

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO X - NÚMERO 17 / JULIO 2021



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
General de Brigada (R) Alonso Esquivel Cornejo

**DIRECTOR DE LA REVISTA Y DEL CENTRO
DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR**
General de Brigada (R) Aníbal Villavicencio Villafuerte

EDITOR DE LA REVISTA
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

CORRECCIÓN DE ESTILO
General PNP (R) Jorge López Zapata

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA
Socorro Gamboa García

SECRETARIA
Yasmina Santos Agapito

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

Edición julio 2021
Año 10 - Número 17
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 Editorial Agüero E.I.R.L.
Jr. Las Toronjas 309, Urb. El Naranjal,
Independencia, Lima - Perú

Tiraje: 800 ejemplares

La revista no se solidariza necesariamente con las expresiones emitidas por los autores. Los artículos firmados no reflejan necesariamente el punto de vista del Fuego Militar Policial.

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN <i>Alonso Leonardo Esquivel Cornejo</i> _____	9
---	---

ARTÍCULOS

TERRORISMO INTERNACIONAL, VIOLENCIA YIHADISTA Y SEGURIDAD GLOBAL EN EL SIGLO XXI <i>Javier Gamero Kinosita</i> _____	15
--	----

EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO: ¿ES OBLIGATORIO MANIFESTARLO ANTE EL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA? <i>Moisés N. Paz Panduro</i> _____	51
--	----

OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS COMPLEJOS EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL <i>Carlos Nicolás Rodríguez Urday</i> _____	67
---	----

CRITERIOS PARA CUANTIFICAR LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN MILITAR DESDE LA ÓPTICA DE LA CASACIÓN N° 189-2019 LIMA – NORTE <i>Alfredo J.F. Balbuena Pareja</i> _____	79
--	----

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL COMO REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS EN EL PROCESO JUDICIAL <i>Luis Patricio Ríos Muñoz</i> _____	89
---	----

EL VOTO DE MILITARES Y POLICÍAS EN EL PERÚ Y EN AMÉRICA <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	109
RESABIOS INQUISITIVOS EN EL SISTEMA MIXTO DEL PROCESO PENAL <i>Mariano E. Fernández</i> _____	141
EL JUICIO BIFÁSICO: ¿SE APLICA EN EL FUERO MILITAR POLICIAL? <i>Celestino Causillas Aguilar</i> _____	149

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA LEOPOLDO ARIAS CÁCEDA <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	159
--	-----

ANEXO

LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ EN LA OBRA <i>PICTÓRICA DE ARTISTAS PERUANOS</i> _____	161
---	-----

PRESENTACIÓN

Hemos llegado al número 17 de nuestra revista: “El Jurista del Fuero Militar”, y la ponemos a consideración de nuestros lectores, que encontrarán en ella varios artículos de interés, escritos por nuestros colaboradores, esperando que les sea de utilidad. Nada ha sido fácil en estos últimos tiempos; la pandemia, que devasta el mundo lo ha marcado todo, incluso, el trabajo académico, de donde se nutre nuestra revista. Con todas las limitaciones habidas, nos complace, sin embargo, presentar este nuevo número de nuestra revista.

En el Fuero Militar Policial seguimos en la labor de administrar justicia, aun cuando tenemos que lamentar la partida de varios compañeros de trabajo por causa de la Covid-19. Muchos hogares en el Perú y el mundo se han llenado de luto y, el Fuero Militar Policial no ha sido la excepción. Que Dios tenga a nuestros muertos en su seno y que sus familias encuentren paz y fortaleza en este mundo.

