina interna (deberes de la vida de cuartel, relaciones jerárquicas, etc.), pero no debiera cubrir el conocimiento y juzgamiento de los hechos delictivos que se derivan del desempeño de la función policial, como ocurre con el maltrato de obra a carabineros y las violencias innecesarias de esta fuerza en contra de civiles.

6 En efecto, el CJM no contempla delitos contra el orden público, los que se encuentran tipificados en el Código Penal y en la Ley de Seguridad del Estado, y son de conocimiento de los tribunales ordinarios. Con todo, excepcionalmente se contemplan figuras que pueden tener relación con el orden público, como ocurre con el maltrato de obra a carabineros, infracción que permanece dentro de la órbita de la jurisdicción penal militar En efecto, las más significativas de estas infracciones se cometen con ocasión de manifestaciones públicas en las que se enfrenta la policía con sectores de la población civil. Por cierto que tales hechos debieran ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, toda vez que se trata de autores civiles que, por lo demás, no atentan en contra de ningún bien jurídico estrictamente castrense.

timado siempre en Chile. La Constitución vigente no innova en la materia, pues la alusión que hace a la función de las FF.AA. de resguardar la institucionalidad, debe cumplirse de acuerdo con los propios mecanismos que la Constitución establece y, concretamente, a través de su participación en el Consejo de Seguridad Nacional.

Confiar la defensa del orden público a las Fuerzas Armadas supone "la radical desnaturalización del Ejército... (que) pasa a ser una pieza del sistema de poderes y precisamente aquella a la que se encomiendan las tareas más duras en la confrontación política interna. Es una concepción que hoy llamaríamos tercermundista del Ejército, que poco tiene que ver con su alta función y con su dignidad, que al Ejército mismo, como a todo el pueblo, de quien aquel es su expresión y su escudo, importa mantener"[7].

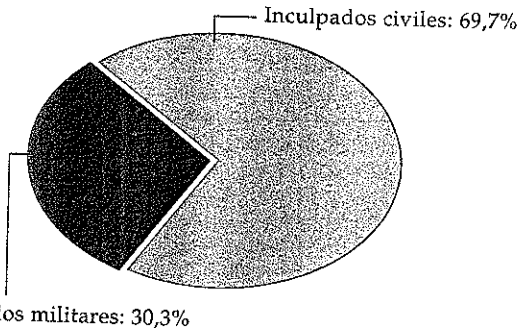
Aplicar la justicia militar a la función de mantener el orden público implica "eliminar *a radice* toda posible justificación de esa justicia, de la que intenta únicamente aprovecharse la expeditividad y la simplicidad respecto de situaciones que ni son simples normalmente ni admiten tratamientos expeditivos ... el derecho militar es un derecho organizativo interno, que solo en las situaciones de guerra (de guerra exterior naturalmente, que es la que justifica únicamente al Ejército como institución; la guerra civil es una eventualidad que no admite presentarse como una hipótesis legal ordinaria, salvo que la propia sociedad esté inicialmente rota) puede tener alcance general, y es desnaturalizar toda su esencia aplicarlo a toda la población fuera de esas situaciones bélicas"[8].

[7] Eduardo García de Enterría, prólogo a la obra de Manuel Ballbé, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1985, p. 14.

[8] *Idem.*

En lo que se refiere al juzgamiento de civiles por tribunales militares, una investigación empírica[9] realizada recientemente muestra que en el período 1990-1996 (considerando el 100% de las causas del Segundo Juzgado Militar de Santiago iniciadas desde 1990 en adelante y terminadas en 1996), el total de los *inculpados militares* (incluyendo a los soldados conscriptos –129– y a los empleados civiles de las FF.AA.: 24) fue de *902*, en tanto que el total de los *inculpados civiles*, durante el mismo período, fue de *2.073*. Es decir, el porcentaje de civiles asciende al *69,68%*, mientras que el de militares es de 30,32%. En dicho período, la relación entre *procesados* militares y civiles es de *194* y *366*, respectivamente, en tanto que la de condenados es de *141* y *153*, respectivamente.

**Juzgamiento de civiles por tribunales militares**



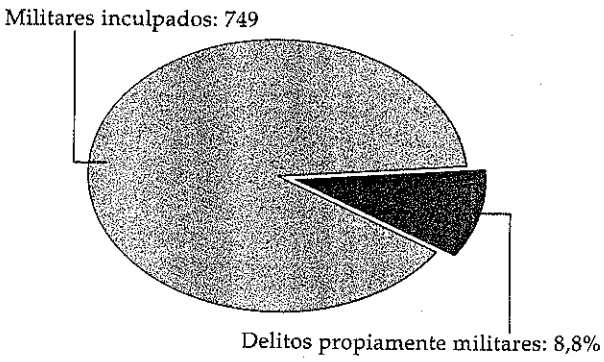

En lo que dice relación con el juzgamiento por tribunales castrenses de delitos comunes imputados a militares, la misma investigación empírica arroja los siguientes datos:

De un total de 749 militares inculpados, solo 66 lo fueron por *delitos propiamente militares*, es decir, el 8,81%. En las causas seguidas por *delitos contemplados en el Código de Justicia Militar* (el que incluye una minoría de infrac-

[9] *Cfr.* Nota *.

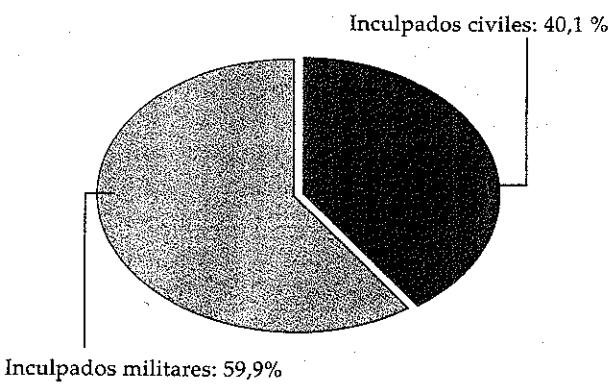
ciones de carácter militar y una mayoría de infracciones comunes susceptibles de cometerse también por civiles[10]), el total de inculpados militares fue de *5.241*, en tanto que el total de inculpados civiles ascendió a *1.772*.

**Juzgamiento de delitos comunes por tribunales castrenses**




En las causas por *delitos comunes* conocidas por los tribunales castrenses, los *inculpados civiles* fueron *236*, en tanto que los militares ascendieron a *352*.

**Causas seguidas por delitos contemplados en el Código de Justicia Militar**




10 En la gran mayoría de los delitos contemplados en el Código de Justicia Militar se protegen bienes jurídicos de carácter general que no guardan relación con los deberes militares de la disciplina, obediencia, jerarquía y servicio militar, y pueden, por lo tanto, ser cometidos también por civiles.

