

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO XI - NÚMERO 20 / DICIEMBRE 2022



El Jurista del Fuero Militar Policial
Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL
Mayor General FAP (R) José Luis Villavisencio Consiglieri

**DIRECTOR DEL CENTRO DE
ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR**
Contralmirante AP Luís Miguel Gutiérrez Sotelo

EDITOR DE LA REVISTA
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA
Socorro Gamboa García

FOTOGRAFÍA DE PORTADA
Licenciado Randy Velásquez Fermín

© EL JURISTA
DEL FUERO MILITAR POLICIAL
*Revista académica del Centro de Altos Estudios
de Justicia Militar*

Edición diciembre 2022
Año 11 - Número 20
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

Editado por:
FUERO MILITAR POLICIAL
Av. República de Chile 321, Santa Beatriz, Lima Cercado
Teléfono: (511) 6144747
E-mail: caejm@fmp.gob.pe

Impreso en Partners Print S.A.C. con RUC 20606691204
Calle José de la Torre Ugarte 265, Miraflores

Tiraje: 1000 ejemplares

Los artículos de la revista son de responsabilidad de sus autores, ni el Fuero Militar Policial (FMP) ni el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM) se responsabilizan por su originalidad y/o contenido. Para sugerencias y comentarios escribanos al e-mail: caejm@fmp.gob.pe

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN _____	9
--------------------	---

ARTÍCULOS

LA ACUSACIÓN DIRECTA EN EL DELITO DE DESERCIÓN <i>Leydy Karina Castro Machicao e Hinna Jannike Larico Coa</i> _____	15
--	----

DETERMINACION DE LA PENA DE MULTA EN EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL <i>José Castro Eguavil</i> _____	27
---	----

SUMARIO SEGUIDO A LOS AMOTINADOS DE LOS CRUCEROS “GRAU”, “BOLOGNESI” Y B.A.P. “RODRÍGUEZ”, ENTRE EL 8 Y EL 11 DE MAYO DE 1932 <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	39
--	----

PERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DE NORMAS SUPLETORIAS CONFORME AL ARTÍCULO XV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL <i>Julio Ernesto Rodríguez Díaz</i> _____	63
---	----

LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ARGENTINA: LINEAMIENTOS PARA UNA PROPUESTA LEGISLATIVA <i>Rodolfo Arturo García Alva</i> _____	71
--	----

LA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DE PRETENSIONES EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN EVITAN LA INDEFENSIÓN <i>Darío Vásquez Rojas y Jorge Tordoya Zúñiga</i> _____	111
---	-----

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS
TIEMPOS DE LA COVID-19 Y LA SUSPENSIÓN DE
ESTA POST PANDEMIA
Nicanor Helvio Molina Tomasto _____ 123

DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DEL PROCESO
ABREVIADO CON ACUERDO PLENO EN LOS PROCESOS
POR DESERCIÓN SIMPLE DE PERSONAL DE TROPA
Juan César Arenas Navarrete y Bryce Ronny Laboriano López _ 147

ESTÁNDAR DE PRUEBA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN
LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL
Eduardo A. Encalada Ortiz de Orué _____ 159

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL CAP (MAYOR GENERAL FAP)
JUAN ENRIQUE O`CONNOR GUEVARA
Roosevelt Bravo Maxdeo _____ 167

PRESENTACIÓN

Como reza el dicho “En algún lugar, algo increíble está esperando ser conocido”, es en esa línea, sea la ocasión propicia para presentar la revista: “El Jurista del Fuero Militar Policial” N° 20, que durante su recorrido recoge diversos artículos y aportes al derecho penal militar policial, para ser conocidos y difundidos, los cuales son fruto del análisis, reflexiones y experiencias propias y vividas, algunos no tan conocidos, novedosos o inéditos, siendo entre ellas “La acusación directa en el delito de deserción y la supletoriedad del código procesal penal ante un vacío legal”.

Es preciso, mencionar que debo extender los agradecimientos a los articulistas por los aportes que realizan, con la única finalidad de enriquecer los contenidos y hacer realidad la presente revista.

JOSE LUIS VILLAVISENCIO CONSIGLIERI
Mayor General FAP (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

Leydy Karina Castro Machicao y
Hinna Jannike Larico Coa¹

LA ACUSACIÓN DIRECTA EN EL DELITO DE DESERCIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL DELITO DE DESERCIÓN; III. LA ACUSACIÓN DIRECTA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL; IV. CONCLUSIONES; V. RECOMENDACIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Las autoras analizan las implicancias que tiene en la administración de justicia militar la significativa cantidad de causas por deserción simple. Les parece que ciertas conductas que están tipificadas como deserción agravada son excesivas en tiempo de paz; igualmente, piensan que para reducir el número de causas por deserción simple debiera aplicarse en el Fuero Militar Policial el procedimiento de la “Acusación Directa” que se contempla en el Código Procesal Común, aplicándose por remisión, mientras se realizan los cambios materiales en el Código Penal Militar Policial.

ABSTRACT

The authors analyze the implications of the significant number of cases for simple desertion in the administration of military justice. It seems to them that certain behaviors that are classified as aggravated desertion are excessive in peacetime; Likewise, they think that in order to reduce

1 Oficiales del Servicio Jurídico del Ejército, abogadas.

the number of cases for simple desertion, the procedure of "Direct Accusation" that is contemplated in the Common Procedure Code should be applied in the Military Police Jurisdiction, applying by referral, while the material changes are made in the Police Military Penal Code.

PALABRAS CLAVES: Deserción simple, deserción agravada y acusación directa.

KEYWORDS: *Simple desertion, aggravated desertion and direct accusation.*

I. INTRODUCCIÓN

En el Fuero Privativo, el delito de deserción, tipificado en el artículo 105 del Código Penal Militar Policial, es uno de los delitos con mayor incidencia en la administración de justicia militar, que se evidencia en la excesiva carga procesal en las diferentes instancias, llámese Fiscalías Militares Policiales, Juzgados Militares Policiales y Salas de los Tribunales Superiores Militares Policiales.

En atención a lo explicado, resulta necesario implementar un procedimiento que agilice el trámite, como la denominada "Acusación directa", que disminuya la carga procesal en las diferentes instancias, con los beneficios consiguientes.

Ante esta realidad, surge la interrogante de si efectivamente resultaría factible la aplicación de la "Acusación Directa" para todos los delitos de deserción, teniendo

como base la existencia de elementos de convicción evidentes que configurarían el mencionado tipo penal y que se dan durante la investigación preliminar, tales como la Ficha de Incorporación, la Ficha de Calificación y Selección, la Resolución de Alta, la Resolución de baja, la Papeleta de paseo o permiso y las denominadas fojas adicionales de ocho días posteriores a la fecha en la que imputado se encuentra falto, que certifican exactamente que no ha retornado al servicio; ¿resultarían entonces todos estos medios probatorios suficientes elementos de convicción que faculden al fiscal militar acusar directamente en los delitos de deserción, sin necesidad de esperar se culmine con el plazo de las diligencias preliminares y posterior formalización de la investigación preparatoria?

II. EL DELITO DE DESERCIÓN

II.1. Antecedentes del delito de deserción

En lo que respecta al origen histórico del delito de deserción, su antecedente se halla en el Derecho Romano, sin perjuicio de aportaciones históricas anteriores, fundamentalmente las de los fenicios, los cartagineses y los propios griegos.²

Así, en el periodo republicano, el ejército se organizó con la base de una milicia ciudadana, a la que se accedía a través de un sistema de reclutamiento forzoso entre los ciudadanos de pleno derecho, (cives). Fue con la reforma del Cónsul Mario, en el año

2 Dicho ordenamiento jurídico nos legó el verbo "deserere", entendido como dejar, desamparar o abandonar y, por último, el sustantivo "desertor", como el sujeto activo de la misma. Para entender el delito de deserción en el Derecho Romano se debe partir de la propia evolución que sufre el Ejército en Roma a lo largo de sus diversas etapas.

107 A.C., cuando estos primeros soldados –que en su mayoría eran propietarios de terrenos rurales– pasaron a engrosar las filas de una milicia profesional, mientras que paralelamente se iba creando otro grupo militar formado por los socios itálicos y todos aquellos soldados que eran reclutados en las provincias romanas, los cuales cumplían un verdadero servicio militar.

A partir de la reforma de Augusto se organizó el ejército con una base fundamentalmente de profesionales a través de las legiones romanas y los cuerpos auxiliares, que procedían de las provincias imperiales. Por último, con las modificaciones de los emperadores Diocleciano y Constantino, la fuerza pasó a estructurarse, por un lado, en milicias fronterizas (*limitanei*) y las tropas auxiliares (*comitatenses*).

Cabe señalar que en el Derecho Romano había una diferencia sustancial entre el concepto de *delicta* y de *crimina*. El primero de ellos era el utilizado para designar los hechos ilícitos que implicaban una ofensa o agresión única y exclusivamente para la familia del perjudicado, por lo que las acciones a ejercitar sólo eran de carácter privado y orientadas, básicamente, a una condena de tinte pecuniario, estaban encuadrados dentro del *ius civile* y llevaban acarreada una pena pública.

El segundo, por su parte, hacía referencia a aquellos tipos penales que representaban un verdadero atentado contra la comunidad política, contra la colectividad o el orden público, de tal modo que las acciones

eran de cariz público y podían ser ejercitadas por cualquier ciudadano romano; obviamente, la desertión quedaba catalogada dentro del segundo grupo, siendo merecedor el reo de la misma de una pena pública.

En el periodo republicano, la persecución del delito contra el Estado (*perduellio*) se encomendaba a los *duoviri perduellionis*, quienes castigaban con la pena de muerte por crucifixión a quienes cometían el delito de desertión, entrega al enemigo de una plaza o campamento romano o prestaban auxilio al enemigo. Durante la época del principado, la definición legal de la desertión no varió respecto a la época precedente, advirtiéndose únicamente distinciones en relación con el procedimiento penal a través del cual se exigía responsabilidad penal al desertor.

La evolución continuó hasta la codificación del emperador Justiniano, y más concretamente con el *Digesto*, en cuyo libro XLIX, título XVI, bajo la rúbrica “*De Re militari*”, se nos define el desertor como “*qui per prolixum tempus vagatus, reducitur*”; es decir, aquel que anda errante por largo tiempo y es reducido. Modestino, redactor de este concepto, quiso condicionarlo a dos aspectos: que la ausencia fuera larga y que el militar fuera reducido, que volviera a filas a raíz de su detención³.

Esta primera idea ha perdurado a lo largo de la evolución de la normativa penal castrense en España, (y su lógica influencia en la normatividad de sus colonias dentro de las cuales se encontraba el Perú), ya

3 Martín Delpón, J. “Evolución Histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Militar” <https://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/viewFile/CUHD0707110117A/19314>

que el dolo específico que se revela en esta definición ha perdurado hasta hoy. El extenso lapso de tiempo que transcurre y el hecho de que si no es detenido el desertor no se hubiera reincorporado en su unidad de destino, queda engarzado con el “*ánimo de sustraerse permanentemente al servicio*”, (aspecto subjetivo que se incluye en el actual ilícito de deserción del artículo 105 del Código Penal Militar Policial).

Pero ya en esa época no sólo contempló la figura del desertor sino también la del “emansor”, como aquel “*qui divagatus ad castra regreditur*”; es decir, aquel que está ausente y errante por algunos días, por poco tiempo, para después regresar al campamento.⁴

Así, como primera aportación, diremos que la deserción históricamente no distaba mucho de la concepción actualmente manejada en nuestra ley penal especial. Por un lado, tenemos la deserción en cuanto abandono del servicio o de la instalación militar (evasión), implicando un incumplimiento de los deberes militares afectando el Servicio de Seguridad, teniendo al militar o policía como sujeto activo del delito, el cual se comete con la concurrencia de un dolo específico cual era la intención de no volver a reintegrarse al servicio que había abandonado, y el no retorno a su dependencia una vez terminado su permiso o comisión, como segunda modalidad.

Finalmente hacer un importante énfasis en el hecho que la esencia del delito de Deserción, como se ha visto, se consumaba en un contexto de guerra, en defensa de los intereses de una nación, y no en un estado de paz.

II.2. Definición

El delito de Deserción, en términos generales, se podría definir como la acción u omisión que comete el personal militar o policial, obligado a prestar servicio, que abandona la dependencia en la que sirve, sin autorización del superior y con el ánimo de sustraerse definitivamente de él.

II.3. Deserción Simple

Se encuentra establecida en el Art 105 del Código de Penal Militar Policial (CPMP) y en los tipos penales señalados en sus cuatro incisos, y, que vienen a ser los mismos que se establecieron en los incisos 1º, 2º, 3º, y 4º del Art. 221 del Código de Justicia Militar de 1980 (CJM-80), con excepción del tipo penal contenido en el Inc. 5º: “(...) Si se les encuentra disfrazados u ocultos a bordo de embarcaciones o de cualquier otro vehículo pronto a partir (...)”; tipo penal que ya se encontraba comprendido en el Inc. 2º, por lo que resultó completamente pertinente su supresión.

4 La figura del “emansor”, también tiene su cuota de participación en nuestra actual legislación, ya que estaría subsumida en el segundo supuesto contenido en el inciso 2º del artículo 105º del mismo cuerpo de leyes, donde antes de ejercer la potestad punitiva del Estado, se debe esperar ocho días a fin de que, como excepción, se valore un elemento esencialmente diferenciador: la voluntad de reincorporarse en ese plazo a sus funciones; sea abandonando su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentran desempeñando funciones militares o policiales, no presentándose a estos al término de su licencia, permiso, comisión, o estando por emprender marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la nave a la que pertenezcan.

II.4. Deserción Agravada

Se encuentra tipificada en el Art 106 del CPMP (Decreto Legislativo N° 1094), que establece cuatro tipos penales propiamente señalados, y, contenidos en sus cuatro incisos.

Merece especial relevancia el Inc. 1° que a la letra señala “(...) Abandona su Unidad, buque, base o establecimiento militar o policial encontrándose de servicio, cualquiera sea la naturaleza de éste (sic), quebrantando castigo o detención judicial (...)”; este tipo penal es el mismo que se encontraba tipificado en el Inc. 5° del Art 227 del CJM-80, que establecía: “(...) En el acto de servicio de armas, cualquiera sea la naturaleza de éste (sic) o quebrantando castigo disciplinario o detención judicialmente dictado. El espíritu de la norma establecida en el CJM-80 era dar gravedad al delito de deserción cometido por el personal que se encontraba en situación de Servicio de Armas, que ha sido sustituido por nueva denominación contenida en el Reglamento de Servicio en Guarnición para las FF AA y PNP N° 04-32, Sección II. DEL SERVICIO EN PLAZA, en sus diferentes modalidades; es decir, que no involucraba al personal que permaneciendo dentro de la Instalación Militar o Policial, cumpliendo funciones propias del Servicio (galponero, rancharo, de conservación, etc.), se evadía de sus instalaciones con el ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, considerándose este acto como una Deserción Simple.

Los cambios sufridos en la redacción del “nuevo” tipo penal y la carga procesal existente inducen, continuamente, a errores de interpretación por parte de los operadores fiscales y de justicia, que consideran como agravada una deserción simple, hecho que perjudica al procesado si tenemos en cuenta que el delito de Deserción Agravada se encuentra reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 años ni mayor de 8; situación que, asimismo, impide al procesado que reconozca el delito a acogerse al beneficio de la Terminación Anticipada,⁵ ya que supera los 3 años mínimos establecidos como requisito⁶.

Finalmente, resulta sumamente grave sancionar con una pena tan extrema al desertor procedente del Servicio Militar, sin mayores recursos económicos o grado de instrucción, que se evade cumpliendo servicio, por poner un ejemplo, de rancharo, que, al desertor con grado de oficial, sub oficial o tropa que deserta encontrándose de servicio en Puesto de Vigilancia, Centinela u otro de la misma naturaleza.

II.5. Plazo y elementos de convicción del delito de Deserción.

Se encuentra tipificado en el Artículo 105° del Código Penal Militar y refiere:

“Incurrir en deserción y será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, el militar o policial que:

5 ROSAS YATACO, Jorge. Manual de Derecho Procesal Penal. Jurista Editores (2009) p. 813-ss).

6 El proceso de Terminación Anticipada, puede decirse que es un acuerdo entre el procesado y la Fiscalía, con admisión de culpabilidad de los cargos que se le imputan o por lo menos uno de ellos, siendo posible que se atenúa la pena que le corresponda al procesado, reducción adicional acumulable de la pena en una sexta parte, se efectuará sobre pena concreta, se adiciona al beneficio por confesión (circunstancia modificativa de la responsabilidad), que puede disminuir la pena, hasta en una tercera parte por debajo del mínimo.

1. Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales;
2. Hallándose de franco, con permiso o licencia no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo. Si cumpliera con presentarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de su franco, permiso o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria;
3. No se presenta a su unidad, estando por emprender la marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca;
4. Enviado en comisión o por cualquier otro motivo, a lugar distinto de su unidad no se presente, sin causa justificada, a la autoridad o jefe ante quien fue dirigido, o si después de cumplida su misión no regresa a su destino.

Si el agente es un militar o un policía con grado de técnico, suboficial u oficial de mar, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años, con la accesoria de inhabilitación. Si el agente es un militar o un policía con grado de oficial, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación”.

Al respecto, el bien jurídico protegido, se identifica con el cumplimiento de elementales obligaciones militares que formar

parte del núcleo esencial de la relación jurídica que vincula a los miembros de las fuerzas armadas, como son los deberes de presencia, disponibilidad, localización y sometimiento al control de sus mandos, sin cuya observancia no cabe que los Ejércitos cumplan las misiones que constitucional y legalmente tienen encomendadas.

En cuanto al plazo, en atención a lo previsto en el Artículo XV del Título Preliminar del CPMP, concordante con el artículo 30 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, es válida la aplicación del artículo 334.2 del Código Procesal Penal, resultando el plazo de la investigación preliminar, prevista en el artículo 355 del CPMP, de sesenta días, conforme también al Acuerdo de Doctrina Jurisprudencial N° 004-2016 (A.D.J. FMP N° 004-2016/FMP).

Respecto, al plazo de duración máxima de la etapa preparatoria, conforme el artículo 368 del CPMP, es de seis meses desde la apertura de la investigación, de forma que, para el delito de desertión el plazo de duración, antes del requerimiento de acusación, es de ocho meses, aproximadamente, incluyendo tanto las diligencias preliminares como la etapa preparatoria, si es que no se solicita las prórrogas que señala la ley, en cuyo caso dicho plazo de duración se incrementaría significativamente.

Los elementos de convicción que motivan una acusación, se tratan de aquellos razonamientos que llevan al fiscal a la convicción de la comisión del delito y de la responsabilidad del acusado.⁷

7 MONROY MEZA, Juan Carlos. El Proceso Penal Militar Policial en el Perú. Jurista Editores (2021), pág. 583.

En relación a los elementos de convicción requeridos para la configuración del delito de deserción, se tiene que estos ya se encontrarían preestablecidos por la práctica, al ser el delito de deserción el de mayor incidencia en el Fuero Militar Policial. Estos serían: Ficha de Incorporación, Ficha de Calificación y Selección, Resolución de Alta, Papeleta de pase o permiso y las denominadas fojas adicionales de ocho días posteriores a la fecha en la que se encuentra falto, medios probatorios que acostumbran remitirse como anexos al oficio en el que ponen en conocimiento del Fuero Militar Policial del ausentismo del imputado. Por lo que resultaría, en algunos casos, absurdo que transcurrieran ocho meses para que se formule el requerimiento de acusación respectivo.

II.6. El delito de Deserción en la Constitución Política del Perú

El Perú es, entre otros atributos, una república social cuyo fin supremo es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad; los militares y policías no son, desde ningún punto de vista, merecedores de un trato diferenciado frente a este precepto, son procesados en el Fuero correspondiente solamente si han cometido un delito de función.

Tengamos presente que las instituciones armadas son parte del Estado, su estructura y funcionamiento están sometidas a la Constitución, la que establece deberes y derechos tanto para civiles como para militares y policías, razón por la cual es concluyente que las leyes y reglamentos de estos últimos están subordinados al orden constitucional, siendo un imperativo que los institutos castrenses ajusten su organización, funciones y administración de justicia especializada a las disposiciones de la Constitución y las leyes de la República.

El respeto a las especialidades y a la misión constitucional de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, consideramos, será el punto de partida para lograr su tan ansiada modernización, lo cual nos obliga a hacer un trabajo reflexivo sobre algunos vestigios normativos propios del siglo XVIII (albores de la república), y que aún se mantienen en nuestros días, en particular, el tratamiento del delito de Deserción, cuya creación es simultánea con la del Ejército del Perú, cuya punición estatal estaba justificada por las especiales circunstancias sociales y de conflicto armado que se vivía entonces en todo la nación.

Las circunstancias actuales no son las del siglo pasado (en ese entonces no existían los denominados medios alternativos, ni se había desarrollado la doctrina de la intervención mínima del Derecho Penal), han variado significativamente; sin embargo, mantenemos en el tiempo la vigencia de este delito, sin reparar que su razón de ser está íntimamente ligada a un estado de guerra, en donde sí el abandono del servicio reviste suma gravedad.

Los delitos de función, dentro de los cuales se encuentra la deserción, son una excepción a la potestad que tiene el Estado de administrar justicia a través del poder judicial, el contexto normativo constitucional que a continuación consideramos necesario incluir textualmente, servirá para encuadrarnos en el tema.

III. LA ACUSACIÓN DIRECTA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

III.1. Alcances respecto a la Acusación Directa

La acusación directa, hoy por hoy, forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca

evitar trámites innecesarios y, en consecuencia, el movimiento innecesario del aparato judicial en todas sus instancias.

Se encuentra regulada en el artículo 336 numeral 4 del Nuevo Código Procesal Penal, y faculta al fiscal a formular directamente acusación, si concluidas las diligencias preliminares o recibido el informe policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión.

Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar repuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal. Vale decir, que el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal.

Siendo que, en el caso que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente, que es una de sus facultades como director de la investigación, el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se producirá la etapa de Investigación Preparatoria, por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la investigación preparatoria en ese sentido.

Según el fundamento doce del Acuerdo Plenario N° 6-2010-CJ-116, el procedimiento de acusación directa cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: (i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo, (ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores,

y la correspondiente tipificación, (iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (iv) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y (v) ofrece medios de prueba para su actuación en audiencia.

Por otro lado, el derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de diez días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal. Respecto al imputado, se le faculta, en virtud del artículo 350, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Penal, el observar la acusación fiscal formal y sustancialmente, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

Así también, en el caso que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme el artículo cien del Nuevo Código Procesal Penal, y antes que concluya el plazo establecido en el artículo 350 del NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado uno, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de diez días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio, asimismo, objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

III.2. Jurisprudencia sobre formulación de Acusación Directa y Acuerdo Plenario N° 6-2010.

“Cuarto. [El inicio de la investigación preparatoria es decisión unilateral del Ministerio Público a través de la disposición

de formalización y continuación de la investigación preparatoria, [...] para dicho efecto debe actuar con independencia de criterio y sujetándose a la Constitución y la Ley (debida motivación de las resoluciones judiciales)”⁸

“6. La acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336.4 NCPP y faculta al fiscal formular directamente acusación, si concluidas las diligencias preliminares o recibido el informe policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal [...].

“8. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336.4 NCPP. En el presente caso, el fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349 NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el juez de la investigación preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido

fiscal cuando concurra alguna de las causas de sobreseimiento, previstas en el artículo 348 NNCP.”

“10. La disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes. Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que, si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la investigación preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.”

“11. En el caso de que el fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente —como una de sus facultades como director de la investigación— el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de investigación preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la investigación preparatoria en este sentido. Además, el artículo 336.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el fiscal,

si concluida las diligencias preliminares o recibido el informe policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349 NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria prevista en el artículo 336.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.”⁹

III.3.La necesaria aplicación de la Acusación Directa en el delito de Deserción

Estando a que el artículo 356 del CPMP no contempla la “acusación directa”, correspondería la aplicación supletoria del artículo 336 inciso 4 del NCPP, que estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión.

Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 375 del CPMP y artículo 349 del NCPP, contando este último, con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria prevista en el artículo 336, inciso 1, del NCPP, resultando en este caso aplicable lo consignado en el artículo 360 del CPMP; por lo que se garantiza el conocimiento

cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción por las partes procesales.

Por lo que, respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 379 del CPMP y el artículo 350, inciso 1, del NCPP, observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 378 del CPMP y artículo 100 del NCPP, antes de que concluya el plazo establecido en los artículos 378 y 379 del CPMP y artículo 350 NCPP, conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

Siendo, que, dentro de la estructura del proceso en el fuero militar policial, así como del fuero común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no elevar los actuados para que se dé inicio al juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la

9 Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116, ff.jj.n. 6,8,11,14 (doc.leg: f.j. n 8-23).

suficiencia de los elementos de convicción de la acusación; por lo que, la aplicación de la figura de la “acusación directa”, no afectaría sustancialmente el desarrollo del proceso en sí, y mucho menos vulneraría derecho alguno de las partes procesales; muy por el contrario, coadyuvaría al aceleramiento de las causas, específicamente en el delito de deserción.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- La aplicación de procedimientos de terminación anticipada frente a la comisión del delito de deserción, cuenta con las bases necesarias para ser solicitado en cualquier caso donde se evidencie la posibilidad de aplicar un beneficio premial y consecuentemente resaltar la eficacia y celeridad, sin perjuicio de encontrarse en la etapa intermedia dentro del contexto de una acusación directa. Sin perjuicio también de tener en consideración las prohibiciones normativas establecidas en las normas sustantivas y adjetivas.

Segunda.- Dentro de este contexto, la aplicación de la terminación anticipada no resulta ser una aplicación ilegal o irregular, desde la aplicación del principio de igualdad de armas, por lo que el procesado puede solicitar este proceso especial ante la omisión de la norma de establecer taxativamente esta posibilidad que, normativamente tampoco está negada.

Tercera.- La descripción del Tipo Penal de deserción agravada, contenido en el Inc. 1° del Art. 106 del CPMP, cuando establece como elemento constitutivo para la comisión del delito que el desertor “se encuentre de Servicio, cualquiera sea su forma”, involucra al universo de servicios que puede cumplir el personal militar y policial

como sujeto activo del delito, situación que conduce a interpretaciones diversas por parte de los operadores fiscales y judiciales, que invaden en algunos casos el ámbito del tipo penal del delito de deserción simple y, en otros, convirtiendo este tipo penal en un delito de deserción agravada, sancionando con la misma pena a un desertor que se evade de su Unidad encontrándose de servicio de ranchero, con uno que se evade de la Unidad encontrándose de servicio de centinela, abandonando su puesto de vigilancia y dejando en situación de abandono el arma que le fue asignada para el cumplimiento de su función.

Cuarta.- La deserción como delito de función no lesiona o amenaza gravemente ningún bien jurídico militar policial en tiempo de paz, por lo que carece de utilidad político criminal, por lo que la tramitación con acusación directa, permitirá el descongestionamiento de los juzgados y la tramitación con celeridad y economía procesal.

V. RECOMENDACIONES

Primera.- Se recomienda a los Jueces de Investigación Preparatoria y Fiscales Penales, posibilitar la aplicación de la terminación anticipada de los procesos por el delito de deserción, en respuesta a las solicitudes de acusación directa del Ministerio Público, siendo respaldado por los principales hallazgos obtenidos.

Segunda.- Debido a la cantidad de Causas que se tramitan en el Fuero Militar Policial, derivadas de las deserciones cometidas por el personal militar y policial, resulta imperativo aclarar o mejorar la redacción del Inc. 1° del Art 106 del CPMP, a efecto de proporcionar a los operadores

fiscales y jurisdiccionales una tipificación precisa; es decir, con los elementos normativos del “Delito Tipo” claramente especificados, que permita su aplicación de manera inequívoca, (Inc. 1º del Art 106 del CPMP). A nuestro criterio, se debe actualizar el concepto del llamado “Servicio de Armas” del CJM de 1980 y analizar si el cambio del vocablo «o», por la «,» utilizada en el CPMP, resulta clara o se presta a mala interpretación, ya que para algunos operadores de justicia, la “coma” no resulta excluyente sino más bien complementaria, es decir que para que se configure el delito de deserción agravada, el militar o policía debe encontrarse en situación de servicio, cualquiera sea la naturaleza de este, quebrantando castigo o detención judicial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BUSTOS RAMÍREZ, J y HORMAZÁBAL MALARÉE, H (1997) Lecciones de Derecho Penal, Vol. 1, Editorial Trotta. Madrid.
- MAURTUA MAGALLANES, Miguel. (2022). Proceso de terminación anticipada en la acusación directa en los juzgados de investigación preparatoria del distrito judicial de Cañete.
- MARTÍN DELPÓN, Javier “Evolución Histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Militar”.

<https://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/viewFile/CUHD0707110117A/19314>

- MONROY MEZA, Juan Carlos (2021) El Proceso Penal Militar Policial en el Perú. Jurista Editores. Lima – Perú.
- ROSAS YATACO, Jorge (2009) Manual de Derecho Procesal Penal. Jurista Editores (2009) Lima – Perú.
- Revista Fuero Militar Policial (2011) Biblioteca Jurídica, Tercera Edición, Lima Perú.

JURISPRUDENCIA

- Casación N° 1-2011 Piura, f. j. N° 4 [juris. relev.]
- Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116, ff.jj.n. 6,8,11,14 (doc.leg: ff.jj. n 8-23)

NORMATIVIDAD

- Decreto Leg. N° 23214 (CJM-80) Modificado por Ley N° 26677.
- Decreto Leg. N° 961 (CJMP-96).
- Decreto Leg. N° 1094 (CPMP).
- Directiva N° 014-2016-FMP/DAF Normar el Control y Administración del Pago de Reparaciones civiles ordenadas por los Órganos Jurisdiccionales de la Justicia Militar Policial.
- Ley N° 20131, “Ley del Régimen Disciplinario de las FFAA”.
- Ley N° 30714, “Ley que Regula el Régimen Disciplinario de la PNP”.

DETERMINACION DE LA PENA DE MULTA EN EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL CÁLCULO DE LA PENA DE MULTA; III. SIMULACIÓN DEL CÁLCULO DE LA PENA DE MULTA; Y IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El Código Penal Militar Policial peruano, siguiendo las líneas trazadas por el Código Penal Común de 1991, se inclina por establecer diversas clases de penas; que desde la pena de muerte, por casos de traición a la patria en conflicto armado internacional, pasando por las privativas de libertad y limitativas de derechos, hasta la de multa que se constituye en la única de naturaleza patrimonial, la cual es impuesta como pena accesoria a la principal.

No está demás indicar que, la multa goza de todas las características de la pena, aun cuando su determinación está influenciada en mayor medida por la situación económica del condenado, y está delimitada por la naturaleza del delito, de allí que su imposición es atribución exclusiva y excluyente del Juez Militar Policial al interior de un proceso regular.

En este artículo se revisa la norma especializada vigente, y luego de analizar los criterios rectores que permitan determinar la pena dineraria respectiva, plantean una forma metodológica y matemática para fijar el monto en dinero.

1 Abogado.

Con la finalidad de validar estas ideas, realizamos una simulación de cálculo de la pena de multa a partir de un caso concreto seguido ante las instancias jurisdiccionales del Fuero Militar Policial.

ABSTRACT

The Peruvian Military Police Penal Code, following the lines drawn by the Common Penal Code of 1991, is inclined to establish different kinds of penalties; that from the death penalty, for cases of treason against the homeland in international armed conflict, through the deprivation of liberty and limitations of rights, to the fine that constitutes the only one of a patrimonial nature, which is imposed as an accessory penalty to the main one.

It is worth noting that the fine has all the characteristics of the penalty, even when its determination is influenced to a greater extent by the economic situation of the convicted person, and is delimited by the nature of the crime, hence its imposition is the exclusive and exclusive attribution of the Military Police Judge within a regular process.

In this article, the current specialized norm is reviewed, and after analyzing the guiding criteria that allow determining the respective monetary penalty, they propose a methodological and mathematical way to set the amount in money.

In order to validate these ideas, we carried out a simulation of calculating the penalty of a fine based on a specific case followed before the jurisdictional instances of the Military Police Jurisdiction.

PALABRAS CLAVES: Pena de multa, pena accesoria, días-multa, ejecución de sentencia.

KEYWORDS: *Penalty of fine, accessory penalty, days-fine, execution of sentence.*

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Prolegómenos constitucionales

A lo largo de toda nuestra historia republicana y aún antes de ella, durante la época colonial, la administración de justicia militar en nuestras tierras ha gozado de reconocimiento legal y constitucional.

Así, por ejemplo, la Carta Magna de 1823, en su artículo 121°, estableció que “*Todas las leyes anteriores a esta Constitución, (...) queden en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos (...), Militar, (...).*” (Congreso de la República, 1823).

Desde aquella norma de normas hasta la vigente Constitución de 1993, la justicia militar peruana se ha mantenido vigente, con competencias funcionales marcadas; en este sentido, el artículo 139° de la vigente Constitución, reitera dicha vigencia de la jurisdicción militar, al señalar que “*no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”.

Del mismo modo, esta Ley Fundamental ha delimitado el marco competencial de la jurisdicción militar en su artículo 173°, dentro del Capítulo XII referido a la Seguridad y Defensa Nacional, asignándole la finalidad exclusiva de administrar justicia penal militar policial, cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional incurran en delitos de función.

I.2. La pena de multa

Al momento de decidir sobre la pena en la justicia privativa, el legislador se inclinó por una serie de penas que van desde

la pena privativa de libertad hasta la pena de multa, excepción hecha de la pena de muerte por traición a la Patria en caso de conflicto armado de carácter internacional.

El Código Penal Militar Policial (CPMP) vigente, precisa que dicha pena consiste en la obligación del condenado de pagar una suma de dinero fijada en “*días multa*”; cuyo importe se verifica a partir del ingreso diario del sentenciado.

Ahora bien, cuando se trata de calcular el monto a pagar, precisa que debe tenerse presente sus ingresos y otros signos exteriores de riqueza, haciendo una sola precisión, que dicho importe no podrá ser menor del 25% ni mayor del 50% de los ingresos diarios del obligado, cuando “*viva exclusivamente de su trabajo*”; sin embargo, el legislador no se ha pronunciado, respecto de la real posibilidad que el condenado cuente con otros ingresos.

Entonces, como es de apreciarse del texto de la norma penal castrense, aparentemente, el legislador ha señalado los criterios que deben tenerse presente al momento que el juzgador deba liquidar el monto de la pena de días multa; sin embargo, decimos aparentemente, por cuanto somos de la opinión que las normas glosadas cuentan con una redacción legislativa muy genérica, que no permite de manera inequívoca establecer, con el menor margen de error posible y sin afectar derechos fundamentales, qué factores matemáticos y porcentuales se deben considerar respecto del patrimonio del obligado, de sus rentas, remuneraciones, nivel de gastos y demás signos de riquezas, para fijar el monto más justo posible.

En tal sentido, nos propusimos investigar sobre el tema en cuestión, revisar la normativa nacional aplicable y proponer una fórmula de cálculo de la pena de días multa

en el proceso penal militar policial peruano, que sirva de base para futuros cálculos, en sentencias en las que se impongan este tipo de pena.

Con la finalidad de tener la suficiente libertad académica para proponer nuestro punto de vista al respecto, decidimos plasmarlo bajo la modalidad de ensayo, el cual será enriquecido por las cuestiones teóricas a plantearse; así como, a modo de ejemplarizar los criterios vertidos, haremos una simulación del cálculo de la pena de días multa, a partir de un caso concreto, el cual, por razones de reserva del proceso, al tratarse de un expediente en ejecución, no será identificado.

Respecto del caso concreto revisado para hacer los cálculos, podemos indicar que se trata de un proceso sentenciado en contra de un coronel, quien a la fecha de expedirse la sentencia se encontraba en situación de retiro y contaba con una pensión otorgada por la Caja de Pensiones Militar Policial.

Sin perjuicio de lo referido, la simulación efectuada resulta perfectamente aplicable a cualquier situación en particular, por cuanto, la fórmula propuesta es lo más genérica posible.

Dicho lo anterior, quedamos atentos a cualquier observación o cuestionamiento a las ideas que a continuación verteremos, siendo que sólo se trata de nuestra verdad y la de nadie más; así, tal vez, con más defectos que virtudes, atestigüamos la originalidad del presente ejercicio académico.

II. EL CÁLCULO DE LA PENA DE MULTA

II.1. Marco Jurídico de la pena de multa

El artículo 28° del Código Penal Militar Policial establece que la multa consiste en la obligación del condenado de pagar

una suma de dinero fijada en “días multa”, siendo que “*el importe del día multa es el equivalente al ingreso promedio diario del condenado*”.

Además, dispone que dicho importe “*se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.*”.

Asimismo, precisa que “[*e*]l importe del día multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo.”.

II.2. Aplicación supletoria de la norma procesal civil

El artículo XV del Título Preliminar del CPMP, se constituye en la norma que, en la justicia militar, permite acudir supletoriamente a otras fuentes de derecho positivo; tales como el Código Penal, Código Procesal Penal y de Ejecución Penal comunes.

Sin embargo, es de pleno conocimiento; y, así también lo reconoce la norma invocada, que es legalmente posible acudir a otros ordenamientos en los casos de vacíos o deficiencia de la ley.

En el tema que ocupa nuestra atención académica, resulta imprescindible acudir supletoriamente al Código Procesal Civil (CPC), en virtud a lo previsto en el citado artículo XV del CPMP, en la consideración normativa que, conforme lo establecido por la Primera Disposición Final del Texto Único Ordenado (TUO) del indicado Código Adjetivo: “*Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.*” Resultando perfectamente compatible, además,

por cuanto en dicho ordenamiento procesal se ha establecido claramente la porción de intangibilidad del ingreso económico de las personas humanas, así como de sus pensiones, según sea el caso.

II.3. Del monto embargable

El numeral (6) del artículo 648° del TUO del Código Procesal Civil, aplicable por remisión en la justicia militar, conforme a lo acreditado en los párrafos anteriores, dice respecto de los bienes inembargables, taxativamente, lo siguiente:

“*Son inembargables:*

(...)

6. *Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.*

(...)”.

A este respecto, se debe tener presente que, de acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Única del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), para los efectos de fijación de multas previstas en la Ley; o, establecidas en la legislación procesal especial, como lo es el tema que nos ocupa, se debe aplicar la llamada “*Unidad de Referencia Procesal (URP)*”, precisándose además que corresponde al órgano de gobierno y gestión del Poder Judicial fijar su monto al inicio de cada año judicial. Ahora bien, es de público conocimiento que el monto de la indicada Unidad de Referencia Procesal ha sido determinado en el equivalente al diez por ciento (10%) de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT).

En relación a lo indicado, a modo de ejemplo, para el año 2022 el Poder Ejecutivo fijó el valor de la UIT en cuatro mil

seiscientos con 00/100 soles (S/ 4,600.00)², de manera que el valor de la indicada Unidad de Referencia Procesal para el año 2022 ascendía a la suma de cuatrocientos sesenta con 00/100 soles (S/ 460.00), monto que debidamente actualizado –de acuerdo al año fiscal en concreto–, deberá tenerse presente por parte de los juzgadores al momento de calcular el monto de la pena de multa.

Entonces, cuando la norma procesal supletoria señala que las remuneraciones y pensiones son inembargables, cuando no excedan de cinco (05) URP, se debe entender que para el año 2022 no podían ser embargados los ingresos del personal militar o policial condenado al pago de multa, cuando eran iguales o inferiores a dos mil trescientos con 00/100 soles (S/ 2,300.00); entonces, a partir de dicho monto, el débito sólo puede ser embargado hasta en una tercera parte, es decir, hasta un aproximado del 33.33 % de los ingresos del condenado.

II.4. Del monto embargable y el nivel de gasto

Para efectos de calcular el monto de la multa a imponerse, la norma en comento, precisa que su importe es el equivalente al ingreso promedio diario del condenado, haciendo la precisión que dicho importe será determinado en atención a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

Esta atingencia normativa obedece al principio de prevalencia de las normas internacionales y constitucionales en materia

de derechos humanos, respecto de la norma especializada, en una interpretación correcta del principio de favorabilidad y en el entendido que las normas del Código Penal Militar Policial deben ser siempre interpretadas en lo más favorable al procesado, debiendo aquellas que lo pudieran afectar en sus derechos ser interpretadas de manera restringida.

Para proceder con la liquidación de la multa, lo primero que se debe hacer es verificar el monto de los ingresos económicos del condenado, provenga de donde provenga. Para discernir respecto de ello, consideramos que se debe tener presente el concepto de “remuneración” desarrollado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual señala que aquella se constituye en la entrega en dinero o especies (bienes), siempre y cuando sea de libre disposición del trabajador o perceptor³; ser de libre disposición significa, entonces, que la remuneración constituye un excedente, ventaja o beneficio en el patrimonio de la persona, quien podrá emplearlo de la forma que mejor considere.

En este aspecto, somos de la consideración que, para determinar el nivel de ingresos del condenado a pagar la multa, se deberá tener en cuenta todos los ingresos económicos que puedan ser puestos en conocimiento del juzgador, con la única salvedad que los mismos sean de “libre disposición”.

Así, no podrán ser tomados en cuenta para calcular el nivel de ingresos, los percibos por concepto de viáticos, asignación

2 Decreto Supremo N° 398-2021-EF.

3 Art. 6°.

por movilidad, asignación por hospedaje, gastos de representación y cualquier otro ingreso que tenga un fin determinado; más aún, si su ejecución o gasto debe ser sustentado con comprobantes de pago, conforme a la normativa de la materia.

Dicho lo anterior, establecido el nivel de ingresos económicos del condenado, para continuar con el cálculo de la multa el juzgador deberá contar con la mayor información posible respecto de las obligaciones a que se encuentre sujeto, más aún cuando sean obligaciones dispuestas por la ley o por un mandato judicial; incluso, aquellas otras cuya inobservancia pudieran poner en riesgo su propia subsistencia.

Planteadas así las cosas, podemos afirmar que dejando de lado las obligaciones legales a que se encuentra sujeto todo ciudadano en nuestro país, dentro de las denominadas “*otras obligaciones*” se tendría que tener en cuenta el estado civil del condenado y, en el caso que fuera casado, acreditar si es el único que sostiene el hogar, teniendo en cuenta que por las especiales condiciones de trabajo a que se encuentra obligado a cumplir, el personal militar o policial es cambiado a lugares distantes de su residencia habitual, de manera que, en no pocas ocasiones los o las cónyuges –mayoritariamente-, dejan de laborar renunciando a generar sus propios ingresos por privilegiar la unión familiar, circunstancia que es menester no soslayar al momento del cálculo de la pena de multa.

Para estos efectos, resultará válido acreditar la condición civil con la respectiva Acta de Matrimonio expedida por RENIEC, así también, el no percibo de ingresos por parte del o la cónyuge, a partir de la Constancia o Certificado de Rentas y Retenciones que expide SUNAT; incluso, nos atrevemos a señalar que bastaría una expresa Declaración Jurada otorgada en sede Notarial, dada las normas de simplificación administrativa que imperan hoy en día en nuestro país, con las atingencias civiles, penales y/o administrativas que conlleva una declaración falsa.

Por otro lado, también resulta necesario tener en cuenta la carga familiar y las obligaciones alimentarias, en el caso de hijos alimentistas. Es bien sabido, por las reglas de la máxima experiencia que, a mayor carga familiar, los gastos se acrecientan y, por tanto, el nivel de libre disposición económica disminuye.

Respecto de las obligaciones alimentarias, debemos recordar que el TUO del Código Procesal Civil⁴, establece de manera taxativa que: “*Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos.*”

En tal sentido, si el condenado se encuentra sujeto al pago de cargas alimentarias, dichas obligaciones cuentan con mayor prioridad respecto de las multas y, por tanto, deben ser excluidas del cálculo pertinente. Para ello, se deberá contar con

4 Párrafo final del numeral (6) del artículo 648°.

la sentencia en caso de existir mandato judicial expreso o el acta de conciliación otorgado por un centro de conciliación debidamente acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Siguiendo las líneas matrices en materia de derechos humanos, que vinculan al Estado peruano y el grado de respeto que se ha alcanzado en relación a los derechos fundamentales, somos de la opinión que el juzgador también deberá tener presente la edad del condenado y su estado de salud, en la consideración que todo ser humano va a presentar males propios de la edad, que requieren medicación farmacológica que, en la mayor cantidad de casos, cuando se trata de afecciones crónicas, son cubiertos por su propio peculio, toda vez que ciertos medicamentos no se encuentran a su disposición, regular y periódicamente, en los servicios de salud de las instituciones armadas y policía; en este sentido, dado el caso, resulta perfectamente válido acreditar dicho gasto con la epicrisis o el diagnóstico médico expedido por el facultativo a cargo de la atención al paciente.

A este respecto, debemos precisar que no resulta exigible que dicho documento previsto en la Norma Técnica de Salud⁵, deba ser expedido obligatoriamente por un médico de la sanidad de las indicadas instituciones castrenses, sino, resulta legal y válido el otorgado por el médico tratante particular.

En este sentido, dicho nivel de gasto, podrá ser sustentado por los comprobantes de pago que acrediten la adquisición de los

medicamentos y afines, que guarden relación con el tratamiento farmacológico periódico, en los casos de males crónicos.

II.5. El Cálculo del día multa.

Establecido los niveles de ingresos y gastos del condenado, se puede llegar a determinar de manera razonada y razonable, el monto embargable, que servirá de cálculo para fijar el monto del “*día multa*”, tal y como lo establece la ley penal.

Fijado ya dicho monto final, para calcular el monto a que asciende el “*día multa*”, dicha suma final deberá ser dividida entre 30, para obtener la treintava parte (SF/30), tomando como base que el promedio de días que se computa para calcular el ingreso mensual de los trabajadores en el Perú es de treinta (30) días por mes, criterio que es empleado para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios (CTS), cálculo de las pensiones, incluso para obligaciones tributarias y otros.

Entonces, para calcular el día multa debemos recordar que su importe “*no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo*”⁶; pues bien, en el caso que el obligado, solo cuente como ingreso mensual su remuneración institucional o pensión; por lo que el monto a calcular deberá estar limitado dentro de dichos márgenes, por haberlo así establecido la norma penal especializada, estando obligado el juzgador a motivar su decisión.

5 Aprobado por Resolución Ministerial N° 686-2008/MINSA de fecha 02 de octubre de 2008.

6 CPMP.- Art 28°.

Sin embargo, que sucederá cuando el condenado cuente con otros ingresos o no “*viva exclusivamente de su trabajo*”; en este caso, consideramos que se deberá tener en cuenta lo glosado en el CPC, cuando refiere que son inembargables “[l]as remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.”⁷

Vale decir entonces, que el juzgador deberá proceder a establecer primero, a cuanto equivale el monto de las cinco (05) URP y descontando dicho monto, el exceso podrá ser empleado para efectos de cálculo, teniendo la precaución que el monto final calculado no debe superar el tercio del mismo, vale decir, el 33.33% de los ingresos del obligado, salvo mejor parecer.

Obtenido el monto al que asciende el valor del día multa, para establecer el monto final que debe pagar el condenado, dicho monto deberá ser multiplicado por el número de días multa impuesta por la sentencia firme, venida en ejecución, operación aritmética que dará un valor y que será el monto final de la multa impuesta que estará obligado a cancelar el sentenciado.

III. SIMULACIÓN DEL CÁLCULO DE LA PENA DE MULTA

III.1. Precisiones preliminares

Para la presente simulación, hemos tomado como referencia un caso concreto, cuya identificación no revelaremos dado el carácter reservado del proceso, en el cual se condenó a un oficial del grado de coronel,

en situación de retiro, al pago de ciento ochenta (180) días multa, por haber incurrido en delito de Exceso en el Ejercicio del Mando⁸.

III.2. Acreditación del monto de la pensión de retiro

De los actuados revisados, se tiene que, de acuerdo con la Boleta de Pensión Mensual emitida por la Caja de Pensiones Militar Policial, el monto de la pensión mensual del Oficial, en el mes en que se hizo el cálculo de la multa, ascendía a SEIS MIL NOVECIENTOS DIEZ CON 00/100 SOLES (S/ 6,910.00).

PENSION MENSUAL		
Ítem	Acreditación	Monto (S/)
Pensión	Boleta N° ...	6,910.00
Otros	—	0.00
Total, ingresos:		6,910.00

Nota: Elaboración propia.