ALONSO LEONARDO ESQUIVEL CORNEJO
General de Brigada (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

Javier Gamero Kinosita / Suiza¹

TERRORISMO INTERNACIONAL, VIOLENCIA YIHADISTA Y SEGURIDAD GLOBAL EN EL SIGLO XXI

Incompatibilidad de la Justicia Islámica con los Derechos Humanos de la Sociedad Secular de Occidente

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. HISTORICIDAD DEL TERRORISMO; III. LA NUEVA ARQUITECTURA ARGUMENTAL DEL TERRORISMO POSMODERNO; IV. LA DIMENSIÓN GLOBAL DEL TERRORISMO; V. TERRORISTAS Y ACTORES NO ESTATALES DE LA VIOLENCIA; VI. MOTIVACIONES DIFERENCIADAS DE LOS ACTORES NO ESTATALES DEL TERRORISMO; VII. NUEVOS DASAFÍOS DEL TERRORISMO TRANSNACIONAL; VIII. ISLAM, ISLAMISMO Y TERRORISMO ISLÁMICO; IX. VIAJE POR EL INTERIOR DEL CEREBRO DE UN TERRORISMO YIHADISTA: UNA APROXIMACIÓN A LA PSICOLOGÍA DEL TERROR; X. LA YIHAD Y EL TERRORISMO RELIGIOSO: EMPLEO DE LA VIOLENCIA EN NOMBRE DEL ISLAM; XI. LA POLICÍA RELIGIOSA ISLÁMICA; XII. EL TERRORISMO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL; XIII. LA PROPAGANDA DEL ESTADO ISLÁMICO Y EL LENGUAJE DEL TERROR; XIV. TERRORISMO, SEGURIDAD GLOBAL Y DIPLOMACIA COERCITIVA; Y XV. REFLEXIÓN FINAL.

-
- 1 Javier Gamero Kinosita, oficial de policía (r), jurista, criminólogo y traductor jurídico, habiendo obtenido la licenciatura de Administración y Ciencias Policiales en la Escuela de Oficiales de la Benemérita Guardia Civil del Perú, la licenciatura en Derecho (*Licenciatus iuris cum laude*) así como el título de Magister en Criminología (*Legum Magister magna cum laude*) en la Universidad de Berna, Suiza. Actualmente es traductor e intérprete de las Cortes Jurisdiccionales, Centros Penitenciarios y Policía del Cantón de Berna y de Friburgo, en Suiza. Es autor de diversos trabajos de investigación en Suiza: “Tráfico de Cocaína y Delincuencia Organizada”, “La Violencia Política y los Derechos Humanos en el Perú” y “La Corrupción como Amenaza para la Gobernabilidad en el Estado de Derecho Moderno”. Es conferencista en diversas universidades del Perú y Europa, así como en los Centros Superiores de Estudios y Escuelas de Posgrado de la Fuerza Armada y Policía Nacional del Perú (PNP), además de autor de diversas publicaciones sobre política criminal internacional, seguridad internacional, protección internacional de los derechos humanos y política internacional en Alemania, Austria, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Perú, el Reino Unido y Suiza. Es miembro de la Sociedad Suiza de Derecho Penal, la Sociedad Europea de Criminología, la Sociedad Internacional de Criminología, el Foro de Berna para las Ciencias Criminales, etc.

RESUMEN

El autor explora las múltiples facetas del terrorismo mundial en el siglo XXI, haciendo hincapié en el fanatismo religioso de grupos islamistas que han impulsado la yihad, o guerra santa, contra los infieles de occidente. El terrorismo del siglo XXI es un terrorismo global que emplea para sus fines todos los medios disponibles como la prensa y la internet y, en el caso de los musulmanes, compromete la participación de jóvenes en atentados terroristas, prometiéndoles la purificación de su alma y la vida eterna de acuerdo al Corán y la palabra del profeta, entre otros aspectos.

ABSTRACT

The author explores many facets of world terrorism in the 21st century, emphasizing the religious fanaticism of Islamist groups that have promoted jihad, or holy war, against western infidels. The twenty-first century terrorism is a global terrorism that uses all available means such as the press and the Internet for its purposes and, in the case of Muslims, compromises the participation of young people in terrorist attacks, promising the purification of their soul and eternal life according to the Koran and the words of the prophet, among other aspects.