Las cifras anteriores demuestran que el diseño normativo de jurisdicción amplia que caracteriza a nuestro sistema de administración de justicia militar –que alcanza a los civiles en numerosos supuestos y a los militares por delitos comunes– tiene su reflejo en la realidad y confirman las apreciaciones intuitivas comunes en nuestro medio, en el sentido de que un porcentaje ostensiblemente mayor de civiles es alcanzado por la justicia militar, en tanto que tratándose de los militares, solo un reducido número de los procesos seguidos en su contra se refiere a delitos propiamente castrenses.

## Problemas de estructura y organización

El segundo gran problema que presenta nuestra justicia militar dice relación con su estructura y organización[11]. Debido a sus características, no se encuentren aseguradas la independencia e imparcialidad del tribunal.

11 Existe, en verdad, un tercer problema, referido a los procedimientos penales de la justicia militar, los que atentan en contra de las garantías del debido proceso, en el que, sin embargo, no insistiré, puesto que, como es sabido, es el proceso penal general (y no solo el militar) el que presenta en nuestro país serias falencias estructurales. Como es sabido, se encuentra próxima a ser aprobada por el Congreso una reforma que introducirá un juicio oral y público de corte acusatorio.

Con todo, el procedimiento penal militar agrava la ya deficiente situación de las garantías procesales en el proceso penal general, estableciendo restricciones adicionales. En efecto, las garantías del procesado se encuentran particularmente debilitadas en el procedimiento penal de tiempo de paz. Es así como las facultades discrecionales del juez militar durante la etapa de instrucción son mayores que las del juez ordinario. La prisión preventiva puede decretarse si existe motivo suficiente para *sospecha* que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito (art. 136 del CJM). Contra la orden de prisión de alguna autoridad judicial del fuero militar, solo procede el recurso de amparo, del que conoce, en única instancia, la Corte Marcial (art. 139 CJM). Las resoluciones del fiscal son por regla general inapelables.

La situación es aún más grave tratándose del juzgamiento de delitos contemplados en leyes especiales, como es el caso de la Ley de Control de Armas. Baste señalar que la resolución que somete a proceso al inculpado y la que le deniega la libertad provisional son inapelables, en tanto que contra la sentencia de segunda instancia no procede el recurso de casación.

El requisito básico para asegurar la *independencia* de los jueces es el de la inamovilidad. En primera instancia ella no existe en la justicia militar chilena. Esta última es de carácter jerárquica y quienes la administran (fiscales, jueces y auditores) tienen graduación militar, se encuentran sometidos a la subordinación militar disciplinaria y pertenecen a las plantas jerarquizadas de sus respectivas instituciones. En segunda instancia el tribunal está integrado por mayoría de miembros militares en servicio activo, los que gozan de inamovilidad solo por tres años[12].

Debe destacarse el retroceso histórico –desde la perspectiva de la independencia del tribunal– que supone la composición actual de las Cortes Marciales, si se considera que durante más de sesenta años (1859 a 1926) estuvieron integradas solo por Ministros de Cortes de Apelaciones.

Aparte de las críticas que merece la integración actual de la Corte Marcial, debe anotarse –para apreciar la relevancia real de este tribunal de segunda instancia, como órgano de control de los tribunales militares de primera instancia– que la investigación empírica realizada muestra que solamente el 19,42% de las causas juzgadas en primera instancia fue revisado por la Corte Marcial, siendo revocadas solo el 1,28% de las sentencias revisadas.

Por último, el Fiscal General del Ejército –funcionario en servicio activo– integra la Corte Suprema cuando esta conoce de asuntos concernientes a la jurisdicción militar.

En relación a la exigencia de la *imparcialidad* del tribunal[13], ella se ve infringida por el hecho de que los tribunales militares tienen jurisdicción para conocer de delitos cometidos por civiles que atentan en contra de militares y carabineros (maltrato de obra en contra de estos) y, en general, por delitos relacionados con bienes jurídicos constituidos por intereses de carácter castrense. También se la infringe en los casos en que la jurisdicción militar se ejerce para juzgar actos delictivos perpetrados por militares o carabineros en contra de los civiles, como ocurre, paradigmáticamente, en el delito de violencias innecesarias, de común ocurrencia en la práctica, o en general, en todos aquellos casos en que los delitos comunes cometidos por militares o carabineros deben ser juzgados por tribunales militares en atención a que han sido cometidos en actos del servicio militar o con ocasión del mismo, o en recintos militares o policiales.

12 La falta de independencia de los tribunales militares es una de las deficiencias más importantes de esta jurisdicción y ella ha sido observada desde antiguo por los comentaristas del Código de Justicia Militar. Así, por ejemplo, ya a comienzos de siglo expresaba un autor: "La subordinación incondicional que exige el Ejército para su subsistencia es el obstáculo más grande que impide a los miembros de los tribunales militares despojarse, como debieran hacerlo, de esa capa disciplinaria que pesa sobre el militar en todos los actos de su vida como tal, ya sea dentro o fuera del cuartel" (Fabrio Galdames Lastra, *Estudio sobre la Reforma de los Tribunales Militares*, imprenta Ilustración Militar, Santiago, 1910).

Estas críticas se siguen formulando hasta el día de hoy, incluso en los niveles más altos del sistema judicial. Así, en el discurso de inauguración del año judicial 1989, expresaba a este respecto el entonces presidente del más alto tribunal: "Si bien es cierto que los tribunales militares están sometidos en gran parte a los principios fundamentales que deben regir la organización de los tribunales de justicia, sin embargo aquellos principios que son base de las garantías de los imputados tienen una muy precaria vigencia en los tribunales castrenses. En efecto, siendo sus magistrados personal de las Fuerzas Armadas, los que de partida están sometidos a reglamentos de disciplina muy importantes, desaparece la garantía de la inamovilidad, la que es básica y fundamental en relación con la independencia del juez. Y esto implica, de inmediato, una seria deficiencia en el sistema de administración de justicia en cuanto a la confiabilidad de sus resultados. Hemos sido testigos, en el último tiempo, de situaciones que han ido, a no dudarlo, en desmedro de tal beneficio judicial".

13 Me refiero a la imparcialidad en su faz objetiva, es decir, aquella que se refiere a las condiciones estructurales del sistema que evitan que el juez se encuentre o pueda encontrarse en una posición en la que se perjudique a una parte en favor de la otra. Es lo que ejemplifica el aforismo inglés elaborado para su descripción que señala "la justicia no solo debe ser imparcial, sino que también parecerlo". En este sentido ver Caso de Cubber, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de octubre de 1984, párr. 26.