III.3. Cálculo del monto inembargable

Notas previas:

- Según el CPC, son inembargables las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de 05 URP.
- Según la LOPJ, la URP equivale al 10% de la UIT del año fiscal respectivo.

7 Art. 648° Num. (6).

8 CPMP.- Art. 130°.

- Según D.S. N° 398-2021-EF, el valor de la UIT para el 2022, es de S/ 4,600.00.
- En tal sentido, el valor de la URP, para el año 2022, es de S/ 460.00

Para el caso en simulación, considerando que se trata de un oficial en retiro, sujeto a pensión mensual; se debe considerar que su pensión es inembargable, hasta el equivalente a 05 URP, es decir, DOS MIL TRESCIENTOS CON 00/100 SOLES (S/ 2,300.00), conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

CÁLCULO MONTO PENSION INEMBARGABLE		
URP 2022 (S/)	Múltiplo de URP	Monto (S/)
460.00	5	2,300.00
Monto:		2,300.00

Nota: Elaboración propia.

III.4. Cálculo del monto embargable

Habiéndose determinado el monto máximo de la pensión inembargable; se debe considerar que su “*exceso es embargable hasta una tercera parte.*”

En este aspecto, entonces, tenemos que la pensión del Oficial asciende a S/ 6,910.00, a cuya suma debemos restarle el monto inembargable de S/ 2,300.00, quedando una diferencia de S/ 4,610.00.

Obtenido dicho “exceso económico”, debemos calcular su tercera parte (4,160 / 3), para poder determinar la cifra que se constituirá en el monto, que de acuerdo a ley, podrá ser objeto de embargo; y, por tanto, servir como base para el cálculo de la multa impuesta, que en la presente simulación asciende a UN MIL QUINIENOS TREINTA Y SIETE CON 00/100 SOLES (S/ 1,537), conforme se verifica del siguiente cuadro:

CÁLCULO MONTO EMBARGABLE		
Pensión		
Ítem	Acreditación	Monto (S/)
Pensión	Boleta N°	6,910.00
Cálculo		
Ítem	Detalle	Monto (S/)
UIT 2022	D.S. N° 398-2021-EF	4,600.00
URP 2022	LOPJ (10% UIT)	460.00
Monto inembargable	CPC art. 648.6 (5 URP)	(5 x 460) = 2,300.00
Monto en exceso	Ídem. (Pensión – 5 URP)	(6,910 – 2,300) = 4,610.00
Monto embargable	Ídem. (1/3 del exceso)	(4,610 / 3) = 1,537.00
Monto Embargable:		1,537.00

Nota: Elaboración propia.

III.5. Cálculo del monto embargable menos nivel de gasto

Notas previas:

- Del caso concreto se tiene que el oficial es casado; acreditado en autos con la respectiva Acta de Matrimonio expedida por RENIEC.
- Asimismo, presenta una obligación alimentaria, acreditada mediante Acta de Conciliación válida.
- Para efectos de la simulación, debemos recordar que el TUO del CPC establece de manera taxativa que: *“Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos.”*⁹.

No obstante, lo cual, la jurisprudencia alimentaria muestra que los porcentajes que se imponen judicialmente, oscilan entre el 10% al 20% por cada alimentista; razón por la cual es razonable considerar que antes de proceder al cálculo de los días multa impuesta, vamos a descontar arbitrariamente,

como ilustración, un equivalente total al 20% del monto embargable, a razón del 10% por cada obligación.

- Así también, del expediente analizado, el procesado cumplió con acreditar con los Informes Médicos respectivos, que desde un año antes a la fecha de sentencia, contaba con diagnóstico formal de “Hiperplasia benigna de próstata” cuyo tratamiento era cubierto por su propio peculio, toda vez que ciertos medicamentos no se encontraban a su alcance en los servicios de salud de la institución a la que pertenecía por derecho propio.

A este respecto, de los actuados se verifica que, con Boletas de Venta Electrónicas, el sentenciado acreditó como gasto mensual en medicamentos la suma de S/ 204.10, aproximadamente.

- Por ello, luego de las operaciones aritméticas respectivas, se obtuvo como nuevo monto embargable la suma de S/ 1,025.50, conforme al siguiente cuadro:

CALCULO MONTO EMBARGABLE MENOS NIVEL DE GASTO		
Ítem	Detalle	Monto (S/)
Monto embargable		1,537.00
Obligaciones alimentarias	1 esposa (10%) + 1 hijo (10%) (Monto embargable – 20%)	(1,537 – 20%) = 1,229.60 (-)
Medicinas	Tratamiento Próstata (S/ 204.10)	(1,229.60 – 204.10) = 1,025.50 (-)
Monto embargable menos nivel gasto:		1,025.50

Nota: Elaboración propia.

9 Art. 648° Núm. (6).

III.6. Cálculo del monto del día multa

Notas previas:

- Teniendo en cuenta que el monto final calculado asciende a S/ 1,025.50, para calcular el monto diario se debe dividir entre 30, lo que nos da una cifra de S/ 34.18.
- Para calcular el día multa debemos recordar que su importe *“no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva*

exclusivamente de su trabajo”; pues bien, en el caso concreto, se acreditó que el procesado solo contaba como ingreso su pensión; y, teniendo en cuenta, además, que no contaba con antecedentes en la justicia militar policial, el juzgador consideró razonablemente que el porcentaje válido de cálculo sería del 25% de su ingreso diario.

- En este sentido, el día multa a considerar como base de cálculo ascendió a S/ 8.55, conforme al siguiente cuadro:

CALCULO DEL DIA MULTA		
Ítem	Detalle	Monto (S/)
Monto embargable	---	1,025.50
Monto embargable diario	Monto embargable / 30	(1,025.50 / 30) = 34.18
Monto del día multa	25% del monto embargable diario	(25% x 34.18) = 8.55
Monto del día multa:		8.55

Nota: Elaboración propia.

III.7. Cálculo del monto de los 180 días multa

Notas previas:

- Como se precisó al inicio, en el caso concreto materia de simulación, la pena impuesta fue de 180 días multa.
- Entonces, para calcular el monto de la pena de 180 días multa, se debe multiplicar el valor del día multa (S/ 8.55) por 180 días.

- Al respecto, tomando como base que el ingreso promedio diario del sentenciado, oficial del grado de coronel en situación de retiro, que solo vive de su pensión, el monto total de la pena de 180 días multa equivale a la suma de UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE CON 00/100 SOLES (S/ 1,539.00), conforme al siguiente cuadro:

CALCULO DE LOS 180 DIAS MULTA		
Ítem	Detalle	Monto (S/)
Monto 1 día multa	---	8.55
Monto 180 días multa	Monto 1 día multa x 180	(8.55 x 180) = 1,539.20
Monto:		1,539.00

Nota: Elaboración propia.

IV. CONCLUSIONES

1. La Multa es una pena prevista en el Código Penal Militar Policial, la misma que es impuesta como accesoria a la pena principal.
2. La pena de multa se fija en base a una suma de dinero calculada a razón de días-multa, el cual es equivalente al ingreso promedio diario del condenado.
3. Para determinar de mejor manera el monto de la multa a pagar, debe remitirse supletoriamente a otras normas procesales.
5. El cálculo de la multa debe observar los criterios y principios rectores en materia de derechos humanos, reconocidos por el Estado, tanto a nivel convencional como constitucional.
6. La determinación del monto de la multa debe ser razonada y razonable, sin poner en riesgo la propia subsistencia del condenado y/o de sus dependientes.

SUMARIO SEGUIDO A LOS AMOTINADOS DE LOS CRUCEROS "GRAU", "BOLOGNESI" Y B.A.P. "RODRÍGUEZ", ENTRE EL 8 Y EL 11 DE MAYO DE 1932²

RESUMEN

En este artículo se describen los entretelones de la causa que se siguió contra un numeroso grupo de marineros, por el motín que protagonizaron entre el 7 y el 8 de mayo de 1932 en el Callao, en el que tomaron los cruceros "Grau", "Bolognesi" y B.A.P. "Rodríguez". Fueron procesados por una Corte Marcial 37 marineros, por el delito de rebelión. De esos 37 procesados, 8 fueron condenados a muerte y fusilados el 11 de mayo de 1932, en la isla "San Lorenzo"; 14 fueron condenados a 15 años de prisión; 12 a 10 años de reclusión; y 3 fueron absueltos.

ABSTRACT

This article describes the behind the scenes of the cause that was followed against a large group of sailors, due to the mutiny that they staged between May 7 and 8, 1932 in Callao, in which they took the cruisers "Grau", "Bolognesi" and B.A.P. "Rodriguez". Thirty-seven sailors were prosecuted by a Court Martial for the crime of rebellion. Of those 37 defendants, 8 were sentenced to death and shot on May 11, 1932, on the island "San Lorenzo"; 14 were sentenced to 15 years in prison; 12 to 10 years of imprisonment; and 3 were acquitted.

1 Abogado, editor de la revista "El Jurista del Fuero Militar Policial".

2 El expediente original se encuentra en el Archivo Central de la Marina de Guerra del Perú. Existe una copia autenticada en la Vocalía de Marina del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, en Lima.

PALABRAS CLAVES: Rebelión, motín, corte marcial, pena de muerte.

KEYWORDS: *Rebellion, riot, court martial, death penalty.*

I. CUESTIÓN PREVIA

El sumario seguido a los amotinados de los cruceros “Grau”, “Bolognesi” y B.A.P. “Rodríguez”, entre el 8 y el 11 de mayo de 1932, ha sido publicado en el tomo III de “La Justicia Militar en la Historia del Perú”³ en las páginas 133 a 163. Nuestra intención de incluir tales hechos en esta revista, tiene por objeto difundir esos eventos trágicos para que más peruanos conozcan de ellos y mediten sobre nuestros avatares políticos, que no han permitido al Perú liberarse de asuntos mediáticos que han frenado su avance, que desgraciadamente se repiten de modos diferentes, pero igual de destructivos.

Los años de 1932 y 1933, durante el gobierno de Luís Miguel Sánchez Cerro, se produjeron en el Perú varias rebeliones (motines, asonadas, levantamientos, etc.), que fueron duramente sofocadas, con cuyo objeto se dictaron leyes especiales para la conformación de cortes marciales, que juzgaron esos hechos drásticamente y con brevedad. Se conoce en la historiografía nacional al año de 1932 como “*el año de la barbarie*”, por los graves sucesos que en tal año ocurrieron en Trujillo, pero no solo allí se produjeron graves episodios para la vida nacional, sino, además, en Lima,

Huaraz y Cajamarca. Este fenómeno se extendió, con menor intensidad, a otras regiones del país.

Las cortes marciales nunca han estado previstas en un Código de Justicia Militar, pero estos órganos perentorios y efímeros tomaban algunos procedimientos establecidos en dicho código para tiempos de conflictos armados. Nuestro interés es difundir estos episodios, para que el lector se forme un juicio propio sobre ellos, dado que no encontramos en los libros de historia referencias medianamente detalladas al respecto y, si los hay, no son exactas; en este caso, el motín que protagonizaron miembros de marinería en 1932, instigados por dirigentes del partido aprista.

De acuerdo con el parte de 8 de mayo de 1932, formulado por el capitán de fragata Víctor S. Barrios, comandante del B.A.P. “*Coronel Bolognesi*”, el 7 de mayo, a 20.15 horas, mientras los oficiales de servicio se encontraban cenando, “fueron sorprendidos por un grupo de Marineros Armados entre los que se encontraban el Marinero de 2da. Eleuterio Medrano quien los encabezaba, acompañado por los Marineros de Ira. Zenobio Durand y Telmo Arrué y de los de 2da. Francisco Coloma Díaz y Pedro Gamarra Gutiérrez, quienes les intimaron rendición, encerrándolos en la Cámara de Oficiales, dejándolos con Centinelas de vista; hicieron lo mismo con los Oficiales de Mar, a quienes encerraron en la Cámara de Torpedos, para pasarlos luego al sollado⁴

3 BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. *La Justicia Militar en la Historia del Perú, tercera parte: Desde 1926 hasta 1950*, publicaciones especiales del Fuero Militar Policial, Bio Partners SAC, 2019, Lima – Perú, páginas 133 a 163.

4 Sollado.- Cubierta inferior de un buque en la que se suelen instalar alojamientos o compartimentos que se utilizan como almacén. En este caso, alojamiento de marineros.

de marineros. A 20.30 horas, que regresó el chalupón, que hizo de bote de horario, con el Alférez de Fragata Guillermo Lostaunau quien había ido a hablar urgentemente por teléfono a su casa. Lo capturaron y lo condujeron en calidad de detenido a la Cámara de Oficiales.”

Estando el “Bolognesi” en poder de los amotinados, estos se armaron de fusiles y pistolas, forzando las cerraduras de los armarios; extrajeron munición de los pañoles⁵ para “dotar los cañones de 152 m/m y 76 m/m; sacaron los fusiles ametralladoras los que los emplazaron en cubierta” y una lancha partió “con una comisión de insurrectos al B.A.P. “Almirante Grau”, donde apresaron a los Oficiales de servicio y los condujeron a bordo del “Coronel Bolognesi”, quedando en el B.A.P. “Almirante Grau” un crecido número de insurrectos del B.A.P. “Coronel Bolognesi”; en viaje posterior trajeron también al B.A.P. “Coronel Bolognesi” algunos Oficiales de Mar del “Almirante Grau”. Partieron luego algunos amotinados en una lancha y condujeron a bordo del Bolognesi al oficial de guardia del B.A.P. “Teniente Rodríguez” y más tarde al alférez de fragata Camino de la dotación del citado buque.

Nuevamente salió la lancha “en dirección a los Submarinos con el objeto de

tomar a los Oficiales de guardia, pero regresó sin el cabecilla Medrano que había sido apresado en el B.A.P. “R-4”. De madrugada se presentó el capitán de corbeta Félix Vargas Prada junto con otros oficiales, en la lancha del resguardo, siendo recibidos a balazos por los sublevados. Más tarde, a las 06.30 horas, aproximadamente, aparecieron “tres aviones de las Palmas, los cuales, después de efectuar un reconocimiento a gran altura, dejaron caer tres bombas que explotaron en la cercanía del buque”, ordenando uno de los amotinados “zafarrancho de combate”.⁶

El Comandante General de la Marina, embarcado en el B.A.P. “R-4”, ordenó dos disparos largos para amedrentar a los sublevados, y al no conseguir su objetivo, ordenó dos disparos más “que alcanzaron al buque (B.A.P. “Coronel Bolognesi”) en el costado de Estribor,⁷ produciendo el desconcierto general de los sublevados, los que izaron bandera blanca y libertaron a los Oficiales, quienes asumieron inmediatamente sus respectivos mandos, ocupándose en dominar el incendio en el tanque número tres de estribor y de colocar el pallete de colisión, escorando el buque sobre babor⁸ para impedir la entrada de agua.”

El comandante Barrios señalaba que de las declaraciones que se habían tomado,

-
- 5 Pañol. - Compartimento de un barco o pequeño almacén en un puerto, que sirve para guardar víveres, municiones, herramientas, etc.
 - 6 Preparación del buque para la lucha inmediata. Hoy, la orden se puede dar de varias maneras: a través de altavoces, sirenas, etc. En el tiempo en que ocurrieron los hechos que estudiamos, era a través de cornetas. En los ejércitos de tierra, igualmente, hoy se da la alerta por sirenas, altavoces, silbatos, verbalmente (a las armas), pero, tradicionalmente, se hacía a través de una corneta, con el toque de “general”.
 - 7 Estribor.- “Costado, banda o lado derecho de las embarcaciones... mirando... en la dirección de la marcha”. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Militar (Aeronáutico, Naval y Militar), Tomo III, Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina.
 - 8 Babor. - “Costado, banda o lado izquierdo de las embarcaciones... mirando... en la dirección de la marcha”. CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit., Tomo I.

aparecía que los cabecillas del movimiento fueron: el cabo de 1ra. Gregorio Pozo Chunga, marinero de 2da. Eleuterio Medrano Chuquiza, cabo de 2da. Félix Fernández LLaque, cabo de 1ra. Fredemundo Hoyos López, marineros de 2da. Eduardo Huapaya, Alejandro Delgado Miller y César Salmón Salazar, marinero de 1ra. Zenobio Durand Tarazona, marinero de 2da. Arnulfo Ojeda, marinero de 1ra. Artemio Collazos Valderrama y marinero de 2da. Pedro Gamarra, actuando como colaboradores un grupo numeroso.

El capitán de fragata Enrique Maura B., segundo comandante del B.A.P. “Almirante Grau”, daba cuenta al capitán de fragata Escudero, primer comandante del referido buque, que durante la sublevación “algunos tripulantes se dedicaron al pillaje en los alojamientos de Oficiales.” Las sustracciones de las que se dieron cuenta fueron: 130 soles oro del cajón del alférez de fragata Juan Freundt; 50 soles del camarote del teniente primero ingeniero Federico Leguía; 100 soles del rancho de oficiales, algunos paquetes de cigarrillos y útiles de aseo personal. Resultaron complicados en estos hechos el cabo de 2da (corneta) Carlos Mantilla Garagay, quien devolvió 130 soles del alférez Freundt; el marinero de 2da. Santos Isidro Condeso, quien devolvió 10 soles; los marineros Luis Campos, Manuel Carpio, Manuel Arias Cornejo, Carlos Sevilla, Jorge Mendoza y el cabo especial de 1ra., cocinero, Emilio Lalla.

El teniente primero Ricardo Zevallos, comandante del B.A.P. “Teniente Rodríguez”, en el parte que formuló el 8 de mayo de 1932, señaló que el día anterior, siendo las 22.35 horas, en circunstancias en que se encontraba en su camarote leyendo la revista de Marina, sintió voces y movimiento en la cubierta del buque, ocasionado por la llegada de la lancha número uno del B.A.P. “Coronel Bolognesi” y al abrir la puerta de su camarote, fue sorprendido por gente armada, entre ellos, uno de apellido Medrano, “quien poniéndole la pistola en el estómago le exigió (se) diera prisionero, alegando que toda la escuadra se encontraba ya en poder de los insurrectos”. Dada la rapidez de los acontecimientos “fue imposible toda reacción en sentido de defensa”, decía el teniente Velásquez; refería, igualmente, que en cubierta había encontrado que el oficial de mar 2do. Vicente Torres Luna y el marinero de 2da. Pedro Paredes Rocca se encontraban presos por los insurrectos, quedando el buque en manos de estos. El mencionado Medrano le pidió las llaves de la “Santa Bárbara”,⁹ requerimiento al que se negó dos veces, conservando las llaves en su bolsillo, siendo llevado al B.A.P. “Coronel Bolognesi”, donde quedó preso junto con otros oficiales del Bolognesi y del Grau. Al retornar a su buque después de haber sido dominada la insurrección, verificó que la escotilla de la “Santa Bárbara” había sido forzada y habían sacado de allí 20 tiros de fusil.

9 Santa Bárbara, lugar donde se guarda la munición. Para una unidad de tierra: polvorín. Lleva ese nombre por Santa Bárbara, patrona de los artilleros. Mi padre me contaba, que se pedía a Santa Bárbara protección contra las tormentas, particularmente, con rayos, truenos y relámpagos, orando: “Santa Bárbara doncella, librame de esta centella, así como a Jonás del viento y la ballena.”

El alférez de fragata Carlos P. Monge, oficial de guardia del “Grau” entre las 1600 y las 20.00 horas del 7 de mayo, refirió que al terminar su servicio se había relevado en el puesto con el alférez Julio Giannotti y, con éste, los tenientes Elías, Leguía y el alférez Freundt se habían dirigido a la cámara de oficiales a cenar, permaneciendo allí junto al teniente Leguía, cuando irrumpió en el lugar un marinero del “Bolognesi”, de apellido Miñán, quien le dijo “se diera preso en vista de que la Escuadra se había levantado contra el Gobierno”, mientras le apuntaba con un fusil. En esa circunstancia escuchó un disparo en la cámara del comandante general y poco después ingresó al ambiente en el que se encontraba el teniente primero Elías, “a quien un Cabo llamado Medrano, sindicado como uno de los cabecillas del movimiento, venía amenazando con la misma pistola que antes había disparado.”

Los oficiales fueron conducidos al “Bolognesi”, que se encontraba “en manos de la marinería que estaba armada. Frente al portalón habían instalado una ametralladora y detrás del cañón N° 2 de 152 m/m pudo ver a varios individuos que les apuntaban con pistolas y en la cámara de oficiales, observó a los tenientes Ceppi, Tudela y a los

alférezes Jiménez, Ordoñez y Lostaunau. A las 22.30 horas llevaron preso al teniente Zevallos y a las 24.00 horas al alférez Camino, de civil, ambos del B.A.P. “Teniente Rodríguez”.

A las 02.00 se escuchó una descarga de fusilería contra una lancha que se aproximaba, respondiendo los ocupantes de ésta el fuego. Refiere también que notó “que se conducían las granadas Shrapa 11 de la Santa Bárbara, 2 de 152 m/m a las chilleras¹⁰ correspondientes al cañón de popa. Igualmente, que se operaba sobre el cierre de dicho cañón, rebatiendo los candeleros de la 2ª. Div. De Armamento.” Refería también que a las 06.00 horas notó movimiento en cubierta y que el sirviente de la cámara había expresado que los submarinos resguardaban la salida de la bahía, sin embargo, pudo distinguir al B.A.P. “Condestable Saledón”¹¹ que estaba levantando presión y creía que hacían lo mismo con el “Bolognesi”.

Por la mañana llegaron tres aviones y soltaron bombas, luego se realizaron disparos contra el buque en que se encontraba y notó una ligera escora y los oficiales salieron a cubierta ya liberados. El teniente Elías tomó el comando del buque y ordenó

10 “Barra de hierro doblada en ángulo recto por ambos extremos, los cuales encajan en la amurada o en las brazolas, dejando el hueco necesario para poder estibar de modo que no se muevan con los balances del buque ciertas municiones de la artillería, como balas, saquitos de metralla, etc.” Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

11 El presidente José Luis Bustamante y Rivero, durante su discurso a la Nación, el 28 de julio de 1948, dijo: “El Gobierno, atendiendo a la necesidad imperiosa que el país tiene de contar con una flota numerosa y eficiente, no sólo para cualquier contingencia bélica sino también para la mejor solución de una serie de necesidades de la colectividad en tiempos de paz, ha adquirido durante el último año las siguientes unidades, que actualmente se encuentran en servicio: B.A.P. Mariscal Castilla, B.A.P. Teniente Ferré, B.A.P. Teniente Palacios, B.A.P. Teniente Gálvez, B.A.P. José Olaya, B.A.P. Condestable Saledón, B.A.P. Alférez Bondy, B.A.P. Guardiamarina San Martín, B.A.P. B.T.1 – BT2 – BT3 – BT4.” Se refiere claramente a un nuevo “Condestable Saledón”.

(<http://www.congreso.gob.pe/Docs/participacion/museo/congreso/files/mensajes/1941-1960/files/mensaje-1948-3.pdf>, consultado el 3 de octubre de 2018).

las maniobras pertinentes para evitar que ingresara el agua al buque por las perforaciones que le fueron causadas en la línea de flotación por los dos disparos del submarino “R-4”.

El teniente primero ingeniero Federico Leguía M., en el parte que formuló, dijo que encontrándose con el alférez Monge en la cámara de oficiales del B.A.P. “Almirante Grau”, dos marineros desconocidos para él, armados de fusiles, les intimaron se den presos. Al preguntar qué ocurría, uno de ellos le dijo “que se trataba de un movimiento general hecho en todos los buques de la Armada, movimiento hecho no contra los jefes ni oficiales sino contra el Gobierno”. Fue llevado al “Bolognesi” e internado en la cámara de oficiales, donde se encontraban también los oficiales de guardia de ese buque. Por la mañana fueron liberados por un marinero desconocido, quien manifestó que el buque se estaba hundiendo e incendiando, por lo que consideró de su deber cooperar en el salvamento.

El teniente primero J.J. Elías, jefe de servicio del B.A.P. “Almirante Grau”, manifestó en su parte que, encontrándose en la oficina del comandante general, ingresó al ambiente sigilosamente un marinero, que después supo se apellidada Medrano, más tres marineros armados con fusiles, conminándole se dé preso. Al aproximarse a Medrano, éste disparó, pasando la bala muy cerca de él y después fue conducido al B.A.P. “Bolognesi”, junto con todo el personal de oficiales de servicio, encontrando allí

a otros oficiales de servicio del “Almirante Grau” y del “Teniente Rodríguez”, permaneciendo encerrados en la cámara de oficiales. Al día siguiente, al ser liberados y subir a cubierta vio que el tanque de petróleo N° 3 tenía un impacto de proyectil y había incendio en el buque, ordenando, como más caracterizado, las medidas pertinentes para el salvamento del buque: se colocó el pallete de colisión,¹² pidió de respaldo el pallete del “Grau”, ordenó inundar en dos pies de agua la Santa Bárbara de proa y escorar el buque a babor unos 10 grados para levantar la línea de flotación donde se encontraban los boquetes y al mismo tiempo envió oficiales para que tomasen el mando del Grau y del Rodríguez, entregando después el buque a su comandante, el capitán de fragata Víctor S. Barrios.

El 8 de mayo de 1932, el gobierno, a través de una resolución suprema, nombró a los integrantes de la corte marcial encargada de juzgar a los autores del “motín comunista a bordo de los cruceros Grau y Bolognesi, cuyos autores caen bajo el imperio de la Ley 7491 que establece las Cortes Marciales sujetas al procedimiento sumario contemplado en el Código de Justicia Militar en su título 1° de la parte tercera, y en el Decreto- Ley N° 7060, para juzgar a los autores y cómplices”. Esta corte marcial la presidía el capitán de fragata Alfredo Bazo Cabello y la integraban, como vocales, el teniente primero Fernando Sarmiento, capitán Luís Iparraguirre, capitán de aviación Isaac Fernández, tenientes segundos Edgardo Llosa y Gustavo Mathey y el alférez de

12 El pallete de colisión se utiliza para taponar vías de agua de gran magnitud y su objeto es aminorar la entrada de agua, de forma tal, que los medios de achique (Vg. Bombas) permitan mantener el buque a flote. Está confeccionado de lona y su forma es variada, comúnmente cuadrada.

fragata Juan Freundt. Fueron designados como vocales suplentes el alférez de fragata Dante Capella y el teniente de policía Carlos Nolasco G.

Fue nombrado juez instructor el capitán de corbeta Guillermo Lastres, quien prestó juramento para ejercer el cargo ese mismo día, ante el “Capitán de Navío Manuel A. Sotil, jefe de la Zona Naval de la República”. Fue designado fiscal el de igual clase Miguel Paulette; auditor el doctor Daniel A. Carneiro; relator secretario el doctor Arturo Meza Cavallie y como secretario del juez instructor el teniente de ejército Teodoro Garrido Lecca.

Por auto fechado en la isla de San Lorenzo, se abrió instrucción, por el presidente de la corte marcial, contra los “marineros Eleuterio Medrano, José Mansilla, Telmo Arrué Burga, Fredegundo Hoyos, Félix Fernández Llaque, Gregorio Pozo Chunga, Pedro Gamarra, Mariano Saldarriaga, Arnulfo Ojeda, Arturo Pacheco López, José Vidal Mozanet, Rogelio Dejo, Eugenio Ponce Pulgar, Manuel Espinoza Alejos, Jorge Mendoza Paredes, Carlos Mantilla Garagay, Manuel Arias Cornejo, Benjamín Martínez Franco, Pedro Bustamante Santiago, Carlos Sevilla Rivas, Francisco Coloma Díaz, César Salmón Salazar, Julio García Zapata, Eulalio Gómez Chávez, Andrés Valle Risco, Lorenzo Sánchez Berna, Juan Eizaguirre Figueroa, Santos Isidro Condeso, Manuel Carpio Tejada, Emilio Lazo Bazán, Carlos Castañeira Grella, Eleazar Nalvarte Beaza, Eduardo Huapaya, Alejandro Delgado, Alejandro Pérez Hinostroza, por los delitos de

rebelión, insulto al superior y desobediencia.

El comandante del B.A.P. “Coronel Bolognesi”, capitán de fragata Víctor S. Barrios Ordóñez¹³ (natural de Moquegua), conformó una junta de oficiales que realizó una investigación administrativa, recibiendo las declaraciones de un grupo numeroso de marineros, entre ellos:

Del cabo de 1ra., señalero, Gregorio Pozo Chunga de 22 años de edad, natural de Querecotillo (Piura), quien dijo que él no había encabezado el movimiento, pero si pertenecía al grupo que dirigió el mismo; que se pretendía “organizar un sindicato de marineros”; que ese grupo dirigente estaba formado “por Medrano, Huapaya, Fernández Llaque, Hoyos, A. Pacheco, Dejo que hacía de cabo de guardia, Salcedo, Infantas, Delgado, Coloma, Miñano, Salmón, Ojeda Collazos, que los tripulantes del Bolognesi que fueron al Grau, según recuerda eran, Medrano, Fernández Llaque, Ojeda, Mansilla, Hoyos, Arrué, Dejo, Gamarra, Coloma, Salcedo, Maceda, Saldarriaga, Salmón, Infante y otros más que no recuerda; que fue al Grau y tomó la palabra en nombre de todos para que secundaran el movimiento, dándose cuenta que en ese buque ya se había producido; que fue él que a las ocho de la noche “leyó a la tripulación un papel que había traído de tierra el aprendiz Collazos, en el cual se explicaban las razones que habían motivado la sublevación y pedía la cooperación de todo el personal del buque; que él estuvo comprometido desde las siete de la noche y apoyó decididamente

13 Llegó al grado de contralmirante y encontrándose como Jefe de Estado Mayor General de la Marina de Guerra del Perú, ocurrió el levantamiento del 3 de octubre de 1948.

al movimiento; que a la llegada del comandante Vargas Prada “tenía el control de la cubierta y era quien daba las órdenes”, pero no fue el quien ordenó disparar contra la lancha en la que venía el citado comandante, sino trató de contener el fuego; el cabo Dejo estuvo comprometido desde el comienzo con el movimiento y hacía las veces de oficial de guardia; que uno de los que ordenó el apresamiento de los oficiales fue Arrué, siendo uno de sus ayudantes el cabo Fernández Llaque; que fue Medrano al R-4 (submarino) para avisarles que el movimiento se había producido y Hoyos fue a tierra a traer a la gente que estaba allí; que a las tres y media de la mañana ordenó izar los botes, pero el que ordenó prender las calderas del buque fue Arrué; que a las 06.00 ordenó “zafarrancho de combate” para combatir a los aviones que aparecieron; que, en una de las ametralladoras que se encontraba a popa estaba el marinero mariano Saldarriaga; que del sector de popa estaba encargado el cabo Pacheco, el de proa el marinero Ormeño y a cargo de uno de los cañones de 76 m/m se encontraba el marinero Huapaya y él se encontraba como jefe en el puente; Arrué, Coloma, Gamarra y Loayza fueron los jefes del movimiento en las máquinas y que saldrían fuera de la bahía, pero como el Grau tenía una máquina malograda tuvieron que quedarse; que, a las 12 de la noche avisaron que el Rodríguez estaba listo para zarpar, pero no lo hizo porque “luego dijeron que no tenían agua”. Preguntado por la finalidad del movimiento, el cabo Pozo dijo: “Que efectivamente se ha tratado de cambiar la organización social del país, pero que solo sabe que el Cabo Guerrero y el Marinero Collazos habían sido los intermediarios y que Guerrero sería el jefe y que al no venir él (que se encontraba en tierra), asumió la dirección él, que por su parte sabe que la

policía también cooperaba, (igualmente) la aviación de Las Palmas.”

El “Cabo Especial de 2ª corneta Eliseo Oroya Balbín”, natural de Huancayo, dijo que el grupo subversivo (los marineros) estaba comandado por el “Cabo de 1ª. Señalero Gregorio Pozo Chunga, que hacía como Comandante General, y entre los que figuraban como cabecillas, los marineros S. Salcedo, Rogelio Dejo, Félix Fernández Llaque, Eleuterio Medrano, Fredegundo Hoyos, Huapaya, José Vidal Mazanet, Ántero Zamudio...”, entre otros. Dijo, igualmente, “que el movimiento se hacía de acuerdo con la policía y que en el mismo momento que daban el golpe a bordo se haría en tierra para deponer al gobierno y que habían dado un plazo de cuatro horas para que se rindiera y que al vencerse este plazo si no lo hacía bombardearían Lima y Callao, también estaban comprometidos la aviación de Las Palmas...” Refirió, que a eso de las 5 o 6 de la mañana, Pozo, por intermedio de Delgado, le ordenó que tocara “Zafarrancho de Combate”, cuando aparecieron tres aviones que lanzaron bombas, cubriendo la marinería sus puestos de combate.

El marinero de segunda Pedro Gamarra Gutiérrez, de 21 años de edad, natural de Magdalena Vieja, dijo que el movimiento había sido “un rasgo de compañerismo para con sus camaradas, pues habían muchos de otras unidades que se encontraban impagos y que la alimentación la encontraban deficiente, en cantidad y en preparación, que esa queja sobre los víveres era en todos los buques”, pero nunca había puesto en conocimiento de los comandantes de su buque ese hecho; no sabía quién había sido el iniciador del movimiento, pero que “había un Director o Jefe, que era el Cabo Pozo.” Dijo, además, que se plegó a la sublevación recién a las 20.00 horas, cuando

vio a sus compañeros armados; tomó “un fusil y 5 tiros de un paquete de munición que estaba en la entrada a la antecámara de Oficiales” y junto a otros seis, “recibió la consigna de apresar a los Oficiales que se encontraban en la Cámara, consigna dada por el jefe Cabo Pozo, la cual fue cumplida, encerrando a los Oficiales en la Cámara, después de haberles prodigado toda clase de atenciones”.

Refirió, además, Gamarra Gutiérrez, que se embarcó en la lancha N° 1 para ir al “Grau” “en compañía de Hoyos, Medrano, Pozo, Arrué, Infantes, Salcedo, Hernández, Collazos y de otros cuyos nombres no recuerda; llegado al citado buque Medrano apresó al Oficial de Guardia, el declarante fue comisionado para apresar a los Oficiales de Mar, cumpliendo dicho mandato en compañía del marinero Salcedo, embarcando seis presos, quedándose a bordo del “Grau”, donde permaneció haciendo servicio.”

Dijo, también, que a las tres de la mañana llegó el comandante Vargas Prada y preguntó qué pasaba en el buque, contestándosele que nada y que subiera a bordo; luego preguntó qué oficial estaba de guardia y al decirle que no había refirió que no desembarcaría, sospechando que pasaba algo anormal, circunstancia en la que sonó un tiro “efectuado por el Marinero Ojeda (Arnulfo Ojeda Navarro) al cual el Comandante Vargas Prada respondió con tiros de pistola e impartió órdenes al patrón (de la lancha en la que venía) de que se alejara, motivo por el cual se le hicieron descargas desde abordó”. A las cuatro de la mañana formaron para escuchar el comunicado que leyó el Cabo Pozo, sería transmitido por radio al presidente de la República, no pudiendo hacerse porque no había radiotelegrafistas. Refirió que, al avistarse los aviones

por la mañana, el marinero Salcedo armó la ametralladora y el cabo Pacheco cargó el cañón de 152 m/m de popa, no recordando quienes cargaron los demás cañones; a la pregunta de si llegaron a encenderse las calderas del buque, contestó que el marinero Arrué había sido comisionado para ello, “habiendo encendido las calderas del grupo de popa, con el fin de zarpar si fuera necesario.”

El cabo de 2ª, fogonero, Félix Fernández Llaque, de 22 años de edad, natural de Lima, domiciliado en la avenida España N°. 200, no da más referencias que el haberse armado en un comienzo y después haber dejado el arma en el armero.

El marinero de 1ª, carbonero, Telmo Arrué Burga, natural de Cajamarca, de 18 años y siete meses de edad, el 8 de mayo de 1932, en la declaración que prestó ante el Consejo de Investigación presidido por el capitán de fragata Víctor S. Barrios, refirió “que la finalidad del movimiento era formar un sindicato compuesto por la Marinería, la Policía y la Aviación para reclamar sobre sus necesidades presentes y futuras”; dijo que el director del movimiento había sido el marinero de 2ª Eleuterio Medrano (Chuquiza) y que fue él quien lo comprometió en el movimiento; que a las dos de la tarde del 7 de mayo acompañó al marinero Collazos en su visita al “Grau”, pero que en ese momento no sabía del movimiento; no dio parte de esos hechos a sus superiores en un primer momento, porque no creía que fuera factible se realizara y después porque estaba de acuerdo con el sindicato; que, el día de los hechos, más o menos hasta las 19.30 horas, los marineros que se encontraban a bordo bailaban con la música de la vitrola; que “Medrano lo llamó y le dijo que había llegado el momento para proceder; que él junto con todos se encaminó hacia

popa, enterándose de que los Oficiales estaban apresados en la Cámara; que acto seguido fue junto con otros al armario en que se guardan las pistolas, que allí Medrano le entregó una pistola y 1 cacerina con tiros, saliendo después a cubierta...”; que toda la tripulación estuvo comprometida con el movimiento y los directores eran Pozo y Medrano.

El marinero de 2ª Mariano Saldarriaga Zapata, de 20 años de edad, natural de Talara, dijo que la finalidad del movimiento era reclamar el pago de las demás dependencias y sobre alimentación; dirigieron el movimiento “Medrano, Collazos, Ojeda, Fernández, Dejo, Arrué; que primeramente fue el jefe Collazos, pero al ir este en una comisión a tierra, encabezaron como jefes Pozo y Arrué”; que lo comprometió en el movimiento el marinero Collazos, “el cual hacía como principal instigador para obligar a la tripulación a tomar actitud rebelde”; no dio cuenta a sus superiores porque como algunos de sus compañeros que no estaban de acuerdo no lo hicieron, él tampoco lo hizo “por considerarlo como una cobardía.” Sobre la proclama que leyó Pozo, dijo que pedía que se les mejorara el racionamiento; “que porque a ellos se les pagaba y que a otras dependencias los tenían con dos meses atrasados; que protestaban de los malos tratos y abusos de los Oficiales de Mar y que no recuerda nada más...”; que, encontrándose en cubierta, tocando la vitrola y bailando los marineros, vino el marinero

Morán y le dijo que todos habían ido a tomar fusiles y que fuera el también; “que él le obedeció tomando un fusil. Entonces ingresaron al pañol de máquinas y ahí esperaron un momento, hasta que el marinero Collazos les dijo que ya los Oficiales habían bajado a comer, repartiendo entonces la gente por distintos sitios del buque, que este reparto lo hizo el marinero Collazos junto con el marinero Arrué. Que a él le tocó vigilar el pasadizo de la Camareta de Oficiales de Mar de 2ª, que su consigna fue hacerlos entrar en su camareta y no dejarlos salir...”

El cabo de 1ª. (Cabo de mar) Fredegundo Hoyos López, de 21 años de edad, natural de Bambamarca¹⁴, dijo “que la finalidad del movimiento era para protestar de la falta de pago de las demás unidades de la Escuadra y pedir mejoramiento en la alimentación..., que no había ningún jefe, que se hacía y procedía según lo que la mayoría acordaba..., que no dio parte a sus superiores porque estaba de acuerdo con el movimiento.” Sobre los acontecimientos directos dijo que “después del zafarrancho de coyas¹⁵, hubo una reunión en el sollado de músicos, en la que acordaron apresar a los Oficiales y a los Oficiales de Mar, que en seguida tomaron posición de sus puestos y se prepararon para resistir y seguir (llevar) sus planes adelante. Que él estuvo en la lancha N° 1 que fue al “Grau”, llevando una comisión compuesta de varios marineros entre los que se encontraba Medrano, que de los otros no se acuerda; que esta comisión

14 Bambamarca es capital del distrito del mismo nombre en la provincia de Hualgayoc, que pertenece a la región de Cajamarca. Su economía está centrada en la agricultura y la ganadería. Su población, según el censo de 2007, era de 23,978 personas.

15 Zafarrancho de coyas. En los buques, y a cargo de la marinería, el conjunto de manipuleos para recoger sus someros lechos al levantarse y para tenderlos antes de acostarse. (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Ob. Cit., tomo VI, pág. 528.)

subió al Grau sin resistencia, que allí apresaron, amenazándolo con un revólver, al alférez Giannotti, oficial de guardia. Refería que él se quedó en la lancha para apresar a los demás oficiales, circunstancia en la que escuchó disparos, acto seguido trajeron y embarcaron en la lancha al teniente Elías y a otros oficiales que no conocía, llevándolos presos al “Bolognesi”; en la misma lancha fueron marineros del “Bolognesi” que se quedaron en el “Grau” y posteriormente hicieron lo mismo los del “Grau”; refiere que “después regresó con la lancha del “Grau” a traer a Oficiales de Mar de ese buque que habían sido tomados presos.”

Fredegundo Hoyos refirió también que fueron al “Rodríguez” y apresaron al teniente Zevallos y a los oficiales de mar y los llevaron al “Bolognesi”, pasando luego al “R-4” en el que se quedó la comisión compuesta de marineros del “Grau” y “Bolognesi”, dirigiéndose después al muelle por el personal franco; al regresar del muelle y tocar nuevamente en el “R-4”, para recoger a la comisión, se enteró de que Medrano había quedado detenido a bordo. Respondiendo a la pregunta del incidente que protagonizó en el muelle, dijo “que estando atracado en el muelle se acercó el Teniente Castro junto con el Alférez Freundt y recibió orden de estos Oficiales de parar el motor de la lancha, orden que él no acató, diciéndole que no podía hacerlo porque tenía órdenes de los tripulantes amotinados del “Grau” y “Bolognesi” de regresar inmediatamente, que entonces el Alférez Freundt hizo ademán de sacar la pistola, habiendo también el declarante sacado su pistola y ordenó a la

lancha que saliera, produciéndose un tiroteo. Retornó al “Bolognesi”, recostándose en el portalón, quedándose dormido hasta las 4.30, hora en que oyó disparos y le dijeron que el comandante Vargas Prada había venido y se produjo un intercambio de disparos; que, cuando el “R-4” hizo disparos contra el “Bolognesi” y le hizo una vía de agua, temiendo que el buque se fuera a pique, se rindieron izando una bandera blanca.

El cabo 2º Ramón Rosales dijo que no había participado en el movimiento, pero que Arnulfo Ojeda lo animaba para armarse; vio que entre los cabecillas estaban Pozo, Collazos, Arrué, Ojeda, Mansilla y otros; que un tripulante del “Bolognesi”, a quien no conocía, lo hirió con una pistola por no obedecer las órdenes de armarse, siendo trasladado a la enfermería del “Bolognesi”.

El mismo 8 de mayo prestó declaración el marinero de 2ª Arnulfo Ojeda Navarro, de 23 años, natural de Tumbes, dijo que no sabía el motivo del movimiento, plegándose porque se lo exigieron sus compañeros Medrano, Pozo, Collazos, Hoyos, Gutti, Vidal Monzanet, Pacheco, Infantes; que los directores de éste fueron los marineros Collazos, Medrano y el cabo Pozo; que lo comprometieron en el movimiento Medrano y Pozo; que no informó de ello a sus superiores porque simpatizaba con ese acto; que al iniciarse el movimiento se plegó a él, armándose de un rifle y 5 tiros y emplazándose en el portalón¹⁶; que sabe que se llegaron a encender las calderas del buque.

Obran en el expediente los informes elevados por los oficiales a sus comandantes

16 Abertura en el costado de un buque, que sirve de puerta de acceso.

y algunos al juez de la causa, sobre los hechos ocurridos la noche del 7 al 8 de mayo de 1932: teniente 1° ingeniero Luís Ceppi Hurtado (de Chocope), ingeniero de guardia del B.A.P. “Coronel Bolognesi”, identificando a los tripulantes que los tomaron presos en la cámara de oficiales: Medrano, Gamarra, Durand, Coloma y Arrué. El informe del alférez de fragata Fernando Jiménez Reyes (natural de Huacho), oficial de retén del B.A.P. “Coronel Bolognesi” al juez instructor, diciéndole que intentó influir en Durand y Gamarra diciendo que su actitud perjudicaba a la Escuadra y que bombardearían los buques, destruyéndolos, contestando éstos que estaban decididos a morir, “porque aunque ellos tenían plata y comida, sus familias se morían de hambre y que lo que perseguían era cambiar el gobierno, diciéndome Coloma que había visto los planos de la venta de Talara, entonces les dije que todo era mentira y que seguramente en tierra los habían engañado...” Informe del teniente 2° Francisco Tudela Salmón (natural de Lima), jefe de servicio del B.A.P. “Coronel Bolognesi”, a su comandante; del teniente 1° sanidad Víctor M. Burga Hurtado (natural de Chachapoyas).

El alférez de fragata Carlos Lindley López,¹⁷ oficial de guardia del B.A.P. “R-4”, en el parte a su comandante, dijo: que a 22.30 horas despertó por el funcionamiento de los osciladores de la División de Submarinos y alarmado llamó al radiotelegrafista de guardia, quien le informó que se había

sublevado la tripulación del B.A.P. “Coronel Bolognesi”. El “R-3” comunicaba por oscilador ese hecho y a fin de confirmarlo envió al oficial de mar telegrafista Zamora a ese buque, confirmando la noticia; ordenó cerrar las escotillas, dejando solo la de la torre; dijo, también, que armado de su pistola se situó en el puente con toda su gente de guardia y observó que se acercaba al costado del buque una lancha con gente armada, rastrilló su arma y no pudo disparar por lo que abandonaron el puente y cerraron la escotilla, verificando que faltaban el oficial de mar Zamora y el cabo Benavente, quien logró meterse y cerrar la escotilla; que Zamora trataba de convencer al cabecilla para que hablara con el oficial de guardia, por lo que envió a Benavente para que bajara el cabecilla junto con Zamora, quien una vez dentro del submarino cerró la escotilla, dejando a los revoltosos sobre la cubierta sin su jefe, que era el marinero de primera Eleuterio Medrano, a quien le puso la pistola en el pecho para intimidarlo, respondiendo de la misma manera Medrano, pero el sirviente Velarde lo despojó de ella; Medrano refirió “que ellos luchaban contra el gobierno, alegando que era un mal gobierno, que había mucha pobreza, mucha hambre y que estaban en combinación con la policía, la que se iba levantar a 04.00 contra el gobierno, ordenando su custodia en un camarote; preparó el buque para una inmersión y de esa manera desalojar a los amotinados de la cubierta, “quienes en su ignorancia golpeaban las escotillas, con sus fusiles, pensando quizá que de esa manera se abrirían

17 Carlos Alberto Sócrates Lindley López (Lima, 19 de abril de 1907- Lima, 13 de setiembre de 1980) llegó al grado de contralmirante. Fue hermano del general de división Nicolás Eduardo Lindley López, que apoyó el golpe de estado de Ricardo Pérez Godoy y fue miembro de la Junta de Gobierno entre el 18 de julio de 1962 y el 28 de julio de 1963. Presidió la junta entre el 3 de marzo y el 28 de julio de 1963.

las escotillas”; serían las 23.15 cuando cesaron los ruidos en la cubierta, enviando a un tripulante para que se cerciorara, refiriendo que habían civiles, constatando que eran “el Comandante General, el Comandante del Buque y el Segundo Comandante.”

Al prestar su declaración instructiva en San Lorenzo, el 8 de mayo de 1932, Eleuterio Medrano Chuquiza, de veintinueve años, soltero, con hijos, natural de Castrovireyna (Huancavelica), panadero, sirviendo en el “Coronel Bolognesi” como marinero de segunda, que ingresó al servicio de voluntario en 1923, dijo que viendo la actitud de sus compañeros que habían tomado las armas él también se armó y fue a la cámara de oficiales junto con Arrué, Gamarra, Coloma y otros, a ponerlos presos, cerrando la puerta y poniendo dos centinelas de vista; que después se dirigió al “Grau” con 15 marineros, donde “intimó de rendición al oficial de guardia con pistola en mano, que lo condujeron todos a la Cámara de Oficiales, que allí habían dos Oficiales más y el instruyente les intimó rendición, que en seguida dispusieron para trasladar a los Oficiales al Bolognesi”. Refirió que “cuando intimó de rendición al Teniente Elías (Julio Elías Murguía), este le contestó que era un cobarde y que en ese momento al instruyente se le escapó un balazo que le pasó por delante al Teniente Elías sin herirlo”; que tomaron preso al oficial de guardia del “Teniente Rodríguez”, teniente Zevallos (teniente primero Ricardo Zevallos Miranda) y a varios oficiales de mar y los llevaron al “Bolognesi”, donde los encerraron; que fue al “R-4” en compañía de otros donde fue apresado por el oficial de guardia; que creía que la marinería se había sublevado por el mal trato de los oficiales; preguntado por quienes eran los cabecillas del movimiento dijo que suponía era el instruyente y los que estuvieron

en los buques; que no pasaron a tomar “La Limeña” porque pensaban hacerlo al otro día, tomando previamente los submarinos, para “dirigirse a la superioridad para que resolvieran sus reclamos y permanecer en esa situación hasta arreglar.