I. INTRODUCCIÓN

El Instituto Internacional de Estudios en Seguridad Global (INISEG) de España, ha establecido las amenazas y desafíos

globales emergentes en el siglo XXI, identificando entre ellos, las armas de destrucción masiva, el crimen organizado, los conflictos armados, el espionaje, los ciberataques, el cambio climático, la dependencia energética, las crisis económicas, los desastres naturales, los flujos migratorios, las pandemias y desde luego el terrorismo internacional, que constituye hoy en día, la forma de violencia colectiva, donde la bestia humana del siglo XXI ruge urbe et orbi².

Asimismo, el científico social alemán Ulrich Beck, en su **teoría de la sociedad de riesgo**, presentada en la Universidad Ludwig Maximilian en Múnich, afirma que en este nuevo escenario de la denominada sociedad de riesgo del siglo XXI, los riesgos son reflejos normales del progreso y desarrollo que no es posible eliminarlos, tan solo reducirlos, subrayando que ya no existe puerto seguro y que vivimos en una permanente inseguridad, debiendo coexistir con estos riesgos, ya que ellos son inherentes al nuevo orden mundial. Dentro de estos riesgos tenemos las amenazas nucleares, los peligros atómicos, el crimen organizado, las pandemias y, desde luego, el terrorismo internacional³.

En efecto, el **terrorismo posmoderno** es hoy en día una **amenaza, un desafío global emergente** y un **riesgo global** en la presente centuria, habiéndose constituido en un nuevo enemigo planetario que desconoce fronteras, territorios, credos y culturas, que está inspirado en nacionalismos periféricos, mesianismos religiosos y

2 GAMERO KINOSITA, Javier (2020): Conferencia sobre “Seguridad, delincuencia y orden social durante la pandemia global COVID - 19”, en el Congreso Internacional 2020 de la Red Internacional de Profesionales en Seguridad, en Ciudad de México, el 17 de noviembre de 2020.

3 BECK, Ulrich (1991): “Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne”. 8. Edición, Frankfurt a. M.

dogmatismos seculares, haciendo del mundo un escenario de confrontación. La fe musulmana, que pregona un *islam pacífico*, difiere del terror islámico (*islam político*), en donde el fascismo religioso promueve un clima de histeria, una prédica de odio y destrucción. Nos encontramos desde inicios de este tercer milenio inmersos en una especie de nueva “Guerra Fría”, una “*guerra de ideas*”, una “*guerra de culturas*” y una “*guerra de confesiones*”. Oscilamos en el péndulo entre civilización y barbarie.

II. HISTORICIDAD DEL TERRORISMO

El terrorismo es la guerra del siglo XXI, sin embargo, si hacemos un examen retrospectivo del mismo, se puede comprobar que éste ha sido una constante en la historia de la humanidad y que el uso político del terror ha estado siempre con nosotros. Hoy en día vivimos en la era de la globalización del terrorismo y sin embargo ignoramos su historia. El Dr. Gerard Ghaliand de la Universidad de Harvard sostiene, que para conocer mejor el terrorismo es necesario hacer un estudio prolijo del fenómeno desde sus orígenes hasta nuestros días⁴. Andrew Sinclair, historiador inglés de la Universidad de Cambridge, ha realizado un estudio meticuloso de la historia del terrorismo, afirmando que no se puede abordar el estudio indiscriminado de una materia sin antes seccionar y analizar sus diferentes partes.⁵

II.1. La prehistoria del terrorismo

La historia del terrorismo moderno se remonta a la era de Maximiliano Robespierre, durante la Revolución Francesa; sin embargo, existen hechos en la historia que dan testimonio de las primeras manifestaciones del terrorismo. La Secta de los Zelotes constituye uno de los primeros grupos que ha practicado el terror sistemáticamente. El fundador de la secta fue un judío de Galilea que hace frente a la represión de los romanos. Los Zelotes comenzaron a hacer uso del terror basados en la idea de la pureza tanto religiosa como política. La historia de la Secta Ismaelita de los Asesinos prefigura de manera remarcable la dinámica de la mayoría de los movimientos que han empleado la técnica del terrorismo en el transcurso de los siglos. Su origen y estructura ideológica yacen en el mundo islámico y se gesta en Irán y Siria. Su ambición política era constituirse en los maestros del mundo islámico y restaurar el islam auténtico. Cabe señalar que la historia de las grandes religiones monoteístas como el judaísmo, el cristianismo o el islamismo, son inseparables de la idea de lucha.