## MODELOS DE REFERENCIA PARA UNA REFORMA GLOBAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR CHILENA

### Abolición de la jurisdicción penal militar para el tiempo de paz.

### Jurisdicción militar al juzgamiento de delitos propiamente militares.

Como puede observarse, las falencias que presenta la jurisdicción militar en nuestro país son de carácter estructural. Su concepción misma, sus instituciones, organización y procedimientos son las que resultan inconciliables con las exigencias del estado de derecho, la democracia y las normas internacionales sobre derechos humanos.

Lo que corresponde es, pues, abordar la reforma de la justicia militar desde una perspectiva global que se proponga su completa transformación, adecuándola a las exigencias de un estado de derecho moderno, respetuoso de los derechos de las personas. No se trata, por consiguiente, de introducir algunos "ajustes" o "arreglos" parciales con el fin de *perfeccionar* el actual sistema de administración de justicia militar.

De ahí que las reformas parciales realizadas en el último tiempo a través de las Leyes Cumplido, no resultan, con lo estimables que son, en definitiva significativas, puesto que mantienen intacto lo fundamental de su concepción, estructura y organización. Así, por ejemplo, fue sin duda positivo, en el nivel normativo, el traspaso del conocimiento de las injurias a las Fuerzas Armadas y a Carabineros a los tribunales ordinarios[14]. Sin embargo, en la práctica el impacto de esta reforma ha sido escaso, toda vez que el ministerio público militar ha utilizado reiteradamente otra figura delictiva (sedición impropia, la que sigue incluida dentro del ámbito de la jurisdicción militar) para perseguir la responsabilidad penal de periodistas e incluso en un caso de un abogado por críticas a las Fuerzas Armadas[15].

Cualquier intento serio de reforma de nuestro sistema de administración de justicia militar deberá tomar en consideración los modelos contemporáneos del derecho comparado, en especial aquellos que se han desarrollado a partir del término de la Segunda Guerra Mundial. Los modelos que se juzgan actualmente compatibles con los estándares internacionales y las exigencias de un estado de derecho son fundamentalmente dos. El primero suprime para el tiempo de paz la jurisdicción penal militar. El segundo la mantiene, pero restringida al conocimiento de delitos estrictamente militares cometidos por miembros de las instituciones armadas.

### Primer modelo: Abolición de la jurisdicción penal militar para el tiempo de paz

Este modelo, el más radical, suprime esta jurisdicción especializada, entregando el juzgamiento de los delitos militares –que subsisten como tales delitos especiales– a la justicia civil. Es lo que ocurre en países de gran tradición militar, como son Alemania y Francia, entre otros[16].

---

14 La Ley 19.047 (una de las llamadas Leyes Cumplido) excluyó de la jurisdicción militar el conocimiento (i) de los delitos terroristas cuando el afectado fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o de Carabineros, y (ii) de los delitos de amenazas, ofensas o injurias a las Fuerzas Armadas o a Carabineros, o a sus unidades, reparticiones o miembros, cuando estos delitos fueren cometidos por civiles.

15 La llamada figura de sedición impropia –aplicable también a los civiles– está contemplada en el art. 274 del CJM, que castiga al que "induzca a cualquier alboroto o desorden, de palabra, por escrito o valiéndose de cualquier otro medio, o *hiciere llegar a conocimiento de las tropas especies destinadas a causarles disgusto o tibieza en el servicio, o que se murmure de él*". Es esta última parte de la figura, redactada en términos a la vez amplios y ambigüos, la que ha sido esgrimida en la práctica para intentar reprimir críticas a las Fuerzas Armadas.

16 El cuestionamiento de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz es antiguo. Nada menos que Napoleón es contrario a que los militares sean juzgados por tri-

El hecho de que los delitos militares cometidos en tiempo de paz sean de conocimiento de la justicia civil, no puede interpretarse como un debilitamiento de las Fuerzas Armadas. Aparte de que la jurisdicción judicial de carácter penal no es una función propia de las FF.AA., estas cuentan siempre –para la preservación del cumplimiento de los deberes militares y el mantenimiento eficiente de la organización militar y de su gobernalidad– con la posibilidad de aplicar eficaces sanciones disciplinarias, pudiendo llegarse a la destitución y marginación del infractor de la institución. De hecho, en los países donde se ha suprimido esta jurisdicción, no se ha producido un relajo de la disciplina ni ninguna otra perturbación de la función militar, y los delitos castrenses han sido debidamente investigados y sancionados por los tribunales ordinarios.

La relevancia de la pregunta respecto de las *razones justificatorias* de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz dice relación tanto con su *legitimidad* en un Estado democrático de derecho (por la tensión que presenta, dado su carácter especial y excepcional, con fundamentales principios de este último: igualdad ante la ley, unidad de jurisdicción, derecho al juez natural, división de poderes), como –en caso de estimársela legítima– con el *ámbito de su extensión*, el que debería ser coherente con las razones aducidas para su existencia. Así, por ejemplo, si la justificación se hace consistir, como lo plantea la doctrina penal militar prácticamente en forma unánime, en la necesidad de preservar la disciplina y otros deberes militares y/o en la especialidad y complejidad de los delitos castrenses (concebidos a su vez como infracciones de dichos deberes), el ámbito penal de esa jurisdicción, en tiempo de paz, debería estar restringido –como efectivamente ocurre en la mayoría de los países que mantienen este fuero especial– al conocimiento de los delitos auténticamente militares, con exclusión tanto del juzgamiento de civiles como de militares en supuestos ajenos a los de infracciones propiamente castrenses.

Nadie discute que las funciones asignadas a las Fuerzas Armadas –defensa de la seguridad exterior mediante el empleo de las armas– las configuran como instituciones con características particulares. Pero de eso no se sigue obligadamente la necesidad, o siquiera la conveniencia, de la existencia de una judicatura militar especial para conocer de los delitos militares. En efecto, si bien es cierto que, como razón se ha sostenido, la defensa nacional se convierte en el apoyo para explicar las peculiaridades de la organización militar, no lo es menos que ante cada rasgo distintivo de esta última debemos interrogarnos sobre "su entronque con la defensa nacional; si sirve a esta no cabrán dudas de su legitimidad constitucional; por el contrario, si la defensa nacional se garantiza sin ese elemento diferencial, entonces, lo conveniente sería eliminar tal especialidad"[17].