José Mansilla Delgado, de 25 años de edad, natural de Arequipa, radiotelegrafista del Bolognesi, dijo que a eso de las ocho vio a dos marineros “que llevaban preso al contra-maestre Gárate que estaba de guardia, que lo llevaban el marinero Dejo y Ojeda, como se resistió Gárate, Ojeda lo estrujó”; que Ojeda y Dejo daban órdenes, lo mismo que Huapaya que estaba de centinela; que Hoyos estaba con pistola y tenía parte activa; que vio a Medrano en ajetreos y oyó decir que había sacado ametralladoras; que Pozo leyó una proclama contra el gobierno en el Grau.

Gregorio Pozo Chunga, cabo de primera, de 22 años de edad, natural de Paita, soltero, empleado, sirviendo como voluntario en el Bolognesi desde 1929, prestó declaración instructiva el 8 de mayo de 1932 y dijo: que el día de los hechos se armó como muchos y vio armarse a Arrué, Fernández Llaque, Hoyos, Collazos, Medrano; que fue al Grau en una lancha con 12 o 15 hombres, entre ellos, Medrano, Hoyos, Arrué, Huapaya, Infante, Salcedo, Izaguirre, Coloma, Ojeda, Gamarra y otros; que estando en el Grau, Arrué le dio un papel para que lo leyera, que decía: “que la Escuadra se había sublevado con la aviación y la policía por el descontento en que se encontraban por el mal comportamiento del gobierno en el pago de los salarios, por el mejoramiento del rancho, que no era posible permanecer tanto tiempo en silencio, que era necesario desplegar una protesta unánimemente y pedir que el presidente entregara el mando por no ser de agrado de los sublevados, que debía organizarse un sindicato de marineros;

“que al instruyente lo hicieron jefe del movimiento, pues para todo le tomaban su parecer; que como a media noche llegó el comandante Vargas Prada queriendo subir a bordo, preguntando por el oficial de guardia y como la lancha en que venía dio una vuelta se oyó un disparo “que cayó cerca del bote, a lo que procuró el instruyente que no se disparara, lo que no pudo evitar, porque continuaron los disparos, que esos disparos salían de un grupo, entre los que estaban Hoyos, Salmón, Dejo, Ojeda; la lancha escapó de los disparos y el instruyente llamó al grupo y les hizo comprender las graves consecuencias del acto; que a las seis de la mañana tres aviones lanzaron bombas por lo que ordenó zafarrancho de combate y se armó la ametralladora antiaérea y se prepararon los cañones; que supo del movimiento el día anterior por Collazos que le mostró el manifiesto y que los líderes del movimiento eran el marinero Collazos y el cabo Luís Guerrero, pero que el día de los hechos estaban en tierra; que en la dirección del movimiento lo acompañaron Fernández Llaque, Arrué, Hoyos, Dejo, Medrano.

Arnulfo Ojeda Navarro, de 23 años, soltero, natural de Lima, al prestar su declaración instructiva, dijo que estando de servicio en el botalón, sus compañeros Medrano, Pozo, Collazos, Hoyos, Pacheco y Arrué le dijeron que se sublevarían “para reclamar de lo que sufrían en el buque; que acordó cooperar en el movimiento por compañerismo; que quedó en su lugar y los otros fueron a tomar a los Oficiales; que el instruyente en compañía de Dejo e Infantes tomó preso al Contramaestre García; que dirigían el movimiento e impartían órdenes Arrué, Pozo, Medrano, Collazos; que Arrué y Collazos le dijeron que estaban comprometidos la policía y la aviación”, que Medrano tomó preso al oficial de guardia.

Se recibió la declaración instructiva de **José Vidal Mozanet Sánchez**, soltero, de 27 años, natural de San Martín, carpintero al servicio del Bolognesi, quien dijo que a las 8 de la noche vio que sus compañeros se armaban y él también lo hizo y se fue a la radio hasta la una de la mañana; que cuando empezó a andar por el buque vio a Pozo, Arrué y otros; que no habló con Medrano, que lo conocía solamente. A la pregunta de con quienes se había entrevistado en Panamá, dijo: **“que se vio con Luís Alberto Sánchez, Cox y otro aprista, pero que no le dijeron nada sobre política; que estos buscaban a los marineros.”** (resaltado agregado).

Rogelio Dejo, de 20 años, soltero, natural de Chiclayo, al servicio del Bolognesi, dijo que él, Ojeda e Infantes tomaron preso al oficial de mar contramaestre Gárate y lo condujeron al calabozo de proa; que a las tres de la mañana, Pozo los reunió y les dijo que “pedían (la) dimisión de Sánchez Cerro, a quien iban a dar 3 horas de plazo para que dimitiera y que después, en la mañana reunió nuevamente a la tripulación para decirle que no se rindieran”; que los cabecejas del movimiento fueron Pozo, Arrué, Collazos...

El cabo de segunda señalero Eugenio Ponce Pulgar, de la dotación del crucero Grau, de 20 años de edad, “soltero, natural de Iquique (chileno), nacionalizado peruano, hijo de padres peruanos, de profesión mecánico”, prestó declaración instructiva, refiriendo que a las nueve de la noche del día de la sublevación había recibido una orden del oficial de guardia, alférez Julio Giannetti Landa, de conducir a tierra al alférez Freundt; al retornar al buque, encontró que una lancha del Bolognesi, con dotación armada, se encontraba “atracada a la escala de babor”; que desde el portalón le dieron la orden de amarrar la lancha y subir a bordo

y una vez allí le dijeron que se armara, cosa que no hizo, constatando que tripulantes de Bolognesi se habían apoderado del Grau y apresado a los oficiales de guardia; que, después recibió la orden del marinerero Arrué del Bolognesi de ir al muelle con la lancha dos a recoger a los francos del buque y una vez en el muelle encontró al alférez Freundt, quien le preguntó qué pasaba, diciéndole que nada; que en seguida desembarcó y se dirigió a la Capitanía, encontrando en el camino al comandante Vargas y al Jefe del Estado Mayor General, a quienes informó de lo que pasaba, escuchándose disparos en el muelle, quedando detenido en la Capitanía.

El marinerero de 2ª Eleuterio Medrano, al prestar su declaración instructiva el 8 de mayo de 1932, manifestó **“que el primero de abril del año en curso zarparon rumbo a Balboa la Escuadra compuesta por los buques siguientes: Cruceros “Grau” y “Bolognesi” y que llegaron a dicho puerto el 10 del mismo mes; que durante su estada allí se encontró el marinerero Collazos, en una de las calles de Panamá, con los señores Luis Alberto Sánchez, Manuel Cox, señor Pardo Acosta y otros, cuyos nombres no recuerda, y que estos le manifestaron que deseaban conversar con algunos de los tripulantes que tuvieran ascendiente en sus camaradas, por cuanto tenían algo importante que comunicarles, y que Collazos le dijo de esta entrevista al declarante, así como también el marinerero**

Vidal Mozanet de la dotación del “Bolognesi”, quienes acudieron a la pensión donde se alojaban los mencionados caballeros; y que una vez reunidos estos, les manifestaron la necesidad de que los jóvenes como el declarante y sus camaradas se unieran y sublevaran para derrocar al régimen de Sánchez Cerro, que significaba una vergüenza para la Patria, que la opinión pública repudiaba a Sánchez Cerro, que todo el Perú estaba con el “aprismo” y que a este partido lo respaldaba las fuerzas de policía casi en su totalidad; que el declarante sabía que esto era cierto por cuanto el marinerero Guerrero había tenido algunas reuniones antes de partir (a Panamá) con algunos elementos de la policía, entre los que recuerda a los siguientes: sargentos Cornejo y Mina, los que se reunían en la calle de doña Elvira, en una casa cuya numeración no recuerda y que una vez llegados al Callao se pusieron nuevamente en contacto con los mismos elementos y en la misma casa; después de algunas reuniones en la casa del sargento Cornejo, cita en la avenida Iquitos, pero que no está seguro del nombre de la calle, pues también dice que se llama Carlos de los Heros; que la última reunión habida fue el viernes seis del mes en curso, donde acordaron que el movimiento se llevaría el siete a las ocho de la noche; que durante la reunión del viernes llegó el Capitán Cervantes que se sublevó en Iquitos,¹⁸ acompañado

18 Esa referencia, que también se repite en el testimonio de Medrano, llama la atención. Se refieren al capitán Guillermo Cervantes Vásquez, que encabezó la llamada revolución de Iquitos en 1921, por lo que fue condenado a 15 años de cárcel en ausencia. En el tomo anterior de esta obra (BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, desde 1895 hasta 1925, tomo III, Fuero Militar Policial, 2018, Lima – Perú, páginas 382 a 392) hicimos mayores referencias a él, incluso que en agosto de 1930 Sánchez Cerro lo llamó al servicio en el Ministerio de Guerra, favor que aquí pagó mal. Cervantes fue capturado por la policía y el prefecto de Lima hizo conocer de ello al juez de la causa que comentamos. Ese oficio se encuentra en el Archivo Central de la Marina de Guerra del Perú.

de un civil de apellido Chocano, quienes manifestaron que estarían al frente en todo momento; que todo lo ocurrido después lo ha manifestado el declarante en sus anteriores declaraciones.”

El marinero de 2ª **José Vidal Moza-net Sánchez**, de 28 años de edad, soltero, natural de Tarapoto, departamento de San Martín, de ocupación carpintero, ingresó al servicio el 9 de setiembre de 1931, como voluntario, en el Bolognesi, dijo en su instructiva “que en el mes de agosto, antes de entrar al servicio como voluntario, **se afilió al partido aprista, inscribiéndose en el “Sub-Comité” de Lince**”; que trabó íntima amistad con Eleuterio Medrano, con quien conversó sobre la política del país y estuvieron de acuerdo en **reconocer que el gobierno del coronel Sánchez Cerro era una vergüenza para el país y que había necesidad de derrocarlo**; que entonces Medrano le habló de un músico Bustamante de la banda del Grau y fue el quien lo citó para hablar con mayor libertad en la casa de sargento Cornejo de la policía, “sito en la esquina de la avenida Grau y de la avenida de Iquitos y cuyo número no recuerda...”, oportunidad en que estuvieron Medrano, el músico Bustamante, un civil de filiación aprista, los sargentos Cornejo y Mina y otro civil a quien tampoco conocía...; que dos días después tuvieron una nueva reunión, las mismas personas y en la misma casa, a la que se agregó el cabo Guerrero. El primero de abril salieron del Callao a Balboa en los cruceros Grau y Bolognesi y ya **“en Panamá se puso en contacto el declarante con Bustamante quien lo llevó al hotel en que estaban alojados los deportados apristas... , encontrando allí al Dr. Luis Alberto Sánchez, al señor Arce, al Dr. Díaz, Dr. Colina, al Sr. Cox, al Sr. Arístides Guillén, al Sr. Boluarte, al Sr. Cáceres y otros; que**

en esa oportunidad fueron llamados por lista y por sus respectivos nombres por el Dr. Luis Alberto Sánchez, cosa que llamó la atención del declarante, por no conocer ni de vista al Dr. Sánchez ni a ninguno de los reunidos...” (resaltado agregado).

Pedro Bustamante Santiago, de la dotación del Grau, dijo que “en Panamá recibió dos manifiestos, elaborados por los deportados apristas y dirigidos a la Nación. Que uno de estos manifiestos lo dejó en Paita, en poder de un antiguo amigo, ex - tripulante, apodado “Charqui” y el otro lo trajo consigo, teniéndolo a bordo hasta el día que se lo prestó con cargo de devolución a otro ex - tripulante O.M. de tercera maquinista, hoy chofer, cuyo nombre no recuerda; que la noche del veintinueve de abril, estuvo en casa de su amigo el sargento Cornejo, junto con el sargento Colina y los marineros Medrano y Guerrero, estando presentes también el Capitán Cervantes y un civil llamado Chocano. Que la víspera del movimiento estuvo en casa de Cornejo otra vez, con el Capitán Cervantes, los dos sargentos indicados y los marinos Guerrero y Medrano y que en esa oportunidad fijaron la noche del sábado para el levantamiento... Que la noche de la sublevación no estuvo a bordo, por haber faltado ese día al buque.” (resaltado agregado).

Telmo Arrué Burga, de 18 años 7 meses de edad, natural de Cajamarca, soltero, de profesión empleado y ayudante de mecánica en el Bolognesi, dijo que el jueves tuvo conocimiento, por el cabo Guerrero, el marinero de 2ª Medrano y por el marinero de 1ª Collazos, que estos recibirían pistolas de sargentos de la policía y de miembros al servicio de la aviación, para llevar adelante un movimiento subversivo, de acuerdo con las ideas políticas apristas.

“Que el declarante en su calidad de simpatizante con dicho partido, en un principio se resistió a acceder a la invitación que le hicieron sus compañeros para plegarse al movimiento, ofreciendo hacerlo en caso de que este diera resultados formales; que sus compañeros aludidos le manifestaron que el movimiento tenía por objeto constituir un sindicato de la marinería a fin de poder hacer sus reclamaciones de cualquier orden. Que el día viernes 5 del presente el cabo Guerrero bajó a tierra con el propósito de recoger las pistolas que tenía ofrecidas para llevarlas a bordo. Que el día sábado, a las dos de la tarde, el aprendiz Collazos le pidió un chinchorro al jefe de servicio del Bolognesi con el objeto de hacer un paseo al Grau, pero que este viaje fue para llevar munición al Grau, que le fue entregado por Medrano. Dicha munición consistía en cuarenta tiros de fusil. Que Collazos le refirió a su regreso del Grau que de esta munición solo entregó veinte tiros al cabo Baluarte de la dotación del Grau.” En su concepto, los jefes del movimiento fueron el cabo 2^a Luis Guerrero, marinero de 1^a Artemio Collazos,¹⁹ marinero de 2^a Eleuterio Medrano, cabo 1^a Gregorio Pozo, que en ausencia del jefe del motín Guerrero asumió la dirección del movimiento, una vez que fue detenido en el R-4 el marinero Medrano. En el Grau el líder del movimiento era el cabo 1^a Bustamante, que ese día había bajado a tierra, relevándolo Nalvarte.

El 9 de mayo de 1932, el juez instructor elevó al presidente de la corte marcial “el informe final de la instrucción seguida contra

los responsables del movimiento subversivo ocurrido en los buques de la escuadra, surta en el Callao, en la noche del 7 del actual (7 de mayo de 1932).”

El informe precisa que durante el crucero de verano que los buques “Bolognesi” y “Grau” realizaron a Balboa (Panamá), parte de la tripulación tuvo contacto con exiliados apristas, como Luis Alberto Sánchez, Carlos Manuel Cox, Pardo Acosta y otros, quienes incitaron a un grupo de marineros para preparar un movimiento armado. Se dice en el informe, textualmente: “preparando así el terreno con la propaganda sediciosa del partido aludido (aprista), va germinando en la marinería el móvil justificativo del hecho delictuoso; constatándose de autos que con tal finalidad se ha apelado a causales nimias, para justificar el hecho de armas materia de este proceso. En el examen de los móviles del delito, se confunde la intervención política del Partido Aprista Peruano con la injerencia del comunismo soviético.”

Se narran los hechos ocurridos la noche de 7 y la madrugada del 8 de mayo de 1932. “En efecto, pasadas las ocho de la noche y cuando los oficiales de servicio del Coronel Bolognesi se encontraban comiendo, fueron sorprendidos por el asalto intempestivo de un grupo de marineros armados, dirigidos por el marinero de segunda Eleuterio Medrano, a quien acompañaban Zenobio Durand, Telmo Arrué, Francisco Coloma y Pedro Gamarra, los que intimaron de rendición a sus superiores jerárquicos; en este momento se encontraban a bordo

19 Guerrero, Collazos y Bustamante, los organizadores de la rebelión, el día los hechos, convenientemente, estuvieron en tierra.

el Teniente 1° de sanidad Burga (Víctor M. Burga Hurtado, de Chachapoyas), Alférez Jiménez (Fernando Jiménez Reyes, de Huacho), Teniente 1° Ing. Ceppi (Luís Ceppi Hurtado, de Chocope) y Alférez de Fragata Ordóñez (Fernando Ordóñez de la Haza), encarándoles las armas de que estaban previstos y colocándoles centinelas de vista. Previamente, ya los amotinados habían apresado a los Oficiales de Mar, colocándoles también centinelas de vista.”

Se continúa detallando en el informe: “Después de adquirir el pleno dominio del comando del “Coronel Bolognesi”, los jefes del movimiento se dirigen al Crucero “Almirante Grau” a cuyo bordo llegan y de acuerdo con el elemento que tenían allí preparado, toman la nave y adquieren el control absoluto de ella; dejando allí tropa procedente del “Coronel Bolognesi”; apresando a los Oficiales de Guerra y Mar del Buque y verificando transmisiones con las unidades insurrectas.”

Prosigue el informe indicando que “A continuación, pasan los amotinados al “Teniente Rodríguez”, donde verifican también prisión de la oficialidad, así como adquiriendo el comando de esta unidad. Posteriormente se destaca una comisión al Submarino R-4 con el objeto de solicitarle su cooperación en el motín; y así mismo se practican por parte de los sublevados una serie de actos de fuerza que trasgreden básicos principios de la disciplina militar y muestra palmariamente la condición moral de quienes han intervenido en estos hechos.”

“La finalidad del movimiento fracasado ha sido indudablemente la de subvertir el orden público, destituyendo a las autoridades legalmente constituidas, solicitando al efecto la renuncia del Señor Presidente de

la República, quien debería ser conducido preso a uno de los buques sublevados con el objeto de que allí dimitiera y permaneciera prisionero; verificando la libertad del líder aprista Víctor Raúl Haya de la Torre, a quien debían investir del mando supremo, apoyado por las fuerzas rebeldes.” Este último texto es claramente un razonamiento excesivo del instructor, pues de las pruebas que se actúan en la instrucción, la frontera del movimiento no daba para tanto; nadie expresa en esos términos lo que debe hacerse con el presidente Sánchez Cerro. Como se dice en el argot militar, ello es de la cosecha del instructor.

Termina el informe señalando, en cuanto a los hechos: “Este movimiento ha tenido conexión con personas ajenas a la tripulación de los buques sublevados, que han servido de enlace entre los elementos armados, de tierra con los amotinados.”

Luego se detalla los nombres de los participantes en los hechos y el grado de su responsabilidad. Señalaremos ello resumidamente:

1. Eleuterio Medrano Chuquiza. - Ha sido uno de los jefes del movimiento que se reunió con los apristas en Panamá. Su participación activa y múltiple lo hace responsable.
2. José Mansilla.- No ha tenido participación en el motín, por el contrario, trató de evadirse.
3. Gregorio Pozo Chunga.- Es “otro cabecilla principal, el verdadero director del movimiento subversivo, quien en todo momento ha tenido el comando de él.”
4. Telmo Arrué Burga.- Es “otro de los cabecillas del movimiento que actuó decididamente en su ejecución.”

5. Fredegundo Hoyos López.- “ha estado en todo momento interviniendo directamente y a órdenes de Pozo.” Apresó a los oficiales del Grau.
6. Félix Fernández Yaque (Llaque).- Trató de evadir su responsabilidad, pero tuvo directa injerencia en los hechos, dando órdenes, trasladándose a los buques; “de autos ha quedado comprobado su responsabilidad penal.”
7. Mariano Saldarriaga Zapata.- Tuvo participación activa en los hechos y estuvo en la prisión de los oficiales. Fue quien preparó la ametralladora anti-aérea cuando se tocó zafarrancho de combate.
8. Arnulfo Ojeda Navarro.- Fue uno de los cabecillas; apresó al contraamaestre Gárate a quien además maltrató de obra; tomó posesión del Rodríguez y disparó contra la lancha en la que venía el comandante Vargas Prada.
9. Arturo Pacheco López.- Ha actuado secundariamente.
10. José Vidal Mozanet.- Es otro cabecilla del movimiento; se declaró confeso de haber sostenido una reunión en Panamá con Luís Alberto Sánchez y otros, pero que “esas conversaciones solo tuvieron carácter amigable”.
11. Rogelio Dejo Delgado.- Estando de servicio presenció la captura del contraamaestre Gárate y no dio cuenta; se puso a órdenes de Pozo y lo secundó en el movimiento.
12. Eugenio Ponce Pulgar.- “Este enjuiciado no se encontraba en el barco cuando estalló el movimiento... y a juicio del Juzgado no tiene responsabilidad penal alguna.”
13. Manuel Espinoza Alejo.- “De lo actuado no aparece ninguna responsabilidad penal sobre este enjuiciado.”
14. Jorge Mendoza Paredes.- “De autos no se desprende responsabilidad contra este enjuiciado.”
15. Carlos Mantilla Garagay.- No se acredita su responsabilidad.
16. Manuel Arias Cornejo.- “No se ha acreditado en autos intervención de este enjuiciado.”
17. Benjamín Martínez Franco.- Tripulante del Grau, no tiene responsabilidad en autos.
18. Carlos Sevilla Ríos.- Perteneciente al Grau, no tiene ninguna responsabilidad.
19. Francisco Coloma Díaz.- De las “actuaciones practicadas hay mérito suficiente para sindicarlo como autor principal de los hechos perseguidos, a los que ha contribuido decididamente efectuando prisiones, impartiendo órdenes y dando instrucciones; por lo que hay responsabilidad penal que hacerse efectiva sobre este enjuiciado.”
20. César Salmón Salazar.- “Ha intervenido en forma secundaria en los hechos ocurridos... cumpliendo órdenes de los cabecillas del motín.”
21. Zenobio Durand Tarazona.- Participó en el motín secundariamente, cumpliendo órdenes de los cabecillas.
22. Andrés Valle y Risco.- No hay imputación precisa, dice el juez: “Durante la estación del proceso podrá esclarecerse debidamente la actuación de este encausado.”
23. Lorenzo Sánchez Guerra.- Expresa ignorar el motivo del motín. Perteneció a

la dotación del Grau. “La participación de este enjuiciado es dudosa por lo que debe esclarecerse debidamente en la estación del proceso.”

24. Juan Izaguirre Figueroa.- Expresa que como marinero del Bolognesi intervino obligado por la situación. Pozo le impartió la orden de hacer funcionar las calderas; “pero existiendo cargos en autos contra este enjuiciado, es procedente su elevación a proceso.”
25. Santos Isidro Condesa.- Perteneciendo al Grau, no participó directamente en el motín.
26. Manuel Carpio Tejada.- De la dotación del Grau, se encuentra en la misma situación al anterior.
27. Emilio Lazo Bazán.- De la dotación del Grau, dice que no se armó cuando le dijeron porque no sabe manejar un arma.
28. Carlos Castañeda.- De la dotación del Grau, ha obedecido en todo momento las órdenes que le impartieron.
29. Eleazar Nalvarte.- De la dotación del Grau, “está sindicado como el que tomó el comando de este barco de acuerdo con las instrucciones emitidas por los jefes del movimiento; y ha actuado en forma tal que se llega al convencimiento de que estuvo en antecedente de todos los acontecimientos producidos.”
30. Pedro Gamarra Gutiérrez.- “ha actuado en el Coronel Bolognesi en forma decidida; ha tenido entrevista antes del motín con los cabecillas del movimiento; personalmente ha detenido a los oficiales de ese barco, así como a los del Grau; además permaneció en esta

última unidad, en una de las fases del movimiento en compañía de Nalvarte, quien tenía el comando del Grau y después en el Bolognesi tuvo la supervigilancia del cumplimiento de las órdenes impartidas por los jefes del motín.”

31. Eduardo Huapaya.- Perteneciente al Bolognesi, “se armó a la primera orden impartida; desempeñó comisiones de los cabecillas y ha contribuido en forma eficaz a la producción del hecho delictuoso.”
32. Alejandro Delgado Milla.- Ha contribuido a la producción del motín, cumpliendo órdenes de los cabecillas.

El juez instructor expresó también que “los marineros Víctor Espinoza Conterras, Vicente Ormeño Muñoz, Julio García Zapata, Carlos Buendía Grados, Alfredo Ramos Arroyo, Baltazar López Balta (del Bolognesi); Pedro Cartagena Malpartida, Ángel Dueñas Reyes, Alejo Villar Álvarez, Salomón Arias Juanino, Héctor Macedo Rodríguez, Felipe Guten Bobadilla, Sacarías Vizcarra Díaz, Jorge Ortega Reyes, Gerardo Palma Aguilar, Julio Sánchez Cornelio, Silvio Prado Falcón, Ezequiel Villar Sánchez, Eulalio Gómez Chávez, Alfredo Ramos Arroyo y Eleodoro Reyes; pertenecientes a las distintas unidades sublevadas, han presenciado los hechos ocurridos, pero a juicio del juzgado no han tenido intervención en ellos en forma directa sino secundariamente, por lo que ha prescindido de tomarles sus declaraciones en vista de haberse aclarado debidamente los hechos y sindicado a los responsables y en razón también de que se trata de un juicio sumario; por lo que propone a la superioridad que el testimonio de estos marineros se produzca de forma oral ante la Corte Marcial en el momento de la vista de la causa.”

Ha quedado también evidentemente probado, dice el juez de la causa, **“que el cabo de segunda Luís Guerrero y (el) marinero Artemio Collazos, de la dotación del Bolognesi, han sido también cabecillas del motín; que han estado en permanente contacto con el elemento de tierra que debía intervenir en la realización de los hechos; que se entrevistaron en Panamá junto con las personas que indica el dictamen, con los líderes apristas Sánchez, Cox, y Pardo Acosta y junto con estos y demás cabecillas...”** (resaltado agregado).

En efecto, de los testimonios recogidos se aprecia que Guerrero y Collazos fueron los que incentivaron el motín de varias formas: (i) tomando contacto con líderes apristas; (ii) reuniéndose con policías, el capitán Cervantes y civiles, para conspirar contra Sánchez Cerro; y (iii) atrayendo a marineros y entregando proclamas para ejecutar el motín; no obstante, la noche del 7 de mayo de 1932, en que se iniciaron los hechos, ambos se hallaban, convenientemente, en tierra, no siendo instruidos, aun cuando el fiscal pedirá para estos ausentes la pena de muerte, sin consecuencia alguna.

El 9 de mayo de 1932, el auditor opinó “que aparece claramente probada la responsabilidad de la mayor parte de los enjuiciados. La Auditoría de mi cargo opina porque se eleve la causa a proceso y que sea el Consejo el que resuelva la situación jurídica de los que no tienen o tienen leve responsabilidad, pues no es aplicable en estos casos sobreseimiento.”

Ese mismo día se elevó la causa a proceso y se dispuso pasaran los autos al “Fiscal nombrado para los fines del trámite de exposición”. La exposición fue emitida el 10 de mayo y en su III parte se refiere: “Que de

lo expuesto en autos aparece el cargo de rebelión, de conformidad con el artículo 239, incisos 1º, 2º, 6º y 7º del código de justicia militar, contra los siguientes tripulantes: Eleuterio Medrano, Gregorio Pozo, Telmo Arrué, Pedro Gamarra, Félix Fernández Llaque, Mariano Saldarriaga, Arnulfo Ojeda, José Vidal Mozanet, Rogelio Dejo, Artemio Collazos, Luis Guerrero, Pedro Bustamante, Alejandro Pérez, Eleazar Nalvarte, Santiago Salcedo, Zenobio Durand, Fredegundo Hoyos, Francisco Coloma, Eduardo Huapaya, Arturo Pacheco, César Salmón, Eulalio Gómez, Juan ..., Alejandro Delgado y Carlos Castañeda. El fiscal no estimaba necesario ninguna otra prueba.

La Corte Marcial prestó juramento, se designó al teniente segundo Félix H. García Seminario como defensor de oficio y se notificaron los cargos a los procesados.

El fiscal, en su acusación, pide la pena de muerte por rebelión, “de conformidad con el Decreto Ley N° 7060, para: Gregorio Pozo, Eleuterio Medrano, Telmo Arrué, José Vidal Mozanet, Pedro Gamarra, Félix Fernández Llaque, Mariano Saldarriaga, Arnulfo Ojeda, Rogelio Dejo, Alejandro Pérez, Eleazar Nalvarte, Santiago Salcedo, Zenobio Durand, Fredegundo Hoyos, Francisco Coloma, Eduardo Huapaya y Carlos Castañeda. El fiscal dice también que merecen igual pena los ausentes Artemio Collazos y Luis Guerrero y el presente Pedro Bustamante.

El fiscal precisó, además, que estaba comprobada la responsabilidad de Arturo Pacheco, César Salomón, Eulalio Gómez, Juan Izaguirre y Alejandro Delgado en la comisión del delito de rebelión, “en forma secundaria, pero no desprovista de delictuosidad, (por lo cual) el fiscal en cumplimiento de su deber de tal pide para ellos la

pena de penitenciaría en 2° grado, con las accesorias de ley.”

De acuerdo con el fiscal, han actuado como instigadores, los civiles Manuel Cox, Luís Alberto Sánchez, Pardo Acosta, Arce Arnao, Dr. Colina, Aristides Guillén y Boluarte Cáceres, el capitán Cervantes, los sargentos de policía Mina y Cornejo y el civil Chocano.

El fiscal es también “de opinión que el resto de la tripulación del Bolognesi, (cuando menos) que estuvo a bordo durante la noche del levantamiento, y desde la clase de cabo de 1ª debe ser licenciada en el día, debiendo efectuarse una seria investigación con (el) fin de depurar el personal de las tripulaciones de los buques.”

Finalizaba su acusación expresando: “Antes de terminar, el Fiscal invoca el alto espíritu militar de la Corte Marcial, llamándole de manera especial la atención hacia el peligro que entraña la conmisericordia en los casos en que como el presente es doloroso pero necesario, reprimir con mano de hierro cuando aún es tiempo, esta acción disociadora que pone en peligro la estabilidad de los institutos armados, por los cuales es nuestra obligación velar y por el bien del país, cuya nacionalidad se ve amenazada.”

El teniente Félix H. García Seminario, defensor de oficio, llevó la defensa al principio al plano político, calificando a sus defendidos como sujetos que solo seguían los propósitos de terceros, decía “que el delito que se les imputa a mis defendidos no es sino el fruto de una labor paciente y meditada de elementos comunistas que sin pertenecer al seno de la marinería, han actuado de manera eficaz, infiltrando sus doctrinas en el personal de ella, compuesto en su mayor parte de individuos casi sin cultura y

por lo tanto muy fáciles de impresionar y convencer.”

Decía que, si se analizaba los hechos con conciencia sana, se sacaba en limpio que no había sido sino un plan de inconscientes que no llevaba otro propósito que el “satisfacer la ambición perniciosa del apracmunismo que traidora y canallesamente ha hecho delinquir a estos irresponsables”. Exhortaba a los señores miembros de la Corte Marcial que vieran “que casi todo el personal de cabos y marineros de nuestra armada está formado por una serie de muchachos incultos, sin preparación suficiente para poderse dar cuenta del peligro que entrañaba seguir los consejos de aquella secta de miserables, que en su deseo de lucro no tienen el menor reparo de lanzar una masa de gente hasta el crimen, con tal de ver satisfechos sus desmedidos apetitos y sus bastardas ambiciones...”

“No soy jurista, pero en mi espíritu se agita la idea como se ha de agitar también en el espíritu de los Señores Vocales, que quien comete un acto delictuoso, teniendo gravemente alterada la conciencia, está exento de toda responsabilidad legal. Y mis defendidos, Señor presidente, han procedido bajo esa alteración, impulsados y presionados por la fuerza sugestiva de aspiraciones y de ideas que nunca fueron suyas.”

Decía que la ley penal distinguía los delitos en consumado, frustrado, conato o tentativa, acto preparatorio, confabulación y proposición y al sujeto se le clasificaba en autor, cómplice y encubridor. Expresaba que “los hechos realizados son punibles, pero hay que preguntarse dentro de que clasificación de delictuosidad deben enmarcarse”, El defensor afirmó que para que cayera sobre los encausados todo el peso de la pena máxima, era menester que el delito

se haya consumado y que ello no había ocurrido, quedando tan solo “en el ámbito del delito frustrado”.

En consideración del defensor de oficio, los únicos que merecían la pena de muerte eran los “autores intelectuales y decididores del delito y a los que sí cabría aplicar todo el rigor de la ley penal.” Concluyendo su alegato dijo: “la defensa pide clemencia para estos acusados y que se le imponga la pena más benigna, o sea el *mínimum* que señala la ley.”

La Corte Marcial votó 105 cuestiones de hecho. La primera, por ejemplo, decía: “El hecho del que se acusa al marinero de segunda Eleuterio Medrano de haber sido uno de los directores del movimiento subversivo ocurrido la noche del sábado siete del presente en los buques de la escuadra; ¿está debidamente probado? Probado por unanimidad. Las cinco primeras cuestiones de hecho estaban referidas a la actuación del marinero de segunda Eleuterio Medrano.

La sentencia fue pronunciada el miércoles 11 de mayo de 1932, en la isla San Lorenzo. “**Condena: a los enjuiciados Eleuterio Medrano, Gregorio Pozo, Telmo Arrué, Pedro Gamarra, Arnulfo Ojeda, José Vidal Mozanet, Fredegundo Hoyos y Rogelio Dejo a la pena de muerte** (resaltado agregado); Condena asimismo a los enjuiciados Félix Fernández Llaque, Pedro Bustamante Santiago, Francisco Coloma Díaz, Alejandro Pérez Hinostroza, Julio García Zapata, Eleazar Nalvarte, Eduardo Huapaya, Zenobio Durand, Mariano Saldarriaga, César Salmón Salazar, Eulalio Gómez, Juan Eyzaguirre Figueroa, Santiago Salcedo y Alejandro Delgado, cómplices de los delitos de rebelión e insulto al superior, a la pena de quince años de cárcel, con las

acesorias de ley; - Condena también a los enjuiciados Manuel Espinoza Alejo, Jorge Mendoza Paredes, Carlos Mantilla, Manuel Arias, Benjamín Martínez Franco, Carlos Sevilla Rivas, Andrés Valle Risco, Lorenzo Sánchez Berna, Santos Isidro Condeso, Manuel Carpio Tejada, Emilio Lazo Bazán y Arturo Pacheco López, comprendidos en el caso del artículo doscientos cuarenta y dos del código citado, a la pena de diez años de reclusión, con las accesorias de ley; y absuelve definitivamente a los enjuiciados José Mansilla, Eugenio Ponce y Carlos Castañeira de los delitos materia del juzgamiento; Llamando la atención de las autoridades judiciales, naval y militar, a las que respectivamente pasarán estos autos, para que instauren contra las personas responsables, y cuyo enjuiciamiento procede en la vía ordinaria de conformidad con la ley, la correspondiente acción judicial; - **Llamando también la atención a la superioridad naval sobre la necesidad del licenciamiento de la tropa de los buques sublevados que estuvo a bordo durante la realización de los hechos delictuosos.**” (resaltado agregado) De los 37 procesados, 8 fueron condenados a muerte, 14 a 15 años de cárcel, 12, a 10 años de reclusión y 3 fueron absueltos.

El expediente fue remitido al juez para la ejecución de la sentencia, quien pidió al presidente de la Corte Marcial indique la fecha y el lugar donde debía cumplirse “el fallo expedido”. El presidente de la corte resolvió: “Visto el oficio del Juez, señálese el día once del presente para la ejecución de la pena, a horas catorce y cuarenta del día, en la Caleta del Panteón de la Isla de San Lorenzo, debiendo auxiliar un pelotón del Regimiento Guardia Republicana.”

El día y hora señalados, en el lugar ordenado, se hicieron presentes los ocho reos condenados a muerte, con uniforme

de parada y, luego de ser degradados, fueron fusilados de cuatro en cuatro, “primeramente los reos Vidal, Pozo, Gamarra y Arrué y después los reos Medrano, Hoyos, Dejo y Ojeda”. Se dice en el acta que los condenados fueron reconciliados previamente por el sacerdote y luego de ser fusilados se le aplicó a cada uno de ellos el tiro de gracia reglamentario. “Reconocidos después por el médico, Dr. Eduardo Ojeda, se le comprobó la defunción; y hecho el desfile de la tropa delante de los cadáveres fueron conducidos al cementerio, donde se les dio sepultura, con cargo de hacerse inscribir la defunción”.

El Dr. Ojeda emitió los certificados de defunción de los ocho tripulantes del “Coronel Bolognesi” fusilados el 11 de mayo de 1932. El día 17 del mismo mes y año, la tesorería de la Sociedad de Beneficiencia Pública del Callao, otorgó los recibos de los ocho pagos efectuados “por derecho de entierro con ataúd en zanja”. Los recibos eran del Cementerio Baquíjano, pero tal referencia fue tarjada en los recibos, anotándose en la parte superior de cada uno de ellos: “Cementerio Provisional de la Isla “San Lorenzo”.

Julio Ernesto Rodríguez Díaz¹

PERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DE NORMAS SUPLETORIAS CONFORME AL ARTÍCULO XV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE NORMAS; III. CONCLUSIONES; IV. RECOMENDACIONES; Y V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor hace un amplio análisis sobre la aplicación supletoria del Código Penal, el Código de Procedimientos Penales y el Código de Ejecución Penal del Derecho Penal común peruano, por vacío de deficiencia del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, ello en aplicación del artículo XV del Título Preliminar de esta última norma penal. Está de acuerdo con la aplicación supletoria de normas, pero respetando la especialidad de las mismas y dentro de los parámetros establecidos.

ABSTRACT

The author makes an extensive analysis of the supplementary application of the Criminal Code, the Code of Criminal Procedures and the Criminal Enforcement Code of common Peruvian Criminal Law, due to a lack of deficiency in the Police-Military Criminal Code, Legislative Decree No. 1094, in application of article XV of the Preliminary Title of this last criminal regulation. It agrees with the supplementary application of norms, but respecting their specialty and within the established parameters.

1 Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, abogado.

PALABRAS CLAVE: Aplicación supletoria de normas, vacío o deficiencia de la ley y especialidad de la norma.

KEYWORDS: *Supplementary application of norms, gap or deficiency of the law and specialty of the norm.*

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, existe la Justicia Penal Militar Policial, teniendo como su operador al Fuero Militar Policial, en sus distintos niveles, y como norma reguladora de la parte general y de la parte especial (procedimientos) tiene el Código Penal Militar Policial (CPMP); en ese sentido, en el desarrollo del proceso penal se presentan situaciones fácticas o instituciones jurídicas que no se encuentran reguladas expresamente o de manera adecuada y completa en dicha norma; por ello, en el artículo XV del Título Preliminar del CPMP se establece: “En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código.”

El concepto de aplicación supletoria significa “la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia...”

De otro lado, el problema se presenta en determinar la pertinencia de este mecanismo y su adecuado uso en el proceso penal mencionado. Al establecer clara y adecuadamente la pertinencia y los parámetros para la aplicación de este mecanismo, se permitirá realizar un adecuado proceso

penal militar policial y cumplir con los fines que el persigue, evitando su uso indiscriminado e inadecuado.

II. ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE NORMAS

a. Concepto de Supletoriedad

La supletoriedad de las normas opera cuando existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades. Seguidamente, la falta o defecto de regulación no debe interpretarse como una laguna del derecho, ya que siempre existirá una norma de conexión o de remisión entre la regla aplicable y la norma o normativa defectuosa. (Arce Ortiz, 2013, p. 263).

b. Vacío de la Ley

Es importante definir qué se entiende por vacío o deficiencia de la ley. Bernaldes señala que: “el vacío se refiere a la posibilidad de que existan supuestos fácticos en disputa que no hayan sido contemplados por la norma; mientras que puede existir deficiencia de la ley, vale decir, que la norma muestre evidentes signos contradictorios u oscuros”.

Así, por ejemplo, encontramos que el Código Procesal Constitucional, en el artículo 57º, establece que la sentencia emitida en un proceso de amparo puede ser apelada, pero solo indica el plazo (3 días siguientes a su notificación); sin embargo, no establece si debe cumplirse algún requisito adicional, cuál debe ser su fundamentación o cuáles son sus efectos. Por ello, en el presente artículo, revisaremos la aplicación supletoria del Código Procesal Civil en lo referente al

recurso de apelación en el proceso de amparo.

c. Figura jurídica y normativa contemplada en nuestro Código Penal Militar Policial

El Artículo XV, del Título Preliminar del Código Penal Militar, establece que, en caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código.

Respecto a la aplicación supletoria de la norma en nuestro Código Penal Militar Policial, Monroy Meza² señala lo siguiente: “Se establece como principio rector que “En caso de vacío o defecto del código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se oponga a los preceptos y fines de este código”.

El primer punto a tener en cuenta radica en dilucidar los alcances de los términos “Vacío” y “Defecto de la Ley”; por ello, tenemos que vacío de la Ley o Laguna Jurídica o del Derecho o Limbo Jurídico (También, llamando vacío legal), se refiere a la “Ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta”. Es una situación de vacío de La Ley que ha sufrido la patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación, parte o negocio que no encuentra respuesta legal específica; con ello, se obliga a quienes

aplican dicha ley (jueces, abogados, fiscales, secretario judicial), al empleo de técnicas sustitutivas del vacío con las cuales obtener respuesta eficaz a la expresada tarea legal.

Sin embargo, cabe destacar que al hablar del vacío de la Ley, lo que decimos es que, no existe una norma que regule una situación en concreto; empero, la disposición que es materia de análisis utiliza una formula sustitutiva para suplir el mencionado vacío, precisando de otros cuerpos normativos para su remisión y aplicar dichas disposiciones (código penal, procesal penal y de ejecución penal); no obstante, en esa eventualidad, no estaríamos propiamente ante un vacío de la ley, sino ante un defecto normativo propio del código, que obliga a completar su texto a través de otra norma.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que se entiendo por vacío a las ausencias normativas que se encuentren en el sistema jurídico y que sería necesario cubrir; mientras que por defecto debe entenderse todas las deficiencias que tiene la legislación vigente, y ello pueden ser de varios tipos: Imprecisión, obsolescencia, superposición de normas aprobadas en tiempo distinto, conflicto de normas de distintas jerarquías, etc.

En tal sentido, al haberse contemplado la posibilidad de suplir un vacío en el Código Penal Militar Policial con otras normas, supone que existe otra regulación o norma en otro ordenamiento que abarca o trata sobre la situación surgida; entonces, no se puede afirmar que estemos ante un supuesto vacío legal sino ante un defecto

2 MONROY MEZA, Juan Carlos. El Proceso Penal Militar Policial en el Perú, Jurista Editores, Lima – Perú, 2021, pág. 121.

normativo, por lo que se infiere que la fórmula utilizada por el legislador contiene un error de concepto; sin embargo, al haberse contemplado la figura del defecto normativo, no genera mayor problema en su aplicación, sin perjuicio de que se tenga en cuenta la situación observada.

En todo caso, ante una situación del vacío legal, que en la práctica no puede ser suplido vía remisión, toda vez que el vacío supone que no existe una regulación sobre dicha materia, procede hacer uso de los principios del derecho y del derecho consuetudinario, en aplicación del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley, previsto en el artículo 139º, inciso 8, de nuestra Carta Fundamental, con limitaciones que supone un proceso de naturaleza punitiva como el proceso penal militar policial.

Ahora bien, la norma precisa una relación de cuerpos legislativos, a los cuales se puede remitir el magistrado en caso de defecto normativo (Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal), lo que aparentemente implicaría una relación en “números clausus” (relación cerrada o número limitado) de normas aplicables; sin embargo, cabe hacer mención lo que dispone el artículo 30º de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, que a la letra dice: “El Fuero Militar Policial se rige por la presente Ley, el Código de Justicia Militar Policial y, supletoriamente, por las normas sustantivas y procesales que rigen para la justicia ordinaria”; a su vez, cabe hacer especial mención a la primera disposición complementaria y final del Código Procesal Civil, que establece: “Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”; adicionalmente, existen

otras normas ubicadas dentro de los cuerpos legislativos, líneas arriba citados, que también contienen artículos remisivos para suplir defectos normativos, con lo que podemos deducir que se trata, más bien de una lista abierta (números apertus), por lo que se puede aplicar otras disposiciones sustantivas, dada la interpretación sistemática de las normas señaladas.

Queda establecido que, la aplicación supletoria de dichas normas contiene dos claras condiciones: la primera radica en que la norma que se pretende aplicar mantenga simetría con la especial naturaleza del Código Penal Militar Policial; en tal sentido, podemos apreciar que el código castrense contiene figuras jurídicas similares a los códigos sobre materia penal, pero también mantiene diferencias fundamentales que, no se puede distorsionar a través de la aplicación supletoria de la Ley.

Estas diferencias se justifican por la naturaleza propia de las normas castrenses, expresión que graficaremos con un ejemplo: el Código Penal Militar Policial como el Código Procesal Penal establecen disposiciones que regulan la intervención de la fiscalía (órgano fiscal en el código castrense y ministerio público en el código procesal ordinario) en representación del agraviado, diferenciándose en que para el primero la intervención del órgano fiscal está limitado a una delegación expresa y para casos concretos, mientras que para el segundo, la intervención del ministerio público es inmediata y sin delegación, diferencia que tiene como razón la especial naturaleza del código castrense, pues el agraviado en los delitos de función siempre es el Estado y, excepcionalmente, se puede sumar un tercero, por lo que el agraviado (Estado), tiene un representante legal nombrado por Ley (Procurador), generándose así una diferencia

normativa que no puede distorsionarse por la aplicación supletoria de la ley; entendiéndose también que la especial naturaleza del código se justifica en las razones que le dieron existencia y vigencia, conforme se explicó en el capítulo referente al objeto del Código y fluye también de los principios militares policiales esenciales, debiendo el magistrado analizar dicha naturaleza antes de aplicar supletoriamente alguna disposición común.

La segunda condición señala que la norma que se pretende aplicar supletoriamente radica en que no se oponga a los preceptos y fines del código castrense, debemos entender como precepto a la disposición contenida en el propio código, así fluye de la definición dada por Cabanellas “artículo o disposición concreta de la Ley o reglamento” o “Ley o cualquier otra norma del derecho positivo de carácter general y obligatorio”; entonces, no se puede pretender aplicar una norma de ordenamiento que contravenga la disposición específica del código castrense, debiendo ser más enfático con los preceptos del título preliminar, por ser preceptos básicos que fundamentan la aplicación e interpretación de las demás disposiciones del mismo cuerpo normativo. Para dar un ejemplo de lo que afirmamos tenemos el artículo 319º del Código Penal Militar Policial, que dispone, literalmente como principio, que “las únicas medidas cautelares son las autorizadas por dicho código ...”, norma que constituye un precepto normativo y consecuentemente no se pueden aplicar supletoriamente medidas cautelares personales diferentes a las del propio código.

En la misma medida, no se puede aplicar supletoriamente una disposición que se oponga a los fines del código castrense. Al respecto, tenemos figuras jurídicas

peculiares en su tratamiento acordes a la especial naturaleza del código, que, en su contenido, establece fines determinados, que en esencia son diferentes a las del código común, por lo que no procede la aplicación supletoria en estos casos. Podemos citar como ejemplo la finalidad de la pena que tiene una función sancionadora y preventiva en la jurisdicción penal militar policial, no pudiendo variarse esta finalidad en vía de remisión supletoria de Ley. No olvidemos que la finalidad de la pena en el código penal es preventiva, protectora y resocializadora, por lo que parte de su tratamiento difiere del tratamiento que recibe en el código castrense, casualmente, por tener fines diferentes, al menos en parte.