II.2. Tiranicidio y parricidio político

Una de las manifestaciones del terror es el tiranicidio; el asesinato de personalidades políticas y religiosas, utilizado por muchas organizaciones terroristas. En su concepción filosófica el tiranicidio es considerado como una fuente legítima por parte

4 Gérard Ghaliand y Arnaud Blin (2004): «Histoire du Terrorisme – De l’Antiquité à Al Qaeda». Editorial Bayard, Paris, páginas 9 y 10.

5 Andrew Sinclair (2003). “*An Anatomy of Terror - A History of Terrorism*”. Editorial Macmillan, Londres.

de los revolucionarios para recurrir a actos violentos. Ha sido uno de los medios estimados legítimos para luchar contra el despotismo. La eliminación física de un tirano constituye un deber cívico, es el deber de todo ciudadano de reestablecer un sistema justo, lo que implica la destrucción del sistema injusto establecido.

La cultura griega daba al asesino del tirano el rango de héroe. Cicerón manifestaba que, si el asesinato era el más condenable de todos los crímenes, el tiranicidio era la acción de revancha más noble que existía, ya que libera a la humanidad de la “crueldad de la bestia salvaje”. Los romanos nos dan el ejemplo de Bruto que libró a Roma de la dictadura de Julio César, mediante una puñalada. La ejecución del tirano es simbólica, porque permite una purificación del sistema político.

II.3. El terrorismo de Estado

Otra de las manifestaciones del terror es el terrorismo de Estado, cuyos orígenes se remontan a la conquista de los mongoles. El ejército, en todos los tiempos, ha constituido un instrumento formidable para el terrorismo de Estado. Los mongoles bajo Gengis Khan, disponían, hacia el año 1256, de un instrumento militar superior a todos los ejércitos de su época. Su modo de vida espartano, el dominio de las artes marciales, su organización militar, su rigor en la disciplina y la práctica sistemática del terror y las masacres contra las poblaciones (decapitación) eran sus características.

II.4. El terrorismo anarquista y el nihilismo

El principio fundamental del **anarquismo** consiste en negar toda forma de autoridad y al mismo tiempo toda definición

del orden establecido, no acepta ni credo ni catecismo libertario, es la negación del principio de autoridad en todas sus formas y rechaza violentamente todo derecho de coacción sobre el individuo. Surge a mediados del siglo XIX con la aparición de Pierre Joseph Proudhon quien orienta su accionar a destruir al Estado, a fin de garantizar el respeto al individuo y su libre asociación política y económica.

El **nihilismo** es un movimiento filosófico y libertario desarrollado en Rusia en los años 1860 por Dimitri Pisarev, que pregona ideológicamente el **individualismo** absoluto, la negación en nombre de la libertad individual de toda obligación impuesta al individuo por la sociedad, la familia, la religión. El nihilista no cree en nada, no reconoce autoridad alguna y niega todos los valores reconocidos, mientras que el revolucionario cree en el pueblo y lucha por los derechos humanos.

II.5. La revolución francesa y el terrorismo moderno

La revolución francesa comprende un período decisivo en la historia del terrorismo. El término “*terror*” hace su aparición prefigurando una práctica que se va a desarrollar considerablemente en el siglo XX, con el advenimiento del terrorismo y de la violencia a gran escala. El término terrorismo, bien entendido, proviene de la experiencia de terror que hizo estragos entre 1793 y 1794 en Francia. El “siglo de las luces” ha brindado a la humanidad la idea de soberanía popular; es en su nombre que la revolución propone la defensa frente a un terror de Estado, donde el fin justifica los medios, engendrando violencia. Entre 1793 y 1794 el terror es institucionalizado por el poder central, poniendo el gobierno en práctica su estrategia de exterminio de los

enemigos del pueblo. Francois Furet sostiene que Robespierre teorizó sobre el “terror” o “gobierno del terror o miedo”, como un gobierno virtuoso, ya que el terror acompaña a la revolución, nacida para exterminar a la aristocracia. Es parte integrante de la revolución, inseparable de ella. Sólo el terror puede permitir un día una república de ciudadanos.