La jurisdicción penal militar de tiempo de paz no parece ser necesaria para la defensa nacional, la cual puede preservarse incluso mejor por la justicia civil. El interés corporativo de mantener la indispensable disciplia y obediencia, así como la normalidad y eficacia del servicio militar, se cumple satisfactoriamente mediante el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria a cargo de las propias Fuerzas Armadas.

bunales castrenses. He aquí sus palabras: "La justicia es una en Francia: se es ciudadano francés antes de ser soldado; si, en el interior, un soldado asesina a otro, ha cometido, sin duda, un crimen militar, pero ha cometido también un crimen civil. Es preciso, por tanto, que todos los delitos sean sometidos primeramente a la jurisdicción común, siempre que esté presente" (Vid. Jean Milliot: Les *délits militaires*, rapport francés al IV Congreso Internacional, cit. por Ruperto Núñez Barbero, *Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1971, p. 733).

[17] Raúl Canosa Usera, *op. cit.*

Tratándose, en cambio, de *delitos militares* –y no de simples faltas disciplinarias–, esto es, de graves infracciones a los deberes castrenses que trascienden el ámbito puramente institucional y corporativo de las Fuerzas Armadas, por comprometer la eficacia de estas últimas como órganos encargados de la protección de la seguridad exterior del Estado, pareciera que son los tribunales civiles los más indicados para conocer de dichas infracciones. En efecto, en tal caso se encuentra comprometido un bien jurídico vital, de carácter universal, como es la seguridad exterior del Estado, en cuya preservación está interesada toda la sociedad y no solo determinados sectores suyos.

A este respecto debe tenerse presente que la institución militar misma es instrumental respecto del Estado, en el sentido que existe para la protección de su seguridad exterior. La función de las Fuerzas Armadas está referida, en definitiva, a la guerra, y en tiempo de paz, a la adecuada preparación para la misma. El derecho penal militar es, como lo ha subrayado la doctrina anglosajona, "un medio para mantener la eficacia del Ejército como una organización de combate"[18]. Y es toda la sociedad –y no solo las FF.AA.– la que está interesada en la existencia de dicha eficacia, puesto que ella resulta necesaria para la preservación de la seguridad exterior.

Cuando se sancionan *penalmente* las infracciones graves a la disciplina y a otros deberes militares, es porque se trata de hechos que trascienden la dimensión puramente disciplinaria, por afectar el cumplimiento de la función de las FF.AA., referida, como se ha visto, a la seguridad exterior, esto es, a uno de los intereses más generales y permanentes de la sociedad.

[18] Cfr. Francisco Jiménez y Jiménez, Introducción al Derecho Penal Militar, CIVITAS, 1987, Madrid, España, p. 79.

En consecuencia, parece razonable que sea la justicia ordinaria la que se ocupe de esos asuntos, dada su relevancia general, y no una jurisdicción especializada como la militar. La justicia ordinaria cuenta con la independencia e imparcialidad necesarias para resolver adecuada y equilibradamente también los conflictos a que da lugar la comisión de delitos militares, evitándose así las distorsiones –piénsese en la afectación de la independencia e imparcialidad del tribunal– que podrían producirse si se entregara la protección *penal* de la disciplina, jerarquía y servicio militar a los tribunales militares.

Tratándose de una jurisdicción especial y excepcional, su justificación debiera ser incontrovertible. No es lo que ocurre con las razones justificatorias que ofrecen sus partidarios.

El principal argumento está referido a la necesidad de mantener la *disciplina*. Así, Renato Astroza Herrera[19] al ocuparse de lo que denomina "fundamentos de la jurisdicción militar", señala, entre los más importantes, y en primer lugar, "la necesidad, exigida por la disciplina, de que los propios jefes militares, que tienen la potestad de mando, posean, asimismo, la potestad disciplinaria y la jurisdicción penal militar para castigar todos aquellos hechos (faltas o delitos) que signifiquen trasgresiones a la disciplina", añadiendo que "la intervención de autoridades extrañas en el conocimiento de esos hechos constituiría un factor de relajamiento de la disciplina, que es la base fundamental en la que descansan las Fuerzas Armadas y sin la cual estas no podrían existir"[20].

[19] Renato Astroza Herrera, *Código de Justicia Militar Comentado*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, págs. 2 y 3.

[20] Este argumento, aparte de su misma inconsistencia general, no sirve, en todo caso, como justificación de la jurisdicción militar para conocer de delitos comunes cometidos por militares o de otras infracciones ajenas a la disciplina cometidos por estos últimos y menos aún de los delitos perpetrados por civiles que nuestra ley incluye dentro de la órbita de la jurisdicción penal militar.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina comparada. Garrido Falla, tras señalar que la justificación de los tribunales militares se encuentra, a su juicio, en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida a su competencia, agrega que "su razón de ser está en la *disciplina* como *principio inspirador de la organización militar,* pues el ordenamiento del Estado permite que el mantenimiento de la disciplina sea confiada a la propia organización militar por medio de órganos propios". Según este mismo autor, una de las características propias y fundamentales de la justicia militar, esto es, "la limitación de su competencia al ámbito estrictamente militar, es consecuencia de su fundamento, anclado en el concepto de disciplina"[21].

El razonamiento confunde la función disciplinaria con la jurisdicción penal. En efecto, los delitos castrenses suponen la infracción no solo de deberes militares (como el de la disciplina), sino que la afección de un bien jurídico propiamente tal, de mayor alcance, referido a la eficacia de las Fuerzas Armadas en su rol protector de la seguridad exterior. Solo cuando mediante la infracción de la disciplina y de otros deberes militares se compromete el bien jurídico mencionado –trascendiéndose el ámbito puramente disciplinario– se configura el injusto constitutivo de los delitos militares[22].

Las alusiones que se hacen a la conveniencia de que sean los propios jefes los que conozcan de las trasgresiones a la disciplina, puesto que ellos son los técnicos en la materia, dejan en evidencia que toda la argumentación es válida solo para la jurisdicción disciplinaria, pero no para la penal. En efecto, tratándose de la atribución de responsabilidad penal, rigen las normas del debido proceso, entre las que se cuentan la independencia e imparcialidad del tribunal, condiciones que, desde luego, no reúnen los jefes militares. De admitirse la jurisdicción penal militar, los tribunales que la integren debieran estar estructurados y funcionar de tal forma que aseguren su independencia e imparcialidad[23].

El segundo argumento con el que se intenta justificar esta jurisdicción es el de la *especialidad* y *complejidad* de los asuntos penales militares.

Se sostiene a este respecto que "el mejor juez del delito militar es el militar, pues él, más que otros, está en posición de comprender el espíritu de los reglamentos militares, y él conoce las circunstancias del servicio, de la disciplina y de la vida de los militares"[24]. "Ese juez, con conocimientos militares y técnicos, tiene una necesaria capacidad especial para el análisis crítico del caso y para ponerlo en relación con el alcance de la norma"[25].