En este orden de ideas, se hace necesario precisar que los acuerdos plenarios, las relaciones jurisprudenciales del fuero común y otras resoluciones que interpretan normas comunes no son aplicables en el fuero militar policial, salvo que se esté aplicando la norma que tal acuerdo o resolución interpreta y, en tal circunstancia, no solo se habilita su aplicación sino que se torna vinculante, la cual no limita la posibilidad de que los análisis desarrollados se utilicen como doctrina jurisprudencial, en la medida que no afecte su especial naturaleza y no se oponga a sus preceptos y fines del código castrense.

d. Aplicación de la supletoriedad en otras ramas del Derecho en nuestro país

Sin perjuicio de ello, y a fin de entender la citada disposición, es necesario también revisar otras normas de nuestro ordenamiento jurídico; en ese sentido, por ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final de su anterior Reglamento, establecía que para

suplir lo no previsto en la Ley y el Reglamento, eran de aplicación las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado. Por consiguiente, la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en esa norma, tenía la finalidad de suplir la falencia o vacío existente en la normativa de Contrataciones del Estado, previo análisis de compatibilidad.

Sobre el particular, debe reiterarse que, en aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final de la anterior Ley de Contrataciones, dicha norma, así como su Reglamento prevalecían sobre la Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” (LPAG), en el caso que las referidas normas establecieran disposiciones contradictorias o alternativas para una misma situación.

No obstante, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones, en lo no previsto en la Ley y su Reglamento, eran de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado. En tal sentido, durante la fase de selección, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo General sólo podían ser aplicadas supletoriamente a condición que la anterior Ley y su Reglamento no hubiesen regulado determinada situación o supuesto particular; para ello, además, era necesario verificar que dicha aplicación supletoria no resultara incompatible con la normativa de Contrataciones del Estado.

Adicionalmente a ello, en cuanto a la aplicación de normas supletorias en el Código Civil, podemos apreciar que en el Título Preliminar se establece una “vocación totalizadora”, pues no solo suple los vacíos de las disciplinas especiales, sino que ayuda

a interpretarlas. Sin embargo, como hemos podido apreciar, el Código Civil también comparte “supletoriedades” con otros textos legislativos como es el Código Procesal Civil, la Ley General de Sociedades, el Código de Comercio, entre otros.

Gran problema interpretativo se le presenta al operador jurídico cuando encuentra un vacío en la legislación especial, porque cada texto establece su propia “jerarquía de fuentes” (dentro de las cuales está el derecho común) y de mecanismos de administración de justicia.

En esa línea de pensamiento, la aplicación de las disposiciones del derecho común (derecho civil) requiere de la presencia copulativa de los siguientes requisitos:

- **Que las otras ramas de derecho (derecho especial) no regulen situaciones específicas.**- Que las otras ramas de derecho (derecho especial) expresamente dispongan que en caso no regulen dichas situaciones resultarán de aplicación las disposiciones del Derecho Civil (Derecho común).
- **Que el derecho civil (Derecho común) regule los supuestos de hecho no contemplados por las otras ramas del Derecho (Derecho especial).**

Al respecto, la Casación 941-2006, Lima, hace mención a la aplicación del principio de especialidad en caso de dos disposiciones contradictorias:

Por el principio de especialidad, que establece que la disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que, si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias, pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más específico, primará esta sobre aquella en su campo determinado. Por consiguiente, la Ley General de Sociedades prevalece sobre el

Código Civil, salvo situaciones no contempladas en dicha Ley General, en cuyo caso el Código Civil es de aplicación supletoria, por mandato del artículo IX de su Título Preliminar.

En la Casación 052-2001 podemos encontrar un caso de aplicación supletoria entre Derecho común (Derecho civil) y Derecho especial (Derecho laboral). Si bien es cierto que la relación laboral se desarrolla dentro de un contrato denominado de trabajo, que puede ser verbal o escrito, de plazo determinado, indeterminado o bajo modalidad, también es verdad que las relaciones laborales entre trabajador y empleador están sujetas a las normas específicas de la legislación laboral vigente para cada tipo de trabajo, por lo que únicamente se recurre a las normas del Código Civil en vía supletoria, por lo general ante la carencia de normas específicas, según sea el caso, teniendo como referencia los principios generales de los contratos, que contienen dichas normas.

En lo referido al Código Penal, vigente en nuestro país, se establece en el artículo X del Título Preliminar, que: “Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”.

Como puede apreciarse, la aplicación supletoria de otras normas en distintas normas o procedimientos especiales y específicos, cuenta con asidero o sustento legal, no solo en nuestro Código Penal Militar Policial, sino en otras normas en nuestro país. Por ello podemos enunciar que es una figura jurídica aceptada y practicable, corresponderá entonces ver su pertinencia y correcta aplicación en el ámbito del Proceso Penal Militar Policial.

e. **Derecho comparado México:**

En lo referido a la supletoriedad de las normas en México, para entenderla mejor,

debemos señalar cuales son los requisitos para que esta opere.

En ese sentido, la aplicación supletoria de una ley respecto de otra sirve para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones y que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que:

- El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos;
- La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente;
- Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y,
- Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.

III. **CONCLUSIONES:**

1. La aplicación del Artículo XV – Aplicación Supletoria, prevista en el Decreto Legislativo N° 1094 - Código Penal Militar Policial, en estricta observancia del principio de legalidad, resulta viable, toda vez que permite superar los defectos mínimos de las

disposiciones contenidas en la norma penal militar policial.

2. La aplicación de la supletoriedad posibilita su aplicación cuando se advierte un defecto normativo, en virtud del objeto de complementariedad del sistema normativo, con normas de carácter extra penal militar policial, cuya finalidad es lograr la resolución de las particularidades de cada caso concreto.

3. La aplicación de la supletoriedad de la norma es un instrumento legal utilizado en procesos de carácter civil, administrativo, penal, laboral y constitucional; así como en las normas de carácter adjetivo. Preciándose que, en el marco del Derecho Penal Militar Policial, de manera excepcional, se remite a normas en el campo penal, en tanto y en cuando no contravenga los preceptos del código y su naturaleza.

4. Podemos establecer algunos criterios para la correcta pertinencia y aplicación de la supletoriedad de las otras normas, como son:

- La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente.
- Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.

IV. RECOMENDACIONES

1. Resulta pertinente delimitar el uso de la aplicación supletoria de los operadores de la Justicia Militar Policial, toda vez

que su instrumentalización debe atender los extremos del defecto advertido y, no siendo lo propio en casos de vacío o laguna de la norma, en cuyos casos debe observarse los principios generales del Derecho.

2. Debe considerarse que la aplicación supletoria de las normas tiene carácter de excepcionalidad, toda vez que el Código Penal Militar Policial es una norma de carácter especial; ello implica, que el auxilio normativo únicamente obedece a la real necesidad y por la cual se permita la resolución de un caso concreto.

3. La supletoriedad, necesariamente debe ser compatible con los principios esenciales militares policiales que rigen en el ámbito castrense, en virtud de que las Instituciones Militares y la Policial inspiran y forjan disciplina en el personal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- MÜLLER SOLON, Enrique Hugo. Manual del Código Penal Militar, Análisis Exegético, AC Ediciones, setiembre 2021.
- CARLOS MONROY MEZA, Juan Carlos. El Proceso Penal Militar Policial en el Perú, Jurista Editores, Primera edición diciembre 2021.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel. Manual de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas. Primera Edición 2016.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del estado de las autonomías, Revista española de Derecho Constitucional, Año 19. Núm.55 enero-abril 1999.
- OTAROLA ESPINOZA, Yasna. La Función Supletoria de las Normas de Derecho Civil. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, agosto -diciembre 2012.

Rodolfo Arturo García Alva¹

LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ARGENTINA: LINEAMIENTOS PARA UNA PROPUESTA LEGISLATIVA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES; III. EL DERECHO COMPARADO Y LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL; IV. LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACION PERUANA; V. LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACION ARGENTINA; VI. ANALISIS COMPARATIVO Y LINEAMIENTOS PARA UNA PROPUESTA LEGISLATIVA; VII. CONCLUSIONES Y VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

RESUMEN

La Interceptación de Aeronaves Civiles en la Legislación Peruana y Argentina, es el objeto de este artículo. En ella se analizan los instrumentos internacionales que regulan la seguridad aérea, las libertades del aire, el principio de soberanía, la legítima defensa de los Estados y su connotación penal; así como, se mencionan los acontecimientos aéreos y sus consecuencias, tras la aplicación de procedimientos de interceptación de aeronaves civiles, derivados de la violación de sus respectivos espacios aéreos.

Asimismo, en el marco legislativo peruano y argentino, se identifican cada uno de los instrumentos jurídicos cuya regulación general, especial y procedimental, se orientan a combatir la violación sistemática del espacio aéreo de los Estados y la persecución de los denominados delitos complejos y de alta criminalidad.

1 Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, abogado.

Finalmente y planteada la problemática abordada únicamente desde la producción legislativa, tanto en el Perú como en la Argentina, se evalúa cual es la situación actual de la ejecución de los procedimientos de interceptación de aeronaves civiles en ambos países y, a renglón seguido, se concluye y recomiendan lineamientos a tener en cuenta para la formulación de una propuesta legislativa, que aproxime a la República Argentina a contar con el marco jurídico idóneo para el control, vigilancia y defensa o protección de su espacio aéreo.

ABSTRACT

The Interception of Civil Aircraft in the Peruvian and Argentine Legislation, is the object of this article. It analyzes the international instruments that regulate air safety, freedom of the air, the principle of sovereignty, the legitimate defense of States and its criminal connotation; as well as, air events and their consequences are mentioned, after the application of interception procedures of civil aircraft, derived from the violation of their respective airspaces.

Likewise, in the Peruvian and Argentinean legislative framework, each one of the legal instruments is identified whose general, special and procedural regulations are aimed at combating the systematic violation of the airspace of the States and the prosecution of the so-called complex and high-crime crimes.

Finally, and considering the problem addressed solely from the legislative production, both in Peru and in Argentina, the current situation of the execution of civil aircraft interception procedures in both countries is evaluated and, immediately afterwards, guidelines are concluded and recommended to be taken into account for

the formulation of a legislative proposal, which brings the Argentine Republic closer to having the ideal legal framework for the control, surveillance and defense or protection of its airspace.

PALABRAS CLAVES: Espacio aéreo, Interceptación de aeronaves civiles, aeronave hostil, neutralización, criminalidad y delitos complejos, control, vigilancia, defensa y protección aeroespacial.

KEYWORDS: *Airspace, Interception of civil aircraft, hostile aircraft, neutralization, criminality and complex crimes, control, surveillance, defense and aerospace protection.*

I. INTRODUCCION

La presente tesina, analiza la interceptación de aeronaves civiles en la Legislación Peruana y Argentina; asimismo, brevemente evalúa la normativa internacional producida en el seno de Naciones Unidas, el Convenio de Chicago de 1944 y su Protocolo modificadorio (Protocolo de Montreal de 1984); teniendo en cuenta los acontecimientos aéreos, en los que se han visto involucrados los Estados, tras la aplicación de los procedimientos de interceptación ha aeronaves civiles, con grave impacto a la seguridad de la aviación internacional y causando lamentables pérdidas humanas.

Dentro de este contexto y sin pretender que el presente estudio abarque cada una de las instituciones del Derecho Comparado y en especial del Derecho Comparado Aeronáutico; resulta relevante precisar, que el estudio y conocimiento del derecho extranjero es de particular importancia para el desarrollo y perfeccionamiento de la legislación nacional.

En tal sentido y como bien señala Folchi con relación al perfeccionamiento, este queda definido como una de las finalidades del Derecho Aeronáutico con relación al Derecho Comparado, pues este "... se obtiene cuando se ha desarrollado previamente un análisis comparativo de la situación jurídica existente en el tema objeto de estudio, sea para una solución internacional, sea para una de carácter interno."²

En esa línea de pensamiento, revisamos la Legislación Peruana desde su marco constitucional, sus leyes ordinarias y normas reglamentarias, vinculadas al control vigilancia y defensa del espacio aéreo; así como la regulación especial relacionada a la interceptación de aeronaves civiles en concordancia con la normativa internacional, como consecuencia de ser el Perú un país signatario del Convenio de Chicago de 1944, el mismo que pese a ello, no se ha adherido al Protocolo de Montreal de 1984, que incorporo el Artículo 3 Bis al Artículo 3° del Convenio Internacional acotado y que se encuentra referido a las limitaciones al principio de soberanía de los estados, en pro de la seguridad de la aviación civil y la protección de la vida humana; pero que sin embargo ha incorporado aspectos de dicha norma, como principios rectores, en el marco de la Ley N° 30339 – Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional.

Asimismo, revisamos también la Legislación Argentina, recorriendo brevemente desde su Constitución Política, su

legislación sobre Seguridad y Defensa Nacional; y la forma y modo, de cómo se abordan los temas control, vigilancia y protección aeroespacial, hasta las normas que regulan la interceptación de aeronaves civiles; las reglas de empeñamiento para su ejecución, su clasificación, desclasificación y la sanción y vigencia del Decreto N° 228/2016 del 21 de enero del 2016, bajo la umbrela de la Declaratoria de Emergencia de la Seguridad Pública, su idoneidad y la errónea denominación general como Ley de Derribo, y que a la fecha no se ha aplicado.

De otro lado y abordada la problemática, únicamente desde la producción legislativa tanto en el Perú como en la Argentina, se evalúa la situación actual de ambas legislaciones con relación a la interceptación de aeronaves civiles y se plantean los lineamientos a tener en cuenta, para la formulación de una propuesta legislativa que aproxime a la República Argentina a contar con el marco jurídico idóneo para el control, vigilancia y defensa del espacio aéreo nacional; definiendo como ámbito de aplicación la jurisdicción nacional, precisando la competencia de la Fuerza Aérea Argentina para dicho control, vigilancia y defensa del espacio aéreo nacional, redefiniendo en el reglamento de la Ley de Defensa Nacional los alcances del concepto "agresión externa" como supuesto de la defensa nacional y de intervención de las Fuerzas Armadas; así como, la misión y tarea de la Fuerza Aérea Argentina; como garante de la integridad territorial y la soberanía nacional en el ámbito aeroespacial.

2 Folchi M. (2015). Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil, Buenos Aires-Bogotá: Editorial ASTREA T.I., pág. 108.

Finalmente, expondremos mediante resúmenes legislativos, a través de documentos y leyes que se concentran de manera clara y concisa en lo esencial de la problemática; utilizando la síntesis de cada supuesto. En este proceso iremos utilizando algunas herramientas y procedimientos como la experiencia legislativa interna y externa que nos ayuden a demostrar que las premisas formuladas son verdaderas.

II. LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES

II.1 Generalidades

La década pasada 2010 - 2020; ha sido para la República Argentina, un periodo dentro del cual, se produjeron importantes cambios en la política económica, en la política criminal y en la legislación nacional; ello como consecuencia de la crisis política y económica de la Argentina, además de los altos índices de criminalidad existentes.

En cuanto a este último aspecto y tras la sanción del Decreto N° 228/2016, de 21 de enero de 2016, que declaró la emergencia de la seguridad pública, se puso en debate en la comunidad jurídica nacional la habilitación de la Fuerza Aérea Argentina para el uso de la fuerza letal, en los procedimientos de interceptación de aeronaves civiles en vuelo ilegal. Para cuyo efecto se publicaron con la norma legal acotada, dos anexos: el

Anexo I sobre “Las Reglas de Protección Aeroespacial” y el Anexo II que contienen “Las Reglas de Empeñamiento para la Defensa Aeroespacial”; los mismos que fueron desclasificados para su aplicación y constituyen los procedimientos específicos de la interceptación de aeronaves civiles en vuelo ilegal en la República Argentina.

Dentro de ese escenario socio-jurídico, informes de la Asociación Antidrogas de la República Argentina, que reportaba el funcionamiento de al menos de 1,500 pistas clandestinas y poco más de 120 vuelos ilegales diarios³, sin que existiera un control adecuado de estos vuelos y mucho menos una real protección y defensa del espacio aéreo nacional.

Con relación a esta problemática, el informe señala que: “... desde las distintas fuerzas de seguridad federales se admite que el 80 por ciento de la droga que ingresa al país es traficada por aire, utilizando avionetas. Una avioneta puede llegar a transportar 600 kilogramos de marihuana.”⁴

A la fecha, como es de conocimiento público, la República Argentina, y en particular la Fuerza Aérea Argentina, solo cuenta con tres radares en servicio activo⁵, cantidad de radares que para un efectivo control aeroespacial resulta por decir lo menos insuficiente y que evidencia que el Decreto 1407/2004 – Sistema Nacional de Vigilancia y Control⁶ ha resultado impracticable; lo

3 Diario Popular. (2016). Existen 1,500 pistas ilegales que son utilizadas por narcos, Recuperado de <http://www.diariopopular.com.ar>.

4 Diario Popular. Información periodística cit.

5 Monitor Parlamentario (2015) Proyectos/1869-D-2014, Recuperado de <http://www.congresointeractivo.org>.

6 Información Legislativa (2004) Decreto N° 1407/2004. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infoleg.016>.

que coloca en grave riesgo la soberanía del país y contribuye a que organizaciones dedicadas al Tráfico Ilícito de Drogas, organizaciones alzadas en armas contra el Estado y, en general el crimen organizado, utilicen el espacio aéreo nacional para la comisión de sus ilícitos.

De allí que la respuesta del Estado fuera en su momento, la sanción de una norma legal que sin perjuicio de su constitucionalidad, o de su idoneidad (temas que no son materia del presente trabajo), ha pretendido ser el instrumento jurídico a utilizar, habilitando a la Fuerza Aérea Argentina a ejecutar los procedimientos de interceptación de aeronaves civiles, destinados a disuadir la comisión de los denominados delitos complejos y fundamentalmente la violación del espacio aéreo, por ende la soberanía nacional, y que se conoce erróneamente con la denominación de Ley de Derribo, pero que a la fecha no se ha ejecutado.

II.2 Soberanía e Interceptación de Aeronaves

La soberanía constituye un atributo inherente a los Estados, al ser estos depositarios del poder político descentralizado dentro del marco de la comunidad internacional; pues, como es sabido, cada Estado funciona como entidad soberana e independiente, puede crear sus propias normas y aplicarlas. Razón por la cual, la Resolución N° 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas consagra entre otros, a los principios de soberanía, igualdad e

independencia de los Estados, como normas de *ius cogens*.

En esa línea de pensamiento, Oppenheim señala que el Estado soberano se caracteriza por no depender de ningún otro orden jurídico estatal, ni de ningún otro sujeto del Derecho Internacional, dependiendo sólo del Derecho Internacional. Así, garantiza la ausencia de subordinación de un Estado a otro y dentro de su territorio, ejerce las competencias con carácter exclusivo, autonomía y plenitud.⁷

Por tanto, constituye responsabilidad de los Estados abordar imperativamente por la naturaleza de su condición, aspectos como los que detalla Perucchi: “La soberanía de los estados sobre su espacio aéreo, su conservación como tales y su intangibilidad territorial, el respeto por sus fronteras aéreas, la legítima defensa, el ataque armado, la seguridad de la aviación y su ordenamiento internacional, la interceptación de aeronaves civiles por medio de las armas y en particular por aeronaves militares y el uso de las armas contra aquellas, los derechos humanos y el respeto por la vida y la seguridad del hombre, el derecho a hacer aterrizar a una aeronave en aeropuerto idóneo y la aplicación de sanciones a los pilotos infractores de las normas de los convenios y la incorporación en las legislaciones internas de los principios adoptados internacionalmente.”⁸

Razón por la cual Videla, cuando desarrolla el tema del espacio aéreo, con relación al concepto de territorio y soberanía

7 Oppenheim, L. (2016). Tratado de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Público. Recuperado de www.derecho-internacional-publico.com/.../principios-soberania-igualdad-estados.

8 Perucchi, H. (1990). Interceptación de Aeronaves Civiles, Buenos Aires: AZ editora, pág.2.

nacional, señala que "...de nada valdría que un país, cuidara sus límites lineales cuando los aviones pueden llegar desde las alturas, evolucionar, posarse y eventualmente causar daños, sin haber transpuesto en ningún momento los límites lineales o terrestres."⁹

En cuanto al principio de soberanía como derecho de los Estados, resulta pertinente anotar, que éste se encuentra reconocido por la comunidad internacional a través de la Carta de Naciones Unidas; y las acciones para el control, defensa y protección del espacio aéreo de estos, a través de los protocolos aprobados para la interceptación de aeronaves civiles establecidos por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, suscrito en Chicago el 7 de diciembre de 1944 (en adelante el Convenio de Chicago). Así pues, Ambrosini en 1940, citado por Lena Paz respecto del derecho de soberanía, expresaba: "El Estado no puede renunciar, sin renunciar también a las razones mismas de su existencia."¹⁰

Ahora bien, con relación a la Interceptación de Aeronaves, frecuentemente se le ha confundido como El derribo de aeronaves y éste (el derribo), resulta ser un término que a la luz de lo señalado por la Real Academia de la Lengua Española, es un vocablo o acepción que significa Acción y efecto de derribar y en cuanto a la acepción Derribar señala, que es la Acción de hacer caer en tierra¹¹; tenemos entonces que, asimilado el término a la actividad aeronáutica, la denominada Ley de Derribo

no es sino la denominación que se da a la norma legal, por la que los estados autorizan a la autoridad de aplicación, el uso de las armas contra aeronaves civiles en vuelo como último recurso; en un procedimiento de interceptación aérea, dentro del marco del ejercicio de su soberanía y al amparo de leyes sobre la materia.

En tal sentido, todo mecanismo y procedimiento para el control, vigilancia, defensa y protección del espacio aéreo de los estados, se hace al amparo de principios reconocidos universalmente, como el de la legítima defensa y el derecho que tienen los estados a su soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio, conforme lo prevé el Artículo 1º del Convenio de Aviación Civil Internacional suscrito en Chicago el 7 de diciembre de 1944 y conocido como el Convenio de Chicago de 1944.

De allí que no resulta extraño, que en general los países de la Región Latinoamericana o más precisamente Sudamericana, tengan normados los procedimientos de interceptación de aeronaves civiles, con leyes especiales, reglamentos y códigos aeronáuticos que regulan el Control, Vigilancia, Defensa y Protección Aeroespacial o del Espacio Aéreo, conforme ocurre con los siguientes países:

- Bolivia: Ley N° 521 del 22 de abril de 2014, que sanciona la Ley de Seguridad y Defensa del Espacio Aéreo.

9 Videla Escalada, F. (1978). Manual de Derecho Aeronáutico, Buenos Aires: Tercera Edición, ZAVALLIA Editor, pág. 68.

10 Lena Paz, J. (1987). Compendio de Derecho Aeronáutico, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, pág. 65.

11 Real Academia Española, Ob. Cit., tomo I, pág. 325.

- Brasil: Decreto N° 5.144, del 16 de julio de 2004, que reglamento los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 303 del Código Brasileño de Aeronáutica.
- Chile: Ley N° 18916 del 8 de febrero de 1990 que aprobó el Código Aeronáutico Chileno.
- Perú: Ley N° 30339 del 29 de agosto del 2015, que aprobó la Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional.
- Paraguay: Ley N° 5400 del 11 de febrero 2015, que aprobó la Ley de Vigilancia y Protección del Espacio Aéreo Paraguayo.
- Uruguay: Ley N° 14305 Ley que aprobó el Código Aeronáutico de Uruguay que incluye procedimientos para la interceptación de aeronaves civiles.
- Venezuela: Ley N° 39935 del 1 de junio de 2012, que aprobó la Ley de Control para la Defensa Integral del Espacio Aéreo.

En ese sentido, resulta pertinente aclarar que ninguna de estas normas legales habla del derribo como objeto o finalidad de la Ley; sino que tienen por objeto el de establecer las reglas para el control, vigilancia, defensa y protección de su espacio aéreo; además, de ser normas con rango de Ley.

Aclarada la cuestión conceptual respecto del derribo, conviene mencionar dos de las definiciones doctrinarias sobre la interceptación de aeronaves civiles en vuelo, que nos parecen más acertadas; en ese

sentido, Perucchi define la interceptación de una aeronave como “un acto por el cual se la obliga a una aeronave a cambiar el curso de su vuelo o a detener el mismo.”¹² Acto en mérito del cual interviene la intención humana, en forma deliberada y con el objeto de corregir un acontecimiento que configura una agresión, lo que para nuestro caso será la invasión del espacio aéreo de un Estado y que en esencia no es otra cosa que la vulneración a la soberanía del mismo; pues como explica Perucchi, el propósito de la interceptación tiene las siguientes posibilidades: “...detener el curso de un vuelo y darle fin al mismo, cambiar la ruta de un vuelo y hacerlo salir del territorio e identificar una aeronave e individualizar un vuelo.”¹³ En todos los casos, el sujeto de derecho siempre es el Estado, cuya soberanía ha sido vulnerada por la presencia en el espacio aéreo nacional de una aeronave en vuelo ilegal.

Sobre la materia, Mapelli explica en forma general, que la interceptación de aeronaves civiles, “...es una medida que adoptan los estados para proteger su espacio aéreo y puede producirse o llevarse a cabo lícitamente cuando éstas violen el espacio aéreo; sin embargo, señala que el problema queda planteado en cuanto al límite que debe operar en cuanto a dicha interceptación, pues cuando se trata de aeronaves civiles en vuelo, se afecta al transporte aéreo comercial normalmente autorizado, donde el límite debe ser la seguridad de la aeronave y la de sus pasajeros.”¹⁴

12 Perucchi, Ob. Cit., pág. 25.

13 Perucchi, Ob. Cit., pág. 26.

14 Mapelli, E. (1984). Violación del Espacio Aéreo e Interceptación de Aeronaves, Boletín de Información del Ministerio de Justicia de España N° 1355, Madrid: pág. 25.

II.3 Antecedentes históricos

La regulación de la aviación civil internacional ha transitado entre las libertades del aire, la seguridad operacional y el principio de soberanía de los estados; y dentro de este marco, los estados han implementado actividades de control, defensa y protección de su espacio aéreo, ejecutándose procedimientos de interceptación de aeronaves civiles y militares en vuelo; produciéndose el derribo de muchas de estas con trágicas consecuencias. Algunos de estos hechos ocasionados intencionalmente en defensa de la soberanía de los estados y otros por errores de comunicación o ejecución procedimental, lo que ha llevado a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), a convocar a los estados y regular los alcances del principio de soberanía previsto en el Artículo 3 del Convenio de Chicago de 1944, que género, como ya se ha mencionado, el Protocolo de Montreal de 1984 con la sanción del Artículo 3° bis del acotado Convenio.

Entre los hechos que antecedieron a la sanción del Artículo 3 bis del Convenio de Chicago de 1944, señalaremos brevemente los siguientes:

- El 18 de noviembre de 1939, el avión JUNKER 52 de la línea aérea Iberia que cumplía su vuelo regular entre las ciudades de Tetuán y Sevilla, fue derribado por baterías antiaéreas británicas cuando sobrevolaba el Peñón de Gibraltar provocando su desintegración y pereciendo pasajeros y tripulantes;
- El 27 de julio de 1955, el avión Constellation de la línea aérea "El Al" en un vuelo regular entre las ciudades de Viena y Lydda, ingresó al espacio aéreo de Bulgaria siendo interceptado por

aeronaves de esta nacionalidad y derribado, muriendo sus ocupantes;

- El 21 de febrero de 1973, la aeronave Boeing 727 de la empresa Libyan Arab Air Lines en su vuelo regular Líbano-El Cairo, al apartarse de su ruta e ingresar en la península de Sinaí por entonces controlada por el Estado de Israel, fue derribado por cazas de esa nacionalidad, falleciendo las personas que se encontraban en él;
- El abatimiento del avión Boeing 747 de la Korean Air Line en su vuelo 007 perteneciente a la ruta Nueva York-Seúl, en la noche entre el 30 de agosto y el 1° de setiembre, cuando al apartarse de su derrotero fue derribado por un caza del entonces U.R.S.S. sobre la isla de Sakhalin, perdiendo la vida 269 personas, entre pasajeros y tripulantes;

III. EL DERECHO COMPARADO Y LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL

III.1.El Derecho Comparado.

Abordar el tema del Derecho Comparado, en especial el Derecho Comparado Aeronáutico, resulta ser una condición ineludible para el tema que nos ocupa, cuyo tratamiento excede el derecho interno de los Estados, al encontrarse regulado por el Convenio de Aviación Civil Internacional, suscrito el 7 de diciembre de 1944, de allí el carácter de internacionalidad del Derecho Aeronáutico sin perjuicio de su tratamiento nacional; pero fundamentalmente porque dentro de la temática aludida, el objetivo de nuestro tema es realizar el análisis de la legislación peruana y argentina sobre la interceptación de aeronaves civiles, tomado

como herramienta metodológica, la Comparación Legislativa.

Ahora bien, sin pretender profundizar en la materia, sino básicamente reseñar aspectos conceptuales tanto de Derecho Comparado como de Derecho Aeronáutico Comparado, diremos que en el ámbito doctrinario, la conceptualización del Derecho Comparado ha resultado por decir lo menos que interesante, pues la diversidad cultural y de tradición jurídica de los distintos juristas que han abordado el tema, ha mostrado enfoques y criterios variados y divergentes en el tiempo; con lo cual nos atreveremos a tomar como definición de Derecho Comparado, aquella expresada por Martínez Paz, quien señala que el Derecho Comparado “es la disciplina jurídica que se propone, por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema de derecho positivo actual.”¹⁵

En ese orden conceptual, el Derecho Aeronáutico Comparado no constituye una nueva rama de las ciencias jurídicas, sino que se circunscribe al estudio y análisis de las instituciones del Derecho Aeronáutico dentro del marco del Derecho Comparado; en tal sentido y teniendo en cuenta siempre el riesgo que se corre cuando se trata de definiciones en ámbito jurídico, Folchi ofrece la siguiente definición: “El Derecho Aeronáutico Comparado es la disciplina jurídica que estudia, por medio de la investigación científica y comparada del Derecho

Aeronáutico vigente, la determinación de los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídico-aeronáuticas y su coordinación en un sistema de derecho positivo actual.”¹⁶

Dentro de esa línea de pensamiento, del contexto del Derecho Comparado y en especial del Derecho Comparado Aeronáutico, nos abocamos al estudio y conocimiento del derecho extranjero y en nuestro caso al Derecho Peruano y en particular al Derecho Aeronáutico Peruano, cuyos lineamientos normativos a la luz de la Ley N° 30339 – Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional, pueda constituir un aporte para el desarrollo y perfeccionamiento de la legislación nacional argentina en materia de Interceptación de Aeronaves Civiles, sin perjuicio del estudio de la Legislación Internacional sobre la materia.

III.2.El Convenio de Chicago de 1944

Este instrumento jurídico internacional aglutina el consenso de las naciones con el objeto de regular la aviación civil internacional y su finalidad es que esta pueda desarrollarse de manera segura y ordenada, en benéfico de la comunidad mundial, estableciendo reglas comunes de aplicación internacional para la circulación y la seguridad de la navegación aérea, sin desmedro de los principios de soberanía y uso indebido de la aviación civil, buscando el equilibrio entre las libertades del aire y el derecho de los estados a la protección de su espacio aéreo y su soberanía nacional.

15 Martínez E. (1960). Introducción al Derecho Civil Comparado, Buenos Aires: Alberto Perrot. pág. 143.

16 Folchi M. Ob. Cit. pág. 96.

Con relación al protocolo de interceptación de aeronaves civiles, el Anexo 2 Reglamento del Aire de la Organización de Aviación Civil Internacional, en adelante OACI, prevé que este se regirá por los reglamentos y directrices administrativas apropiados que los Estados contratantes establezcan en cumplimiento del Convenio de Chicago y, especialmente en cumplimiento del Artículo 3 d), en virtud del cual los Estados contratantes se comprometen a tener debidamente en cuenta la seguridad de las aeronaves civiles, cuando establezcan reglamentos aplicables a sus aeronaves de Estado. En consecuencia, al redactar dichos reglamentos y directrices administrativas los Estados tendrán en cuenta las disposiciones que figuran en el Apéndice 1, Sección 2, y las normas que figuran en el Apéndice 2, Sección 1, 2 y 3 del Anexo 2 - Reglamento del aire de OACI, acotado.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta pertinente señalar que el Artículo 4º del Convenio de Chicago de 1944, habilita implícitamente la interceptación de aeronaves civiles, cuando estas hubieren infringido los principios del Convenio en cuanto a la navegación aérea, al hacer uso indebido de la aviación civil; es decir, el empleo de la misma para propósitos incompatibles con los fines del convenio.

III.3.El Protocolo de Montreal de 1984

El Protocolo relativo a una enmienda al Convenio de Aviación Civil Internacional, se produjo como consecuencia de los sucesos que involucraron a un Boeing 747 de la Korean Air Line en su vuelo 007, que realizaba la ruta Nueva York-Seúl, entre el 30 de agosto y el 1º de setiembre de 1983, cuando al desviarse de su ruta, fue derribado por un avión militar de la ex Unión

de Repúblicas Socialistas Soviéticas, sobre la isla de Sakhalin, perdiendo la vida 269 personas; razón por la cual la OACI, en su XXV Período de Sesiones Extraordinario (celebrado en Montreal - Canadá, el 10 de mayo de 1984), incorporó como artículo 3 bis un nuevo texto al Convenio de Chicago, instrumento jurídico internacional al que se denominó "El Protocolo de Montreal de 1984 y la Violación del Espacio Aéreo por Aeronaves Civiles".

En mérito de dicha enmienda (vigente desde el 1º de octubre de 1998), los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio, tal como lo establece el artículo 1º del citado convenio, debiendo abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de estas, dejando, no obstante, en claro, que la disposición no debe interpretarse en el sentido de que modifica en modo alguno los derechos y las obligaciones de los Estados estipulados en la Carta de la Naciones Unidas. Otro antecedente no menos importante es la resolución tomada en la ciudad de Cocoyoc (México) por la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (en adelante CLAC), reunida durante los días 28 y 29 de marzo de 1984 (Previa a la 25 Sesión Extraordinaria de OACI en Montreal), en la que sentó los principios básicos en relación con la Interceptación de Aeronaves Civiles.

En esta sesión extraordinaria de la CLAC, tuvo destacada actuación la representación de Argentina, que entre otros aspectos propuso incluir un listado de actos que se definirían como contrarios al Convenio de Chicago de 1944. Cabe recordar,

como señala Cataldi, que en el artículo 4º del Anteproyecto se consideraban actos incompatibles con los propósitos del empleo de la aviación civil: el uso activo o pasivo de aeronaves con fines militares; el uso de aeronaves civiles para la comisión de un delito; el uso de aeronaves civiles para el transporte de materias no autorizadas por los convenios y reglamentos internacionales; el ingreso de una aeronave civil en el espacio aéreo de todo Estado contratante, sin contar con la debida autorización; la desobediencia cometida por una aeronave civil ante una orden de aterrizaje efectuada por las autoridades del país sobrevolado; las comunicaciones en transgresión a la frecuencia y en los códigos autorizados por la Organización de Aviación Civil Internacional y la comisión de aquellos actos que configuren la violación de la soberanía de otros Estados. Cabe agregar los casos referidos por el delegado de Perú como ser: el rociamiento de terreno con contaminantes bacteriológicos; el contrabando de armas y el transporte de mercenarios.¹⁷

Si bien esta propuesta no próspero, se dejó a la interpretación de los Estados aquello a lo que debe entenderse por propósitos incompatibles con los fines de la aviación; sin embargo, en los enunciados del Anteproyecto de Convenio Internacional relativo a la Unificación de Reglas sobre Interceptación de Aeronaves Civiles, se encuentra dicha relación de actos que, fuera redactada íntegramente en el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE), institución académica adscrita a la Fuerza Aérea Argentina.

Por otra parte, rige el Artículo 9º de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley (adoptada en 1990 por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente). Dicha norma, no autoriza el uso de las armas de fuego en contra de las personas excepto en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro de muerte inminente o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes las medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. Enfáticamente expresa que sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea absolutamente inevitable para proteger una vida.

III.4. Carta de las Naciones Unidas.

En la Conferencia de San Francisco del año 1945, se adopta la Carta de Naciones Unidas y se crea la Organización de Naciones Unidas – ONU, la misma que se caracteriza por la prohibición del uso de la fuerza y por la articulación a los eventuales agresores; y pese a su ambigüedad en la interpretación, tomó la previsión, en su Artículo 2.4., de prohibir a los Estados de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales.

17 Cataldi H. (2014) Interceptación y derribo de aeronaves privadas en la República Argentina, Revista Policia y Criminalística de la Policía Federal Argentina Volumen 372, número 19. Recuperado de www.centronaval.org.ar/boletin/BCN821/821estelas-aeronaves.pdf

La Carta contempla únicamente dos excepciones a este principio: la legítima defensa en caso de ataque armado y las acciones armadas autorizadas por el Consejo de Seguridad, de acuerdo con los Capítulos VII y VIII. Estas son las disposiciones nucleares del régimen articulado por la Carta en materia de uso de la fuerza, la misma que pese a sus frecuentes violaciones, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional Contemporáneo, objeto de aceptación unánime. Como ha puesto de relieve la Corte Internacional de Justicia, cuando señala que los Estados que emplean la fuerza no cuestionan la vigencia del principio, sino que procuran legitimar su acción invocando las disposiciones de la Carta.

En tal sentido, la Carta de las Naciones Unidas han previsto, en su artículo 51, el derecho de las naciones a la Legítima Defensa, en mérito del cual no se menoscaba "...el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas"; siendo calificado éste, como un derecho "inmanente" y restrictivo.

Sin embargo, la Carta no especifica las condiciones de ejercicio de la legítima defensa, pero la necesidad y la proporcionalidad son requisitos tradicionalmente exigidos por el Derecho Consuetudinario. Un amplio sector de la doctrina se refiere a la inmediatez de la respuesta como requisito para el ejercicio de la legítima defensa, pero ni la práctica estatal ni la jurisprudencia internacional lo han contemplado como un requisito taxativo.

Tal es el caso que, como consecuencia de los trágicos eventos del 11 de setiembre de 2001 (ataques terroristas), que evidenciaron la vulnerabilidad de los Estados frente a la utilización del espacio aéreo para

finés incompatibles con la aviación civil, los Estado Unidos de Norteamérica debieron implementar políticas más rígidas para el control de su espacio aéreo.

Este lamentable suceso impacto en el seno de las Naciones Unidas, ampliándose el concepto de legítima defensa tradicional, que tuvo como respuesta normativa internacional la sanción de las Resoluciones 1368 y 1456 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 12 de setiembre del 2001, y del 20 de enero de 2003, respectivamente, condenando y declarando los actos terroristas como ataque armado y amenaza a la paz y la seguridad internacional, sin que ello signifique, necesariamente, que dicho ataque provenga de un Estado; así mismo, se crea el Comité contra el Terrorismo, puntualizando "...la estrecha conexión existente entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada transnacional, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico de armas y la circulación ilícita de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros potencialmente letales "; de allí que, siendo estas prácticas contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, resulte ineludible su lucha por todos los medios contra estos ataques, que aunque realizados por actores no estatales desde el exterior de un Estado, constituyen un ataque armado, en el sentido del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

IV. LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACION PERUANA

IV.1. Marco Constitucional

El marco constitucional constituye la umbrela de la actuación del Estado Peruano, de allí que su misión y tarea se

encuentre consagrada en los artículos 44° y 54° de la Constitución Política del Perú de 1993. El artículo 44° prescribe: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.”

En cuanto al artículo 54°, establece que: **“El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.** El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado. **El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados**

ratificados por el Estado.” (resaltado agregado).

En esa línea constitucional, el Perú como nación tiene su normativa alineada y concordante con el artículo 1° del Convenio de Chicago de 1944, el mismo que establece que cada Estado tiene soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio, señalando su artículo 2° que el territorio de un Estado comprenderá las extensiones territoriales y las aguas jurisdiccionales adyacentes a ellas, siempre que estén bajo la soberanía, jurisdicción, protectorado o mandato de dicho Estado.

Asimismo, en el Capítulo XII de la Seguridad y Defensa Nacional, prevé que las Fuerzas Armadas (entre estas la Fuerza Aérea del Perú) tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial.¹⁸

IV.2. Legislación Nacional Ordinaria.

Leyes del Sector Defensa:

- **Decreto Legislativo N° 1134**, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa. - Mediante esta norma legal se prevé que la Fuerza Aérea del Perú es una institución de las Fuerzas Armadas, dependiente del Ministerio de Defensa y responsable de defender al Perú de sus amenazas, mediante el empleo del poder aeroespacial, con el fin de contribuir a garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República.

18 Artículo 165° de la Constitución Política del Perú de 1993, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano el 31 de diciembre de 1993.

- **Decreto Legislativo N° 1139**, Ley de la Fuerza Aérea del Perú. - En mérito de esta norma, la Fuerza Aérea del Perú tiene como competencia: controlar, vigilar y defender el espacio aéreo del país, que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado, con el propósito de contribuir a garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y dentro del marco de sus competencias cumple las siguientes funciones: 1) Garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, en el ámbito de su competencia; 2) Ejercer el control, la vigilancia y la defensa del espacio aéreo del país, en concordancia con la normatividad vigente; y 3) Participar en el control del orden interno, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente.¹⁹
- Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú. - El Perú no cuenta con un Código Aeronáutico en su legislación ordinaria aplicable; sin embargo, la Aviación Civil en el Perú se encuentra regulada por la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil de Perú, de 9 de mayo de 2000, que en su Artículo 3° modificado por la Ley N° 29941, de 21 de noviembre de 2012, establece que: “El Estado peruano ejerce soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente, de conformidad con la Constitución Política del Perú y las normas aplicables de derecho internacional”. Asimismo, prevé que la Dirección General de Aviación Civil ejerce la condición de Autoridad Aeronáutica del Perú, la misma que tiene la responsabilidad de reglamentar la actividad aeronáutica del país a través de las Regulaciones Aeronáuticas Peruanas (RAP); asignando a la Corporación Peruana de Aeropuertos (CORPAC) la responsabilidad del Control de los Aeropuertos y del Tráfico Aéreo, así como de las Publicaciones Aeronáuticas Internacionales del Perú (AIP – PERU).
- Ley N° 30339, Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional, que tiene por objeto establecer los principios y normas para el control, vigilancia y defensa del espacio aéreo nacional, de conformidad con la Constitución Política del Perú, la legislación nacional, los tratados de los que el Perú es parte, y otras normas de derecho internacional sobre la materia que puedan ser de aplicación al Estado Peruano²⁰; en mérito del cual se define el Espacio Aéreo Nacional y se declara el ejercicio de su soberanía y jurisdicción al amparo de la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales y las demás normas aplicables de derecho internacional. En tal sentido,

19 Artículos 3° y 4° del Decreto Legislativo N° 1139 – Ley de la Fuerza Aérea del Perú Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de diciembre de 2012.

20 Artículo 1° de la Ley N° 30339 – Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de agosto del 2015.

prevé y define geográficamente una Zona de Identificación de Defensa Aérea (ADIZ PERU)²¹, el mismo que es una porción del espacio aéreo de dimensiones definidas dentro del cual se exige la pronta identificación, ubicación y control de aeronaves, establecida mediante Decreto Supremo N° 005-2016 DE, de 3 de abril de 2016.

La Ley a su vez conceptualiza como acto hostil de una aeronave, a la violación del espacio aéreo nacional con fines ilícitos; la amenaza contra instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales, la población, sus recursos, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú; así como también cualquier maniobra que atente contra la aeronave interceptora durante los procedimientos de interceptación o el reiterado e injustificado desacato a las instrucciones de la tripulación de la aeronave interceptora²² y considera actos hostiles generadoras de la pérdida de la condición de aeronave civil, a las situaciones que entre otras son:

- Cuando una aeronave que ingrese al espacio aéreo nacional y no se identifique, ignorando los requerimientos de las autoridades aéreas civiles o militares;
- Cuando realice vuelos en el espacio aéreo nacional infringiendo la normativa nacional o internacional aplicable al Estado peruano, relativa a la circulación aérea;
- Cuando ingrese sin autorización a una zona prohibida o zona restringida y cuando esta esté volando sin autorización a una altura menor de tres mil (3000) pies;
- Cuando exista evidencia o sospecha razonable de que esté siendo utilizada con el propósito de causar la muerte, lesiones graves a las personas, o daños graves a los bienes o al medio ambiente;
- Cuando exista evidencia o sospecha razonable de que esté siendo utilizada para la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, cuando exista evidencia o sospecha razonable de que esté transportando ilícitamente: 1) Bombas, armas, armas de fuego, armas de fuego artesanales, municiones, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos, sustancias o materiales destinados para su preparación; 2) Minas antipersonales o minas antipersonales artesanales;
- Cuando una vez interceptada, no acate las instrucciones de la tripulación de la aeronave interceptora; registre una actitud evasiva; o intente darse a la fuga; cuando, una vez interceptada, se efectúen maniobras, actos o amenazas contra la seguridad de la aeronave interceptora.²³

En tal sentido, frente a la concurrencia de cualquiera de los supuestos antes

21 La Zona de Identificación y Defensa Aérea (ADIZ PERU), definida, delimitada y reglamentada en mérito del Decreto Supremo N° 005-2016-DE, conforme a lo dispuesto por el inciso 4.2 del Artículo 4° de la Ley 30339 y publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 3 de abril de 2016.

22 Inciso 5.1 del Artículo 5° de la Ley N° 30339 Cit.

23 Inciso 5.2 del Artículo 5° de la Ley N° 30339 Cit.

señalados y ejecutados los procedimientos previstos en los artículos 11° y 12° de la Ley²⁴; la aeronave podrá ser declarada hostil y perderá su condición de aeronave civil. La declaración de aeronave hostil corresponde al comandante del Comando Operacional de Defensa Aérea y deberá ser comunicada por la tripulación de la aeronave interceptora a la tripulación de la aeronave interceptada.

En ese estado de situación y frente al desacato de una aeronave declarada hostil, a las instrucciones de las aeronaves interceptoras de la Fuerza Aérea del Perú, se permitirá el empleo de la fuerza para minimizar o evitar la amenaza, previa autorización del comandante del Comando Operacional de Defensa Aérea.²⁵

Asimismo, el artículo 8° de la Ley prevé los casos en los que las aeronaves civiles no pueden ser declaradas hostiles, cuando se presume o se tenga razones para considerar que se encuentra en una situación de emergencia, está siendo objeto de un acto de interferencia ilícita o transporta pasajeros civiles ajenos a la operación, conforme a los Lineamientos generales para los procedimientos de interceptación de una aeronave en vuelo y los Lineamientos generales para los procedimientos de interceptación de una aeronave en la superficie.

Asimismo, el artículo 11° de la Ley regula los lineamientos generales para los procedimientos de interceptación de una aeronave en vuelo. Los procedimientos de interceptación de una aeronave en vuelo incluyen medidas de identificación,

intervención, persuasión y neutralización, en forma progresiva y siempre que la medida anterior no tuviera éxito, realizadas por aeronaves interceptoras de la Fuerza Aérea del Perú, a cargo de tripulaciones calificadas, los mismos que se desarrolla en los incisos 11.2, 11.3, 11.4 y 11.5 de la Ley. Del mismo modo, en el artículo 12° se regulan los lineamientos generales para los procedimientos de interceptación de una aeronave en la superficie: Los procedimientos de interceptación de una aeronave que se encuentre en un aeródromo no autorizado, en un aeródromo no controlado, fuera de un aeródromo o en un cuerpo de agua, incluyen medidas de identificación, intervención, persuasión y neutralización, en forma progresiva y siempre que la medida anterior no tuviera éxito. Se realizan por aeronaves interceptoras de la Fuerza Aérea del Perú, los mismos que desarrolla se desarrolla en los incisos 11.2, 11.3, 11.4 y 11.5 de la Ley.

Con relación a la regulación de los procedimientos específicos para la interceptación de aeronaves civiles, corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Dirección General de Aeronáutica Civil, por medio de las Regulaciones Aeronáuticas del Perú (RAP), su sanción y difusión.