II.6. El terrorismo ruso (1878-1908)

El terrorismo en Rusia a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX es un movimiento revolucionario tardío. Todo aquél que participaba en un acto terrorista era consciente del riesgo considerable de muerte. La Policía Zarista era eficaz. Los Bolcheviques son según la historiografía soviética legítimos herederos de este movimiento de anarquistas, nihilistas y populistas. La Revolución Rusa de 1917 se funda en las ideas de la revolución francesa y propone un cambio radical del sistema zarista basado en la solidaridad de los miembros de la comunidad campesina y orientado a suprimir la familia imperial. Lenin utiliza posteriormente el terror del Estado para establecer su poder y consolidar el desarrollo de la revolución. Joseph Stalin explota un sistema terrorista creando un aparato político con poderes absolutos en torno a su persona en los años 1930.

Otras formas de violencia colectiva fueron el **terrorismo en la India** (1947), donde muchos tráfugas del movimiento Gandhi, a falta de resultados concretos por la estrategia de la “no violencia”, recurren a

la violencia inspirados en la “filosofía de la bomba”, atacando objetivos occidentales y la sociedad estructurada en castas. El **terrorismo nazi** (1933-1945) de la Alemania hitleriana; el **terrorismo irlandés** (1919-1921) dirigido por Michael Collins del IRA y la **resistencia argelina** (1954-1962) dirigido por el Frente de Liberación Nacional para lograr su independencia.

II.7. El islamismo radical y el terrorismo del siglo XXI

Según Hassan Al Bann, “el islam es ideología y fe, patria y nacionalidad, religión y Estado, espíritu y acción, libro y espada”⁶. La yihad se apoya en antiguas raíces ideológicas e interpretaciones modernas erróneas y arbitrarias, que creen que es el único modo de acción para restaurar el califato y reunificar la comunidad musulmana. Después del 11 de setiembre del 2001, se dio paso a una nueva dimensión de la yihad, el paso a la denominada guerra global, marcada por la politización de la religión. La politización del islam ha conllevado al surgimiento de un fundamentalismo religioso recurriendo al extremo del suicidio y apelando al martirologio divino, inspirado en una ideología totalitaria en contraposición a la sociedad secular abierta, democrática y pluralista de occidente. Hoy en día el Estado islámico ha puesto en jaque a las grandes ciudades europeas. La batalla urbana se da en los aeropuertos, en los trenes, en las estaciones de bus, en las iglesias, las plazas, etc.

El uso político del terror ha sido, sin duda, una impronta constante e

6 Gérard Ghaliand y Arnaud Blin (2004) : «Histoire du Terrorisme – De l’Antiquité à Al Qaeda ». Editorial Bayard, Paris, Pág. 281.

impertérrita en el transcurso de la historia de la humanidad. En toda época y en todo lugar encontraremos una serie de acontecimientos y hechos que nos dejan un testimonio elocuente de como la bestia humana ha rugido por doquier *urbi et orbi*, recurriendo a la violencia política de manera cruel y despiadada. Se dice que la violencia es la partera de la historia.