Debe observarse, en todo caso, que el argumento no es aplicable a los casos en que, como ocurre entre nosotros, se juzga a militares por delitos comunes u otra clase de infracciones –como, por ejemplo, atentados

21 Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, págs. 139 y ss.

22 La recurrente confusión entre la jurisdicción disciplinaria y la penal se ha visto, a nuestro juicio, facilitada por los criterios meramente cuantitativos que un sector de la doctrina ofrece para distinguir entre la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad penal. Según esa posición, en ambos casos los intereses afectados –de carácter militar (disciplina, obdiencia, servicio militar)– serían los mismos, radicando la diferencia solo en el grado o intensidad de su afectación. Se trataría tan solo de una cuestión de mayor o menor gravedad, pero siempre referida exclusivamente a la infracción de los deberes militares, los cuales, efectivamente, dicen relación, fundamentalmente –aunque no exclusivamente– con la disciplina.

23 Es lo que la doctrina llama la "judicialización" de la justicia militar. Cfr. nota 27.

24 Pietro Vico, *Diritto penale formale militare*, en *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, dirigida por Enricco Pessina, 2ª parte, vol VI, p. 109, Milán, 1971, cit. por Francisco Jiménez y Jiménez, *op. cit.*, p. 85.

25 Francisco Jiménez y Jiménez, *op. cit.*, p. 85.

a la seguridad del Estado, en las que no se afectan ni los valores ni las reglas que regulan la vida militar como tal–, y a civiles, los cuales, obviamente, no están sometidos a las reglas militares y no se encuentran, por tanto, en situación de infringirlas.

El argumento tampoco es consistente para justificar la jurisdicción penal militar, aun en el caso de los delitos propiamente castrenses, cometidos por militares.

En efecto, aparte de que dicho argumento pone de relieve la falta de independencia e imparcialidad del tribunal –exigencias que integran las garantías del debido proceso de las que son titulares todas las personas objeto de una acusación criminal, incluidos los militares–, debe observarse que su lógica es más propia y resulta, por lo tanto, aceptable para los supuestos en que se trata de hacer efectiva la responsabilidad *disciplinaria* del militar, pero no su responsabilidad *penal*, caso en el cual se trata de establecer no solo si se ha infringido un deber militar, sino que, además, si tal infracción compromete un bien jurídico vital, de intererés general y no solo castrense, puesto que únicamente en este último caso se justifica la intervención penal del Estado. Siendo así, la jurisdicción ordinaria parece la más adecuada para conocer de los delitos militares.

A diferencia de lo que ocurre con otras jurisdicciones especiales (tribunales de familia y laborales, por ejemplo), los tribunales militares están integrados por miembros de las propias instituciones a las que pertenecen los imputados (nos referimos a un modelo de fuero restringido, que es el que impera en la mayoría de los países). No se trata solo de jueces especializados en determinadas materias, sino que ellos forman parte del estamento, del cuerpo que también integran las personas que deben juzgar. Este es un rasgo propio de los tribunales militares, susceptible de afectar tanto la independencia –desde luego en los sistemas donde esta jurisdicción no se encuentra judicializada– como la imparcialidad del tribunal.

Este carácter excepcional de los tribunales militares sugiere la pregunta de si lo que se trata es tan solo de que los delitos militares sean conocidos por los técnicos especialistas en la materia, o más bien subyace a esta jurisdicción el propósito de salvaguardar valores institucionales, de carácter corporativo de las Fuerzas Armadas, antes que intereses generales –auténticos bienes jurídicos en cuya conservación se encuentra interesada toda la sociedad y no solo un sector de ella–, única hipótesis que legitima la intervención penal del Estado. Para la protección de los valores puramente institucionales de la organización militar resulta suficiente el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria por parte de las propias Fuerzas Armadas.

Es cierto que la connotación castrense de estos delitos comporta componentes técnicos –como por lo demás ocurre en múltiples otros casos de conocimiento de los tribunales ordinarios–, cuyo cabal alcance puede en ciertos casos, especialmente complejos, quizás escapar a los legos. Sin embargo, esta circunstancia no justifica una jurisdicción excepcional, toda vez que bastaría con que los tribunales ordinarios contaran con la adecuada asesoría técnica, en caso necesario, o que se establecieran, dentro de la jurisdicción ordinaria, competencias especializadas para las causas militares[26], o que, tratándose de tribunales colegiados, estuvieran integrados por un miembro militar, a condición, naturalmen-

[26] Es lo que ocurre en Holanda. La Ley de los Países Bajos de 2 de julio de 1982 establece que la justicia militar se imparte en Salas militares, integradas en los tribunales de la jurisdicción ordinaria, de las que forman parte un jurista militar y dos miembros de la carrera judicial (cfr., J. 0. de Lange: "Certein Aspects of New Military Criminal Juridiction in the Netherlands", en *Revue de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre, vol.* XXII, Nos 3-4. 1983, págs. 301 y sigtes., cit. por Francisco Fernández Segado, Revista General de Derecho, N° 568, 1992, p. 348).

te, que estuviera institucionalmente garantizada su independencia e imparcialidad (militar en retiro, por ejemplo).

**Segundo modelo: Jurisdicción limitada al juzgamiento de delitos propiamente militares**

Una segunda alternativa que se presenta en el derecho comparado contemporáneo es la de contemplar un fuero militar restringido a los delitos propiamente castrenses cometidos por militares, de acuerdo, por lo demás, con el sentido y la lógica de los argumentos justificatorios ofrecidos por los partidarios de esta jurisdicción especializada. Por lo tanto, no alcanza en caso alguno a civiles ni a militares por delitos comunes. Además, dicha jurisdicción es concebida de tal modo que su estructura, organización, funcionamiento y procedimiento garanticen la independencia e imparcialidad de los tribunales militares y, en general, las garantías del debido proceso.

En los países europeos donde aún se mantiene esta jurisdicción para el tiempo de paz, ella se encuentra –a veces en la Constitución misma, como ocurre en España, Portugal e Italia– limitada al ámbito estrictamente castrense y *judicializada*[27].

En lo que concierne a América Latina, la inmensa mayoría de las Constituciones actualmente vigentes en nuestra región consagran la jurisdicción militar en tiempo de paz en términos restrictivos, limitada solo al conocimiento de los delitos "puramente militares", "estrictamente militares" o "de función". Si bien es cierto que no se ha alcanzado aún un concepto jurídico claro del "delito propiamente militar", la consagración constitucional referida es un importante punto de partida que posibilita desarrollos dogmáticos consecuentes con el carácter excepcional de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz y la consiguiente exclusión de su ámbito de los delitos comunes cometidos por militares.