La Ley contiene dos aspectos finales, que están vinculados uno con la exención de responsabilidad penal, administrativa y civil de los funcionarios públicos y el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, al realizar la interceptación de una aeronave, actúen en

24 Artículos 11 y 12 de la Ley 30339 Cit.

25 Inciso 6.3 del Artículo 6° de la Ley N° 30339 Cit.

estricto cumplimiento de la presente Ley y las demás normas nacionales o internacionales que fueran aplicables al Estado peruano en relación con los procedimientos de interceptación de aeronaves, sin perjuicio de las excepciones previstas en el inciso 17.3 de la Ley,²⁶ y la otra desarrollada en los artículos 18° y 19° destinados a regular el Derecho de Legítima Defensa del Estado peruano, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, y autoriza excepcionalmente al personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, que intervenga en procedimientos de interceptación a usar las armas en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes las medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

IV.3. Procedimientos específicos para la Interceptación de Aeronaves Civiles

En el Perú, la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, es la entidad

encargada de ejercer la Autoridad Aeronáutica Civil del Perú, siendo competente para aprobar y modificar las Regulaciones Aeronáuticas del Perú – RAP.26

En tal sentido, luego de promulgada la Ley 30339, Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional, dicha autoridad Aeronáutica tuvo bajo su responsabilidad establecer los procedimientos específicos para la interceptación de aeronaves civiles por medio de las Regulaciones Aeronáuticas Peruanas (RAP); hecho que se materializó mediante la Resolución Directoral N° 003-2016-MTC/12, de 4 de enero de 2016, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que aprobó la modificación del Apéndice I – Interceptación de Aeronaves Civiles, de la Parte I – Aeronaves, de la Regulación Aeronáutica del Perú RAP 91 – Reglas de Vuelo y Operación General, publicada el 7 de enero de 2016.

Un elemento a tener en cuenta es que esta regulación fue pre-publicada por la Dirección General de Aeronáutica Civil durante quince días, a efectos de ponerla en conocimiento de la opinión pública y la comunidad jurídica nacional, no habiendo sido objeto de observación alguna.

En ella se han desarrollado los principios y normas contenidas en la Ley N° 30339, Ley de Control, Vigilancia y protección del Espacio Aéreo Nacional,

26 17.3 La exención de responsabilidad civil contemplada en el numeral 17.1 no se aplica respecto de los daños causados en los siguientes supuestos: a) A los terceros en la superficie. b) A los tripulantes y pasajeros de la aeronave interceptada, cuando esta hubiera sido objeto de un acto de interferencia ilícita. c) A los pasajeros civiles ajenos al acto hostil de la aeronave interceptada de la Ley N° 30339 Cit. 26 De conformidad con lo regulado por el literal c) del Artículo 9° de la Ley 27161-Ley de Aeronáutica Civil del Perú y el Artículo 2° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 050-20101 MTC. Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 1 de mayo de 2001.

empleándose y adaptándose a nuestra realidad, teniendo como insumos principales los procedimientos de interceptación establecidos en las reglamentaciones aeronáuticas de Suiza, Colombia y Brasil.

El procedimiento de interceptación de aeronaves establecido es seguro y netamente garantista, ya que existen una serie de medidas de seguridad o “candados” dentro del mismo, que van a limitar en gran medida el uso de las armas contra las aeronaves hostiles.

El procedimiento consta de cinco fases, de las cuales las fases I, II, III y III-A corresponden a los procedimientos contemplados en la interceptación de Aeronaves Civiles que contempla el Reglamento del Aire del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, con algunas modificaciones y actualizaciones.

En la Fase IV, se ha establecido un procedimiento más seguro para los disparos de advertencia, en el cual la aeronave interceptora se coloca ligeramente adelantada, a un costado y en paralelo a la aeronave interceptada.

Para ejecutar la Fase V, es necesario que previamente se proceda a declarar aeronave hostil a la aeronave interceptada, facultad que le compete al comandante del Comando Operacional de Defensa Aérea (CODA). Asimismo, la orden de disparar contra la aeronave interceptada sólo puede ser emitida por el comandante del CODA,

luego de haberse cumplido con todas las fases anteriores.

Durante dicho procedimiento, el piloto al mando de la aeronave interceptora va a advertir mediante radiotelefonía al piloto de la aeronave interceptada, en cuatro frecuencias de uso común aeronáutico, respecto del eventual empleo de las armas contra ella, tanto al efectuar los disparos de advertencia como al declararla aeronave hostil.

Asimismo, se ha establecido dentro del marco de la Ley y los procedimientos específicos que, en caso existiera duda respecto de si se cumplen las condiciones para emplear la fuerza contra la aeronave interceptada, el comandante del Comando Operacional de Defensa Aérea (CODA) no autorizará su empleo, en aplicación del principio “pro homine.”²⁷

También se han establecido los procedimientos de interceptación de aeronaves en la superficie, contemplando las Fases I al IV, que corresponden a las medidas de identificación, intervención, persuasión y neutralización contempladas en la Ley N° 30339.

Los procedimientos de interceptación descritos han sido publicados por la Corporación Peruana de Aeropuertos - CORPAC S.A., como Suplemento AIP 05/16 a la Publicación de Información Aeronáutica del Perú (AIP-PERU),²⁸ a fin de dar cumplimiento a las normas aeronáuticas nacionales e internacionales, para que luego puedan

27 Fuerza Aérea del Perú. (2016). El comandante del Comando Operacional de Defensa Aérea, Recuperado de <https://www.fap.mil.pe>

28 Corporación Peruana de Aeropuertos. (2016). Suplemento AIP 05/16 a la Publicación de Información Aeronáutica del Perú (AIP-PERU), Recuperado de www.corpac.gob.pe.

ser ejecutados por las aeronaves de la Fuerza Aérea del Perú, con la finalidad de generar un efecto disuasivo para contrarrestar el tránsito de aeronaves no identificadas o sospechosas de realizar actividades ilícitas y, especialmente, para interrumpir el puente aéreo establecido por organizaciones de narcotraficantes transnacionales entre la zona del VRAEM y Bolivia, así como cualquier otra ruta prevista por estas organizaciones que vulnera espacio aéreo nacional peruano.

IV.4. Situación actual de la Intercepción de Aeronaves Civiles en el Perú

El Perú, en mérito de la Ley materia de revisión en el presente trabajo, además de la legislación concordante y conexa, reinició después de 15 años, y sin apoyo extranjero, la interceptación de vuelos ilegales de aviones en zonas productoras de drogas, y la Fuerza Aérea de Perú (FAP) tiene la facultad, conforme a la Ley, de intervenir e interviene en el aire a través de procedimientos de interceptación, a las aeronaves ilegales, pudiendo neutralizarlas dada su condición hostil y en forma excepcional, si existe evidencia o sospecha razonable de que están siendo empleadas en el tráfico ilícito de drogas, tráfico de armamento, municiones, explosivos, pongan en riesgo o grave amenaza la vida el cuerpo y la salud de las tripulaciones, el medio ambiente o la población. La mayoría de vuelos ilícitos va y vuelve a través de la frontera de Perú con Bolivia.

Como es de conocimiento público los vuelos de interceptación habían sido

suspendidos en 2001, luego que la FAP derribó por error a una avioneta con misioneros estadounidenses. Esta actividad se realizaba con apoyo de la Fuerza Aérea Estadounidense y estuvo vigente entre 1995 y 2001.

Actualmente, la autorización para disparar se otorga después de que la aeronave sospechosa haya sido declarada hostil y desate las instrucciones de aterrizar que recibía. Son cinco niveles de intervención como ya se ha mencionado, siendo el último de estos la neutralización de la aeronave; con ello se ha empezado a interrumpir el puente aéreo de narco avionetas existente, que vulnera el espacio aéreo nacional, para cuyo efecto la FAP emplea a su flota de aviones A37 (EE.UU.) y Tucano (Brasil), sin perjuicio de la posibilidad de emplear los KT1 P coproducidos por el Perú y la República de Corea del Sur.

Para dicho efecto además, las autoridades peruanas tienen instalado desde el 2015 un Radar TPS 70 (Northrop Grumman) de fabricación estadounidense en Puerto Maldonado (Amazonia del Perú), que empezó a operar en mayo de ese año y cuyo perímetro incluye el Valle de los ríos Apurímac-Ene-Mantaro (VRAEM), la mayor zona cocalera del país, donde las Fuerzas Armadas combaten desde hace más de dos décadas a bandas de narcotraficantes y a los remanentes de Sendero Luminoso, permitiendo que se detecten vuelos ilícitos al contar este radar con un alcance de 450 kilómetros.²⁹

El denominado zar antidrogas peruano, Alberto Otárola, declaró a la prensa que, en los últimos años, avionetas procedentes

29 Infodefensa.com (2015). Perú instala radar TPS – 70 para la lucha contra el narcotráfico, Recuperado de <http://www.infodefensa.com>.

de Bolivia han ingresado cuatro veces al día al territorio peruano, aterrizado en el VRAEM, trayendo 500.000 dólares y llevándose 150 kg de cocaína como mínimo; asimismo, hasta finales del 2015 se ha reducido en 14% los cultivos de hoja de coca, de 49.800 a 42.900 hectáreas respecto al año anterior, según un informe de la ONU.³⁰

A la fecha no existen reportes oficiales de cuantas aeronaves en vuelo o en la superficie han sido interceptadas y cuantas de ellas han sido neutralizadas (excepto dos avionetas Cessna bolivianas, una de las cuales se estrelló ante la presencia de un helicóptero MI-35 de la Fuerza Aérea del Perú y la otra que fue obligada a aterrizar, deteniéndose a parte de su tripulación e incautándose dinero y drogas); sin embargo, desde la vigencia de la Ley N° 30339, la publicación y vigencia de sus reglamentos y procedimientos específicos, la cantidad de vuelos ilegales se habría reducido, generándose el desplazamiento de la ruta de la droga desde la zona del VRAEM hacia la región oriental del Putumayo en la frontera fluvial con Colombia y Brasil.

V. LA INTERCEPTACION DE AERONAVES CIVILES EN LA LEGISLACION ARGENTINA

V.1 Marco Constitucional

Si bien el texto de la Constitución de la Nación Argentina no prescribe en forma literal y expresa el ejercicio de la soberanía

y jurisdicción sobre su territorio nacional, y en especial sobre el espacio aéreo (Con excepción de lo expuesto por la misma en su Primera Disposición Transitoria, cuando declara su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas como parte integrante de su territorio nacional), la comunidad internacional y el propio artículo 1° del Convenio de Chicago de 1944, reconoce que cada Estado tiene soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio; por tanto, el criterio legislativo adoptado por la Argentina en este extremo, de acuerdo a lo afirmado por Folchi, es no incluir una disposición específica que declare la soberanía del estado sobre el espacio aéreo, basándose en que la adhesión al Convenio de Chicago de 1944 es suficiente para poder ejercerlo.³¹

Asimismo, resulta pertinente señalar que la República Argentina se adhirió al Protocolo Relativo a una Enmienda al Convenio de Aviación Civil Internacional que incorporó el Artículo 3 bis a dicho Convenio, ello mediante Ley 23399, sancionada el 25 de setiembre de 1986, promulgada el 10 de octubre de 1986 y publicada el 6 de marzo de 1987; en consecuencia, conforme al derecho de los tratados, esta norma se incorpora al derecho nacional y por tanto la República Argentina se encuentra obligada a abstenerse a recurrir al uso de las armas en contra de aeronaves civiles en vuelo y que en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes

30 Diario El Comercio. (2016). Lucha contra el Narcotráfico en el Perú, Recuperado de <http://elcomercio.pe/noticias/alberto-otarola-167613>.

31 Folchi, Ob. Cit., pág. 144.

de las aeronaves ni la seguridad de estas, ni permitir actuaciones incompatibles con los fines del Convenio de Chicago de 1944.³²

V.2. Legislación Nacional Ordinaria

a. La Ley 23554. - Ley de Defensa Nacional

Sancionada el 13 de abril de 1988, promulgada el 26 de abril de 1988 y publicada el 5 de mayo de 1988, define a la Defensa Nacional como la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas en forma disuasiva y efectiva para enfrentar las agresiones de origen externo; y precisa que estas solo podrán ser empleadas en operaciones de seguridad interior en forma subsidiaria y por excepción, en el caso contemplado en el artículo 31° de la Ley 24.059, y cuando resulte insuficiente el sistema de seguridad a criterio del Presidente de la Nación, siendo menester para ello la declaración del estado de sitio conforme a lo regulado por el artículo 32° de la acotada ley; en mérito de lo cual se requiere la existencia de una situación de conmoción interior o de ataque exterior, ello sin perjuicio que todo atentado en tiempo de paz a la jurisdicción militar, al constituir una vulneración a la seguridad interior pone en cabeza de la autoridad militar la preservación de la fuerza armada y el restablecimiento del orden dentro de la aludida jurisdicción.

Ahora bien, con relación al concepto de agresión de origen externo, en materia de Defensa Nacional, el Decreto N° 727/2006 que reglamenta la Ley 23.554, Ley de Defensa Nacional, prevé que el Sistema de Defensa Nacional deberá orientarse estructural y organizativamente hacia la conjuración de situaciones de agresión externa perpetradas por las Fuerzas Armadas de otro Estado, de conformidad con la Resolución N° 3314 de 1974 de la Organización de Naciones Unidas, que define el Delito Internacional de Agresión, sustrayéndose esta de los aspectos doctrinarios, de planeamiento y adiestramiento, así como de producción de inteligencia relacionada con la seguridad interior.

Debiendo entenderse la expresión agresión de origen externo, al uso de la Fuerza Armada de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del país o en cualquier otra forma que sea incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.³³ En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación, la misión primaria fundamental del Instrumento Militar consiste en asegurar la defensa nacional, solo ante situaciones de agresión externa perpetradas por Fuerzas Armadas de otro Estado.

Finalmente, de conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 24948, de 18 de marzo de 1998, se habilitó al Ministerio de Defensa, dentro del marco de la restructuración

32 Literales a), b), c) y d) del Artículo 3 bis del Protocolo Relativo a una Enmienda al Convenio de Aviación Civil Internacional. • Convenio de Aviación Civil Internacional – Convenio de Chicago 1944 suscrito en Chicago de 7 de diciembre 1944

33 Párrafo segundo del Artículo 1° de los principios básicos del Reglamento de la Ley 23.554 aprobado mediante Decreto 727/2006. Publicado en el Boletín Oficial el 12 de junio de 2006.

de las Fuerzas Armadas, a fijar o establecer las misiones de estas, en el marco planteado por las leyes 23.554 de Defensa Nacional y 24.059 de Seguridad Interior. Siendo la visión de la Fuerza Aérea Argentina (entre otras), estar preparada para ejercer la soberanía efectiva del aeroespacial, columna vertebral del Poder Aeroespacial Nacional y su misión contribuir a la Defensa Nacional actuando disuasiva y efectivamente en el ámbito aeroespacial de interés, a fin de garantizar y proteger de modo permanente los intereses vitales de la Nación.³⁴

b. Ley 24.059. - Ley de Seguridad Interior

La Ley materia de análisis, regula la seguridad interior de la nación y fue sancionada el 18 de diciembre de 1991, promulgada el 6 de enero de 1992 y publicada el 17 de enero de 1992. Tiene por objeto establecer las bases jurídicas, orgánicas y funcionales del sistema de planificación, coordinación, control y apoyo del esfuerzo nacional de policía, tendiente a garantizar la seguridad interior.³⁵

En tal sentido, la seguridad interior se encuentra definida como la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías, y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional, teniendo como ámbito de aplicación el territorio de la República

Argentina, sus aguas jurisdiccionales y su espacio aéreo, que implica el empleo de los elementos humanos y materiales de todas las fuerzas policiales y de seguridad de la nación.

Asimismo, conforme ya hemos mencionado, las Fuerzas Armadas serán empleadas en el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio nacional, en aquellos casos excepcionales en que el sistema de seguridad interior resulte insuficiente, a criterio del presidente de la Nación, para el cumplimiento de sus objetivos. Frente a esta situación excepcional, el presidente de la Nación dispondrá el empleo de los elementos de combate de las Fuerzas Armadas para el restablecimiento de la normal situación de seguridad interior, previa declaración de estado de sitio;³⁶ de modo tal que a la luz de lo expresado se desprende que resultaría medianamente claro que el control de espacio aéreo nacional es competencia del sistema de seguridad interior.

V.3. Ley de Seguridad Aeroportuaria.

El Código Aeronáutico de la Nación, aprobado por Ley 17.285, publicada el 3 de marzo de 1967 y sus modificatorias, ya preveía en su artículo 202° el otorgamiento a la autoridad aeronáutica de la fiscalización del espacio aéreo, pero ello con la excepción de lo que corresponda a la policía de seguridad y judicial, que estará a cargo de las policías nacionales existentes, agregando que la

34 Fuerza Aérea Argentina (2016) Visión y Misión de la Fuerza Aérea Argentina. Recuperado de https://www.faa.mil.ar/mision/index_mision.html

35 Artículo 1° de la Ley 24059 – Ley de Seguridad Interior sancionada el 18/12 1991, promulgada el 6 de enero de 1992. Publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1992.

36 De conformidad con lo regulado por los Artículos 31° y 32° de la Ley N° 24059 Cit.

organización y funciones de la Policía Aero-náutica será establecida por una ley especial que se dictará al efecto.

La Ley especial a que hace referencia el artículo 202º del Código Aeronáutico es precisamente la Ley N° 26.102, sancionada el 31 de mayo de 2006, promulgada el 16 de junio de 2006 y publicada el 22 de junio de 2006, que creó la Policía de Seguridad Aeroportuaria que actúa en el ámbito del Ministerio del Interior, como autoridad superior responsable de la seguridad del Sistema Nacional de Aeropuertos.

Siendo que es la autoridad de aplicación del Convenio de Chicago, de la normas y métodos recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional, en todo lo atinente a la seguridad y protección de la aviación civil internacional, contra los actos de interferencia ilícita y de los tratados suscriptos por la nación en la materia; esto es, el Convenio sobre Infracciones y ciertos otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves -Convenio de Tokio de 1963; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves; Convenio de la Haya de 1970 y el Convenio para la Represión de Actos Ilegítimos contra la Seguridad de la Aviación Civil; no obstante, tales actos sólo pueden ser cumplidos en el ámbito aeroportuario y no en el Aero espacio.³⁷

V.4. Decreto N° 1407/2004 – Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial

Mediante el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1407/2004 y por gestión

de la Fuerza Aérea Argentina, se creó el Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial (SINVYCA). Al amparo de esta norma se designa como Autoridad Aeronáutica a la Fuerza Aérea Argentina, en su calidad de responsable de la defensa, vigilancia y control integral del Aero espacio, además de ser el organismo executor del Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial, quedando facultado a efectuar todas las tareas que demande la ejecución del sistema, en el marco de las responsabilidades que le son propias.

En esa línea de acción, en el Anexo I de la acotada norma legal se enuncia los objetivos del SINVYCA: Efectuar el control de todos los movimientos aéreos en el espacio aéreo de jurisdicción nacional, incluidos los provenientes desde y hacia países vecinos, contribuyendo de esta manera al cumplimiento de las tareas de la Defensa Aeroespacial y a prestar un eficiente servicio de Tránsito Aéreo, que posibilite entre otras cosas: Contribuir a preservar los Intereses Vitales de la Nación y Controlar el tránsito irregular o ilícito.

El 2007 el MINDEF emite la Resolución N° 206 (Acciones contribuyentes al fortalecimiento de las capacidades de vigilancia y reconocimiento), documento que claramente destaca la necesidad y consolidación del SINVYCA, como instrumento para “incrementar y optimizar el control de ámbito aeroespacial nacional a través de la integración de la totalidad de las capacidades asociadas a la detección y reconocimiento del espacio aéreo a fin de garantizar

37 Artículos 3º, 5º, 11 y 12 de la Ley 26.102 – Ley de Seguridad Aeroportuaria, sancionada el 31 de mayo de 2006, promulgada parcialmente el 16 de junio de 2006. Publicada en el Boletín Oficial el 22 de junio de 2006.

y salvaguardar de modo permanente los intereses vitales de la Nación a partir de las políticas diseñadas por el Poder Ejecutivo Nacional”. Asimismo, enfoca, inicialmente, “el aumento de tales capacidades para completar el cubrimiento de la Zona de Defensa Aérea Noreste y Noroeste (ZODANE).”³⁸

Finalmente, y con el objeto de enfatizar el interés político en profundizar las acciones relativas a la vigilancia radar, mediante Resolución N° 1539/2008 del Ministerio de Defensa y bajo la premisa “Que para una eficaz custodia de los intereses nacionales, dadas las actuales capacidades existentes en materia de vigilancia y control del espacio aéreo nacional, dentro de una compleja y cambiante coyuntura estratégica regional y mundial en materia de defensa nacional y seguridad internacional, se hace necesario el fortalecimiento y la consolidación de las señaladas capacidades en el ámbito aeroespacial”, se establecen una serie de criterios complementarios a los ya definidos por la Resolución N° 206/2007 acotada.

Durante el año 2011, debido a la decisión gubernamental de vigorizar la vigilancia sobre las fronteras noreste y noroeste de la República Argentina, las cuales “presentan características orográficas que facilitan especialmente la incursión al territorio nacional de organizaciones delictivas al tráfico ilícito de drogas, la trata de personas y el contrabando de bienes”, se establece el Operativo Escudo Norte.³⁹

Tal norma, que determina el trabajo conjunto de las Fuerzas de Seguridad y las Policías incluye, además, el accionar del Instrumento Militar en razón que “en su ámbito reside la responsabilidad primaria de realizar las tareas de vigilancia, identificación, control y reconocimiento de los espacios de jurisdicción nacional, como también brindar los datos obtenidos en el ejercicio de su competencia a los distintos organismos del Estado nacional, que, por la naturaleza de sus funciones lo requieran”.

V.5. Decreto N° 239/2007 – 1770/2007, Creación de la Administración Nacional de Aviación Civil – ANAC

Con fecha 15 de marzo de 2007 se crea la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC), que es a la fecha Autoridad Aeronáutica Nacional y ejerce como organismo descentralizado, las funciones y competencias establecidas en el Código Aeronáutico (Ley N° 17.285), en la Ley N° 19.030 de Política Aérea, en los Tratados y Acuerdos Internacionales, leyes, decretos y disposiciones que regulan la aeronáutica civil en la República Argentina.

Hasta ese momento, de conformidad con la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por Decreto N° 438, de fecha 12 de marzo de 1992) y modificatorias, era competencia del Ministerio de Defensa la habilitación, fiscalización y dirección técnica de los actos y actividades vinculadas con

38 Gaceta Aeronáutica. (2014). La Vigilancia Aeroespacial en Argentina, Recuperado de <http://www.gacetaeronautica.com>.

39 Decreto 1091/2011 del 20 de julio del 2011 que establece el Operativo Escudo Norte, que tendrá por objetivo incrementar la vigilancia y el control del espacio terrestre, fluvial y aéreo de jurisdicción nacional en las fronteras noreste y noroeste. Publicada en el Boletín Oficial el 30 de julio de 2011.

la navegación por aire, y dicha competencia era ejercida a través de la Fuerza Aérea Argentina; en tanto al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, le competía la elaboración y ejecución de la política nacional en materia de transporte aerocomercial, a través de la Secretaría de Transporte, siendo esto así ejercía funciones de Autoridad Aeronáutica Comercial.

Esta dicotomía justificó, bajo el argumento de la centralización de la administración de la Aviación Civil, que esta estuviera en manos de un organismo militar, calificándose de no compatible con las recomendaciones formuladas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), a través de sus Documentos 8335- AN/879 (“Manual sobre procedimientos para la inspección, certificación y supervisión permanente de las operaciones”); 9734 AN/959 (“Manual de Vigilancia de la Seguridad Operacional”) y PNUD-OACI RLA/86/031 (“Manual Guía de Aviación Civil”).

En consecuencia, mediante la presente norma legal, se concentraron las responsabilidades y atribuciones de la Autoridad Aeronáutica en un organismo específico que es la Administración Nacional de Aviación Civil – ANAC y se dispuso la creación de la Unidad Ejecutora de Transferencia, el mismo que se ejecutó mediante un programa general de transferencia regulado por el Decreto N° 1770, de 29 de noviembre de 2007.

V.6 Decreto N° 1840/2011 - Transferencia de las Funciones de Control de la Prestación de los Servicios de Navegación Aérea

Mediante este Decreto 1840/2011 se transfieren las funciones de control de la prestación de los servicios de navegación aérea y de coordinación y supervisión del

accionar operativo del control aéreo a cargo de la Administración Nacional de Aviación Civil, al ámbito de la Fuerza Aérea Argentina.

Resulta pertinente señalar que mediante el Decreto N° 239, de fecha 15 de marzo de 2007, al crearse la Administración Nacional de Aviación Civil – ANAC y como consecuencia de la unificación de funciones antedicha, se atribuyeron a la ANAC, a través del Decreto N° 1770, de fecha 29 de noviembre de 2007, competencias en materia de control y fiscalización de la actividad aeronáutica, y la prestación de ciertos servicios, tales como los de navegación aérea, sanidad aeroportuaria y extinción de incendios, entre otros.

Sin embargo, para el mejor cumplimiento de las finalidades tenidas en mira al momento de la creación de la ANAC, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la OACI, resultó necesario y conveniente que dicha Administración no tenga a su cargo la prestación de los servicios de navegación aérea, cuya actividad regula y le compete fiscalizar, por lo que correspondió en su momento asignar a la Fuerza Aérea Argentina, integrante del Ministerio de Defensa, el carácter de autoridad aeronáutica nacional para la prestación de los servicios de tránsito aéreo.

Finalmente, mediante Resolución N° 222/2016, del Ministerio de Transporte B.O. 4/8/2016, las funciones de control de la prestación de los servicios de navegación aérea, que se habían transferido a la Fuerza Aérea Argentina, fueron retransferidas, a partir del 1° de agosto de 2016, a la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.), los Centros de Control de Área, las Torres de Tránsito Aéreo y los servicios asociados al control

de tránsito aéreo, así como todo bien patrimonial afectado, directa o indirectamente, a la prestación del Servicio Público de Navegación Aérea desde la ANAC, organismo descentralizado bajo la órbita del Ministerio de Transportes y desde la Dirección General de Control de Tránsito Aéreo de la Fuerza Aérea Argentina, dependiente del Ministerio de Defensa, con lo que la Fuerza Aérea Argentina deja de tener la condición de Autoridad Aeronáutica en cuanto al Control de Tránsito Aéreo Nacional con las excepciones de aquellos servicios y funciones enumerados en el Anexo I de la Ley N° 27.161.⁴⁰

V.7. Reglamentación y procedimientos específicos para la Interceptación de Aeronaves Civiles

V.7.1. Decreto 228/2016, de 21/01/2016 - Declaración de Emergencia de la Seguridad Pública y procedimientos para la interceptación aérea de aeronaves civiles

Es la norma legal que autoriza el derribo de aeronaves irregulares o ilegales, como último recurso y luego de haber sido declaradas hostiles, dentro del marco de un procedimiento de interceptación aérea, conforme a las reglas de protección aeroespacial y de empeñamiento como mecanismos de protección del espacio aéreo, anexas al mismo. Los alcances generales del precitado Decreto son los siguientes:

- Se declara en emergencia la Seguridad Pública en todo el territorio de la Republica por 365 días prorrogables,

con el objeto de revertir la situación de peligro creada por el delito complejo y el crimen organizado (Narcotráfico, contrabando, trata de personas, terrorismo).

- Se aprobaron las Reglas de Protección Aeroespacial (RPA), contenidas en el Anexo I; en cuyos enunciados se establece la identificación, comunicación, intimidación y el uso de la fuerza; este último en los siguientes términos:
- RPA 004: Está autorizado el uso de la fuerza por medios del Sistema de Defensa Aeroespacial para el derribo y/o destrucción de vectores incursores “declarados hostiles.”
- Se limita expresamente el lanzamiento de armas Aire Aire y Superficie-Aire y se autoriza implícitamente el uso de estos medios letales a condición de que la aeronave civil o vector incursor haya sido declarado hostil.
- Define el Uso de la fuerza como el Empleo de las armas en cumplimiento de una misión y que por su naturaleza inherente puede llegar a ser letal. Su utilización, desde el punto de vista aeroespacial, implica el empleo de poder de fuego de la aeronave interceptora contra la estructura del vector incursor, con el objeto de anular la capacidad de vuelo del vector incursor impidiendo la continuidad de su trayectoria, circunstancias en las que deberán adoptar las precauciones tendientes a evitar o minimizar la probabilidad de daños a

40 Resolución 222/2016 Ministerio de Transporte, Publicada en el Boletín Oficial del 04 de agosto de 2016, Numero 33433, pág. 34.

la vida y/o bienes en la superficie (Daño colateral).

- Se aprobaron las Reglas de Empeñamiento para la Defensa Aeroespacial (RDE), del Sector de Defensa del Paraná, contenidas en el Anexo II, con las mismas características y contenidos, con excepción de la Autoridad de Ejecución, que en este caso es el comandante del Sector de Defensa Aeroespacial Paraná, que en el Anexo I corresponde al comandante del Sector de Defensa Aeroespacial del Territorio de la República Argentina.
- En ambos casos (Reglas de protección Aeroespacial como de Empeñamiento), se hace mención a los procedimientos de identificación visual, conforme a lo prescripto en el Anexo 2 del Convenio de Chicago de 1944 y en las regulaciones Argentinas de Aviación Civil RAAC, especialmente la RAAC Parte 91.148 y 91.149, que contiene las generalidades de la norma internacional sobre Interceptación de Aeronaves y Frases para uso de aeronaves interceptoras e interceptadas; sin perjuicio del Apéndice U, relativo a las señales que han de utilizarse en la interceptación.

Sin embargo, como medianamente se puede apreciar, estos instrumentos regulatorios no contienen los procedimientos específicos que habiliten a los agentes del Estado a la inutilización, neutralización o derribo de aeronaves civiles en vuelo, como consecuencia de una interceptación aérea.

En esa línea de pensamiento, resulta legítimo creer que solo en mérito del Decreto 228/2016, el Estado Argentino, a través de la Fuerza Aérea Argentina, NO estaría facultada plenamente a realizar procedimientos

de interceptación de aeronaves civiles en vuelo y su ulterior derribo; pues, para su ejecución se requiere que los procedimientos previstos en dicha normativa deban ser reglamentados por la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC), en su calidad de autoridad aeronáutica argentina, a través de las Regulaciones Argentinas de Aviación Civil (RAAC), específicamente, la Parte 91 sobre Interceptación de Aeronaves, en concordancia con la legislación internacional, además de su publicación en la AIP - Argentina, para conocimiento de la comunidad aeronáutica nacional e internacional.

Esta omisión podría traer consigo graves consecuencias legales para el Estado Argentino, en caso de ejecutar un procedimiento de interceptación aérea, con un desenlace fatal como consecuencia de su derribo, tan es así que hasta la fecha estos procedimientos generales no se han aplicado.

Sin perjuicio de lo antes señalado, resulta pertinente precisar que la Ley 23554, Ley de Defensa Nacional Argentina, prevé que el empleo de las Fuerzas Armadas se realizará en forma disuasiva y efectiva para enfrentar las agresiones de origen externo, y precisa que estas solo podrán ser empleadas en operaciones de seguridad interior en forma subsidiaria y por excepción, en el caso contemplado en la Ley 24.059, Ley de Seguridad Interior, a criterio del presidente de la Nación, previa declaración del estado de sitio, conforme a lo regulado por el artículo 32º de la acotada ley.

De otro lado, el Decreto 228/2016 ha sido criticado por la comunidad jurídica nacional argentina, en los siguientes extremos:

- El amparo legal del Decreto reside en la facultad del Poder Ejecutivo

contenido en el Artículo 99, inciso 1; en consecuencia, no se trata de una reglamentación ni de una norma que pretende ser Ley; además, de no tener dicha jerarquía normativa se configura como un conjunto de órdenes o disposiciones del Poder Ejecutivo, dentro de la administración pública. Desde el ámbito del Derecho Penal, el Decreto asigna funciones y competencias para la persecución del delito a las FFAA, en cuya enumeración incluso se encuentran los delitos tributarios, pues no es equiparable la Defensa Nacional a la persecución del crimen organizado.⁴¹

- Algunos autores han advertido problemas mayúsculos en el Decreto, señalando que se dispone una especie de pena de muerte, prohibida en la Argentina, que se incurre en el riesgo de que paguen inocentes por la conducta de los criminales. De otro lado, se afirma que por este Decreto de naturaleza penal se dispone la muerte de gente (los que están arriba del avión) sin que se den los presupuestos de un estado de necesidad, legítima defensa, o inexigibilidad de otra conducta. La vicepresidenta y sus ministros, a raíz del Decreto que han firmado, y donde han ordenado esa conducta, habrán incurrido al menos en instigación o determinación a cometer homicidio, conforme lo prevé el Artículo 45° del Código Penal vigente, que no estaría justificado y que será culpable.⁴²

V.7.2. Situación actual de la Interceptación de Aeronaves Civiles en Argentina

La República Argentina, desde el punto de vista factico, vive actualmente en un escenario de lamentable indefensión de su espacio aéreo nacional, sin perjuicio del complejo escenario económico, los altos índices de criminalidad que llevaron en su momento al Poder Ejecutivo a declarar en emergencia la seguridad pública, con la sanción del Decreto N° 228/2016, de 21 de enero de 2016, en mérito del cual se habilitó a la Fuerza Aérea Argentina para el uso de las fuerza letal, en los procedimientos de interceptación de aeronaves civiles en vuelo ilegal, si mayor resultado en defensa de los intereses de la nación.

Tal es el caso que, según el informe de la Asociación Antidrogas de la República Argentina, se reporta el funcionamiento de al menos de 1,500 pistas clandestinas y poco más de 120 vuelos ilegales diarios, sin que exista control, vigilancia real y protección del espacio aéreo nacional. Las fuerzas de seguridad federales admiten que el 80 por ciento de la droga que ingresa al país es traficada por aire, utilizando avionetas y pudiendo llegar a transportar 600 kilogramos de Clorhidrato de cocaína.

De otro lado, en cuanto a la infraestructura para el control y vigilancia del espacio aéreo argentino, solo se cuenta con tres radares fijos con serias limitaciones de funcionamiento (Opera solo 8 horas diarias), razón por la cual el Estado argentino no puede ejercer pleno derecho soberano

41 Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial. (2016). Emergencia y derribo de aviones, Recuperado de <https://cedaeonline.com.ar/2016/04/06/emergencia-y-derribo-de-aviones>.

42 Latinoamérica Piensa. (2013). Derribar Aviones es Inconstitucional, Recuperado de <http://latinoamerica-piensa.com/politica/28-derribar-aviones-es-inconstitucional>.

sobre su propio espacio aéreo, afectando directamente la seguridad de la frontera norte del país, hecho que contribuye y facilita el tráfico ilícito de todo tipo de estupefacientes, para consumo interno y para exportación a Europa u otros destinos. Esto sin perder de vista al terrorismo internacional, del cual la Argentina ya ha sido víctima, lo que evidencia la urgencia de contar con un instrumento jurídico, equipamiento y capacidad instalada destinada al control y protección aeroespacial, dado que desde el punto de vista jurídico el Decreto 228/2016 contraviene la siguiente normativa legal:

- El Inciso 1° del Artículo 99° de la Constitución de la Nación Argentina, pues siendo una orden del Poder Ejecutivo, pretende reglamentar el accionar de las Fuerzas Armadas respecto de un procedimiento no previsto por Ley, cuando, como señala el Dr. Gamboa, el Decreto 228/2016 ni siquiera prevé las formalidades de un Decreto de necesidad y urgencia, en los términos del inciso 3 del Artículo 99 de la Constitución nacional.⁴³
- Vulnera flagrantemente los Artículos 31° y 32° de la Ley 20059, Ley de Seguridad Interior, que prevé la intervención de las Fuerzas Armadas en seguridad interior, en forma excepcional, por mandato expreso del presidente de la nación, y previo decreto de estado de sitio.
- Colisiona con el Artículo 2° de la Ley N° 23554, Ley de Defensa Nacional, por cuanto las Fuerzas Armadas solo se emplearán en forma disuasiva o efectiva

para enfrentar agresiones de origen externo, entendiéndose como agresiones de origen externo aquellas producidas por la Fuerza Armada de otro Estado, de acuerdo a la errónea interpretación que hace el Decreto 727/2006, que reglamenta la Ley acotada.

- De otro lado, el Decreto 228/2016 no se encuentra alineado con los Convenios y Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en especial, a los principios rectores y normativa del Protocolo de Montreal de 1984, que incorporó el Artículo 3 bis al Artículo 3 del Convenio de Chicago de 1944, que prevé en forma literal y expresa la abstención de los Estados, de hacer uso de las armas contra aeronaves civiles en vuelo.

VI. ANALISIS COMPARATIVO Y LINEAMIENTOS PARA UNA PROPOSTA LEGISLATIVA

VI.1. Análisis Comparativo de la Legislación Peruana y Argentina en materia de Interceptación de Aeronaves Civiles

- La Constitución Política del Perú prevé el ejercicio pleno de la Soberanía sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial garantizar la soberanía nacional.
- La Constitución de la Nación Argentina, en su Primera Disposición Transitoria, solo ratifica su Soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgia del Sur y Sándwich del Sur.

43 Gamboa M. (2016). Comentarios del Decreto 228/2016, Recuperado de <http://www.mercojuris.com/category/doctrina>.

- El Decreto Legislativo N° 1134, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa del Perú, señala que la Fuerza Aérea del Perú es responsable de defender al Perú de sus amenazas, mediante el empleo del poder aéreo para garantizar su soberanía.
- La Ley 23554, Ley de Defensa Nacional Argentina, declara como finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad de sus habitantes; sin embargo, restringe el empleo de las Fuerzas Armadas a las agresiones de origen externo, entendiendo por esta, a la agresión externa de otro Estado, conforme lo señala el segundo párrafo del Art. 2° del Decreto 727, Reglamento de la Ley acotada, y solo podrá ser empleada en temas seguridad interior en forma subsidiaria y excepcionalmente, por mandato del presidente de la Nación y mediante declaratoria de Estado de Sitio, de conformidad con lo regulado por los Arts. 31° y 32° de la Ley 24059, Ley de Seguridad Interior.
- El Decreto Legislativo N° 1139, Ley de la Fuerza Aérea del Perú, tiene asignada a la Fuerza Aérea del Perú ejercer el control, la vigilancia y defensa del espacio aéreo de la nación, con el propósito de contribuir a garantizar la soberanía nacional.
- La Fuerza Aérea Argentina, conforme a la descripción de su página web oficial, tiene por visión: Estar preparada para ejercer la soberanía efectiva del Aero espacio, columna vertebral del Poder Aeroespacial Nacional; y como misión Contribuir a la Defensa Nacional actuando disuasiva y efectivamente en el Aero espacio de interés, a fin de garantizar y proteger de modo permanente los intereses vitales de la Nación; sin embargo, no existe normativa oficial y de conocimiento público de dichos enunciados, funciones y/o responsabilidades.
- La Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, establece que el Estado ejerce soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente, de conformidad con la Constitución Política del Perú y las normas aplicables de derecho internacional; asimismo prevé que la Dirección General de Aviación Civil ejerce la condición de Autoridad Aeronáutica del Perú, la misma que tiene la responsabilidad de reglamentar la actividad aeronáutica del país a través de las Regulaciones Aeronáuticas Peruanas (RAP), asignando a la Corporación Peruana de Aeropuertos (CORPAC) la responsabilidad del Control de los Aeropuertos y del Tráfico Aéreo, así como de las Publicaciones Aeronáuticas Internacionales del Perú (AIP - PERU).
- La Ley 17285, Código Aeronáutico Argentino, señala que el mismo rige en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre, pudiendo el Poder Ejecutivo prohibir o restringir la circulación aérea sobre territorio argentino por razones de defensa nacional, interés público o seguridad del vuelo. Además, de conformidad con el artículo 24° una aeronave puede ser obligada a aterrizar cuando hubiere violado prescripciones relativas a la circulación aérea. Asimismo, conforme a la ley de la materia la Administración Nacional

de Aviación Civil es la Autoridad Aeronáutica Argentina, la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA) la autoridad competente al Tránsito Aéreo Nacional y, finalmente, la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) como Autoridad Aeronáutica, que asimilada como fuerza de seguridad desarrolla sus funciones en el ámbito aeroportuario, pese a que los alcances de su función involucran el control del espacio aéreo nacional. Sin embargo, ninguno de estos organismos reglamenta, aprueba, ni publica a la fecha (para conocimiento de la comunidad aeronáutica nacional e internacional) los procedimientos específicos para la interceptación de aeronaves civiles, habilitados en mérito del Decreto 228/2016.

- Sobre Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional, el Perú cuenta con la Ley N° 30339, que tiene como objeto el título de la norma, de conformidad con la Constitución Política del Perú y los Tratados Internacionales de los que es parte; precisa e identifica su ámbito de competencia y jurisdicción, define el Acto Hostil y cuáles son las situaciones que lo configuran, del mismo modo que es aeronave hostil, regulando la pérdida de tal condición y las excepciones a esta regla; Asimismo, declara los principios rectores para la interceptación de aeronaves civiles y para el empleo de la fuerza contra estas. Igualmente, establece los lineamientos normativos, procedimientos específicos y de registro para la interceptación aérea, para finalmente regular las exenciones de responsabilidad penal, civil y administrativa de los empleados y funcionarios encargados de hacer cumplir

la ley, el derecho de Legítima Defensa del Estado y del Personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

- Al respecto, Argentina cuenta con el Decreto 228/2016, de 21 de enero de 2016, que declara la emergencia de la Seguridad Pública, cuyo objeto es revertir la situación de peligro colectivo creada por el delito complejo y el crimen organizado; autoriza el derribo de aeronaves como último recurso dentro del procedimiento de interceptación aérea de aeronaves civiles, para cuyo efecto establece, mediante Anexos I y II, Reglas de Protección Aeroespacial y desclasifica las Reglas de Empeñamiento para la Defensa Aeroespacial, creando dos sectores de defensa aeroespacial; identifica a la autoridad nacional responsable, a la de aplicación y a las de ejecución, autorizándose la demostración y el uso de fuerza luego de realizados los procedimientos para la identificación y comunicación respectivas. Sin embargo, los funcionarios mencionados aún no han sido nombrados oficialmente, los procedimientos específicos para la demostración y uso de la fuerza no han sido reglamentados por la Autoridad Aeronáutica Competente; tampoco se han modificado ni publicado las Reglaciones Argentinas de Aviación Civil – RAAC, para conocimiento y aplicación de la comunidad aeronáutica nacional e internacional; sin perjuicio de la ausencia de la norma legal que declare el estado de sitio y que permita el empleo de las Fuerzas Armadas y en particular de la Fuerza Aérea Argentina.

En síntesis, podemos señalar que en Argentina, pese a los validos esfuerzos del Poder Ejecutivo de implementar procedimientos para el control, vigilancia y

defensa aeroespacial, estos resultan insuficientes y poco idóneos, cuando de por medio se utiliza un instrumento legal cuyo objeto es la persecución del crimen organizado, competencia de las Fuerzas de Seguridad y no de las Fuerzas Armadas habilitadas para intervenir sin los presupuestos facticos, ni la herramienta jurídica que permite su intervención en materia de seguridad interior como ya se ha mencionado; de otro lado, dado que la participación de la Fuerza Aérea en ese contexto acarrea conflictos legales en materia penal, el Decreto 228/2016 no solo no se viene aplicando en este ámbito, sino que además resulta inaplicable.

Frente a esta situación factico-jurídica, debemos revisar los conceptos de Seguridad y Defensa Nacional, a efectos de poder dotar de herramientas jurídicas idóneas a la Nación, que sin perjuicio de entender la amplitud del concepto de seguridad, está ligado no solo a la capacidad del Estado de preservar la forma de vida de sus habitantes y posibilitar su desarrollo, protegiendo su vida, su libertad y propiedad, sino también es exigible esa capacidad del Estado para garantizar su supervivencia como Nación, manteniendo su soberanía e independencia material y espiritual.

En esa línea de pensamiento, no es extraño que a cada uno de estos aspectos se los identifique como contenido doctrinario de la Seguridad Nacional y la Defensa Nacional, debiendo tenerse en cuenta en este último caso, que la misma no puede estar circunscrita o limitada a la agresión externa armada de otros Estados, pues la violación a la soberanía nacional no solo es susceptible de producirse por fuerzas armadas de otros Estados, sino también por el crimen transnacional, que no ostenta más bandera que el de sus criminales intereses.

De allí que, cuando como consecuencia del avance y preexistencia del crimen transnacional (Narcotráfico, terrorismo, contrabando de armas y explosivos, etc., que hacen uso del espacio aéreo nacional), convertido en amenaza no solo a la seguridad interior, competencia de las Fuerzas de Seguridad, sino también a la Soberanía Nacional, el Poder Ejecutivo debe instrumentar una herramienta legal con fuerza de Ley, que permita la regulación del control, vigilancia y defensa aeroespacial que actualmente no está siendo ejercida ni por las Fuerzas de Seguridad, por no ser ésta su misión constitucional ni legal, ni por las Fuerzas Armadas, por la interpretación restringida de su actuación respecto de la violación y/o amenaza de agresión externa, y las condiciones de excepción para su intervención ya mencionadas.

Finalmente, considero pertinente tener en cuenta el proceso legislativo que ha llevado al Perú a contar con una sólida normativa y que ha instrumentado el control, vigilancia y defensa de su espacio aéreo nacional, sin contravenir la Constitución Política del Perú, los Tratados Internacionales de los que es parte y su legislación ordinaria y reglamentaria.

VI.2. Lineamientos para una Propuesta Legislativa

a) Aspectos de técnica normativa

La propuesta legislativa deberá contar con una estructura normativa de acuerdo al siguiente detalle:

- **Título de la Ley.**- Debe expresar en forma sintética el objeto de la Ley.
- **Parte expositiva o exposición de motivos.**- Debe contener la fundamentación jurídica de la necesidad de la

propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina que se ha utilizado para su elaboración.

Asimismo, la fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional, y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

- **Análisis costo beneficio.**- Sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios.

El análisis costo beneficio es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental.

- **Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.**- Este debe precisar si se trata de innovar o crear una norma supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes. En caso de tener un efecto derogatorio, éste se debe precisar expresamente. El análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta. Si se modifica o

deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa.

- **Formula normativa.**- Contiene la parte considerativa, la parte dispositiva y la parte final.

Lineamientos Generales:

Título de la Ley.- Ley de Control, Vigilancia y Defensa o Protección Aeroespacial

Parte expositiva o exposición de motivos.- Exponer la amenaza que constituye a los intereses vitales de la nación la agresión externa, que implica la violación a la soberanía, la incursión de aeronaves civiles pertenecientes al crimen organizado transnacional en el espacio aéreo argentino, alineados al amparo de la Resolución 1368, de 12 de setiembre de 2001, de Naciones Unidas (Hechos del 11/09/2001) que califica a los actos terroristas como ataque armado sin que este provenga de un Estado, constituyendo una agresión a la soberanía de los estados al hacer uso indebido de la aviación civil, y el Artículo 51° de la Carta de Naciones Unidas que consagra el derecho de los Estados a la Legítima Defensa.

Sustentar jurídicamente la necesidad y la legalidad de la implementación de una Ley que regule el control, vigilancia y defensa o protección del espacio aéreo, habilitando a la Fuerza Aérea Argentina a ejercer la legítima defensa del Estado al amparo de los Artículos 2° y 5° de la Ley 23554, Ley de Defensa Nacional, que prevé el empleo de las Fuerzas Armadas en forma disuasiva y efectiva, frente a una agresión externa, alineados con los principios de soberanía y

legítima defensa, concordante con el Artículo 2° de la Ley 24948 vigente.

Asimismo, declarar el cumplimiento de los principios contenidos en las normas del derecho internacional como el Convenio de Chicago de 1944, especialmente el Artículo 3 bis del protocolo de Montreal de 1984 y el Artículo 4° de la misma regulación internacional.

De otro lado, deberá incorporarse en esta Exposición de Motivos un resumen de los antecedentes fáctico jurídicos, que deslinden una interpretación superada de agresión a la soberanía a través de una Fuerza Armada de otro Estado, como condición para la intervención de la Fuerza Armada en defensa de la soberanía nacional (Detallada en el segundo párrafo del análisis del impacto normativo que precede); y de ser necesario incorporar legislación comparada y doctrina utilizada para su elaboración.

Análisis costo beneficio. - Explicar en términos cuantitativos el impacto de la norma con relación a la salud pública, la interrupción del puente aéreo de la comercialización de estupefacientes y otros delitos, coadyuvando con las Fuerzas de Seguridad interior en la persecución del delito y el crimen organizado, y los efectos que tendrá en la sociedad y el bienestar general.

Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional. - En este extremo se debe precisar que se trata de una Ley que suple un vacío legislativo que solucionara la falta de la presencia del Estado Argentino en el control, vigilancia y defensa o protección del espacio aéreo, en ejercicio de la soberanía de la Nación.

Asimismo, se deberá disponer que todas las normas que se opongan a la propuesta legislativa quedan derogadas en forma

expresa o ficta; en especial, los alcances del Artículo 1° y el segundo párrafo del Artículo 2° del Decreto 727/2006, que reglamenta la Ley 23554, Ley de Defensa Nacional, que interpreta erróneamente el alcance del derecho de la República Argentina a actuar frente a una agresión externa que afecta a la soberanía de la Nación.

Sin perjuicio de lo expuesto, el análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta.

Lineamientos Específicos:

Formula normativa.-

- **Parte Considerativa:** Teniendo en cuenta que los proyectos de Ley cuentan, en la fase de proyecto de Ley, con la exposición de motivos, los análisis de impacto normativo y costo beneficio, en la redacción de la formula legislativa se aborda directamente la parte Dispositiva.
- **Parte Dispositiva:** Dependiendo de la naturaleza de la Ley y de su extensión (General o Especial), esta podrá dividirse en: Disposiciones Generales, en cuyo contenido se establecerá el objeto de la Ley, algunas definiciones y el ámbito de aplicación de la misma, por ejemplo:

Artículo 1°.- Objeto de la Ley, que expresará el contenido del título de la Ley "... regula el control, vigilancia y defensa o protección aeroespacial...o establece los principios y normas para el control..."

Artículo 2°.- Definiciones, aquí se definirán los conceptos necesarios para la mejor comprensión o entendimiento de la Ley "Altura, Aeródromo controlado, Derrota, Espacio aéreo controlado, Regulaciones Argentinas de Aviación Civil, etc.

Artículo 3°.- Ámbito de Aplicación, que identificara el área geográfica dentro del espacio aéreo nacional, donde el Estado argentino ejerce soberanía nacional, y las áreas de Defensa Operacional o de Identificación de Defensa Aérea.

Parte Sustantiva, donde se establecerán los actos y definiciones del objeto de la Ley, de modo tal que, si el objeto de la Ley es establecer las normas para el control, vigilancia y defensa aeroespacial, debemos identificar que actos y situaciones debemos calificar como violatorios al espacio aéreo susceptibles de controlar, vigilar y defender. Estos actos podrán ser los Actos hostiles, ilegales, ilícitos o irregulares a criterio del legislador o del organismo que formule la propuesta legislativa.

Cabe precisar que los aspectos relativos a la organización, funciones y responsabilidades de los operadores de la Ley, serán precisados en el reglamento de la Ley, cuya responsabilidad corresponde a la Autoridad Aeronáutica del país (ANAC).

Posteriormente, se aborda la Parte Procedimental donde se formulan los lineamientos generales para (en nuestro caso) realizar la interceptación de aeronaves sospechosas o en vuelo ilegal, por ejemplo:

Artículo X. Principios rectores para la interceptación de aeronaves civiles.

Artículo XX. Principios rectores para el empleo de la fuerza contra una aeronave hostil.

Artículo XXX. Principios generales para los procedimientos de interceptación de una aeronave en vuelo.

Finalmente, la Parte donde se podrán implementar Disposiciones Finales Transitorias, Complementarias o Derogatorias,

según sea el caso, como el mencionado en los lineamientos generales que anteceden.

VII. CONCLUSIONES

Del análisis de la normativa peruana y argentina en materia de interceptación de aeronaves civiles, podemos concluir que:

1. Coadyuvar en la solución de los problemas de seguridad que vive la República Argentina, causados entre otros factores por la insuficiente implementación de sistemas de control, vigilancia y defensa o protección aeroespacial (Que implica la preexistencia de un sistema óptimo de radares, centros de comando y control debidamente equipados y de asignación de medios aéreos), requiere, en principio, de una norma legal con rango de Ley, que regule el control, vigilancia y defensa o protección del espacio aéreo nacional.
2. Redefinir los alcances interpretativos del artículo 1° y el segundo párrafo del artículo 2° del Decreto 727/2006, que reglamenta la Ley 23554, Ley de Defensa Nacional y que define “agresión externa” como aquella que puede ser cometida solo por una fuerza armada de un Estado, cuando resulta evidente que esta puede ser ocasionada por el crimen organizado transnacional, sin que ello signifique la participación de algún Estado en particular, pero que no deja de ser una agresión externa a la soberanía de la nación. Basta con recordar el sustento factico-jurídico que como correlato del ataque terrorista del 11/09/2001 sirvió al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para emitir las Resoluciones N° 1368 y 1373, condenando los actos terroristas como

ataque armado y amenaza a la paz y la seguridad internacional.

3. Para la implementación de principios rectores y procedimientos generales para la interpretación de aeronaves civiles, se formule una norma con rango de Ley que habilite a la Fuerza Aérea Argentina a actuar en la defensa de la soberanía nacional y, al amparo del principio de legítima defensa, lo haga frente a cualquier agresión o amenaza externa, provenga o no de otro Estado, siempre que se afecte la soberanía y los intereses vitales de la Nación; pudiendo calificarse estos actos como hostiles y no compatibles con el uso de la aviación civil internacional. Asimismo, resulta imperativo que la Visión y Misión de la Fuerza Aérea Argentina este publicada en el Boletín Oficial de la Nación, en la Ley de la materia o por la autoridad competente, a efectos que prevea su accionar en el ámbito operacional, pues la cultura del secreto les ha hecho más daño a las instituciones tutelares de la Nación, que a la seguridad de la información.
4. Que la propuesta legislativa contenga: objeto, definiciones y ámbito de aplicación en la parte preliminar; jurisdicción, competencia de los operadores de la Ley y conceptualización de los actos que configuren infracción a la Ley en la parte sustantiva; los lineamientos generales para la interceptación aérea de aeronaves civiles; los principios rectores para la interceptación aérea; y los principios rectores para el uso

de las armas como último recurso. Finalmente, en la parte complementaria y final, prever la temporalidad para la reglamentación de la Ley a cargo de la autoridad aeronáutica nacional y la derogación de las normas incompatibles con la propuesta legislativa.

5. Promulgada que fuera la Ley, deberá emitirse un Decreto que defina las coordenadas geográficas de los Sectores de Defensa Aeroespacial (De la República Argentina y del Paraná), o los que correspondan, sin perjuicio de poder ser incluida esta definición geográfica en el Decreto reglamentario de la Ley, donde se preverán o regularán los procedimientos específicos, a través de las Regulaciones Argentinas de Aviación Civil – RAAC.

Asimismo, en el contenido de dicha norma reglamentaria, deberá precisarse como regla general los casos en los que el Estado - Fuerza Aérea Argentina debe abstenerse de hacer uso de la fuerza, las prohibiciones al uso deliberado de aeronaves civiles para cualquier propósito incompatible con los fines del Convenio de Chicago de 1944, los procedimientos específicos para la interceptación de aeronaves civiles, conforme bien precisa Griselda Capaldo,⁴⁴ en el artículo 36° del Proyecto de Código Aeronáutico Argentino y en forma excepcional, los casos en los que luego de declaradas hostiles las aeronaves y de haber perdido su condición de aeronaves civiles, sea necesario como último recurso su neutralización.

44 Capaldo, G. (2010). Proyecto del Código Aeronáutico, Recuperado de <https://cedaeonline.com.ar/author/gdcapaldo>.

6. Cumplida esta segunda fase de producción legislativa, proceder a su publicación en el boletín oficial, debiendo remitirse la reglamentación específica a la autoridad nacional de tránsito aéreo (EANA), para su publicación en las publicaciones aeronáuticas argentinas (AIP – Argentina), para conocimiento y cumplimiento de la comunidad aeronáutica nacional e internacional.
 7. Finalmente una reflexión vinculada a la necesidad de releer, de repensar nuestro Derecho, parafraseando el epígrafe final de las conclusiones de Romualdi en uno de sus artículos sobre responsabilidad en el transporte aéreo, cuando señala que es tiempo de comenzar a realizar nuevas construcciones normativas que adecuen la conducta de los actores sociales con la Ley y los valores sociales vigentes en nuestra sociedad.⁴⁵ Nosotros entregamos estos breves lineamientos de una construcción, que aunque no es nueva, pretende adecuar la conducta de los actores sociales con los valores sociales hoy vigentes y con la Ley que nos sobrevendrá: La Ley de Control, Vigilancia y Protección Aeroespacial.
- Centro de Estudios de Derecho Aero-náutico y Espacial. (2016). Emergencia y derribo de aviones, Recuperado de <https://cedaeonline.com.ar/emergencia-y-derribo-deaviones>.
 - Corporación Peruana de Aeropuertos. (2016). Suplemento AIP 05/16 a la Publicación de Información Aeronáutica del Perú, (AIP-PERU). Recuperado de <http://www.corpac.gob.pe>.
 - Diario El Comercio. (2016). Lucha contra el Narcotráfico en el Perú. Recuperado de <http://elcomercio.pe/noticias/alberto-otarola-167613>.
 - Diario Popular. (2016). Existen 1,500 pistas ilegales que son utilizadas por narcos. Recuperado de <http://www.diaripopular.com.ar>.
 - Folchi M. (2015). Tratado de Derecho Aeronáutico y Política Aeronáutica Civil, Buenos Aires – Bogotá: Editorial ASTREA.
 - Fuerza Aérea Argentina. (2016). Visión y Misión de la Fuerza Aérea Argentina, Recuperado de https://www.faa.mil.ar/mision/index_mision.html.
 - Fuerza Aérea del Perú. (2016). Visión y Misión de la Fuerza Aérea del Perú. Recuperado de <https://www.fap.mil.pe>.
 - Gaceta Aeronáutica. (2014). La Vigilancia Aeroespacial en Argentina,

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Cataldi H. (2014). Interceptación y derribo de aeronaves privadas en la República Argentina, Revista Policía y Criminalística de la Policía Federal Argentina: Volumen

45 Romualdi, E. (2011). Sistema de Responsabilidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Sistema Argentino de Información Jurídica-SAIJ; Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>.

- Recuperado de <http://www.gacetaaeronautica.com/gaceta>.
- Gamboa M. (2016). Comentarios del Decreto 228/2016, Recuperado de <http://www.mercojuris.com/category/doctrina>.
 - Capaldo G. (2010). Proyecto del Código Aeronáutico, Recuperado de <https://cedaonline.com.ar/author/gdcapaldo>.
 - Infodefensa.com (2015) Perú instala radar TPS – 70 para la lucha contra el narcotráfico. Recuperado de <http://www.infodefensa.com>.
 - Información Legislativa (2004) Decreto N° 1407/2004. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infoleg>.
 - Latinoamérica Piensa. (2013). Derribar Aviones es Inconstitucional, Recuperado de <http://latinoamericapiensa.com/politica/28-derribar-aviones-es-inconstitucional>.
 - Lena Paz, J. (1987). Compendio de Derecho Aeronáutico, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.
 - Mapelli, E. (1984). Boletín de Información del Ministerio de Justicia de España N° 1355. Violación del Espacio Aéreo e Interceptación de Aeronaves, Madrid.
 - Martínez E. (1960). Introducción al Derecho Civil Comparado, Buenos Aires: Alberto Perrot.
 - Monitor Parlamentario. (2015). Proyectos/1869-D-2014, Recuperado de <http://www.congresointeractivo.org>
 - Oppenheim, L. (2016). Tratado de Derecho Internacional Público. Derecho Internacional Público, Recuperado de www.derecho-internacionalpublico.com/.../principios-soberanía-igualdad-estados.
 - Perucchi, H. (1990). Interceptación de Aeronaves Civiles, Buenos Aires: AZ editora.
 - Pozo P. (2013). La Carta de las Naciones Unidas y el Régimen Jurídico de algunos problemas de interpretación actuales, España: Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos N°1/2013.
 - Real Academia Española. (1954). Diccionario de la Lengua Española, Madrid: Vigésima Edición, Editorial Espasa – Calpe, Tomo II.
 - Remiro, A. (2001). Terrorismo, Mantenimiento de la Paz y nuevo orden, España: Revista Española de Derecho Internacional ibidem, Vol. 53, N° 1.
 - Romualdi, E. (2011). Sistema Argentino de Información Jurídica-SAIJ (2011) Sistema de Responsabilidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>.
 - Videla Escalada, F. (2000). Manual de Derecho Aeronáutico, Buenos Aires: Tercera edición, ZAVALIA Editor.

LEGISLACION INTERNACIONAL CONSULTADA

- Carta de Naciones Unidas Sitio oficial www.org/es/carta-de-las-nacionesunidas/index.html Nueva York de 26 de junio de 1945.
- Convenio de Aviación Civil Internacional Convenio de Chicago 1944 Sitio oficial www.icao.int. Chicago del 7 de diciembre de 1944.

- Protocolo Relativo a una Enmienda al Convenio de Aviación Civil Internacional - Protocolo de Montreal, www.icao.int. Montreal del 10 de mayo de 1984.
- Resolución N° 3314 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974. · Resolución N° 1368 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 12 de setiembre del 2001. · Resolución N° 1456 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 20 de enero del 2003.
- Decreto 1091/2011 del 20 de julio del 2011 que establece el Operativo Escudo Norte, para incrementar la vigilancia y el control del espacio terrestre, fluvial y aéreo de jurisdicción nacional en las fronteras noreste y noroeste. Publicada en el Boletín Oficial el 30 de julio de 2011.
- Decreto N° 727/2006 - Reglamento de la Ley 23.554 Ley de Defensa Nacional. Publicado en el Boletín Oficial el 12 de junio de 2006.
- Resolución 222/2016 Ministerio de Transporte, Transferencia de funciones de Control de Tránsito Aéreo a Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado. Publicada en el Boletín Oficial del 04 de agosto de 2016.

LEGISLACION ARGENTINA CONSULTADA

- Constitución de la Nación Argentina. Publicada en el Boletín Oficial el 23 de agosto de 1994.
- Ley 17.285 que sanciona el Código Aeronáutico Argentino. Publicada en el Boletín Oficial el 23 de mayo de 1967.
- Ley 26.102 Ley de Seguridad Aeroportuaria, sancionada el 31 de mayo de 2006, promulgada parcialmente el 16 de junio de 2006. Publicada en el Boletín Oficial el 22 de junio de 2006.
- La Ley 23554 Ley de Defensa Nacional, sancionada el 13 de abril de 1988, promulgada el 26 de abril de 1988. Publicada en el Boletín Oficial el 5 de mayo de 1988.
- La Ley 24.059 Ley de la Seguridad Interior, sancionada el 18/12 1991, promulgada el 6/1/1992. Publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1992.
- Decreto 228/2016 Declara en Emergencia la Seguridad Pública. Publicado en el Boletín Oficial el 21 de enero de 2016.

LEGISLACION PERUANA CONSULTADA

- Constitución Política del Perú de 1993. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre de 1993.
- Ley N° 30339 - Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 agosto de 2015.
- Ley 27262 - Ley de Aeronáutica Civil de Perú. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 9 de mayo de 2000.
- Ley N° 30339 Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional. Publicada el 29 de agosto del 2015 en el Diario oficial El Peruano.
- Decreto Legislativo N° 1139 Ley de la Fuerza Aérea del Perú. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de diciembre de 2012.

- Decreto Supremo N° 005-2016-DE La Zona de Identificación y Defensa Aérea (ADIZ PERU). Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de abril de 2016.
- Decreto Supremo N° 050-2001. Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil de Perú, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 1 de mayo de 2001.
- Resolución Directoral N° 003-2016-MTC/12, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones aprueba la modificación del Apéndice I Interceptación de Aeronaves Civiles, de la Parte I Aeronaves, de la Regulación Aeronáutica del Perú RAP 91 Reglas de Vuelo y Operación General. Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” del 4 de enero de 2016.

Darío Vásquez Rojas y Jorge Tordoya Zúñiga¹

LA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DE PRETENSIONES EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN EVITAN LA INDEFENSIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ANTECEDENTES; III. ANÁLISIS; IV. CONCLUSIONES; V. RECOMENDACIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

Procesalmente, el Código Penal Militar Policial permite interponer recursos impugnatorios en el proceso penal militar policial; sin embargo, la aplicación incorrecta de dichas herramientas con frecuencia evidencia un desconocimiento de la técnica procesal, lo que conlleva a la indefeción de los procesados por impericia de los abogados. Los operadores del Derecho deben actualizarse en la legislación vigente y la doctrina especializada en Justicia Militar, porque de no hacerlo así ejercen una deficiente defensa, si no tienen un correlato acorde con el principio de congruencia procesal.

En ese sentido, el presente artículo plantea la forma correcta de formular los recursos impugnativos en el modelo contradictorio adversarial, haciendo énfasis especial en el más común de ellos: el recurso de apelación. Para lograr ese objetivo se consultó la legislación y los tratados escritos respecto al proceso penal común y cómo se aplican estos en proceso penal militar policial, de manera que se utilicen las “Pretensiones Impugnatorias” en tiempo y forma.

1 Oficiales del Cuerpo Jurídico de la Marina de Guerra del Perú.

Los resultados del análisis, sumados a la experiencia de los autores que interactúan en las audiencias en el Fuero Militar Policial, confirman que muchos colegas confunden los requisitos aplicados ante Tribunales del Fuero Común y en las Salas del Fuero Militar Policial; lo que conlleva a perder la oportunidad de interponer un recurso de apelación eficiente.

Las conclusiones de este artículo revelan que los abogados litigantes no dominan las técnicas reguladas en el Código Penal Militar Policial, confundiénolas con las del Código Procesal Penal, lo que hace que los agravios no puedan ser adecuadamente argumentados, ni escritural ni oralmente.

ABSTRACT

Procedurally, the Police Military Penal Code allows the filing of appeals in the police military criminal process; however, the incorrect application of these tools frequently shows a lack of knowledge of the procedural technique, which leads to the indefection of the defendants due to the lack of expertise of the lawyers. Law operators must update themselves on current legislation and the specialized doctrine in Military Justice, because if they do not do so, they exercise a deficient defense, if they do not have a correlate in accordance with the principle of procedural consistency.

In this sense, this article proposes the correct way to formulate the appeals in the adversarial contradictory model, placing special emphasis on the most common of them: the appeal. To achieve this objective, the legislation and written treaties regarding the common criminal process were consulted and how these are applied in police military criminal proceedings, so that the "Challenging Claims" are used in a timely manner.

The results of the analysis, added to the experience of the authors who interact in hearings in the Military Police Jurisdiction, confirm that many colleagues confuse the requirements applied before Common Jurisdiction Courts and in the Military Police Jurisdiction Chambers; which leads to losing the opportunity to file an efficient appeal.

The conclusions of this article reveal that litigating lawyers do not master the techniques regulated in the Military Police Criminal Code, confusing them with those of the Criminal Procedure Code, which means that the grievances cannot be adequately argued, neither in writing nor orally.

PALABRAS CLAVES: "Pretensión Impugnatoria" y "Recurso de Apelación"

KEYWORDS: "Challenging claim" and "Appeal"

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende hacer un esbozo sobre los frecuentes errores de la defensa técnica en la formulación y orali-zación de los recursos de apelación, en el ámbito jurisdiccional militar policial; en ese sentido, nos centraremos en las impugnaciones formuladas contra las sentencias.

Como consecuencia de esta falta de pericia de la defensa técnica, se evidencia el desconocimiento del tecnicismo procesal de los abogados defensores, que frecuentemente colocan a sus defendidos en situación de indefensión, al no ser precisos en sus pretensiones.

La interrogante de ¿Por qué los abogados defensores transgreden frecuentemente el principio de congruencia recursal, por la incorrecta identificación de sus pretensiones frente a los actos procesales?, tiene

como correlato la falta de una actualización y capacitación pertinente del letrado.

Teniendo en consideración que las pretensiones a invocarse son la “Revocatoria” o “Nulidad” de la sentencia y los sustentos se derivan del proceso de identificación de los puntos específicos de la resolución impugnada, donde a su vez se evidencia las clases de patología procesal como son los “Errores” o “Vicios” del que adolecería la decisión cuestionada. Asimismo, en los errores evidenciados debe especificarse si estos son de “Hechos” o de “Derecho”. Si lo que se evidencia son vicios, entonces debe identificarse las vulneraciones de un derecho fundamental de contenido esencial.

Estas deficiencias de la defensa permiten también evidenciar que la previa evaluación de admisión de los recursos tampoco se cumple, lo que denota también un problema funcional de los operadores jurisdiccionales, que no cumplen con la etapa previa del filtro de admisión del recurso, que permita a los defensores corregirse antes de la audiencia de vista.

En consecuencia, pretendemos con este trabajo contribuir en la orientación de cómo debe ser una correcta formulación de un recurso de apelación, que en cierta forma evite que el impugnante no caiga en indefensión, aun cuando el papel del juez es brindar la tutela jurisdiccional, que no siempre será la adecuada si la pretensión no es la correcta y congruente con los agravios encontrados en la sentencia o pronunciamiento jurisdiccional.

II. ANTECEDENTES

De acuerdo con la normativa, los recursos de apelación se interponen en el plazo de cinco días contra las sentencias, autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o las que declaren extinguida la acción penal o que pongan fin al procedimiento o a la instancia; así como, los autos que revoquen la condena condicional, los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre la aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva; y formalmente los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable, estos son los preceptos del Código Penal Militar Policial (CPMP).²

En el ordenamiento penal especial que prevé el CPM, la sentencia condenatoria puede impugnarse en las situaciones siguientes:

- “1. Cuando se alegue la inobservancia de un precepto o una garantía constitucional o legal;
2. Cuando se haya aplicado erróneamente la ley penal;
3. Cuando carezca de motivación suficiente, o esta sea contradictoria, ilógica o arbitraria;
4. Cuando se base en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por este Código;
5. Cuando se haya omitido la valoración de prueba decisiva o se haya valorado prueba inexistente;

2 Artículo 439 del CPMP.

6. Cuando no se haya observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia;
7. Cuando no se cumpla con los requisitos esenciales de la sentencia; y
8. Cuando se dé alguno de los supuestos que autoricen la revisión de la sentencia.³

De igual modo, en las sentencias absolutorias podrá impugnarse por los motivos siguientes:

1. Cuando se alegue la inobservancia del derecho a la tutela judicial del agraviado;
2. Cuando se haya aplicado erróneamente la ley;
3. Cuando la sentencia carezca de motivación suficiente, o sea contradictoria, ilógica o arbitraria; y
4. Cuando no se cumpla con los requisitos esenciales de la sentencia.⁴

La instancia superior, que tiene la competencia para resolver las apelaciones es la Sala o el Tribunal Superior Militar Policial, a quien corresponde el control de la decisión judicial, y será la competente para el reexamen del caso propuesto, teniendo como marco de referencia los puntos establecidos como agravios.⁵

Se debe tener en consideración el principio de limitación recursal, referido a la demarcación del ámbito de la decisión que tiene la instancia superior, pues solo

le está permitido emitir pronunciamiento con relación a los agravios de la resolución recurrida, a lo que ha sido objeto de cuestionamiento, por quien recurre y a lo que se pretende; es decir, que, la instancia superior tiene su límite en los agravios y pretensión postulados. Por tal razón dicha instancia no podrá apartarse de los límites fijados por el impugnante.⁶

Por otro lado, ¿Cómo conciben los tratadistas el “error” de hecho o derecho? “La doctrina del error se apoya en la imposibilidad de construir el elemento intelectual de la culpabilidad, por eso el error es una causa de inculpabilidad, dado que, un individuo que ignore o que conozca imperfectamente las circunstancias fácticas, o su significado, no puede guiar su voluntad en adecuación al fin, que es lo que fundamenta el reproche en la culpabilidad. En palabras de Jiménez de Asúa, “error de hecho es el que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento. Para que el error se considere de hecho, ha de referirse a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico; es decir, estrictamente fácticas, que han de hallarse en correspondencia con el núcleo o las exigencias terminantes al objeto o a los sujetos expresados en d tipo legal. Es, en suma, el error sobre la materialidad del hecho ejecutado”. “El error de derecho es aquel que se produce cuando la voluntad sede hacia tal conducta por ignorancia o por falsa interpretación de la norma jurídica.”

3 Artículo 441 del CPMP.

4 Artículo 441 del CPMP.

5 Artículo 437 del CPMP.

6 <https://iuslatin.pe/principio-de-limitacion-recursal>.

Tal como señala Marcial Rubio, “el error de derecho se producirá cuando el agente tenga un conocimiento parcial o deformado de las normas aplicables al hecho o caso o cuando, debidamente informado de ellas, ha cometido un error en la interpretación o de su aplicación.”⁷

Otros tratadistas consideran que el “El escepticismo kelseniano en punto al problema de los hechos puede ser, todavía, más radical, porque —sin duda— se origina en una plausible descripción de la dinámica de un proceso judicial.”

Hay otro sentido en que es legítimo decir que cada juez constituye los hechos del proceso: tiene que decidir acerca de los enunciados que va a usar para fundamentar su sentencia. Es decir, la decisión es constitutiva de la premisa empírica que es necesaria para justificar la norma individual de la sentencia. Pero Kelsen también señala que es también constitutiva en este sentido de otra proposición, a saber, la que tiene por probados los hechos del proceso, aquellos que son, finalmente, descriptos en la premisa empírica, si es que se trata de una sentencia internamente consistente. Por consiguiente, la decisión del juez es también un pronunciamiento sobre otra clase de hechos, a saber, aquellos que consisten en el cumplimiento del procedimiento probatorio. Pero si la sentencia es recurrible, les corresponderá a los jueces superiores la revisión de ambas dimensiones, el carácter constitutivo de esas decisiones es, entonces, provisorio.

Como dice Kelsen, el proceso mismo —entendido como un conjunto de acciones regladas— puede ser también materia de determinación judicial, en la medida en que éste previsto la actuación de instancias superiores. Estas pueden alterar —o no— las determinaciones de los hechos realizados por los jueces anteriores.

Pueden considerar verdaderas las proposiciones sobre los hechos que en la etapa anterior se calificaron como falsas, o viceversa. O pueden considerar vulnerado el procedimiento probatorio y concluir que no están probados los hechos en cuestión. O afirmar que los jueces originarios actuaron fuera de su competencia. Pero como no puede aceptarse un procedimiento judicial sin límites temporales, siempre habrá, en cada controversia, una decisión final del último tribunal, tanto sobre el contenido del derecho aplicable como acerca de los hechos, que no podrá ser revisada.”⁸

Por ello la importancia de que las pretensiones demarquen la materia y competencia del superior revisor. “Una sentencia que adquiere, por ello, la calidad de cosa juzgada.” Lo que significa, entre otras cosas, que se clausura la discusión sobre la verdad o falsedad de las proposiciones empíricas que describen un caso particular, v.g., la que afirme que cierto individuo A ha cometido un homicidio. La controversia ha finalizado con la última decisión sobre la cuestión práctica suscitada ante los jueces. El comportamiento de los jueces superiores y sus resultados, entendidos como “hechos”, no

7 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. El Error en el Derecho Penal, Rev. Derecho y Sociedad.

8 https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100002.

pueden ser materia de otro litigio. Hay que admitir —dice Kelsen— que se trata de hechos en sí, en oposición a aquellos que pueden — todavía— ser materia de una determinación judicial, imposible en el supuesto de la sentencia final. En este otro sentido, habría que admitir que esta decisión constituye los “hechos jurídicos” ahora definitivamente, esto es, en el sentido que son los hechos que se describen en las premisas empíricas del último pronunciamiento judicial.”⁹

Por otro lado, es necesario desarrollar la importancia de los derechos fundamentales esenciales como materia de sustento de los vicios advertidos en la recurrida “(...) los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional. De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorpora al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su

validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. En consecuencia, las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso.”¹⁰

Otro aspecto a considerar son los agravios como los vicios que pueden contener la sentencia recurrida, “Dada la naturaleza extensa de la apelación, no existen causas estrictas que aten su admisibilidad, solamente cabe la necesidad de fundamentar el defecto y el concretar un agravio, sin embargo, la práctica, siguiendo el tradicional esquema recursivo (vicios in iudicando e in procedendo, -muy propios de la casación- y al margen de los vicios absolutos), aduce, como motivos de apelación comunes: (a) violación a los requisitos formales de la sentencia; (b) ausencia o errónea fundamentación fáctica y probatoria, última en la que tiene lugar la inobservancia de las reglas de la sana crítica, y; (c) errores en la fundamentación jurídica; no obstante, se reitera que lo más importante es establecer y razonar la existencia de un perjuicio (funcional) para la parte, es decir, un perjuicio real e irreparable a la vigencia de las garantías constitucionales”, a fin de evitar cualquier efecto perjudicial contenido en la resolución (Rojas Chacón & Gómez Delgado, 2011), sólo este elemento, el agravio concertado en

9 https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100002

10 [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

los puntos específicos de impugnación, podrá permitir el examen de la causa.”¹¹

Según la Corte Suprema de Justicia: “(...) la obligación que tienen los jueces de fundar sus decisiones no es solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura...sino que persigue también...la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez.”¹²

En cuanto a los vicios evidenciados, pueden ser por la falta de motivación, de las resoluciones judiciales: “La Corte reconoce que, a nivel de motivación de la sentencia, un fallo puede adolecer de los siguientes vicios: (a) ausencia de fundamentación, el que a su vez se subdivide en (a.1) Falta total o parcial de cada uno de los hechos y circunstancias que se tienen por probados, y (a.2) falta de pronunciamiento de los medios de prueba que justifican cada enunciado probatorio; (b) la fundamentación incompleta, que comprendería (b.1) insuficiencias en la sentencia, esto es, cuando estamos ante una falta de corroboración entre los hechos que se tienen por probados y la prueba que los justifica, (b.2) insuficiencias en el proceso, que puede tratarse de la omisión absoluta de la consideración de algún medio de prueba aportado, o bien, de alguna alegación de la defensa que pudiera influir en las conclusiones del tribunal.”¹³

Las pretensiones no necesariamente deben ser únicas, pueden ser acumuladas o alternativas, “Así ocurre en el presente caso. Solicitada la nulidad como petición alternativa por la representación procesal del Sr. Jo, su concesión como parcial al amparo del artículo 792 de la LECrim -y del 243 de la LOPJ y de las normas supranacionales arriba mencionadas- no supone reducción alguna en las garantías procesales que le protegen. Téngase en cuenta que la estrategia defensiva consistió en negar los abusos. No se han cuestionado los demás hechos, solo que la conducta desarrollada con la menor hubiera transitado por los caminos por ella descritos y, precisamente, la prueba que no pudo proponerse trata de la falta de credibilidad de su testimonio en este concreto extremo. Sobre ello parecen versar los informes omitidos y las declaraciones que se pretenden practicar. No habría, pues, razones para anular toda la actividad probatoria, y la decisión judicial que la ha valorado en términos no cuestionados.

La anulación indiscriminada significaría contradecir el tenor y la filosofía del art. 243.1 LOPJ, y nosotros añadiríamos del artículo 792.3 de la LECrim. Por ello, debería circunscribirse a interesar la aportación de los dos informes, así como a la proposición, admisión y práctica de las nuevas pruebas y, en su caso, a la repetición de aquellas periciales vinculadas con el análisis de credibilidad y que se dicen resultan contradictorias con el contenido de los informes

11 <https://studylib.es/doc/7805985/universidad-de-costa-rica-facultad-de-derecho>.

12 <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/04/doctrina48749.pdf>.

13 <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170488/El-vicio-de-la-faltadefundamentacion.pdf?sequence=1>

inicialmente desconocidos”¹⁴. Estos apuntes, nos dan a conocer escenarios a considerar en el análisis y valoración de los casos, así como en las impugnaciones a resolver.

III. ANÁLISIS

Nuestro Código Penal Militar Policial regula la interposición del recurso de apelación, contra diversos pronunciamientos del A-quo, como sentencias, autos que ponen fin al procedimiento; en ese sentido, el recurso en cuestión es una Institución Jurídica del sistema de control de las decisiones judiciales; esta se sustenta en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para impugnar la decisión judicial.

Impugnar es una decisión de índole privada porque solo el afectado puede solicitar la revisión del superior, dándole recién la competencia y temática a la instancia superior, ya que no se pudo resolver sobre lo que no haya sido solicitado, es decir, nace de la voluntad del sujeto procesal impugnante. Entonces el recurso de apelación es un medio, un mecanismo, para la revisión de la decisión.

La realidad fáctica en las audiencias es clamorosa, ya que el letrado patrocinante, que en los casos particulares, pero que son recurrentes, se nota una falta de capacitación o no se ha actualizado en la temática que debe reunir un recurso de apelación; sobre todo, en la aplicación de un proceso acusatorio garantista del Código Penal Militar Policial, como bien se precisa en los alcances del Artículo 153 del CPMP, sobre la “separación de la función de investigar y de

juzgar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal”.

Consideramos, que nuestros colegas están incumpliendo el Código de Ética del Abogado, respecto a los deberes con el cliente, competencia y diligencia profesional, previsto en los Artículos 27 y 28, que precisa: “Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional” y “El abogado, en la defensa del interés del cliente, debe mantenerse actualizado en el conocimiento del Derecho, principalmente en el área de su especialidad, a través de una formación continua”.

Definitivamente, las normas legales como el Código Penal Militar Policial, contienen disposiciones y regulaciones que el común de las personas sin formación jurídica no lo entendería; sin embargo, los abogados tenemos la obligación de estar actualizados en las normativas vigentes y la doctrina jurídica; de lo contrario, las pretensiones de la defensa si no tienen un correlato acorde con el principio de congruencia procesal, simplemente no cumplirán su cometido de ejercer adecuadamente la defensa de su patrocinado, a quien en ocasiones puede colocarlo en indefensión.

Entonces, ¿Cómo debe formularse un recurso de apelación? Esbozaremos algunas directrices que nos ayuden a ser específicos y claros en las pretensiones y argumentaciones. En primer orden, debe establecerse

14 <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9243753/garantias%20penales/20200907>

los agravios, para ello debe identificarse los puntos de la resolución que se cuestiona, a fin que el reexamen de la instancia superior sea exitosa; por ejemplo, verificar los alcances de los artículos 441 y 442 del CPMP y contrastarlo con las partes de la sentencia que se considere tienen algún error o vicio; en ese sentido, verificar si se configura alguno de estos supuestos:

- i) La inobservancia de un precepto o una garantía constitucional o legal;
- ii) La, aplicación errónea de la ley penal;
- iii) Carezca de motivación suficiente, o esta sea contradictoria, ilógica o arbitraria;
- iv) Se sustente en una prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por el CPMP;
- v) Se haya omitido la valoración de prueba decisiva o se haya valorado una prueba inexistente;
- vi) Cuando no se haya observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia;
- vii) No cumpla con los requisitos esenciales de la sentencia;
- viii) Se configure algún supuesto que autoricen la revisión de la sentencia; y
- ix) Se evidencie la inobservancia del derecho a la tutela judicial del agraviado.

Como siguiente paso, es clasificar si alguno de los supuestos detallados constituye un “Error”, que afecta la justificación de la sentencia, o un “Vicio” que afecta la validez de la sentencia. Si es un “Error”, entonces será un “Error de Hecho” o un “Error de Derecho”; en el primer caso, establecer si está relacionado con un error en la valoración de las pruebas o en la construcción de

hechos; si es un “Error de Derecho”, establecer si se debe a una mala interpretación de la norma, inaplicación de la norma o aplicación de una norma incorrecta.

Si lo que se evidencia es un “Vicio”, verificar los supuestos (artículos 441 y 442 del CPMP) que vulneren derechos fundamentales de orden sustantivo o procesal. Posteriormente, debe fundamentarse el agravio, desarrollando si se trata de un error o vicio, con los argumentos facticos, jurídicos y probatorios que correspondan.

Luego, debe identificarse la pretensión impugnatoria respecto a la sentencia, solicitando la “Revocatoria” si se trata de un “Error” o solicitando como pretensión la “Nulidad” si se trata de un “Vicio”; con ello se logra concretar la congruencia entre la pretensión impugnatoria con el acto procesal, que contiene un error o vicio. Lógicamente, puede acumular sus pretensiones. Actuando así creemos que lograríamos cumplir con la finalidad de las impugnaciones.

Cabe advertir, si bien el recurso de apelación permite argumentar todos los errores, vicios materiales y formales como agravio, y por su naturaleza no puede ser limitado por criterios interpretativos restrictivos, debemos dar prioridad al propósito valorativo de la justicia y a la búsqueda de la verdad, en aplicación del principio de la tutela jurisdiccional efectiva; sin embargo, la mejor garantía de un pronunciamiento adecuado, que pretende la defensa, está en la correcta identificación de sus pretensiones. Corresponderá al abogado patrocinante el deber tener una permanentemente capacitación, conforme nos exige el Código de Ética del Abogado.

Finalmente, podría incluirse en el Código Penal Militar Policial una clasificación

de patología procesal, según los supuestos configurados en los artículos 441 y 442 del CPMP. Según el siguiente detalle:

“Artículo XX: Clases de patología procesal:

a) Afectan la Justificación de la Sentencia.

1) Error de Hecho:

1.1) Error en la valoración de pruebas.

- Cuando se base en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por este Código.

1.2) Error en la construcción de hechos.

- Cuando se haya omitido la valoración de prueba decisiva o se haya valorado prueba inexistente.

2) Error de Derecho.

2.1) Mala Interpretación de la norma.

- Cuando se haya aplicado erróneamente la ley penal.

2.2) Inaplicación de la norma.

- Cuando se alegue la inobservancia de un precepto.

2.3) Aplicación de la norma incorrecta.

b) Afectan la validez de la sentencia.

1) Vicios que vulneran derechos fundamentales sustantivos.

- Cuando se alegue una garantía constitucional o legal.

- Cuando carezca de motivación suficiente, o esta sea contradictoria, ilógica o arbitraria.

- Cuando se alegue la inobservancia del derecho a la tutela judicial del agraviado

2) Vicios que vulneran derechos fundamentales procesales.

- Cuando no se haya observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia.

- Cuando no se cumpla con los requisitos esenciales de la sentencia”.

IV. CONCLUSIONES

a) El Código Penal Militar Policial regula el recurso de apelación, contra diversos pronunciamientos, como sentencias y autos que ponen fin al procedimiento.

b) El Recurso de Apelación constituye un medio o mecanismo de control de las decisiones judiciales, que sustenta la revisión de la decisión y tiene su fundamento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y no en la doble instancia.

c) La impugnación del juzgado es una decisión de índole privada, porque solo el afectado puede solicitar la revisión de la sentencia o el auto por la instancia superior, dándole la competencia y temática que se origina en la voluntad del sujeto procesal impugnante.

d) En las audiencias de vista, es notorio la falta de capacitación y actualización del abogado defensor, en la argumentación de los recursos, incumpliendo los deberes, competencia y diligencia profesional con el que debe actuar, señalado en el Código de Ética del Abogado.

e) En la formulación del recurso de apelación debe cumplirse aspectos básicos, como establecerse los agravios, identificando los puntos específicos que causen agravio en la resolución

impugnada, así como estableciendo los errores o vicios que contenga la sentencia.

- f) El “Error” afecta la justificación de la sentencia, pueden ser “Errores de Hecho” que están relacionados con un error en la valoración de las pruebas o en la construcción de hechos; y el “Error de Derecho” que se configura por una mala interpretación de la norma, inaplicación de la norma o aplicación de una norma incorrecta.
- g) El “Vicio” afecta la validez de la sentencia, al vulnerar derechos fundamentales de orden sustantivo o procesal.
- h) La fundamentación del agravio debe concluir con la identificación de la pretensión impugnatoria respecto a la sentencia, solicitando la “Revocatoria”, si se trata de un “Error” o solicitando como pretensión la “Nulidad”, si se trata de un “Vicio”; esto es, congruencia de la pretensión impugnatoria con el acto procesal que contiene un error o vicio. Las pretensiones pueden acumularse.
- i) La Instancia superior debe brindar la tutela jurisdiccional efectiva al justiciable, pero debe tomarse acciones que permitan superar la situación de indefensión que pueda generar una inadecuada defensa, por la falta de capacitación y actualización del letrado, y la consecuente incorrecta identificación de pretensiones.

V. RECOMENDACIONES

Incluir en el Código Penal Militar Policial, una clasificación de patología procesal, según los supuestos configurados en los artículos 441, 442 y otros del CPMP.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. “El Error en el Derecho Penal”, “Derecho & Sociedad” es una asociación civil Núm. 12 (1997), recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16677>.
- BRAVO MAXDEO, Roosevelt. Temas de Justicia Militar, “El proceso Penal Militar Policial Acusatorio Garantista en el Perú” CAEJM -2015.
- CARACCILOLO, Ricardo. “El problema de los hechos en la justificación de sentencias” Isonomía N°38 México abril 2013, recuperado de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140502182013000100002.
- CÓDIGO DE ÉTICA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS, recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDF
- Código Penal, Decreto Legislativo 635.
- Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo 1094,
- Constitución Política del Perú, 1993.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. El principio de limitación recursal, recuperado de <https://iuslatin.pe/principio-delimitacion-recursal-si-el-apelante-solicita-nulidad-la-sala-puede-decidir-larevocatoria-casacion-1967-2019-apurimac/>
- LANDA, César. “Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional” En: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 2002, recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf).
- PÉREZ DIAZ, Carlos. “El vicio de falta de fundamentación de la sentencia en la

jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso años 2017-2018”, recuperado de, <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170488/El-vicio-de-la-falta-de-fundamentacion.pdf?sequence=1>

SÁNCHEZ VILLALOBOS, Mariana. “La modificación de la sentencia penal por el Tribunal de Apelación de Sentencia y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia”, Facultad de Derecho – Universidad de Costa Rica, octubre 2014, recuperado de, <https://studylib.es/doc/7805985/universidad-de-costarica-facultad-de-derecho>.

SANTIAGO, Roldán. “Justificación y motivación de las resoluciones judiciales. Hacia la elaboración de criterios de fundamentación”. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 9, septiembre 2010, recuperado de, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/04/doctrina48749.pdf>.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana Sala de lo Civil Y Penal Valencia Nig N° 46250-43-2-2017-0036093, recuperado en, [https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9243753/garantias%20 penales/20200907](https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9243753/garantias%20penales/20200907).

Nicanor Helvio Molina Tomasto¹

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS TIEMPOS DE LA COVID-19 Y LA SUSPENSIÓN DE ESTA POST PANDEMIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN SUS ÁMBITOS NORMATIVOS; III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, MODALIDADES; IV. LA SUSPENSIÓN E INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA; V. TIPOS DE PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA; VI. LA PRESCRIPCIÓN PENAL Y LA MASCARILLA DE LA SUSPENSIÓN PENAL POR LA COVID-19; VII. LA SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR MOTIVOS DE FUERZA MAYOR; VIII. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL POR LA COVID-19; IX. JURISPRUDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL POR LA COVID-19; X. LA INDIFERENCIA DE LA CAUSA DE PARALIZACIÓN; XI. DERROTABILIDAD DE LA NORMA POR LA COVID-19 Y LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE MENOR JERARQUÍA AL CÓDIGO PENAL; XII. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POST PANDEMIA; XIII. CONCLUSIONES; XIV. RECOMENDACIONES; Y XV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Escribir sobre este tema obedeció a tratar de encontrar una salida ante la disparidad de criterios por parte de los tribunales de justicia, en torno a la prescripción de la acción penal, a raíz de la inesperada pandemia de

1 Fiscal Supremo Adjunto ante la Sala de Guerra FPMP; Fiscal Supremo Adjunto ante la Vocalía del FPMP; Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; Egresado de la Maestría en Derecho Penal Universidad San Martín de Porres; Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Procurador Adscrito en Tráfico Ilícito de Drogas; Procurador Adscrito de la Policía Nacional del Perú; Asesor Legal de la Dirección General de la PNP; Jefe de la Asesoría Jurídica de la Región Policial Lima; Jefe de la Asesoría Jurídica de la DIRREHUM PNP; Asesor Legal de la Dirección de Pensiones de la PNP.

la COVID – 19. En el ámbito jurídico, entre otros, se paralizó la actividad judicial, por lo que a través de resoluciones administrativas se dispuso que la prescripción de la acción penal también se había paralizado, de forma que los tribunales sumaban los meses de paralización dispuestos en las resoluciones administrativas, sin respetar lo estipulado en el Código Penal sobre la prescripción extraordinaria de la acción penal, que señala un límite al añadir la palabra “ante cualquier caso”, la acción penal prescribe sumando el máximo de la pena, más una mitad, dejando sin sustento todo afán de extender los plazos de prescripción, a través de una resolución administrativa.

Para regocijo de los intérpretes de la ley penal, al culminar el presente trabajo, el Tribunal Constitucional expidió una resolución con criterios y resultados buscados por esta investigación, lo que ha motivado que se añada la resolución del Tribunal Constitucional y otros apuntes doctrinarios sobre el particular. Post pandemia, se tiene el proyecto de ley que modifica la suspensión de la prescripción penal en el código sustantivo y adjetivo, que trae una suerte de disparidad de criterios doctrinario y legislativo.

ABSTRACT

Writing on this topic was due to trying to find a way out of the disparity of criteria on the part of the courts of justice, regarding the prescription of criminal action, as a result of the unexpected COVID-19 pandemic. In the legal field, among others, the judicial activity was paralyzed, for which reason through Administrative Resolutions it was established that the prescription of the criminal action had also been paralyzed, so that the courts added the months of paralysis established

in the administrative resolutions, without respecting what is stipulated in the Criminal Code on the extraordinary prescription of criminal action, which indicates a limit by adding the word “in any case”, the criminal action prescribes by adding the maximum penalty, plus one half, leaving without support any desire to extend the limitation periods, through an administrative resolution.

To the delight of the interpreters of criminal law, at the end of this work, the Constitutional Court issued a resolution with criteria and results sought by this investigation, which has motivated the addition of the Constitutional Court resolution and other doctrinal notes on the particular. Post pandemic, there is a bill that modifies the suspension of the criminal prescription in the substantive and adjective code, which brings a kind of disparity in doctrinal and legislative criteria.

PALABRAS CLAVE: prescripción, pandemia, suspensión, interrupción, plazos.

KEYWORDS: *prescription, pandemic, suspension, interruption, deadline.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo surge como una respuesta a las interpretaciones que consideramos erróneas, en cuanto a la extensión de la prescripción de la acción penal, alegando que se han suspendido los plazos procesales debido a la pandemia, y por ende también los plazos de prescripción. Creemos, que los plazos procesales, en cuanto a su extensión están bien delimitados, plazos procesales que son distintos a los plazos de prescripción, suspensión que nos hemos visto obligados, tírios y troyanos, a respetar, por la emergencia sanitaria decretada por el gobierno.

Debido a la inamovilidad en que estuvimos sumidos, se dictaron resoluciones administrativas por el Poder Judicial, que suspendieron la actividad jurídica y, por ende, los plazos procesales debido a la pandemia causada por la COVID-19; también el Ministerio Público hizo lo mismo, para salvaguardar la salud de sus trabajadores y los justiciables. Entendemos que solamente se suspendieron los plazos procesales, porque no había atención en las entidades públicas, entre ellas para los justiciables, por los eventos ya conocidos.

Cuando decimos que sólo se suspendieron los plazos procesales, y estos se reanudan automáticamente sin que sea necesario solicitarlo expresamente, como así lo precisa la Sala Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 748-2021 del 10JUL2022, nos referimos a los plazos procesales normales que tienen que ver con el desarrollo del proceso mismo, más no con la interrupción de la prescripción penal.

Donde no encontramos una respuesta clara es cuando se interpreta que esta paralización también afectó a la institución jurídica de la prescripción (no se ha modificado el Código Penal para prorrogar la prescripción por pandemia). Las resoluciones administrativas del Poder Judicial, que suspenden los plazos procesales por la COVID-19, no están referidas a la suspensión de los plazos de prescripción, porque una norma de menor jerarquía, más aún de carácter administrativo, no puede modificar el artículo 84 del Código Penal. De otro lado, la jurisprudencia no tiene un contenido uniforme y considera que los plazos de prescripción también se han extendido a expensas de las resoluciones administrativas, que han prorrogado los plazos procesales.