Estas Constituciones no hacen sino acoger la concepción moderna de la justicia castrense –fruto del desarrollo tanto del propio Derecho Penal Militar como de las exigencias del Estado democrático de derecho y de los derechos humanos–, en el sentido de que la competencia de los tribunales militares, coherentemente con las razones invocadas para su justificación, debe extenderse solo al conocimiento de delitos propiamente militares cometidos por miembros de las instituciones armadas.

En verdad, como ha sido percibido desde hace ya dos siglos, la única manera de evitar que la jurisdicción penal militar constituya una anacrónica justicia de casta, es reduciéndola al ámbito estrictamente castrense y aplicándola –por tribunales independientes e imparciales– exclusivamente a los militares que infringen gravemente los más importantes de los deberes que les corresponden en cuanto miembros de su institución. A este respecto, ya en 1816, en el Informe al Proyecto de Código Penal Militar para el Reino de las Dos Sicilias, se decía que "había de subrayarse la transformación de una justicia militar de fuero clasista para la gente de armas, en una jurisdicción especial *para juzgar de un delito puramente militar cometido por militares*"[28].

[27] Las garantías judiciales que integran el derecho a un debido proceso en caso de acusaciones de carácter penal son aplicables a todas las personas, incluidos, por cierto, los militares susceptibles de ser alcanzados por la jurisdicción penal militar. Entre dichas garantías se encuentra el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, en términos de que el derecho a defensa y los demás derechos constitutivos del debido proceso se encuentren plenamente asegurados. Esta es la razón por la cual en los países europeos que aún mantienen la jurisdicción penal militar en tiempo de paz, esta se ha *judicializado*, siendo, por tanto, impartida por verdaderos tribunales judiciales –y no administrativo militares–, integrados por magistrados de carrera que gozan de inamovilidad, aceptándose, a lo más, una composición mixta del tribunal, pero con mayoría de magistrados civiles.

[28] P. Colletta, Opera inedita o rare, Nápoles, 1961, págs. 371-372, cit. por Fransisco Jiménez y Jiménez, *op. cit.*, p. 81. El subrayado es nuestro.

De acuerdo con esta moderna concepción, se excluye, por de pronto, del ámbito de la jurisdicción penal militar el juzgamiento de civiles, y en el caso de los militares, su juzgamiento por los tribunales militares recae exclusivamente sobre hechos de significación propiamente castrense, como ocurre con los delitos contra la autoridad militar (insubordinación, indisciplina, sedición), contra los subordinados (abuso de autoridad, maltrato de obra o de palabra) y contra el servicio militar (deserción). En ningún caso la jurisdicción penal militar alcanza a militares que cometen delitos comunes en contra de particulares, de algún órgano del Estado o de su administración, ni, en general, de bienes jurídicos que escapan a la esfera estrictamente castrense. Los hechos comprendidos en esta jurisdicción especializada son solamente aquellos que constituyen delitos militares propios, por infringir los deberes del oficio militar.

El carácter excepcional y restrictivo que debe tener en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha sido destacado unánimemente por toda la doctrina comparada. Ello se aprecia, con particular énfasis, cuando se ofrecen las razones justificatorias de la misma, centradas en la necesidad de preservar la indispensable disciplina militar y los valores castrenses inherentes y anexos a la misma.

Así, por ejemplo, se señala que "Trátase, en realidad, de un fuero real (o de causa), necesario para las particularidades propias de toda institución armada, compuesta por gran número de individuos a los que debe mantenerse disciplinados y cohesionados, aun en trances de naturaleza terribilísima y, en la mayoría de los casos, cuando se encuentran operando militarmente en lugares inaccesibles, incluso en territorios extranjeros"[29]. Los autores citados (padre e hijo, ambos profesores de Derecho Penal, uno Auditor de Guerra del Ejército (R), el otro Oficial de Ejército del Cuerpo de Comando (R)) precisan que el Derecho Penal Militar es un derecho de la guerra –única finalidad, sostienen, de los ejércitos–, justificando la jurisdicción penal militar en tiempo de paz en la circunstancia de que en esta época "las Fuerzas Armadas se entrenan para las hipótesis bélicas en general"[30].

La consecuencia es evidente: la jurisdicción penal militar en tiempo de paz solo debe ocuparse de conocer aquellos delitos directamente relacionados con dicho entrenamiento, esto es, los hechos que infrinjan gravemente los deberes que al militar le correspondan como tal y que comprometan significativamente la función militar (la guerra y la preparación para la misma). Esto se corresponde con el carácter instrumental del Derecho Penal Militar en orden a facilitar el cumplimiento de la misión constitucional de las Fuerzas Armadas de proteger la seguridad exterior del Estado. La legislación penal militar "no es un fin en sí mismo sino un medio para mantener la eficacia del Ejército como una organización de combate"[31].

Por otra parte, las Constituciones latinoamericanas, en forma expresa o implícita, excluyen de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz el juzgamiento de los civiles, o lo permiten en ciertos casos excepcionales (por ejemplo, Perú, en los supuestos de traición a la patria y terrorismo). Solo Chile y Bolivia mantienen sistemas que autorizan ampliamente el juzgamiento de civiles por tribunales militares.

Dicha exclusión se deriva de las propias razones justificatorias de la justicia militar, esto es, la conveniencia –o incluso la necesi-

[29] Igounet (h) Igounet, Código de Justicia Militar, Alfa Impresora, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. XVIII.

[30] *Ibidem*, p. XIX.

[31] Rodolfo Venditti, *Il Diritto Penale Militare nel sistema penal italiano*, Guiffré Editore, Milán, 1985, p. 5, citado en la Investigación realizada por la Fundación MYRNA MACK, Guatemala, sin publicar.

dad, desde el punto de vista de los partidarios de este fuero– de que las más graves infracciones a los deberes militares, en especial la disciplina, sean conocidas y juzgadas por quienes se encuentran en mejor posición para determinar el alcance de las mismas, esto es, los propios miembros de la Fuerzas Armadas. En verdad, todas esas razones suponen la infracción de los deberes militares, por lo cual los delitos que se tipifiquen para sancionar las violaciones de estos últimos, revisten el carácter de *especiales* y solo pueden, por tanto, ser cometidos por militares[32].

Esta conclusión parece obvia en los sistemas constitucionales, donde se admite la jurisdicción penal militar en tiempo de paz, pero limitada, expresamente, al ámbito estrictamente castrense.