En el presente trabajo abordaremos temas referidos a la institución jurídica de la prescripción de la acción penal y sus diversos matices de aplicación; la incidencia de la COVID – 19 en el proceso penal; la institución de la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico interno y en la legislación comparada y como se contempla la interrupción y su diferencia con la suspensión de la prescripción de la acción penal; de como la prescripción penal tiene su límite en la prescripción extraordinaria, no pudiendo ser rebasada por normas de inferior jerarquía que el Código Penal, con el pretexto de la paralización de las labores judiciales por causas de la COVID- 19, entre otras consideraciones.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN SUS ÁMBITOS NORMATIVOS

II.1. En la Constitución

En la Constitución se contempla la institución de la prescripción a través del artículo 41°, donde se duplica la pena en casos que los delitos afecten el patrimonio del Estado y los agentes del delito sean servidores o funcionarios públicos. El Estado se defiende contra personas a quienes se le otorgó la confianza y, sin embargo, ellos la quebrantan y merman la expectativa de la sociedad en sus buenos funcionarios.

El otro apartado de la Constitución que considera la prescripción es el artículo 139°, inciso 3., que le da a esta institución jurídica los efectos de la cosa juzgada; es decir, la persona favorecida por la prescripción de la acción penal no puede ser sometida a un nuevo proceso, por más que se encuentren nuevas pruebas que puedan desestabilizar la presunción de inocencia; pues, pasado el tiempo y a mérito de la prescripción de la

acción penal, no cabe el resurgimiento de una nueva acción penal contra el favorecido por la prescripción de la acción penal, porque dicho sobreseimiento tiene los efectos de la cosa juzgada.

II.2. En el Código Penal

El Código Penal señala, en el artículo 78°, que la acción penal se extingue por prescripción. En el artículo 80° señala que la prescripción ocurre en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley; en el caso de un concurso real de delitos, las acciones prescriben de forma separada y en el concurso ideal de delitos al cumplirse el plazo máximo del delito más grave. Se duplican los plazos de prescripción en “casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales.”

El artículo 83° dispone que la prescripción de la acción penal se interrumpe por actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo; también se interrumpe por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

El artículo 84° contempla la suspensión de la prescripción, cuando el proceso penal depende de cualquier otra cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, hasta que quede concluido.

Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de 21 años o más de 65 años al tiempo de la comisión del delito.

En la figura de la prescripción penal, el proceso culmina antes de que se expida una sentencia, pues el transcurso del tiempo fijado en el ordenamiento punitivo pone fin al ius puniendi del Estado. Los plazos de prescripción son ordinarios cuando se cumple con los plazos señalados como máximo de la pena fijada para el delito.

II.3. En el Código Procesal Penal.

El Código adjetivo contempla como un mecanismo de defensa la “Excepción de Prescripción de la acción penal”, que procede cuando haya vencido el plazo señalado en el Código Penal para la extinción de la acción penal o el derecho de la ejecución de la pena.

El Código Procesal Penal establece, en su artículo 339°, que la formalización de la acción penal suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Luego, en el artículo 450, numeral 9, no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal para el caso de las altas autoridades contempladas en el artículo 99° de la Constitución.

III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, MODALIDADES

III.1. Interrupción

El artículo 83° del Código Penal introduce la figura jurídica de la interrupción, cuando señala que el proceso de la prescripción se interrumpe por las diligencias del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, por lo que el tiempo de prescripción que se haya iniciado queda sin efecto; añade, que después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la actuación del Ministerio Público o de la autoridad judicial. También se produce la

interrupción de la prescripción por la comisión de un nuevo delito; no puede ser cualquier tipo de delito, es decir un delito culposo no interrumpe la prescripción, sólo puede interrumpir la prescripción la comisión de un delito doloso.

Respecto a la interrupción de la prescripción penal, el maestro Roy señala: “el sentido técnico-jurídico de la interrupción consiste en el fraccionamiento que sufre el plazo de prescripción de la acción penal, teniendo como consecuencia principal la de prolongarle el tiempo para la producción de su efecto extintivo, al disponer la ley que comenzará a correr un nuevo plazo (“quedando sin efecto el tiempo transcurrido”), siendo su consecuencia colateral la cancelación o caducidad del tiempo que ya hubiese discurrido hasta el momento de iniciarse la interrupción, salvo cuando ese lapso sea referido para hacer el cómputo de la prescripción extraordinaria”².

III.2. Suspensión

El artículo 84° del Código Penal regula la figura jurídica de la suspensión, que se da cuando el proceso penal depende de cualquier aspecto que deba resolverse en otro procedimiento, por lo que queda en suspenso la prescripción hasta que el asunto a ventilarse en otra área quede concluido. Así, Bramont-Arias Torres refiere que “La prescripción de un delito se puede suspender, es decir durante un determinado tiempo el

plazo de prescripción queda detenido, pero una vez que cesa la suspensión se reinicia tomándose en cuenta el plazo anterior a la suspensión”³.

Nos dice Villa, que se “trata de un recurso civilista por el que excepcionalmente se suspende el cómputo del plazo, hasta tanto se resuelva el asunto –no penal– que lo motivó”⁴ considerando como causas de suspensión a la cuestión previa y la cuestión prejudicial. Hurtado & Prado refieren: “Es el caso, por ejemplo, de las cuestiones prejudiciales. La jurisprudencia ha incorporado otros supuestos como el antejuicio o el procedimiento de extradición.”⁵ El Código Penal sólo refiere que para darse la suspensión de la prescripción tiene que estarse a la espera que otro proceso penal resuelva el litigio, y luego operaría recién la vía penal.

Por la vía jurisprudencial, se han creado situaciones que van más allá de la ley. Los jueces están creando derecho y confundiendo con sus pronunciamientos que van más allá de lo estipulado en el código sustantivo; así, García manifiesta: “Las causas de suspensión de la prescripción se han ampliado, sin embargo, a supuestos que no están referidos a una cuestión a dilucidar en un procedimiento extrapenal, sino que se sustentan en otras razones. Lo común es que no suspenden el plazo ordinario de prescripción, sino al extraordinario, pues se trata de causas que se presentan durante el proceso penal”⁶. (p. 948)

2 Luis Roy, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena* (Lima: Gaceta Jurídica, 3ra. ed. 2018), 66.

3 Luís Bramont- Arias, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Lima: Eddili, 4ta. ed., 2008), 479.

4 Javier Villa, *Derecho Penal, parte general* (Lima: Ara editores, 2014), 619.

5 José Hurtado y Víctor Prado, *Manual de Derecho Penal, parte General* (Lima: Idemsa, Tomo II, 2011), 422.

6 Percy García, *Derecho penal, parte general* (Lima: Ideas, 3ra. ed., 2019), 948.

Tenemos que se está ampliando el abanico de causales de suspensión. Del Águila dice que “la Corte Suprema ha ampliado las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal a la circunstancia imprevisible como la huelga judicial. Así lo ha señalado en el Recurso de Nulidad N° 2622-2015-Lima, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, (precisando) que: “Igualmente, es de rigor reconocer, desde otra perspectiva, la suspensión del plazo de prescripción cuando por causas imprevisibles ocurre la suspensión del despacho judicial, como es el caso de una huelga judicial...”⁷

Esta terminología de la suspensión contemplada en el Art. 339°, inciso 1, del Código Procesal Penal, ha provocado opiniones dispares en el ámbito jurisdiccional, como en el doctrinario. Pues dicho dispositivo prescribe: “La formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”.

Refiere el profesor Percy García: “Un sector de la doctrina y remarcada en la jurisprudencia penal entienden que, en realidad, se trata de una causa de interrupción de la prescripción. Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 01-2010 se encargó de desvirtuar esta línea de interpretación, al precisar que el tenor de la normativa procesal es claro en cuanto a señalar que se trata de una causa de suspensión de la prescripción. La formalización de la investigación preparatoria suspende la prescripción desde la formalización hasta la sentencia o resolución

que ponga fin al proceso, o la solicitud de sobreseimiento del fiscal sea aceptada...En el fondo, lo que esta interpretación provocaba era la eliminación de la prescripción extraordinaria. Esta situación motivó que la misma Corte Suprema rectifique el defecto acotado con el Acuerdo Plenario N° 3-2012, señalando en el punto 11, que el tiempo de suspensión del proceso penal no podía prolongarse más allá del tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad...”⁸

Precisa Arbulú cual es el origen de la norma que motivó el conflicto de interpretación, así señala: “Si bien es cierto que en el artículo 339.1 del NCPP el término empleado es suspensión, esta redacción ha sido una copia del artículo 233 a) del Código Procesal Chileno, pero que tiene una concordancia con el artículo 96° del Código Penal Chileno que dice que la prescripción se suspende desde que hay un procedimiento dirigido contra el delincuente (...). Desde que el instituto de la prescripción está regulado por el cuerpo sustantivo el Código Procesal Penal debe ser sistemático con respecto a este lo que no se advierte del artículo 339.1 con el artículo 84 del Código Penal (...). Por esta razón es que se debe buscar una reformulación legislativa cambiando el término suspensión para concordar sistemáticamente con nuestro Código Penal. Esta concordancia normativa tiene sustento, por ejemplo, cuando en el artículo 6 e) del NCPP dice que opera la excepción de prescripción: “(...) cuando por el

7 Rony del Águila, *La Prescripción penal, estudio integral desde la práctica, la dogmática y la Jurisprudencia* (Lima: editorial Gaceta Jurídica, 2020), 155-156.

8 García, *Derecho Penal*, 949.

vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena”⁹.

IV. LA SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

IV.1. Argentina

En el Código Penal Argentino, de 21 de diciembre de 1984, el término suspensión de la prescripción ha traído abajo el andamiaje que se tenía desde la perspectiva penal, que era por asuntos que tenían que ventilarse en sede extra penal.

Nos decía el maestro Roy, que “El CP argentino solo prevé el efecto de la suspensión y no así expresamente el de la interrupción”;¹⁰ en efecto, de la lectura del referido código, es cierto que el primer párrafo del artículo 67° trata de la suspensión de la prescripción, detallando que se da cuando se necesita de cuestiones previas o prejudiciales que deban ser resueltas en otro juicio.

Esa descripción va de la mano con lo afirmado en nuestra doctrina nacional, que señala que la suspensión de la prescripción tiene asidero cuando tenga que ventilarse otros hechos en vía distinta a la penal; no obstante, debemos precisar también que en el sexto párrafo del artículo 67° del Código Penal Argentino se prevé la interrupción de la prescripción, entre otros, por la comisión de otro delito.

En cuanto a la Covid-19, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a esta situación excepcional en particular. Ha descrito el alto tribunal a la situación como un contexto ‘de inaudita y acuciante excepcionalidad y como situación ‘de emergencia [...] que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente”¹¹.

IV.2. Chile

El Código Penal Chileno, de 12 de noviembre de 1874, se contempla la interrupción y la suspensión de la prescripción en los términos siguientes: “Art. 96. **Esta prescripción se interrumpe**, perdiéndose el tiempo transcurrido, **siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito**, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido.” (resaltado agregado).

Refiere el profesor Cury que “La suspensión, por lo tanto, determina que el plazo de prescripción cese de contarse, pero no implica la pérdida del tiempo ya transcurrido hasta el momento en que ella se produce. Por esto, la parte final del precepto dispone que en los casos a los cuales se refiere, el cómputo se prosiga como si la prescripción no se hubiere suspendido (la ley emplea el

9 Víctor Arbulú, *Derecho Procesal Penal, un enfoque doctrinario y jurisprudencial* (Lima: Gaceta Jurídica, T.II 2015), PP. 200-201.

10 Roy, *Causas de extinción*, 66.

11 Cristina Gonzales, *Acceso a la justicia en el Covid-19. caso fortuito y la reforma procesal*, en *El derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia Covid-19*. coord. Maximiliano Raijman y Ricardo Eriazán (Córdoba: Colección estudios críticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, T. III, 2020), 260. <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle>.

término 'interrumpido', incurriendo manifiestamente en error) esto es, agregando el tiempo ya corrido hasta entonces el nuevo lapso que ahora se principia a contar"¹²

El Código Procesal Chileno del 2000, en el artículo 233, a), señala que la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción. Sobre el particular, Politoff manifiesta: "Lamentablemente, el nuevo cuerpo procedimental no corrigió el evidente error del punitivo, y al regular los efectos de la decisión del Ministerio Público en orden a no perseverar en la investigación, reitera en el art. 248 la impropiedad de declarar que, en tal caso (que se corresponde al de la paralización del procedimiento, pero con efecto inmediato, esto es, sin esperar los tres años del sistema procesal antiguo). "La prescripción de la acción penal continúa corriendo como si nunca se hubiese interrumpido", cuando, en verdad, debiera decir "como si nunca se hubiese suspendido"¹³.

En Chile, se promulgó la Ley 21226, que reguló el régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales por el caso de la pandemia de la Covid-19; así, se dispone en su artículo 8º: "se entenderá interrumpida la prescripción de las acciones por la sola presentación de la demanda..." En el segundo párrafo de la ley se precisa que para los casos penales no opera la interrupción.

IV.3.Colombia

El Código Penal Colombiano, de 24 de julio 2000, contempla, en su artículo 86º, la interrupción, "fenómeno en cuya virtud se borra el tiempo transcurrido desde la comisión de la conducta, la ley prevé que ello sucede cuando se produzca la 'formulación de la imputación' (Código Penal, artículo 86, inciso 1º)"¹⁴. Señala en el artículo 83º, que la prescripción se da en un tiempo igual al máximo de la pena.

En Colombia, por los casos de la pandemia, no se atacó la suspensión de la prescripción penal. En el Acuerdo N° 18, numeral 8, de 1 de abril de 2020, se refiere: "Que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sesión virtual llevada a cabo el 25 de marzo del presente año, adoptó algunas excepciones a la suspensión de términos decretada, considerando prevalente el bien supremo de la libertad, razón por la cual no se entienden suspendidos para aquellos trámites que pueden conllevar la libertad de la personal... De igual término aprobó que la suspensión de términos no puede afectar aquellos casos con fecha próxima de prescripción"¹⁵. El gobierno colombiano emitió el Decreto Legislativo N° 564, de 15 de abril de 2020, que cuyo artículo 1º, tercer párrafo, considera que "la suspensión de prescripción" fue una decisión acertada por parte de la alta instancia suprema de Colombia.

12 Enrique Cury, Derecho penal parte general (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 1992), 434-435.

13 Sergio Politoff, Jean Pierre y María Ramírez, Lecciones de derecho penal chileno, parte general (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 2000) 584-585.

14 Fernando Velásquez, Manual de derecho penal, parte general (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 5ta. ed., 2013), 813.

15 [https://cortesuprema.gov.co>index.php>2020/04/02](https://cortesuprema.gov.co/index.php>2020/04/02).

IV.4. Uruguay

El Código Penal de Uruguay, de 4 de diciembre de 1933, tiene configurado la interrupción en el artículo 121°, que se da con cualquier transgresión penal, y la suspensión de la prescripción en el artículo 122°, cuando el proceso penal requiere de la terminación de otro juicio civil, comercial o administrativo, de lo que se colige que la suspensión de la prescripción se da cuando se está a la espera de un pronunciamiento de otra entidad no penal.

En Uruguay, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Contencioso, están autorizados constitucionalmente para declarar FERIA Judicial Extraordinaria. La FERIA Judicial Ordinaria es la que anualmente se otorga a los jueces y personal de la administración de justicia, es lo que conocemos como vacaciones del personal judicial; en cambio, la FERIA Judicial Extraordinaria se da en eventos de emergencia, por ello el gobierno uruguayo expidió la Ley 19879, de 30 de abril de 2020, suspendiendo los plazos procesales y no hace indicación expresa a la prescripción de la acción penal.

Refiere Valentín, que “la paralización casi total supuso una importante afectación a los principios de universalidad de acceso al proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Ese extraordinario estado de situación dejó al descubierto algo que era impensable en el grado actual de evolución de los sistemas de justicia: que la efectividad de las promesas

constitucionales podía verse seriamente afectada, y que esa afectación podía ser generalizada”¹⁶.

IV.5. México

El Código Penal Federal de México data del 14 de agosto de 1931, no contempla la suspensión de la prescripción, pero si la interrupción de la prescripción en el artículo 110°, que se da por las actuaciones de la autoridad judicial o del ministerio público. La prescripción, “que opera por el transcurso del tiempo, es fuente para la adquisición de derechos y la liberación de obligaciones; alcanza el ámbito punitivo...La prescripción se interrumpe por actuaciones practicadas en averiguación del delito y de los responsables (artículo 110)”¹⁷.

Con la llegada de la pandemia a México, se dieron las pautas normativas respectivas en el Acuerdo General 8/2020, de 25 de mayo del 2020, en cuyo considerando décimo se determinó que para los asuntos urgentes debía haber personal pendiente para la recepción de expedientes que la premura del tiempo exige, por lo que recoge la expresión que se debe estar con la “guardia baja”; en el artículo 24° I, a), indica que los Juzgados de competencias penales federales, darán trámite a la recepción de documentos donde se declare la prescripción de la acción penal de causas suspensas.¹⁸

16 Valentín Gabriel, El covid-19 y el Derecho Procesal, Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho) N° 21 Montevideo, enero-junio (2020) <http://www.scielo.edu.uy>pdf>.

17 Sergio García, Derecho Penal (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990),114.

18 https://dof.gob.mx>nota_detalle

V. TIPOS DE PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

V.1. Prescripción Ordinaria

La prescripción ordinaria es la que está contemplada en el artículo 80° del Código Penal, la que establece que “La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad...que la prescripción no será mayor de veinte años. Tratándose de cadena perpetua se extingue a los treinta años”.

En este tipo de prescripción se tiene que tener en cuenta el máximo de la pena fijada para el delito, tratándose de concurso real de delitos, las acciones prescriben de forma separada, y para los delitos de concurso ideal se toma como referencia el delito de la pena más grave.

V.2. Prescripción Extraordinaria

El último párrafo del artículo 83° del Código Penal contempla la prescripción extraordinaria, al señalar que “la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”.

La prescripción extraordinaria o “prescripción larga”, “la cual opera cuando se ha interrumpido el plazo establecido para la prescripción ordinaria. De acuerdo al art. 83° del Código Penal, esto sucede 1.- Por actuación del Ministerio Público. 2.- Por actuación de las autoridades judiciales.

3.- por la comisión de un nuevo delito doloso”¹⁹, complementa el Dr. Villa que “una demora excesiva derivada de la pasividad de los órganos de control penal pudiera atender contra el debido proceso o contra la seguridad jurídica, (por lo que) la ley ha previsto que la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”²⁰.

El plazo extraordinario significa que opera la prescripción cuando al delito con la pena mayor, por más que haya habido interrupción o suspensión de la prescripción, se suma una mitad; por ejemplo, si el delito tiene una pena mayor de cuatro años y ha habido interrupción o suspensión de la prescripción, a esa pena mayor se suma una mitad; es decir, dos años, prescribiendo el delito a los seis años. Dice García que “el plazo extraordinario de prescripción no es inmune a los supuestos de suspensión, pues, de lo contrario, se generaría situaciones absurdas de impunidad, al producirse la prescripción extraordinaria del delito, pese a que el proceso penal no podía iniciarse o continuarse por una cuestión que debe resolverse previamente”²¹.

VI. LA PRESCRIPCIÓN PENAL Y LA MASCARILLA DE LA SUSPENSIÓN PENAL POR LA COVID-19

Hoy la humanidad vive etapas muy difíciles, la idea es salvarnos de una terrible pandemia, por lo que debemos protegernos

19 Bramont, Derecho Penal, 477.

20 Villa, Derecho Penal, 619.

21 García, Derecho Penal, 948.

a toda costa, mediante vacunas y de prevención el uso de mascarillas. El Derecho penal no queda atrás de este fenómeno suscitado que ha paralizado el mundo en sus inicios, y el mundo jurídico también sufrió sus embates al paralizarse el comercio jurídico, no habiendo atención a los justiciables, ni desarrollo de las funciones jurisdiccionales.

En este momento surgió la forma de poner a la defensiva al aparato estatal, respecto a la prescripción de la acción penal. Este se recubrió mediante disposiciones del sistema judicial, expidiendo resoluciones administrativas que suspendían los plazos procesales; así como en un primer momento se utilizaban mascarillas de distinto tipo para prevenir la COVID, en el ámbito administrativo, para prolongar la prescripción, se ha recurrido al Código Civil, como una caja de herramientas de donde pueden sacarse normas y arroparlos para justificar la prolongación de la prescripción, sin tener en cuenta que esas disposiciones no encajan en el ámbito penal, pese, como ya se ha mencionado, a que el artículo 83° del Código Penal contempla la figura jurídica de la interrupción de la acción penal, que precisa que de todas maneras la acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

En la Resolución Administrativa N° 000177-2020-CE-PJ, publicada en el diario Oficial el Peruano el 10JUL2020, en el considerando sétimo, se toma el numeral 8 del artículo 1994 del Código Civil, que dispone que se suspende la prescripción mientras sea imposible reclamar ante un tribunal peruano; este artículo trata sobre la suspensión de la prescripción, habiendo nosotros referido *Ut Supra* que en el ámbito penal suspensión e interrupción de la prescripción penal son cosas totalmente distintas a las invocadas por

el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que en el artículo primero de la resolución refiere que la suspensión de plazos procesales incluye la suspensión de plazos de prescripción y caducidad; así como los plazos para interponer medios impugnatorios, cumplir con los mandatos judiciales. En este aspecto, consideramos que está bien la suspensión de plazos procesales, más no la prórroga de los plazos de prescripción.

Esa caja de herramientas a la que recurre la autoridad administrativa, también se da a nivel de la Sala Permanente en la Casación N° 748-2021- Huancavelica, de 10JUN2022, que hace referencia al artículo 1315 del Código Civil que regula sobre el caso fortuito, que es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, considerando la emergencia sanitaria y las medidas adoptadas como un caso fortuito.

El artículo tomado por el órgano supremo está referido al título de la inejecución de las obligaciones y el caso fortuito está comprendiendo a la suspensión de los plazos procesales. Consideramos, que la suspensión del plazo de prescripción no debe verse involucrado en el caso fortuito invocado en la Casación N° 748-2021- Huancavelica, porque si la administración de justicia hubiese actuado de manera responsable, respetando el debido proceso, no cabría invocar la prescripción de la acción penal; así, como suelen tomar un dispositivo de la caja de herramientas llamado Código Civil, nosotros recogemos lo dispuesto en el artículo 1314 de esta norma: “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

La Casación N° 748-2021-Huancavelica, hace referencia a la reposición contemplada en el artículo 145.1 del Código Procesal Penal, ella se refiere al caso fortuito o fuerza mayor que perjudica al justiciable, pero no se puede invocar la reposición al justiciable que pide que se le aplique la prescripción extraordinaria, esa reposición es para una actividad prevista a su favor. La prolongación del plazo de prescripción no es a favor del justiciable, por ello encontramos un contrasentido en el numeral 1.6 invocado por el Tribunal Supremo.

La misma casación, en su fundamento 1.11, reconoce que la “resolución administrativa, inclusive un decreto supremo, son normas de rango inferior a una ley (CPP); sin embargo, el contenido de dichas normas, en razón de su fundamento, la realidad de la fuerza de las circunstancias y el imperativo de su cumplimiento, en función del interés social y la preservación, en este caso, el derecho a la vida y la integridad física (salud), tiene tal trascendencia que su aplicación rebasa razonablemente la aplicación de la ley; por lo tanto, resulta cuestionable afirmar que la sola jerarquía normativa determina que una norma administrativa no puede contradecir los plazos establecidos en la norma procesal, lo que en abstracto es correcto, pero, en función de una realidad incuestionable es preciso razonar en la adecuada interpretación de las normas, para darle valor al derecho”.

La resolución casatoria le está otorgando validez a la norma administrativa de menor jerarquía, que prolonga los plazos de prescripción penal, por lo que no está respetando la estructura normativa que se debe dar en un Estado Constitucional de derecho. Guastini refiere que “...todo ordenamiento jurídico (moderno) tiene una estructura jerárquica, es decir, que las normas que lo componen no están –metafóricamente hablando– todas ‘sobre el mismo nivel’, sino que están jerárquicamente ordenadas.”²² La norma administrativa es de menor jerarquía que el artículo 83° del Código Penal que contempla la prescripción extraordinaria de la acción penal.

En esta misma línea de argumentación Freddy Rojas precisa: “la prescripción de la acción penal se rige por el principio constitucional de legalidad, en tanto que los plazos, su interrupción o suspensión deben estar expresamente previstas en la ley- artículo 82° del CP-, en consecuencia, no cabe establecer más supuestos de interrupción o suspensión que los taxativamente establecidos en la ley- artículos 83° y 84° del CP, por lo que no resulta compatible que se proceda a una construcción, elaboración jurisprudencial o interpretación extensiva en *malam partem*, caso contrario no solo estaría vulnerándose el principio de legalidad, sino también la prohibición de la analogía y el principio de seguridad jurídica”²³.

22 Ricardo Guastini, La sintaxis del derecho (Madrid: Marcial Pons, 2016), 207.

23 Freddy Rojas, Comentarios a la resolución emitida por la primera Sala Penal Liquidadora de Lima respecto a la suspensión de la prescripción de la acción penal en Estado de emergencia sanitaria por el Covid-19, Agnitio. <https://agnitio.pe/articulo-de-blogger/comentarios-a->

VII. LA SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR MOTIVOS DE FUERZA MAYOR

Dijimos que el Art. 84 del Código Penal contempla la suspensión de la prescripción, que ella se configura cuando tiene que resolverse un aspecto en otra vía. La norma es clara, dice cuando tiene que resolverse cualquier cuestión en instancia distinta a la penal; sin embargo, se está suspendiendo por causas que no son objeto de resolución en instancia distinta, así se está considerando la suspensión de la prescripción por huelga judicial, como establece el Recurso de Nulidad N° 2622-2015-Lima, que no está contemplada en la normatividad penal, pues “el supuesto de suspensión del plazo de prescripción no puede generarse por supuestos no reconocidos en la ley, como la suspensión de labores judiciales, toda vez que iría en contra del principio de legalidad..., con lo cual debe rechazarse toda suspensión que provenga de la propia deficiencia del Poder Judicial o del Ministerio Público. De igual forma, la suspensión de la prescripción no debería establecerse a través de Directivas o Resoluciones, toda vez que son norma de inferior jerarquía que no son suficientes para limitar la institución de la prescripción”²⁴.

VIII. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL POR LA COVID-19.

El Código Penal no contempla la suspensión de la prescripción penal por la COVID o cualquier otra pandemia. El legislador ha considerado que la institución

jurídica de la prescripción es para brindar la oportunidad al reo de zafarse de la persecución estatal, y es un castigo a la lenta administración de justicia. La prescripción penal no es un aliciente para que se sigan sobreseyendo las causas por esta vía, sino es un remedio que el Estado trata de otorgar a sus ciudadanos que se ven apabullados por el sistema judicial, en un trámite sin fin, por lo que opera la prescripción para poner coto a este estado de incertidumbre que tiene el ciudadano ante la administración de justicia lenta, que tarda en pronunciarse sobre el estatus de libertad o privación de libertad por parte de una decisión judicial que no llega, en un plazo razonable, la prescripción es un reproche a la administración de justicia por no respetar este plazo razonable.

Consideramos que la suspensión de los plazos procesales a través de una Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial es correcto, en el sentido que no ha habido actuaciones del sistema judicial por el caso de la pandemia; pero, no estamos de acuerdo cuando con una resolución administrativa se quiere alargar los plazos de prescripción que el artículo 83° del Código Penal puntualiza: “la prescripción de la acción se interrumpe por actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales... Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”.

La norma indica, que la acción penal, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario

de prescripción, no habiendo lugar a hacer una interpretación extensiva, como ocurre con la resolución mencionada, que hace una interpretación alargando el proceso de prescripción por el tiempo que han sido suspendidos los plazos procesales por la COVID-19.

Luego de sobrevivir a la pandemia y ver que se extienden los plazos de prescripción por encima de lo dispuesto en el artículo 83° del Código Penal, el justiciable debe sentirse frustrado y más cuando esa extensión no está contemplada en la ley y se pretende aplicar por una interpretación errónea. Aparentemente estaríamos ante una laguna axiológica que “no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor: no una descripción del derecho como es, sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser”²⁵.

IX. JURISPRUDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL POR LA COVID-19

IX.1. La suspensión de la acción penal por la COVID-19 en el Fuero Común

A raíz de la COVID-19, el Poder Judicial puso en práctica las normas administrativas señalando la suspensión de los plazos procesales, son una especie de “normas jurídicas, llamadas derecho legislado, que comprendería todas aquellas normas jurídicas que son promulgadas por las instituciones legislativas, tales como el Congreso,

las legislaturas estatales e, incluso, las instituciones administrativas que regulan con carácter general”²⁶.

Consideramos que estas normas de carácter administrativo tienen que respetar las jerarquías normativas, y no pueden estar por encima del Código Penal, cuando regula la suspensión de la prescripción y culmina ella con la prescripción extraordinaria de la prescripción de la acción penal. Toda otra interpretación a través de una norma administrativa estaría violando la integridad legislativa, incurriendo en una legislación del tipo “tablero de damas”, por el cual Marmor, citando a Dworking, señala “que podría prescribir, por ejemplo, que los abortos están legalmente permitidos para mujeres que nacieron en los días pares del mes, y prohibido para aquellas que nacieron los días impares”²⁷. El suspender los plazos de prescripción extraordinaria, tomando como referencia una resolución administrativa, no es una interpretación acorde con la jerarquía normativa; así, “Para ilustrar el criterio jerárquico, se suele decir ‘lex superior derogat inferiori’, la norma superior prevalece sobre (en el sentido que invalida) la inferior”²⁸.

Las resoluciones administrativas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, son de menor jerarquía que el Código Penal, en especial del artículo 84°, que regula la suspensión de la prescripción de la acción penal, y ella señala que la suspensión procede con “cualquier cuestión que deba

25 Riccardo Guastini, Interpretar y argumentar (Lima: Legales, 2018), 162.

26 Andrei Marmor, Teoría Analítica del derecho e interpretación constitucional (Lima: Ara, 2011), 276.

27 Marmor, Teoría Analítica, 264.

28 Riccardo Guastini, Lecciones de teoría del derecho y del Estado (Lima: Zela, 2019), 133.

resolverse en otro procedimiento”, no contemplándose la suspensión por pandemia, porque la pandemia y la paralización de las labores judiciales no requieren que haya un pronunciamiento en otro procedimiento y estar a la espera que en ella se resuelva.

En el fuero común tenemos la decisión de la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal Transitoria, de 31MAR2021, Recurso de Nulidad N° 916-2019, que, en su fundamento decimoprimerero, señala: a consecuencia de la situación inédita generada por la pandemia de la COVID-19 que paralizó gran parte de las actividades (a nivel nacional e internacional) dado que, en el ámbito judicial, se emitieron las resoluciones administrativas signadas con los Nos. 115-2020-DE-PJ, 117-2020-CE-PJ, 118-2020-CE-PJ, 061-2020-P-CE-PJ, 062-2020-P-CE-PJ, 157-2020-CE-PJ, 179-2020-DE-PJ, 2005-2020-CE-PJ y 234-2020-CE-PJ, las mismas que expresamente suspendieron los plazos procesales, lo que resulta compatible con los derechos fundamentales a la salud y tutela jurisdiccional efectiva. En ese sentido, se verificó la suspensión del plazo prescriptorio durante un periodo que medió desde el dieciséis de marzo al treinta de septiembre de dos mil veinte, y cuya suma totaliza seis meses y catorce días (tiempo que duró la suspensión).

Luego, encontramos otra disposición de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 616-2020, en su fundamento 41 establece: “Por lo expuesto, este Tribunal Supremo asume que la suspensión de los términos prescriptorios en materia penal es de aplicación general, está justificada, resulta proporcional y razonable, compatible con los derechos fundamentales a la salud y tutela jurisdiccional efectiva. En consecuencia, no se ampara la excepción de

prescripción planteada por el recurrente y la acción penal aún sigue vigente.”

De lo dicho, se entiende que es criterio del Poder Judicial considerar la pandemia como un elemento más de la suspensión de la prescripción penal, que establece un precedente indebido que será un cajón de sastre donde podrá ingresar cualquier hecho que no haya contemplado el Código Penal, cuando la suspensión opera, como señala la doctrina dominante, para casos de cuestión previa o cuestión prejudicial.

En este contexto, el Tribunal Constitucional, en el EXP. N° 03580-2021-HC/TC, declaró nula la Resolución Suprema de 2 de febrero de 2021, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, que declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal que dedujo doña Santa Tereza Damián Valderrama, y no haber nulidad en la sentencia de fecha 30 de enero de 2020 que la condenó como coautora del delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas– acondicionamiento de insumos químicos fiscalizados en agravio del Estado, en consecuencia, fundada la demanda y dispuso que la favorecida sea puesta en libertad, al haber prescrito el plazo para que el Estado ejerza su poder punitivo.

Dicha sentencia dicta cátedra, en el sentido que ninguna norma inferior al Código Penal puede señalar límites a la prescripción de la acción penal. En su fundamento 23, literal “h”, señala: “No puede aceptarse que dicho plazo pueda ser modificado vía un decreto de urgencia- cuya emisión ha sido regulada para asuntos taxativamente previstos-, ni mucho menos por una resolución administrativa o mediante un criterio judicial interpretativo. Cualquiera de tales opciones es manifiestamente

inconstitucional...”²⁹. Agregando, en el fundamento 23, “i”, que la interpretación efectuada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia es manifiestamente inconstitucional, pues contraviene los artículos 51 y 103 de la Constitución, al pretender que mediante resoluciones administrativas se pueda modificar el contenido de una o varias disposiciones legales”²¹.

IX.2. La suspensión de la prescripción penal por la COVID-19 en el Fuero Penal Militar Policial

En igual sentido que en el fuero común, en la justicia militar también se consideró la suspensión de los plazos procesales por la COVID-19; así, con la Resolución N° 040-2020-FMP/CE/SG, de 30JUN2020 se suspendieron los plazos procesales del 16 de marzo al 20 de julio de 2020 (4 meses con 5 días); con la Resolución Administrativa N° 042-2020-FMP/CE/SG, de 13AGO2020, se suspendieron del 01AGO al 31AGO2020 (un mes); Resolución Administrativa N° 047-2020-FMP/CE/SG, de 17SET2020 (21 días); conforme la Resolución N° 2 de 04NOV2021 de la Sala Revisora, por lo que se han suspendido los plazos procesales de prescripción por 5 meses con 4 días.

A tenor de lo dispuesto por la Sala Revisora del Tribunal Supremo- última instancia en la justicia militar-, la Sala de Guerra, con la resolución N° 03, de 10 de noviembre de 2022, en los seguidos contra el Crnl. PNP (r) Raúl Robles Gameros y otros, por el delito de Desobediencia, se

apartó de la Resolución de la Sala Revisora, que, para efectos de la prescripción de la acción penal contaba los plazos que fueron suspendidos por las Resoluciones Administrativas del Fuero Militar Policial.

En el fundamento tercero de la resolución de la Sala de Guerra se señala: “este Colegiado considera que la suspensión de plazos dispuesta por resoluciones administrativas, son normas de rango inferior al Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, por tanto su aplicación no puede rebasar a la ley pues una norma administrativa no puede modificar los plazos establecidos por la norma procesal contenida en el Código acotado, más aun si del tenor de las Resoluciones Administrativas N° 08, 09, 10,11,12, 38 y 40, no se señala taxativamente la suspensión de plazos de prescripción, sólo disponiendo la suspensión de plazos procesales, jurisdiccionales y fiscales”. Es recién en el año 2021 que el Fuero Militar Policial, mediante las Resoluciones Administrativas N° 08 ,12 y 15, suspende, por el período de 28 días, entre otros, el plazo de prescripción, siendo este último el único plazo a adicionar al plazo extraordinario de prescripción.

En el fundamento quinto, hace alusión al último párrafo del art. 48° del CPMP, que señala que la “acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”. El último párrafo del artículo 48° es similar al artículo 83° del Código Penal, que contempla la prescripción extraordinaria.

29 STC. Exp. N° 03580-2021-HC/TC

30 Ibidem.

Es de verse que los jueces supremos del Fuero Común, como los jueces supremos (Sala Revisora) del Fuero Militar Policial, han emitido pronunciamientos sobre la prolongación del plazo de prescripción, sin tener en cuenta el plazo de prescripción extraordinaria contemplada en el ordenamiento punitivo, que señala que la acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

La decisión final no significa que sea la correcta. Mac Cormick, con relación a la aplicación de normas generales a casos concretos, contrapone dos teorías: “declarativa” y “decisionista”. “Los defensores de la primera teoría (entre los que se encuentran teóricos del Derecho como Dworkin, pero también juristas prácticos) sostienen que los jueces (incluidos los jueces supremos) pueden cometer errores, puesto que existe una respuesta correcta, la cual puede o no coincidir con la respuesta final...Mientras que los decisionistas...consideran que lo que un tribunal ha decidido en un caso es lo correcto, simplemente porque lo ha decidido, y mientras la decisión no haya sido anulada por otro”³¹

X. LA INDIFERENCIA DE LA CAUSA DE PARALIZACIÓN

En nuestro país estamos haciendo una ola cíclica respeto a las paralizaciones, por momentos se dice que afectan a la prescripción penal, en otros que no afecta, lo

que crea incertidumbre, por ello vale lo manifestado por Francisco Pastor, quien refiere: “Actualmente, la jurisprudencia de forma unánime afirma que para apreciar la prescripción del delito por paralización del procedimiento es indiferente la causa que ha originado dicha paralización, ya se deba al abandono judicial, a la saturación de los juzgados, a la rebeldía, o a la pasividad o negligencia de las partes. Sea cual fuere la causa, cualquier paralización motiva la prescripción. (...) Sin embargo, en la jurisprudencia de los años 50 y 60 este tema no era tan claro. La prescripción del delito o falta por la paralización del proceso ha sido un tema controvertido en la jurisprudencia, pues ponía en evidencia la lentitud y los problemas de la misma administración de justicia. Durante muchos años, los tribunales se mostraron muy restrictivos para apreciar la prescripción por paralización, pues aplicaban criterios jurisprudenciales que imposibilitaban su apreciación. De esta forma, algunos tribunales, con el fin de evitar declarar la prescripción, exigían que se produjera una serie de requisitos no contemplados en la ley (...) Hoy dicha concepción ha sido totalmente abandonada y la jurisprudencia mayoritaria afirma que la causa de la paralización es indiferente, ya que no es lícito distinguir donde la ley no distingue”³².

Es de comprender que para invocar la prescripción de la acción penal sólo basta tener en cuenta lo que está plasmado en la ley, en el caso que nos ocupa, si hay una

31 Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid: Trotta, 2013) 570.

32 Francisco Pastor, *Tratado de la prescripción penal, aplicación en todas las reformas del Código Penal* (Barcelona: Atelier, 2019), 323-324.

paralización de la actividad judicial por huelga, terremoto, COVID-19, se entiende que hay paralización de la actividad judicial, ella deja en suspenso los plazos procesales, más no los plazos de prescripción, porque ésta institución existe no para favorecer al ius puniendi, sino para favorecer a la persona que está inculpada por la supuesta comisión de un delito. Se ha llegado a la prescripción porque no se dio atención prioritaria al caso materia de la prescripción. Así Pastor cita la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1991 (R.J.A 9630), que señala: “En segundo lugar, afirma que la paralización del procedimiento se debió a que la Sala decidió atender precedentemente otras causas más urgentes. (...) Al no distinguirse por la Ley, entre las diferentes causas que pueden motivar la paralización del procedimiento, cualquier distinción en este sentido, además de ser contra reo, sería ilegal”³³.

XI. DERROTABILIDAD DE LA NORMA POR LA COVID-19 Y LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE MENOR JERARQUÍA AL CÓDIGO PENAL

En esta etapa que vivimos a la defensiva para evitar el contagio de la Covid-19, también las entidades que representan al sistema de justicia se han apresurado en

expedir resoluciones administrativas, que pueden ser validas cuando se pronuncian sobre la paralización de los plazos procesales, porque ha habido inamovilidad social, pero el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha ido más allá, expidiendo resoluciones administrativas que no sólo suspendían los plazos procesales, sino que suspendió los plazos de prescripción por un periodo de seis meses y catorce días, según ellos, por el término que demoró la suspensión.

La COVID-19 es un evento inoportuno, que “utilizando la terminología de HART podríamos denominar “los intersticios del derecho”, es decir, esa zona del Derecho donde la clásica división entre actos de creación y de aplicación del Derecho se desdibuja”³⁴; ante ello, tenemos un espacio que se mantiene en la penumbra, que requiere se haga algo para salir de ese lugar incómodo. HART “sostenía la imposibilidad de establecer una lista cerrada de las condiciones necesarias y suficientes para que un concepto jurídico resulte aplicable”³⁵, desarrollando la derrotabilidad de la norma jurídica en un ensayo publicado en 1949, siendo que “una norma es derrotable o abierta cuando está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano.”³⁶

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, al suspender los plazos de prescripción, ha

33 Pastor, *Tratado de la prescripción*, 325.

34 Ángeles Róddenas, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *interpretación y razonamiento jurídico*. ed. Santiago Ortega (Lima: Ara, 2009), 171.

35 Roger Rodríguez, *Razonamiento jurídico y Estado Constitucional, una teoría sobre la derrotabilidad Jurídica* (Lima: Palestra, 2022), 26-27.

36 Rafael Aguilera y Rogelio López, “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social del Derecho”, en: *Interpretación y Razonamiento jurídico*. Editor Santiago Ortega (Lima: Ara Editores, 2009), 409.

abierto el camino para que los jueces no hagan interpretación de la ley conforme establece el Código Penal, sino que ha señalado un derrotero a seguir por estos, ampliando el abanico de la interrupción con criterios no contemplados en el ordenamiento punitivo. En el Fuero Militar Policial se ha seguido igual criterio.

XII. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POST PANDEMIA

Con fecha 13 de enero de 2023 ingresó al área de trámite del Congreso de la República, el Proyecto de Ley N° 3991/2022, por el cual se proyecta modificar el artículo 84° del Código Penal, que señala: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido. La modificatoria propuesta es que aquello que tenga que ser resuelto en otro proceso, **“no suspenderá los plazos prescriptorios de la acción penal”**.”

En la exposición de motivos hace referencia que la inmunidad parlamentaria y el antejuicio constituyen un claro supuesto de suspensión de la prescripción de eficacia absoluta y por imperio de la ley. Se menciona que el artículo 84° alude a la suspensión de origen, la cual se da por imperio legal, cuando no es posible el inicio de un proceso sin previa autorización específica, caso de la inmunidad parlamentaria y el antejuicio político.

Sobre el particular, la doctrina considera que el tiempo que dura el mandato o

representación congresal, el tiempo se suspende, “sin que se pueda computar para efectos de prescripción el tiempo transcurrido...los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad que los congresistas...”³⁷

En la exposición de motivos se refiere que esta “suspensión viola el plazo razonable y el principio de presunción de inocencia, pues, esta se mantiene estancada hasta que una vía extrapenal pueda resolver respecto al fondo de esta, siendo muchas veces, más larga (el tiempo) al proceso penal.

Con la propuesta normativa, aparece un nuevo criterio, que se aleja de los comentarios doctrinarios, en el sentido que la suspensión paraliza el cómputo de la prescripción hasta que sea resuelta la cuestión extra penal. Lo que se postula en el referido proyecto de ley es que el pronunciamiento de la autoridad no penal, no suspende los plazos prescriptorios.

El Proyecto de Ley N° 3991/2022-CR, que modifica el artículo 84° del Código Penal, fue objeto de dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, período anual de sesiones 2022-2023, en ella se hace referencia al contenido de la propuesta, marco normativo en el ámbito nacional y legislación comparada, normas convencionales.

En la página trece del Dictamen de la Comisión, en el numeral 6.7, se añade jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido que interpreta que el artículo 84° del Código Penal también es aplicable a los congresistas por la inmunidad de proceso; luego, desde la página 14 del dictamen

37 Felipe Villavicencio, *Derecho penal, parte general* (Lima: Grijley, 2019), 216-217.

hasta la página 23 se transcribe de forma íntegra el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, que establece como doctrina, desde el fundamento 12 hasta el fundamento 36. En el numeral 25 del fundamento se refiere que el tiempo de suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

Con la propuesta de modificatoria del artículo 84° del Código Penal, los que se ven favorecidos son los congresistas, porque pasado los cinco años de su mandato, no opera la suspensión, que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tenían antes de la modificatoria. Ponen un plazo límite a la suspensión que no debe ser mayor de un año; entonces, lo que va haber es prescripciones por doquier. El legislador debió agregar en el proyecto de modificación del artículo 84°, que la suspensión para las personas que cuentan con una prerrogativa especial, casos parlamentarios y otros, la suspensión no será de un año, sino el término que se prolongue en la comisión de acusación.

La Comisión de Justicia recomienda la aprobación del Proyecto de Ley N° 3991-2022-CR, que modifica el artículo 84° del Código Penal, en los siguientes términos: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción. La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal en las etapas de la ley procesal penal u otros procedimientos. En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año”.

Dicho proyecto ha sido aprobado por el Congreso de la República, con el mismo tenor de propuso la Comisión de Justicia,

suprimiendo la redundancia “en la ley procesal penal”, quedando redacta la ley como sigue: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción. La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos. En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año”.

En suma, con fecha 25 de mayo de 2023 se publicó en el diario oficial la Ley N° 31751, que modificó el artículo 84° del Código Penal y el artículo 339° del Código Procesal Penal, en los términos siguientes:

“Artículo 84. Suspensión de la prescripción

Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción.

La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos. En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año”.

“Artículo 339. Efectos de la formalización de la investigación.

1. La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Penal”.

El debate no ha culminado con la modificatoria del artículo 84° del Código Penal y el artículo 339°, inciso 1, del Código

Procesal Penal; por el contrario, da lugar a la ruptura de conceptos de forma acentuada. A raíz de estas modificatorias, las ideas germinarán y tendremos un cúmulo de interpretaciones para todos los gustos, pues como dice Guastini: “A los efectos de un análisis lógico, la interpretación no es sino el discurso de los intérpretes”³⁸.

XIII. CONCLUSIONES

- a) Que, no hay una interpretación sistemática del ordenamiento punitivo en lo que respecta al tema de la prescripción de la acción penal, lo que ha dado lugar a varias decisiones judiciales que se han alejado del criterio primigenio del Código Penal cuando estableció la figura jurídica de la “suspensión de la prescripción”, porque esta operaba sólo cuando tenía que ser resuelto un asunto en vía extrapenal.
- b) La suspensión de la prescripción ha tomado otro cariz, al incrementar nuevas causas como condición para la suspensión de la prescripción, como el caso de paralización del despacho judicial, caso de pandemia, y suspensión del plazo de prescripción por resoluciones administrativas de inferior jerarquía al Código Penal.
- c) Donde ha surgido la confusión es con lo estipulado en el artículo 339.1 del Código Procesal Penal, que considera que el inicio de la Investigación Preparatoria suspende la prescripción de la acción penal; debiendo ser que el inicio de la investigación interrumpe la prescripción penal.
- d) El error del legislador surge porque se ha tomado como referencia el Código Procesal Penal chileno, que contempla la suspensión de la prescripción penal por actuación del Ministerio Público, la misma que tiene concordancia con el artículo 96 del Código Penal de ese país, lo que ha originado un desfase de la interpretación jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales.
- e) Con el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, en su fundamento número 26°, se ha sentado base de que la suspensión en el artículo 339°, inciso 1, es “sui generis”.
- f) Los conceptos de interrupción y suspensión son claros en la doctrina y la legislación extranjera. La suspensión “sui generis” ha dado lugar a que se modifique la suspensión en el ámbito penal, colocando un tope de máximo un año, a lo que tendrá que acogerse la “suspensión sui generis”.
- g) Falta una aclaración en la modificatoria del artículo 84° del Código Penal, en el sentido que las personas que gozan de la prerrogativa del antejucio e inmunidad parlamentaria, se suspenderán hasta el término que dure la acusación constitucional, no operando para dichos funcionarios la suspensión tope de un año que considera la modificación.

38 Riccardo Guastini, Interpretación jurídica y teoría del derecho, estudios (Lima: Zela, 2023), 63.

XIV. RECOMENDACIÓN

- a) Que, se modifique el artículo 339.1 del Código Procesal Penal Peruano, y se cambie el término suspensión por interrupción.
- b) En igual sentido, que la suspensión de la prescripción penal solamente debe ser para cuestiones que se ventilen en vía extrapenal.
- c) No debiera contemplarse como causal de suspensión de la prescripción la huelga judicial y suspensión del despacho por COVID. La prescripción penal debe operar en respeto al principio del debido proceso y plazo razonable.