Como lo señala Manuel Ballbé –tomando pie en el art. 117 de la Constitución española de 1978, según el cual "La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución"–, "la jurisdicción militar, por tanto, debe estar excluida siempre del conocimiento de los delitos cometidos por personas no militares incluso en recinto militar". "En U.S.A. –agrega este autor–, como en la mayoría de los sistemas constitucionales, el Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina de que un civil no puede ser juzgado por un tribunal militar aun habiendo cometido un delito en un recinto militar y contra la persona de un military, Vid. Schartz, Constitutional Law, New York, 1979, pág. 196"[33]. En aquellos sistemas en los que la Carta Fundamental no alude explícitamente a la existencia o al ámbito de dicha jurisdicción, debe llegarse a la misma conclusión por la vía interpretativa, toda vez que tratándose de una jurisdicción especial, que presenta tensiones con fundamentales principios constitucionales en un Estado democrático de derecho, como son los del juez natural, de la uniformidad de la jurisdicción, de la división de poderes y de la igualdad ante la ley, su extensión no puede cubrir el conocimiento de asuntos que exceden su justificación racional, toda vez que es esta precisamente, en la medida que sea racional y convincente, en el sentido de que no se trata de una discriminación arbitraria contraria a los principios referidos, la única que puede legitimar su existencia.

El juzgamiento de civiles por tribunales militares escapa por completo a dicha justificación y es por tanto inconstitucional y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos. De acuerdo con estos, toda persona, en el evento de una imputación de carácter penal, tiene derecho a ser juzgada ante un tribunal competente, independiente e imparcial y con las debidas garantías (art. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En el caso de los civiles, en tiempo de paz, no puede caber dudas de que los tribunales competentes son los tribunales penales ordinarios.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos[34], en relación con el Decreto Ley 25.659 (Perú), que autoriza el juzgamiento de civiles por tribunales militares, en el caso

32 "El delito militar ha menester tanto de la calidad del autor como del carácter castrense de los bienes o intereses protegidos. Si el delito militar entraña una violación al deber militar, no nos parece dudoso que la ley penal militar solo puede dirigir su mandato, y exigir el cumplimiento del deber militar, a quien ostente ese carácter. Afirmar que una persona sin estado militar puede cometer un delito militar, importa tanto como admitir que un civil pueda violar mandatos dirigidos a los militares" (Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Juan Cavallero, Derecho Penal Militar, Ediciones Jurídicas Ariel, 1980, Buenos Aires, Argentina, p. 200).

33 Manuel Ballbé, *Orden Público y Militarismo en la España Constitucional* (1812-1983), 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 465.

34 Informe Anual, 1993, Ed. CEA, Washington D.C., 1994, págs. 538 y sgte.

del delito de traición a la patria, resolvió que dicha norma "se encuentra en abierta contradicción con el debido respeto a las garantías de la administración de justicia y el derecho a ser juzgado por el juez natural y competente, que garantizan los artículos 8° y 25 de la Convención Americana. El fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad y debe ser, por consiguiente, aplicable exclusivamente a las personas que integran dichas fuerzas[35].

Si bien no existe una doctrina uniforme sobre el punto en la jurisprudencia internacional, "está emergiendo –como con razón lo destaca la Comisión de juristas internacionales, en su informe sobre la Administración de justicia en el Perú (p. 69)– un consenso internacional sobre la necesidad de restringir drásticamente, si no prohibir, el ejercicio de la jurisdicción militar sobre civiles en general, y especialmente, durante situaciones de emergencia"[36].

## CONSIDERACIONES FINALES

El tema de la justicia militar, y los problemas que ella origina desde la perpectiva de un Estado democrático de derecho y de los derechos humanos, ha comenzado crecientemente a estar presente en la agenda pública de los países de la región en los últimos quince años, como consecuencia de los procesos de recuperación –o, en su caso, de consolidación– de la democracia en nuestros países y de la relevancia que ha cobrado en este contexto el debate sobre los derechos humanos. En particular, la presencia del tema en la discusión pública se explica por la crítica de la sociedad civil a los intentos de los Estados de utilizar la jurisdicción militar como un instrumento de control de graves problemas sociales (piénsese por ejemplo en los casos de Perú, Colombia y Guatemala).

Chile –por razones vinculadas a las características y limitaciones del modelo de transición a la democracia elegido– se ha mantenido por lo general ajeno a la clara tendencia latinoamerica que se ha señalado, sin que se haya desarrollado hasta el momento una discusión pública general e informada sobre la materia[37], salvo el limitado avance que significaron las Leyes Cumplido.

---

35 Una posición menos tajante sobre la materia es la que mantiene el Comité de Derechos Humanos establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A juicio de este órgano, "el Pacto no prohíbe esta categoría de tribunales", aunque "las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la aplicación de las garantías previstas en el art. 14". Y añade que el Comité ha observado que la existencia en muchos países de tribunales militares o especiales que juzgan personas civiles, podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia" (Observación General N° 13, párr. 4, de 1984).

La Comisión Interamericana, por su parte, evaluando su experiencia a nivel continental, ha observado que "la sustitución de los tribunales ordinarios por la Justicia Militar ha significado, normalmente... un gravísimo decaimiento de las garantías de que deben gozar todos los procesados" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años, p. 338, citado por O'Donell, *Protección internacional de los derechos humanos*, Ed. CAJ, Lima, 1989, 2ª edición, p. 162).

36 El informe citado menciona especialmente tres instrumentos en los que se expresa dicho consenso: *Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura* (principios 3 y 5); *Estándares mínimos de París sobre normas de derechos humanos en estados de emergencia*, cuyo art. 16, N° 4 prohíbe el juzgamiento de civiles ante tribunales militares por delitos contra la seguridad o relacionados con ella, disponiendo que la creación de tribunales especiales para juzgar delitos de naturaleza política implica una violación al imperio del derecho; y el *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre la Independencia de la Justicia*, que propone la limitación de la jurisdicción militar a delitos militares, y que en casos de genuina emergencia el Estado debe empeñarse en que los civiles siempre sean juzgados por los tribunales ordinarios.

37 Un proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados por el ex presidente Aylwin, el 6 de noviembre de 1992, se propone clarificar el ámbito de la jurisdicción militar, con el objeto de impedir, bajo ninguna circunstancia, el juzgamiento de civiles o el de militares por

Es cierto que en Chile el ordenamiento jurídico vigente mantiene formalmente la influencia del poder militar –cada vez menor, en la práctica, a medida que se consolida el régimen democrático– en ámbitos relevantes de la institucionalidad política, como lo es la integración de los jefes militares en el Consejo de Seguridad Nacional, en un elevado porcentaje –la mitad de sus miembros–, Consejo que, entre otras facultades, tiene la de designar a dos de los siete miembros del Tribunal Constitucional y a cuatro senadores, que tienen que ostentar la calidad de ex comandantes en jefe de las ramas de la defensa nacional y de la Dirección General de Carabineros.