XV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, Rafael y LÓPEZ, Rogelio. "Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho", en Interpretación y razonamiento jurídico. Editor Santiago Ortega. Lima: Ara, 2009.
- ARBULÚ, *Derecho procesal penal, un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, T.II, 2015.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trota, 2013.
- BRAMONT-ARIAS, Luis. *Manual de Derecho penal*, parte general. Lima: Eddili, 4ta. ed., 2008.
- CURY, Enrique. *Derecho penal parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 1992.
- DEL ÁGUILA, Rony. *La prescripción penal, estudio integral desde la práctica, la dogmática y la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- GABRIEL, Valentín, "El covid-19 y el Derecho procesal". Revista de Derecho N° 21 Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho. Montevideo, enero-junio 2020. <http://www.scielo.edu.uy>pdf>.
- GARCÍA, Percy. *Derecho penal, parte general*. Lima: Ideas, 3ra. ed., 2019.
- GARCÍA, Sergio. *Derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Lima: Legales, 2018.
- GUASTINI, Riccardo. *Lecciones de teoría del derecho y del Estado*. Lima: Zela, 2019.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretación jurídica y teoría del derecho, estudios*. Lima: Zela, 2023.
- GONZALES, Cristina. *Acceso a la justicia en el Covid-19, caso fortuito y la reforma procesal, en El derecho argentino frente a la pandemia y postpandemia Covid-19*. Córdoba: Coord. Maximiliano Rajman y Ricardo Eriazán. Córdoba: Colección estudios críticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, T. III, 2020. <https://ri.conicet.gov.ar>bitstream>handle>.
- HURTADO, José y PRADO, Víctor. *Manual de Derecho Penal*, parte General (Lima: Idemsa, Tomo II, 2011)
- MARMOR, Andrei. *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*. Lima: Ara, 2011.
- PASTOR, Francisco. *Tratado de la prescripción penal, aplicación en todas las reformas del Código Penal*. Barcelona: Atelier, 2019.
- POLITOFF, Sergio, Pierre, Jean y Ramírez María. *Lecciones de derecho penal chileno, parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 2000.
- RODRÍGUEZ, Roger. Razonamiento jurídico y Estado Constitucional, *una teoría sobre la derrotabilidad Jurídica* (Lima: Palestra, 2022)
- ROY, Luis. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Lima: Gaceta Jurídica, 3ra. ed. 2018.

VILLA, Javier. *Derecho penal*, parte general. Lima: Idemsa, tomo II, 2011.

VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho penal, parte general*. Lima: Grijley, 2019.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 5ta. ed., 2013.

ROJAS, Freddy. Comentarios a la resolución emitida por la primera Sala Penal

Liquidadora de Lima respecto a la suspensión de la prescripción de la acción penal en Estado de emergencia sanitaria por el Covid-19, *Agnitio*.<https://agnitio.pe>>artículo-de-blogger>comentarios-a-

STC. Exp. N° 03580-2021-HC/TC, Lima del 04OCT2022, Santa Tereza DAMIAN VALDERRAMA.

Juan César Arenas Navarrete y
Bryce Ronny Laboriano López¹

DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DEL PROCESO ABREVIADO CON ACUERDO PLENO EN LOS PROCESOS POR DESERCIÓN SIMPLE DE PERSONAL DE TROPA

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES; II. EL DELITO DE DESERCIÓN; III. EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE COMETIDO POR PERSONAL DE TROPA; IV. EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE COMETIDO POR PERSONAL DE TROPA DENTRO DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL; V. EL PROCESO ABREVIADO; VI. PROCESO ABREVIADO CON ACUERDO PLENO; VII. PROCESO ABREVIADO CON ACUERDO PARCIAL; VIII. EL PROCESO ABREVIADO CON ACUERDO PLENO EN LOS PROCESOS POR DESERCIÓN SIMPLE DE PERSONAL DE TROPA Y LA DIFICULTAD EN SU APLICACIÓN; IX. CONCLUSIONES; SUGERENCIAS; Y XI. BIBLIOGRAFIA Y LINKOGRAFIA.

RESUMEN

La deserción es el abandono del deber. Esto quiere decir que un desertor puede ser un cabo, un coronel o cualquier otro integrante de la fuerza armada o de la Policía Nacional. El ánimo es sustraerse definitivamente del servicio.

La sustracción definitiva del servicio por parte del personal voluntario del servicio militar, está calificada como delito de deserción en el Código Penal Militar Policial. Representa una gran carga procesal en los Tribunales Superiores Militares Policiales.

Nuestro Fuero Militar Policial apostó al cambio de un proceso mixto (inquisitivo reformado) a uno de tendencia acusatoria, donde se respetan los principios y garantías del imputado, donde se busca una salida rápida

1 Oficiales del Cuerpo Jurídico de la Policía Nacional del Perú.

y eficaz del proceso penal, privilegiando la oralidad, publicidad, inmediación y contradicción que caracterizan a un proceso penal en un Estado de Derecho.

Se ha adoptado mecanismos con la finalidad de acelerar el proceso penal en la justicia militar policial, resultando interesante la incorporación del proceso abreviado, en sus dos modalidades: acuerdo pleno y acuerdo parcial, como un mecanismo de simplificación regulado en el artículo 422 y siguientes del Código Penal Militar Policial.

La aplicación del proceso abreviado, con acuerdo pleno, en el delito de desertión cometido por personal voluntario del servicio militar, podría representar una posible solución a la sobrecarga procesal que tienen los Tribunales Superiores Militares Policiales; sin embargo, su procedibilidad exige la constitución en actor civil de los Procuradores Públicos de los Institutos Castrenses, al exigir que tanto el fiscal como el actor civil manifiesten su conformidad, lo cual imposibilita su aplicación; toda vez que éstos, generalmente – por no decir en la mayoría de los casos- no se apersonan y menos solicitan su constitución en actor civil, no obstante estar debidamente notificados.

El presente artículo tiene por finalidad provocar una posible revisión del artículo 422 del Código Penal Militar Policial, que pudiera desembocar en una modificación de dicha norma legal, o en su caso, en la formulación de un acuerdo de doctrina jurisprudencial.

ABSTRACT

Desertion is the abandonment of duty. This means that a deserter can be a corporal, a colonel or any other member of the armed

forces or the National Police. The aim is to definitely withdraw from the service.

Definitive removal from service by voluntary military service personnel is classified as a crime of desertion in the Military Police Penal Code. It represents a great procedural burden in the Superior Military Police Courts.

Our Military Police Jurisdiction bet on the change from a mixed process (reformed inquisitorial) to one of accusatory tendency, where the principles and guarantees of the accused are respected, where a quick and effective exit from the criminal process is sought, favoring orality, publicity, immediacy and contradiction that characterize a criminal process in a Rule of Law.

Mechanisms have been adopted with the purpose of speeding up the criminal process in the police military justice, resulting interesting the incorporation of the abbreviated process, in its two modalities: full agreement and partial agreement, as a simplification mechanism regulated in article 422 and following of the Police Military Penal Code.

The application of the abbreviated process, with full agreement, in the crime of desertion committed by volunteer military service personnel, could represent a possible solution to the procedural overload that the Superior Military Police Courts have; however, its procedural requirements require the constitution of the Public Prosecutors of the Military Institutes as a civil actor, by requiring that both the prosecutor and the civil actor express their agreement, which makes its application impossible; since these, generally - not to say in most cases - do not appear in person and even less request their constitution as a civil actor, despite being duly notified.

The purpose of this article is to provoke a possible revision of article 422 of the Military Police Penal Code, which could lead to a modification of said legal norm, or, where appropriate, in the formulation of an agreement on jurisprudential doctrine.

PALABRAS CLAVES

Deserción, proceso abreviado, proceso abreviado con acuerdo parcial, proceso abreviado con acuerdo pleno.

KEYWORDS

Desertion, abbreviated process, abbreviated process with partial agreement, abbreviated process with full agreement.

I. ASPECTOS GENERALES

El artículo 173 de la Constitución Política del Perú establece que “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”

La misma Carta Magna, en el segundo párrafo del artículo citado, prevé que “Quiénes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”. Por su parte, la Ley 29248, Ley del Servicio Militar, contempla en su artículo 39, respecto al deber y responsabilidad del personal del Servicio en el Activo: “Durante la realización del Servicio Militar, el personal está obligado a cumplir con las órdenes que impartan los superiores y con las prescripciones y mandatos

que constituyen la base fundamental del servicio. Asimismo, se encuentra sujeto a las disposiciones contenidas en la Constitución Política del Perú, en la presente Ley y su reglamento, en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y en el Código de Justicia Militar Policial”.

Conforme al artículo 2 de la Ley 29248, el servicio militar es una actividad de carácter personal. Mediante ella, todo peruano puede ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la Defensa Nacional. Es prestado por varones y mujeres sin discriminación alguna, a partir de los dieciocho (18) años de edad. El servicio militar es retribuido mediante una serie de beneficios y derechos que buscan compensar las necesidades de los participantes y brindar posibilidades de desarrollo personal para su futuro. Asimismo, contribuye a afianzar el compromiso de los peruanos con el país y se considera un deber con la patria, para enfrentar sus amenazas y desafíos, así como para prestar ayuda y cooperación en zonas del país que requieran la presencia del Estado, en labores de apoyo social y humanitario.

El servicio militar tiene por finalidad capacitar y entrenar a los peruanos en edad militar en las instituciones de las Fuerzas Armadas, a fin de que estén preparados para cumplir con la Patria en la defensa de su soberanía e integridad territorial y con las funciones que les asignen tanto la Constitución Política del Perú como las leyes de la República. Asimismo, afianza los valores cívicos de servicio a la Patria, participación, responsabilidad, solidaridad, valor, cumplimiento y respeto a la ley y protección de los intereses nacionales. Busca alentar el respeto y el amor a los valores patrios, símbolos y tradiciones culturales que apuntan a robustecer la peruanidad.

II. EL DELITO DE DESERCIÓN

Esta conducta tiene como bien jurídicamente tutelado el servicio. Está tipificada en el artículo 105 del Código Penal Militar Policial y se consume cuando quien está incorporado al servicio militar o policial, realice alguna de las siguientes conductas alternativas:

“Artículo 105.- Deserción.

Incorre en deserción y será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, el militar o el policía que:

1. Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales;
2. Hallándose de franco, con permiso o licencia no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo. Si cumpliera con presentarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de su franco, permiso o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria;
3. No se presenta a su unidad, estando por emprender la marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca;
4. Enviado en comisión o por cualquier otro motivo, a lugar distinto de su unidad no se presente, sin causa justificada, a la autoridad o jefe ante quien fuese dirigido, o si después de cumplida su misión no regresa a su destino. Si el agente es un militar o un policía con grado de técnico, suboficial u oficial de mar, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de

cinco años, con la accesoria de inhabilitación. Si el agente es un militar o un policía con grado de oficial, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.”

En su forma agravada los presupuestos están contemplados en el artículo 106:

- “1. Abandona su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial encontrándose de servicio, cualquiera sea la naturaleza de éste, quebrantando castigo o detención judicial;
2. Se halla en país extranjero;
3. Deserte durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario;
4. Cuando deserte se lleve armas, municiones, embarcaciones, aeronaves o animales del servicio.”

Las penas están contempladas en función a la jerarquía del agente.

III. EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE COMETIDO POR PERSONAL DE TROPA

Personal de tropa es sinónimo de personal militar del servicio militar voluntario; a decir del glosario militar del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, viene a ser el soldado; es decir, el individuo que presta servicio en la Fuerza Armada, es el primer grado en la escala militar, son agrupados por clases y éstas se constituyen según el año de la inscripción, separando hombres de mujeres.

El Servicio Militar se presta en las formas siguientes:

- a. **Servicio en el Activo.** - Es aquel que se cumple en las Unidades, Bases o

Dependencias de las Instituciones de las Fuerzas Armadas.

- b. Servicio en la Reserva.** - Es aquel que se cumple en las Unidades, Bases o Dependencias de las Instituciones de las Fuerzas Armadas, con la concurrencia a instrucción o entrenamiento durante períodos determinados; asimismo, en casos de movilización militar o de grave amenaza o peligro inminente para la seguridad nacional.

Las bajas del Servicio Militar en el Activo se producen por:

- a. Tiempo cumplido;
- b. Medida disciplinaria;
- c. Pena privativa de libertad efectiva impuesta por sentencia judicial, consentida o ejecutoriada;
- d. Medidas restrictivas de la libertad dispuestas por la autoridad judicial con un plazo mayor de seis (6) meses;
- e. Incapacidad física o psíquica que impida cumplir con el servicio;
- f. Fallecimiento;
- g. Desaparición o ausencia judicialmente declarada;
- h. Alistamiento indebido; y,
- i. Circunstancias excepcionales determinadas en el reglamento de la Ley.

Es bastante frecuente encontrarnos con problemas de inadaptación a la vida militar, muchas veces porque sus expectativas no se presentaron conforme creyeron, fueron engañados al momento de ser capturados o fueron objeto de abusos dentro de las instalaciones militares, siendo frecuente el abandono del servicio militar, el cual es cometido por militares con muy poca

experiencia y muy jóvenes, lo que indica una gran falta de madurez que es fiel reflejo de lo que acontece en nuestra sociedad, donde la tolerancia a la frustración es cada vez menor, chocando frontalmente con la dureza de la vida militar, que exige no solo dedicación, sino esfuerzo y sacrificio que no muchos están dispuestos a dar por su patria.

IV. EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE COMETIDO POR PERSONAL DE TROPA DENTRO DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL.

La Justicia Militar Policial se encuentra estrechamente relacionada con el ámbito penal; de allí que nuestra Constitución Política haya señalado, en su artículo 173, que sólo “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”; es decir, que solo en los casos de delito de función podrá ser accionado el fuero militar.

Actualmente al Código Penal Militar Policial, que es la norma en la que se tipifican las conductas que ingresan en el ámbito de lo que se entiende por delitos de función, además de estipular las normas relativas al desarrollo del proceso penal aplicable en el Fuero Militar Policial.

La exigencia de un proceso justo en el ámbito militar, respetuoso de los principios y garantías constitucionales, no solo proviene de una exigencia constitucional sino también supranacional, producto de la adhesión del Estado Peruano a los instrumentos de protección de los derechos humanos del Derecho Internacional Público.

Al revisar el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094), la

inclusión de los principios propios del desarrollo del proceso en sus diferentes etapas (preparatoria, intermedia, juicio oral) responde a una tendencia acusatoria, representada, básicamente, por la separación de las funciones de investigación y acusación que corresponden al fiscal militar policial, y las de control de dicha investigación y juzgamiento que son tareas propias de los jueces; de otro lado, la oralización y simplificación del proceso y el respeto de los derechos y garantías para las partes. El proceso acusatorio ha sido adoptado en nuestro país con la puesta en vigencia del Código Procesal Penal, promulgado en 2004, en los diferentes Distritos Judiciales del Perú, que ahora se extiende a otras ramas del ordenamiento jurídico como, por ejemplo, el Derecho laboral.

El delito de Deserción Simple cometido por personal de tropa, está tipificado en el artículo 105 del Código Penal Militar Policial y se encuentra sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Actualmente, representa el 70% aproximadamente de la carga procesal en los Tribunales Superiores Militares Policiales; y, el 90% del total de expedientes archivados provisionalmente en las secretarías de dichos Tribunales Superiores.

Este fenómeno se presenta debido a la formulación de documentos administrativos por deserción (Partes Administrativas) por los Institutos Militares, con escasa o casi nula actuación de elementos de convicción en la etapa administrativa y muchas veces comunicadas a las fiscalías militares policiales tardíamente, lo que conlleva a que éstas, en sus diligencias preliminares o investigaciones preparatorias, no logren ubicar a los presuntos desertores, menos recopilar elementos de convicción, lo que genera muchas veces requerimientos de

prórroga del plazo de investigación, la declaratoria de reo ausente y la consiguiente acusación con esta situación jurídica, lo que a la larga va embalsar la carga procesal de las Secretarías de Sala de los Tribunales Militares Policiales.

El Código Penal Militar Policial establece, dentro de su clasificación de procesos, los siguientes:

1. Proceso Común;
2. Procesos Especiales;
 - a. Procesos en tiempo de Conflicto Armado Internacional.
 - b. Procesos Abreviados.
 - Acuerdo Pleno.
 - Acuerdo Parcial.
 - c. Procedimiento para Asuntos Complejos; y,
 - d. Procedimiento para la Aplicación de Medidas de Seguridad.

V. EL PROCESO ABREVIADO.

La crisis del procedimiento penal inquisitivo modificado o mixto, que motiva la tendencia de reforma de los códigos procesales penales de la región, tuvo ciertas características similares en varios de los países latinoamericanos, así tenemos, como las principales, las siguientes:

- Privilegia la escritura concediendo mayor relevancia al trámite que a la obtención de resultados;
- Confunde las funciones de los operadores penales;
- Restringe el debate y dilata de manera innecesaria la salida o solución al conflicto penal;

- Repite y superpone etapas;
- Relega a la víctima.

Las prácticas del anterior sistema procesal (inquisitivo reformado o mixto) evidenciaban algunos sino todos estos problemas en el desarrollo del proceso, teniendo como resultado la excesiva carga procesal e insatisfacción social ante la incapacidad del Estado para resolver los casos penales en los plazos establecidos.

Es quizás el problema de la celeridad en el proceso penal uno de los que más afectan a los ciudadanos de a pie, quienes para poder ejercer su derecho de tutela judicial efectiva deben dedicar de cuatro a cinco años, en la mayoría de los procesos, para que se llegue a una sentencia.

Las reformas procesales penales de la región apuntaban a dotar al proceso penal de mecanismos que lo hagan más ágil y eficaz, sin descuidar el respeto a las garantías y principios del proceso penal, señalados anteriormente; en ese sentido, señala BARONA VILAR, que “en los últimos tiempos se han venido produciendo importantes reformas de los procesos penales de diversos países tendentes a potenciar un equilibrio entre el derecho del imputado a la libertad y a la presunción de inocencia y la exigencia de todo sistema constitucional a garantizar un proceso penal justo, todos ellos coherentes con el derecho constitucional a un proceso penal eficaz, rápido y sin dilaciones indebidas”.

Entre los mecanismos que han sido adoptados con la finalidad de acelerar el proceso penal común se encuentran: principio de oportunidad (art. 2 del Código Procesal Penal 2004), el proceso especial de Terminación Anticipada (Art. 468 y ss. del C.P.P 2004) y el Proceso Inmediato (art.

446 del C.P.P 2004). En la justicia militar policial, sin embargo, resulta interesante la incorporación del proceso abreviado como un mecanismo de simplificación regulado en los artículos del 422 al 430 del Código Penal Militar Policial.

El proceso abreviado no ha sido regulado con anterioridad en nuestro proceso penal, pero encuentra su fuente en la ley de enjuiciamiento español que si lo regula; al respecto, ASENSIO MELLADO señala que el procedimiento abreviado “presenta unas características diferencias y propias de él, que lo distinguen del ordinario por delitos y ello en tanto su creación lo fue, además de para separar tajantemente las funciones de instrucción y fallo, para obtener una cierta economía procesal y rapidez necesarias para dar respuesta cumplida a la delincuencia moderna”.

Dentro de las características del proceso abreviado en el procedimiento español tenemos:

- a) La rapidez, reducción de los trámites.
- b) Las garantías de la víctima y del imputado.
- c) Reforzamiento de las funciones de la Policía Judicial.
- d) Relativo aumento de las funciones del Ministerio Fiscal.

En la justicia penal militar policial, el proceso abreviado es un mecanismo de simplificación en el cual el imputado acepta la responsabilidad por los hechos que se le imputa, previo acuerdo con el fiscal sobre la pena, que no podrá exceder los 3 años. En ese sentido, el imputado recibe un beneficio de reducción de la pena que, si bien no es explícita en la norma, está sujeto a un acuerdo o negociación.

En el Código Penal Militar Policial, el procedimiento abreviado se regula bajo dos formas:

- a) Acuerdo Pleno;
- b) Acuerdo Parcial.

VI. PROCESO ABREVIADO CON ACUERDO PLENO

El Artículo 422 del CPMP señala:

Admisibilidad.

Durante la etapa preparatoria se podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando:

1. El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento;
2. El fiscal y el actor civil manifiesten su conformidad; y,
3. La pena acordada no supere los tres años de pena privativa de libertad.

La existencia de co-imputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

Según este artículo, se establecen tres requisitos principales para declarar la admisibilidad del proceso abreviado con acuerdo pleno: En primer lugar, el imputado debe admitir o confesar que cometió el hecho materia de investigación, así como el consentimiento para aplicar dicho procedimiento; en segundo lugar, el fiscal y el actor

civil² deben manifestar su conformidad para la aplicación de este procedimiento, legitimándolo y, en tercer lugar, para la aplicación del procedimiento abreviado la pena acordada no debe superar los tres años de pena privativa de libertad.

El Proceso Abreviado con Acuerdo Pleno, ha sido considerado como un proceso especial en el Código Penal Militar Policial, cuya finalidad es la simplificación y la celeridad de las etapas del proceso penal militar policial común, y está previsto para aquellos casos en los que la pena a imponerse no supere los tres años de pena privativa de libertad. Este proceso implica una justicia penal militar policial negociada, en el cual el imputado admite el hecho que se le atribuye y el fiscal y el actor civil manifiesten su conformidad, permitiéndole al encausado la obtención de la disminución punitiva. Ese acuerdo negociado entre el imputado, el fiscal y el actor civil se remite al juez, quien señala fecha y hora para una audiencia, donde el magistrado verifica que el acuerdo se encuentre dentro de los parámetros legales y expide sentencia.

VII. PROCESO ABREVIADO CON ACUERDO PARCIAL

Conforme al artículo 425 del Código Penal Militar Policial, “En la audiencia de control de la acusación, las partes podrán acordar exclusivamente sobre los hechos y solicitar un juicio sobre la culpabilidad y la

2 Cuando se habla de actor civil en un proceso penal militar policial, se hace referencia al Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Estado, representante de la institución agraviada, que, en el caso de la desertión de un elemento de tropa del Servicio Militar, será del Ejército, Marina de Guerra o Fuerza Aérea del Perú, según corresponda. En los delitos de función el agraviado será siempre el Estado. Nota del Editor.

pena. Esta petición se elevará directamente a la Sala o al Tribunal Superior Militar Policial, según corresponda, y contendrá la descripción del hecho acordado y el ofrecimiento de prueba para su determinación, así como las pruebas que las partes consideren pertinentes para la determinación de la pena”.

La aplicación de este proceso no implica su conclusión en el Juzgado Militar Policial, sino que solo abrevia la realización del juicio oral.

VIII. EL PROCESO ABREVIADO CON ACUERDO PLENO EN LOS PROCESOS POR DESERCIÓN SIMPLE DE PERSONAL DE TROPA Y LA DIFICULTAD EN SU APLICACIÓN.

El art. 422, inc. 2), del Código Penal Militar Policial, establece la aplicación del proceso abreviado en la etapa de investigación preparatoria, cuando el fiscal y el actor civil manifiesten su conformidad; sin embargo, el problema para su aplicación surge como consecuencia del desentendimiento y desinterés de parte del Procurador del Ministerio de Defensa y/o Procuradores de los institutos armados, quienes no se apersonan al proceso, menos solicitan su constitución como actor civil, lo que imposibilita la formulación de los Acuerdos Plenos, no obstante la admisión de los hechos por parte de los investigados y su consentimiento en su aplicación.

El Acuerdo Pleno es el instrumento de procedencia para la incoación del proceso

abreviado, es remitida al Juez Militar Policial y éste citará a audiencia, donde se controlará la validez del consentimiento del imputado y su pleno conocimiento de los alcances de la omisión del juicio oral, se escuchará al actor civil, cuyas razones serán atendidas por el juez, pero su opinión no será vinculante; sin embargo, para su admisibilidad, tanto el fiscal militar policial como el actor civil deben haber manifestado su conformidad.

Debe considerarse lo dispuesto en el último párrafo de artículo 387 del Código Penal Militar Policial³, para la incoación del proceso abreviado con acuerdo pleno, siendo suficiente la conformidad del fiscal y del imputado, cuando no existe actor civil.

Teniendo en consideración lo precedentemente expuesto, procedería plantear la modificatoria del inciso 2) del artículo 422 del Código Penal Militar Policial, para hacer más viable la aplicación del proceso abreviado con acuerdo pleno; o, en su caso, formular un acuerdo de doctrina jurisprudencial para la incoación del proceso abreviado, con la sola manifestación de conformidad por parte del fiscal y el imputado, siempre que la parte agraviada –el Estado–, representado por el Procurador Público del Ministerio de Defensa y/o Procuradores Públicos de los institutos armados, se encuentren debidamente notificados con la Disposición de Apertura de Investigación Preparatoria y éstos no se hayan apersonado y/o constituido en actor civil, por cuanto su desinterés en el proceso no debe perjudicar su simplificación

3 Artículo 387.- Inmediación. (...) Cuando el actor civil no concurra a la audiencia o se aleje de ella se tendrá por abandonada su acción, sin perjuicio de que pueda ser obligado a comparecer como testigo.

y celeridad, cuyo fundamento jurídico lo encontramos en el artículo 387 del Código Penal Militar Policial, cuando dispone que si el actor civil no concurre a la audiencia, se tendrá por abandonada su acción, sanción procesal al desinterés y desentendimiento del proceso.

IX. CONCLUSIONES

1. El delito de deserción simple cometido por personal de tropa o personal del servicio activo acuartelado, generalmente, se debe a problemas de inadaptación a la vida militar, muchas veces porque sus expectativas no se cumplieron o fueron objeto de abusos dentro de las instalaciones militares. La deserción es un delito muy frecuente entre personal de tropa acuartelada.
2. El delito de Deserción Simple cometido por personal de tropa, representa actualmente la mayor carga procesal en los Tribunales Superiores Militares Policiales y el 90% del total de expedientes archivados provisionalmente en las Secretarías de las Salas de los Tribunales Superiores Militares Policiales son por deserción.
3. El Proceso Abreviado con Acuerdo Pleno ha sido considerado como un proceso especial en el Código Penal Militar Policial, cuya finalidad es la simplificación y la celeridad de las etapas del proceso penal militar policial común, y está previsto para aquellos casos en los que la pena a imponerse no supere los tres años de pena privativa de libertad.
4. Este proceso abreviado viene a ser una justicia penal militar policial negociada, en la cual el imputado admite el

hecho que se le atribuye y el fiscal y el actor civil manifiesten su conformidad, permitiéndole al encausado la obtención de la disminución punitiva. Ese acuerdo negociado entre imputado, el fiscal y el actor civil se remite al juez, quien llama a audiencia para verificar que el acuerdo se encuentre dentro de los parámetros legales, expidiendo luego la sentencia.

5. El problema para su aplicación surge como consecuencia del desentendimiento y desinterés de parte del Procurador del Ministerio de Defensa y/o Procuradores de los institutos armados, quienes no se apersonan al proceso, menos solicitan su constitución como actor civil; o, en su caso, no se presentan a las audiencias de aplicación del procedimiento abreviado por acuerdo pleno, lo que imposibilita la formulación de los mismos, no obstante, la admisión de los hechos por parte de los investigados y su consentimiento en su aplicación.
6. La aplicación del proceso abreviado en los delitos de deserción simple cometido por personal de tropa, conllevaría a que los expedientes judiciales culminen con sentencia en los Juzgados Militares Policiales, siempre que, para su incoación, sólo sea suficiente la conformidad del fiscal y del imputado, cuando el actor civil no se haya constituido como tal después de ser notificado con la Disposición de Apertura de la Investigación Preparatoria.

X. SUGERENCIAS

1. Modificación del inciso 2) del artículo 422 del Código Penal Militar Policial, en el sentido siguiente:

Artículo 422.- Admisibilidad.

(...)

(...)

2). El fiscal y el actor civil manifiesten su conformidad. “Si el actor civil no muestra su conformidad, pese haber sido válidamente notificado con la investigación preparatoria, el acuerdo puede ser celebrado únicamente entre el fiscal y el imputado”.

(...)

(...)

2. Aprobación de Acuerdo de Doctrina Jurisprudencial autorizando la formulación del Acuerdo Pleno para la incoación del Proceso Abreviado, con la sola manifestación de conformidad por parte del fiscal

y del imputado, cuando el actor civil no se haya constituido como tal, siempre que haya sido debidamente notificado con la Disposición de Apertura de Investigación Preparatoria.

XI. BILIOGRAFIA Y LINKOGRAFIA

1. Constitución Política del Perú
2. Código Penal Militar Policial
3. Ley 29248 – Ley del Servicio Militar.
4. Algunos comentarios sobre el proceso abreviado en el Código Justicia Militar Policial. <https://www.fuzfirma.com/pubpdf/07b66ca2666841ac9ee2c6754e8e4f4b.pdf>
5. Glosario Militar del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. <http://www.ccffaa.mil.pe/cultura-militar/glosario-militar/>

Eduardo A. Encalada Ortiz de Orué¹

ESTÁNDAR DE PRUEBA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ESTÁNDAR DE PRUEBA; III. PRISIÓN PREVENTIVA; IV. PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR POLICIAL; V. USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL; VI. EL ESTÁNDAR PROBATORIO PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA; VII. ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL; VIII. CONCLUSIONES; IX. RECOMENDACIONES; Y X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El autor aborda el tema de la prisión preventiva y el estándar de prueba aplicable a ella. Dice que la sospecha grave debería considerarse como el grado o nivel de estándar probatorio necesario al momento de dictarse el mandato de prisión preventiva en el Proceso Penal Militar Policial, a efectos de no perjudicar la libertad del imputado y dar cumplimiento a la Ley.

ABSTRACT

The author addresses the issue of preventive detention and the standard of proof applicable to it. It says that serious suspicion should be considered as the degree or level of standard of proof necessary at the time of issuing the order of preventive detention in the Criminal Military Police Process, in order not to harm the freedom of the accused and to comply with the Law.

1 Oficial del Cuerpo Jurídico de la Policía Nacional del Perú.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva y estándar probatorio.

KEYWORDS: *Preventive prison and evidentiary standard.*

I. INTRODUCCIÓN

Los estándares de prueba juegan un rol fundamental a la hora de la decisión del juez, pues solo si son superados se puede tener por suficiente la acreditación de un hecho y, al declararlo como probado, es posible determinar que la presunción de inocencia ha sido derrotada; consecuentemente, los estándares de prueba sirven para impedir la arbitrariedad judicial a la hora de juzgar, debido a que controlan los criterios de decisión del juez, delimitando el nivel de prueba que se debe alcanzar para que este pueda declarar probado un hecho, evitando así que se condene en base a la sola voluntad del juzgador.

II. ESTÁNDAR DE PRUEBA

Según Espinoza (2019), los estándares de prueba son propios de un sistema de libre valoración de la prueba. Lo que no significa que esta libertad se encuentre ausente de límites, en el sentido de que los jueces de manera arbitraria y subjetiva, siguiendo sus creencias íntimas, determinan el valor de las pruebas en la valoración que hacen de cada una de ellas. Al contrario, el estándar de prueba se inserta en una valoración racional, donde al ser valorado de manera conjunta se presenta como suficiente para declarar un hecho por probado. Esto implica “establecer un umbral a partir del cual se acepta una hipótesis como probada”.

Una vez alcanzado el umbral de suficiencia probatoria, “se entenderá que el

derecho ha reconocido a la hipótesis favorecida como la más cercana a la verdad, y en este sentido actuaría como mecanismo de reducción de errores”.

Precisemos que según Mendoza (2018), “los estándares de prueba variarán según la materia que se discuta, un estándar civil no es el mismo que el penal. El umbral de suficiencia probatoria variará debido a que los intereses jurídicos en juego son de distinta naturaleza. Así, en la tradición del common law, en materia civil se ha establecido los estándares de “prueba prevalente”, “preponderancia de evidencia” y “prueba clara y convincente”; el mismo que consiste en que “cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe sopesar las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que parezca ser relativamente más probable, sobre la base de los medios de prueba disponibles”.

Mientras que en el caso del proceso penal (tanto en el common law como en el civil law) el de “más allá de toda duda razonable”, que supone que “el juez solo podrá condenar al acusado cuando no haya duda de que ha cometido el crimen que se le imputa, a contrario sensu, está obligado a absolver cuando exista una duda en la participación del acusado en el delito imputado”.

Claro que tenemos que admitir que el cumplimiento del estándar no garantiza que no podamos cometer errores al momento de valorar la prueba. Existe aún cierta incertidumbre que rodea a los estándares de prueba, que hacen inevitable que se cometan errores, en el sentido de absoluciones falsas o condenas falsas.

III. PRISIÓN PREVENTIVA

a) **Concepto.**- Para Asencio (2016), la prisión preventiva es la medida de coerción personal que con mayor intensidad afecta la libertad personal, ha estado prevista en todos los códigos, pero con diferente regulación. Actualmente, se considera una medida de carácter cautelar de carácter excepcional y provisional, que se impone cuando es absolutamente indispensable para alcanzar los fines del proceso penal; sin embargo, su uso está generalizado, haciéndose uso y abuso de su aplicación y constituyendo en muchos casos un verdadero anticipo de condena. (Cubas, 2018, pp. 86).

b) **Finalidad.**- Según Asencio (2016) siempre, la prisión preventiva es una medida de carácter cautelar, excepcional, porque la regla es la libertad; de otro lado, es provisional porque está sujeta a plazos de estricto cumplimiento, que se imponen para alcanzar los fines del proceso. Por ende, cuando el juez impone prisión preventiva, en el plazo concedido se debe investigar, concluir la investigación y formular el requerimiento de acusación y una vez aprobada en la audiencia preliminar realizar el juicio hasta alcanzar, por lo menos, la sentencia de primera instancia; si esto no ocurre y se vence el plazo de detención, el imputado puede solicitar su libertad por exceso del plazo y el proceso continuará estando aquel en libertad, esto independientemente de la naturaleza y gravedad del delito.

c) **Presupuestos.**- Según Asencio (2016), los presupuestos de la prisión preventiva son:

1) **Fundados y Graves Elementos de Convicción (Fumus Delicti Commissi).**- Que consiste en la existencia de indicios que giran en torno a la

presencia de un hecho que la ley señala como delito, y la probable intervención del imputado como autor o cómplice del mismo.

2) **Apariencia de Derecho (Fumus boni iuris).**- Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Llamado también la prognosis de la pena, que está en relación con la sanción punitiva, pero no debe confundirse la pena abstracta prevista en cada tipo penal con la prognosis de la pena que se va a realizar al momento de resolver la prisión preventiva (pena concreta).

3) **Peligro Procesal (Periculum In Mora).**- Que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir, razonablemente, que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

IV. PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR POLICIAL.

Considerando la definición establecida en el numeral 7 del Acuerdo de Doctrina Jurisdiccional en Materia Militar Policial N° 001-2016/FMP., convengo con el criterio de que efectivamente la prisión preventiva no tiene una naturaleza sancionadora sino instrumental y cautelar, por lo que su aplicación debe reservarse exclusivamente para aquellos casos en los que sea necesario o casi obligatorio neutralizar aquellas conductas que pongan en riesgo tanto el descubrimiento de la verdad, como la actuación y aplicación adecuada y oportuna de la ley.

Aun cuando ello no se observe de lo establecido en el artículo 322² del Código Penal Militar Policial, en razón a que, en comparación con lo prescrito en Código Procesal Penal,³ dicha figura no hace sino evidenciar que no se cumple con el verdadero estándar probatorio que necesita un requerimiento fiscal de tal magnitud.

Por lo que queda claro que mientras no se modifique el numeral 1 del citado artículo, el juez no podrá sino exigir elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es autor o participe de un delito, reduciendo el verdadero estándar probatorio que se requiere para amparar fundadamente dicho pedido.⁴

V. USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

Al respecto, como es lógico, existirán quienes cuestionen duramente la forma en la que los jueces vienen aplicando la prisión preventiva en la jurisdicción militar policial, principalmente por causas como: a) el retardo o mora judicial; b) la falta de capacidad operativa y técnica en la investigación; c) la falta de capacidad operativa,

independencia y recursos de los defensores de oficio; d) la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; e) la inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva; f) el uso extendido de esta medida en casos de delitos menores; y, g) la extrema dificultad en lograr su revocación.

Factores a los que se suman criterios de política criminal que creen que la solución a la indisciplina es la privación de libertad; aun cuando lo contrario se afirme de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 320 del Código Penal Militar Policial, donde se refiere que la privación de la libertad no solo es la última alternativa, sino que deberá acudirse a ella cuando las demás medidas hayan fallado.

VI. EL ESTÁNDAR PROBATORIO PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA

Considerando lo establecido en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, se advierte que el nivel de estándar probatorio varía dependiendo de la etapa o decisión que se va tomar; por ejemplo, en la jurisdicción ordinaria, para que el fiscal inicie una investigación preliminar solo requiere de la sospecha inicial o simple, lo cual justifica la

2 “Artículo 322.- Requisitos Las medidas de coerción procederán cuando concurran las circunstancias siguientes:

1. Que existan **elementos de convicción suficientes** para sostener, razonablemente, que el imputado es autor o participe de un delito; y

(...)”

3 “Artículo 268.- Presupuestos materiales (de la prisión preventiva)

(...)

a) Que existen **fundados y graves elementos de convicción** para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo. (...) Agregado por el editor.

4 El editor hace notar que la diferencia entre un código y el otro está en la expresión “graves” en el Código Procesal Penal y “suficientes” en el Código Penal Militar Policial (CPMP). ¿Se concibe de ello que el estándar probatorio ha sido roto en el caso del CPMP?, la jurisprudencia existente dice que no.

intervención de los agentes del Estado encargados de la persecución del delito.

Situación que no ocurre si de lo que se trata es de formalizar la investigación preparatoria, que exige se observen si concurren los requisitos de procedibilidad, como son el que se observe si aparecieron indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no haya prescrito y que se ha individualizado al imputado, pasando con ello a un nivel de sospecha intermedio o revelador.

En el caso de la existencia de una acusación, el criterio evoluciona, puesto que implica que se ha concluido la investigación preparatoria, ya sea porque cumplió con su objetivo o porque los plazos vencieron, o porque el juez así lo determinó luego del control de plazo.

En ese entendido, se exigirá para tal caso se cuente ya con un mayor nivel o grado de sospecha, como es el de la sospecha suficiente, que implica que se pueda acreditar a través de los medios de convicción acopiados la probabilidad de condena, respecto de la comisión de un delito y de la vinculación del agente con él, que deberá ser sustentado en forma coherente y lógica.

En esa línea de pensamiento, se requiere que el estándar probatorio para la prisión preventiva sea el de la sospecha grave, como el más intenso grado o nivel de sospecha, incluso por encima de la sospecha suficiente, que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento, además de la observancia de si están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

En ese sentido, a efectos de ordenar prisión preventiva contra una persona que

está siendo investigada por un delito, el juicio de imputación judicial exige un plus material respecto a los dos anteriores niveles de sospecha, pues debe contener un elevado índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo.

VII. ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

Para el caso de la jurisdicción militar policial, se puede advertir que lo antes desarrollado no ha sido abordado, por ende, no queda más que analizar lo regulado en el Código Penal Militar Policial. Respecto de la investigación preliminar, podemos deducir que el estándar probatorio es el de la sospecha simple, situación que cambia si se decide abrir investigación preparatoria, porque exige un nivel de sospecha suficiente, la misma que se exige si se decide requerir una prisión preventiva. Un estándar más alto, del que hemos hablado, fácilmente podría ser replicado en jurisdicción militar policial excepcional; no obstante, podría ser objeto de cuestionamiento en razón a que no se puede exigir más allá de lo que la ley no exige, aun cuando ello signifique la afectación de derechos fundamentales del personal militar o policial, y el abierto desconocimiento de la doctrina jurisprudencial que se maneja en el fuero ordinario, y que mínimamente debería ser observada entre nosotros a efectos de ratificarse su aplicación como de última ratio.

VIII. CONCLUSIONES

- Se observe que para que una detención no sea arbitraria, la medida que prive o restrinja la libertad del imputado cumpla con ser legítima, idónea y necesaria

para cumplir con el fin perseguido, en el sentido que no exista una medida menos gravosa para alcanzar el objetivo propuesto.

- En la prisión preventiva el estándar probatorio que se requiere es el de la sospecha grave, lo que implica un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido un hecho punible, y que existe una alta probabilidad de peligrosidad procesal (fuga u obstaculización).

IX. RECOMENDACIÓN

Los jueces militares policiales, al momento que dicten una medida de prisión preventiva, tomen en cuenta estos parámetros y que la motivación que formulen sea lo suficientemente razonada y proporcionada, alejada de simples conjeturas o meras

deducciones, con base en el respeto a la presunción de inocencia.

X. REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS

Acuerdo de Doctrina Jurisdiccional en Materia Militar Policial N° 0012016/FMP.

ASENCIO (2016). La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú.

ESPINOZA ARIZA, J. El estándar de prueba en el proceso penal peruano.

MENDOZA, F. (2018). Prisión preventiva. Estándares objetivos de prueba. Revista virtual Legis. pe.

SUPREMA, S. D. L. P. C. (2017). Sentencia Plenaria Casatoria N° 12017/CIJ-433.: I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Revista Peruana de Ciencias Penales, (31), 415-441.

■ BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL CAP (MAYOR GENERAL FAP) JUAN ENRIQUE O`CONNOR GUEVARA²

El general Juan Enrique O`Connor Guevara nació en Pisagua (Tarapacá), el 5 de julio de 1885, cuando este territorio se encontraba en poder de los chilenos. Fueron sus padres Guillermo O`Connor y Luisa Guevara. Ingresó a la Escuela Militar de Chorrillos (EMCH), como cadete, el 9 de abril de 1904 y egresó de ella como alférez de artillería el 1° de febrero de 1907. Ascendió a teniente el 27 de julio de 1909; a capitán el 1° de febrero de 1912; a mayor el 27 de julio de 1918 y a teniente coronel el 27 de julio de 1922.

Durante su permanencia en el Ejército, prestó servicios, sucesivamente, en las secciones preparatoria, técnica y de aplicación de la EMCH; en el Grupo de Artillería de Campaña; en el Regimiento de Artillería de Campaña; en los grupos de artillería 4 y 5, en el Estado Mayor del Ejército y en el Cuartel General de la III División, entre otros.³

Pidió permiso y viajó a París (Francia), con sus propios medios, para matricularse en la Escuela de Aviación de Henrio. Realizó estudios de

1 Abogado, editor de la revista "El Jurista del Fuero Militar Policial".

2 Esta biografía ha sido tomada de: BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, Tercera parte: Desde 1926 hasta 1950, páginas 455 a 457.

3 RAMÍREZ ALFARO, Luis Fernando. Historia Aeronáutica del Perú, Tomo X, publicación del Instituto de Estudios Históricos Aeroespaciales del Perú, Impreso en el Servicio de Imprenta FAP, año 2011, pág. 639.

mecánica aeronáutica y efectuó sus primeras prácticas de vuelo, graduándose como piloto y consiguiendo su brevete, que le fue otorgado por el Aero Club de Francia en 1913.

Fue el primer aviador militar peruano (posiblemente también sudamericano) en realizar una observación táctica desde el aire, durante las maniobras militares que el ejército realizó en diciembre de 1915, con un avión Bleriot que él mismo reparó, con ayuda del personal de mecánicos de la Escuela de Artes y Oficios. Durante las maniobras, el 2 de diciembre de 1915, día central de las mismas, después de realizar un vuelo de observación en el que había alcanzado alturas de 60, 100 y 150 metros, sobrevoló por los alrededores de San Juan y cerros de Santa Teresa, aterrizando en el campo de maniobras de la Escuela Militar, siendo felicitado por el presidente de la República, José Pardo y Barreda, por su eficiente actuación.

“Llegada la primera Misión Militar Francesa de Aviación en 1919, O’Connor fue el primer oficial peruano que desempeñó la misión de jefe consultor, dando directivas, modelando las funciones propias de una Aviación naciente; luchando por su grandeza y difusión, tanto en el medio militar como en el deportivo”⁴.

Se integró al Cuerpo de Aviación del Perú en 1929 (creado el 20 de mayo de 1929) y el 10 de marzo de 1930 ascendió al grado de coronel. En agosto de 1930, tras el golpe de estado de Sánchez Cerro a Leguía, reemplazó al capitán de navío USA Harold B. Grow como “Inspector General de Aeronáutica”, cargo equivalente a comandante general.⁵

Entre los varios puestos en los que sirvió el general O’Connor en la Fuerza Aérea del Perú (FAP), estuvieron los de subdirector de Aeronáutica, jefe del Centro de Aviación Jorge Chávez (Escuela de Oficiales de Las Palmas), director general de Aviación y director general de Aeronáutica.

4 Ibidem.

5 <<https://es.scribd.com/document/76428816/CRONICAS-DEL-AIRE-Juan-O-Connor>> (visto en junio de 2018).

En una publicación del museo de la FAP se refiere: “O’Connor quien llegara a alcanzar, en su madurez profesional el grado de General de nuestra FAP, fue dinámico y eficiente instructor de vuelo de las primeras promociones de Aviadores peruanos y gestor por sus actividades aéreas en el país, del envío de los primeros aviadores militares a la Escuela “El Palomar” de Argentina”⁶

Viajó a Francia y a los Estados Unidos de Norteamérica en misión de estudios y fue agregado aéreo a las embajadas del Perú en México, Cuba y Panamá. Su ascenso al grado de general tuvo complicaciones. Mediante resolución legislativa N° 10561, de 10 de abril de 1946, “El Congreso, en uso de sus facultades constitucionales rehabilita en su derecho de ascenso al Coronel de Aeronáutica don Juan E. O’Connor G. expedido desde 1935 y resuelve ascenderlo a la clase de General de Aeronáutica.”

Esta resolución no fue promulgada por el presidente de la República, por lo que de acuerdo con el artículo 129 de la Constitución de 1933, el 26 de abril de 1946, la promulgó el presidente del Congreso José Gálvez Barrenechea. El 8 de octubre de 1946, el Congreso de la República emitió la resolución legislativa N° 10819, aclarando la resolución legislativa N° 10561, “en el sentido que dicho ascenso debe entenderse con la antigüedad de 17 de diciembre de 1940.”

Otra particularidad en la vida del general O’Connor tiene que ver con su presunta participación en “un frustrado levantamiento que debió haberse efectuado en la Escuela de Aviación de Las Palmas el 6 de julio de 1932.”⁷ En esa oportunidad fue apresado junto con los coroneles Aurelio García Godos y Eulogio Castillo, además de otros oficiales y civiles.

Esta tentativa se dio en una coyuntura de alzamientos bastante generalizados contra el gobierno de Sánchez Cerro, con la participación de líderes apristas, en los que también aparecieron involucrados numerosos militares y policías de diferentes grados. Ocurrió ello en el

6 <http://www.incaland.com/MuseoFAP/JUAN1.htm> (visto en junio de 2018)

7 BASADRE GROHMANN, Jorge, Ob. Cit, tomo 15, Pág. 203.

llamado “año de la barbarie”, que ya hemos comentado largamente en las páginas de este libro. Acaso ello explicaría el retardo en el ascenso del general O’Connor y también su “rehabilitación”.

Fue presidente del Consejo de Oficiales Generales entre el 29 de mayo de 1947 y el 5 de julio de 1949. El general CAP (Mayor general FAP) Juan Enrique O’Connor Guevara falleció el 14 de julio de 1958, estando ya en la situación militar de retiro. Estuvo casado con Graciela Carrillo Valencia.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en el año 2023
en Impreso en Partners Print S.A.C. con RUC 20606691204
Calle José de la Torre Ugarte 265, Miraflores



ESCUDO DE LA MARINA DE GUERRA DEL PERÚ

Se aprecian dos Anclas Navales cruzadas de color dorado en la parte superior y descansando en el arganeo de las anclas porta un cintillo tremolante de color dorado en forma de arco con el nombre MARINA DE GUERRA DEL PERÚ, en letras de color negro, sobre las anclas y en alto relieve va el Escudo Nacional mostrando sus tres campos: la Vicuña, el Árbol de la Quina y la Cornucopia en colores celeste, blanco y rojo; en la punta superior y central de éste descansa el Sol Radiante en color dorado.