Sin embargo, ello no debiera ser óbice para emprender una discusión seria e informada y con altura de miras sobre la necesidad de modernizar nuestro sistema de administración de justicia militar, adecuándolo a las exigencias de un Estado democrático de derecho respetuoso de los derechos humanos. El tema de la justicia militar es, en rigor, ajeno a la problemática de la transición, por cuanto sus falencias –si bien acentuadas durante el régimen militar– son de carácter histórico. Por otra parte, cualquier reforma regiría para el futuro, por lo que no afectaría la actual situación de los uniformados acusados de violar los derechos humanos durante el régimen militar.

En relación con la necesidad de una reforma global de nuestra justicia militar, debe resaltarse la correspondencia que, por lo general, se observa en el derecho comparado, entre, por una parte, la existencia y extensión de la jurisdicción penal militar, y por la otra, el sistema político de los Estados. Una revisión de lo ocurrido en esta materia durante el presente siglo en países que como Alemania, Italia y España han experimentado notables transformaciones de sus sistemas de gobierno, ilustra la anterior afirmación[38].

En nuestro país no se ha presentado tan clara la relación entre sistema político y ámbito de la jurisdicción militar. Es cierto que durante el régimen militar se exacerbó aún más la extrema amplitud de la competencia de los tribunales militares y que al retorno de la democracia, en el gobierno del presi-

actos realizados por estos en perjuicio de civiles o por hechos que constituyan atentados en contra de las instituciones democráticas.

Por su parte, un grupo de parlamentarios de la Concertación presentó, con fecha 14 de diciembre de 1992, un proyecto de ley similar destinado igualmente a modificar la competencia de los tribunales militares, señalando, como fundamento del mismo, que "la experiencia ha demostrado, especialmente en las causas sobre derechos humanos, que la extensión de la justicia militar a las causas en que aparezcan involucrados militares que hayan participado en delitos comunes, ha servido solo para garantizar privilegios para los miembros de las Fuerzas Armadas. Asimismo, por esta vía, se ha obstaculizado el accionar eficaz e independiente de los tribunales ordinarios de justicia".

38 Cfr. sobre el tema, *Justicia Militar* Investigación realizada por la Fundación MYRNA MACK, Guatemala, *op. cit.*

En Alemania, la Constitución de Weimar de 1919 suprimió la jurisdicción penal militar, excepto para época de guerra o a bordo de buques de guerra (art. 106). Durante el nazismo se restableció, ampliándola, dicha jurisdicción, la cual fue nuevamente suprimida al término del régimen nacional-socialista, si bien debe anotarse que ello ocurrió como consecuencia de la desarticulación de la organización castrense alemana, impuesta por los tratados de paz suscritos al fin de la Segunda Guerra Mundial. En todo caso, hasta el día de hoy no existe en Alemania jurisdicción penal militar en tiempo de paz, sino que solo disciplinaria.

En Italia, la jurisdicción penal militar –creada en el siglo XIX con la instauración de los ejércitos permanentes– se amplió considerablemente durante el régimen fascista, si bien de manera menos acusada que en la Alemania nazi. La Constitución italiana de 1947, en tanto, circunscribe la jurisdicción militar en tiempo de paz al juzgamiento de los delitos militares cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas.

El caso español reproduce el mismo paradigma. La Constitución de 1931, de la Segunda República, restringió el ámbito de la jurisdicción militar al juzgamiento de los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados (art. 95). Durante el régimen de Franco se amplió la jurisdicción penal militar a los delitos comunes cometidos por militares y al juzgamiento de civiles. La Constitución vigente limita dicha jurisdicción al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio, en ambos casos de acuerdo con los principios y normas constitucionales.

dente Aylwin, a través de las Leyes Cumplido, hubo intentos parciales de reducir su ámbito, con los modestos resultados antes consignados; sin embargo, todo esto no invalida el hecho de que históricamente la órbita de su extensión ha sido desmesurada (independientemente del régimen político existente) y que, incluso, algunas de sus principales ampliaciones hayan tenido lugar durante gobiernos democráticos, como ocurrió, paradigmáticamente, con la Ley de Armas, que entregó el conocimiento de sus infracciones penales –normalmente cometidas por civiles y en contra de bienes jurídicos que como el orden y la tranquilidad públicos, no revisten carácter castrense alguno– a los tribunales militares.

La explicación de esta situación parece obedecer a la circunstancia de que, atendida nuestra cultura política y jurídica, no siempre se han regulado las instituciones teniendo como norte y fundamento sus presupuestos ideológico-políticos, de suerte que, no obstante ser estos, por ejemplo, democráticos, en el discurso constitucional, las regulaciones legales concretas, lo mismo que las actuaciones de la administración y las decisiones de la jurisprudencia, resultan contradictorios con dichos presupuestos. La conclusión parece ser la de que no ha existido históricamente en el seno de nuestra comunidad político-jurídica una real y consecuente asimilación de los principios democráticos, así como de sus exigencias e implicancias, de modo que la regulación concreta de las diversas instituciones a menudo los contradicen. Este fenómeno se refuerza, a la vez que se explica, por el carácter formalista de nuestra cultura jurídica, en términos que la dogmática que prevalece entre nosotros se ocupa de las instituciones jurídicas como si estas fuesen entes autónomos y el desarrollo que de ella hacemos se realiza, en general, con prescindencia de los presupuestos ideológicos y político-institucionales que subyacen a las instituciones estudiadas.

Esta suerte de esquizofrenia se expresa paradigmáticamente en la regulación de nuestro proceso penal. El procedimiento vigente –que recién se está intentando cambiar desde hace algunos pocos años–, de carácter inquisitivo, premoderno y preliberal, resulta estructuralmente contradictorio con el debido proceso y los principios de un estado de derecho en los que se asienta, pese a lo cual, hasta no hace mucho, solo había merecido críticas más bien superficiales de parte de nuestra dogmática procesal penal, que no apuntaban siempre a las cuestiones esenciales.

El ejemplo de la reforma procesal penal –sobre la cual se ha alcanzado en nuestro país un gran consenso politico-jurídico en escaso tiempo– debiera ser un incentivo a la vez que una interpelación para emprender sin tardanza la modernización de nuestro sistema de administración de justicia militar, cuyas normas, principios y estructuras no aprueban las exigencias ni del Derecho Penal Militar actual ni del Estado democrático de derecho y los derechos humanos.

Terminamos reiterando que urge, pues, iniciar una discusión seria e informada sobre el tema, en la que participen los actores jurídicos, militares y políticos –y la comunidad en general–, donde puedan plantearse con serenidad los problemas y discutirse las alternativas existentes, sin descalificaciones recíprocas.