III. LA NUEVA ARQUITECTURA ARGUMENTAL DEL TERRORISMO POSMODERNO

Hoy en día el terrorismo es considerado por los especialistas en política criminal internacional como un nuevo enemigo planetario que desconoce fronteras, territorios, credos y culturas, constituyendo una amenaza global y el más grande desafío del Estado de derecho moderno. En la denominada “*sociedad pos 11 de septiembre*” se instauró la dramaturgia del terror, generándose en la sociedad global un miedo generalizado e inseguridad a través de un shock colectivo. Con la globalización del terrorismo, el mundo se ha vuelto angosto para los grupos terroristas⁷. Se han acuñado nuevos términos tales como “neoterrorismo”, “hiperterrorismo”, “superterrorismo”, “megaterrorismo”, “terrorismo global”, “terrorismo nuclear”, “bioterrorismo”, la “guerra contra el mal”, entre otros, que han dado

lugar a la llamada “*diplomacia coercitiva*”⁸. Sea cual fuese el ropaje con que se presente, ya sea inspirado en nacionalismos periféricos, mesianismos religiosos o dogmatismos seculares, este fenómeno se ha tornado liberticida y devastador, haciendo del mundo un escenario de confrontación, creando escenarios apocalípticos.

III.1. Hacia una definición del terrorismo en el siglo XXI

El vocablo terrorista es muy difícil de definir. A pesar de existir un sin número de convenciones internacionales sobre terrorismo, no existe una definición que tipifique este delito. La *Encyclopédie des Terrorismes* de J. Baud (Paris) establece que no existe ninguna definición coherente y universal del terrorismo que pueda ser adaptada en el plano internacional. La denominación terrorista es muy discutible y subjetiva. El Dr. Nicolás Queloz, profesor de Criminología de la Universidad de Friburgo en Suiza, sostiene que la palabra terrorismo está hoy en día utilizada, usada, prostituida y enarbolada para todos los fines políticos, a tal punto que ha provocado un efecto de saturación. Ya no echen más agua que el cántaro está lleno⁹. El *Petit Dictionnaire d'éthique de Paris* define al terrorismo como “*un conjunto de medios ideológicos, logísticos y técnicos puestos en escena en un medio social*”

7 Markus Spillmann (2001): “*Die Globalisierung des Terrorismus – Neue Formen –klassische Methoden*” NZZ Fokus Terrorismus. Neue Zürcher Zeitung, NZZ, 2001. Pág. 77.

8 Martha Crenshaw (2011): «*Explaining Terrorism – Causes, processes and consequences*». Capítulo 8 *Coercitive diplomacy*. Editorial Routledge, Taylor & Francis Group. Londres y Nueva York. Páginas 137-166.

9 Nicolas Queloz (2002) : «*Terrorismes et réactions sociales en tous genres des thèmes dignes d'intérêt pour les Criminologues*». Schweizer Zeitschrift für Kriminologie (SZK) 1/2002, Editorial Stämpfli SA Berna. Suiza. Pág. 27-28.

determinado con el fin de ejercer una retórica de muerte, en donde se conjugan lo exquisito de Platón y unas técnicas del crimen cada día más sofisticadas”. El núcleo central del concepto es el arte de hablar bien de la muerte.

III.2. Elementos centrales que nos pueden aproximar a una definición de terrorismo

La individualización de las guerras:

Las nuevas guerras, en donde se sitúa el neoterrorismo, están privatizadas y desestabilizadas, estas ya no se dan entre los Estados-Nación sino entre bandas y milicias, existe una erosión de la diferencia entre civilistas combatientes. El Dr. Herfried Münkler de la Universidad de Humbolt en Berlín, postula la tesis de la “invisibilidad del combatiente” en las nuevas formas de violencia colectiva en el siglo XXI.¹⁰

La desterritorialización del terrorismo: El empleo de la violencia ha desistido de la ocupación del territorio. Según Hans-Jörg Albrecht, director del Instituto Max Planck, el terrorismo moderno se desarrolla en la “era de las redes” que no conoce más

el centro y la periferia, el desarrollo de estas redes han posibilitado el acercamiento de organizaciones terroristas con organizaciones del crimen organizado, se ha forjado una alianza entre estos movimientos sociales revolucionarios y el submundo criminal¹¹.

El carácter mediático: El terrorismo es noticia. El rol de los medios de comunicación social es sustancial para la expansión del terror. El estadounidense Brian Jenkins subraya su carácter escénico-dramático y postula la tesis del terrorismo como teatro¹², mientras que Bruce Hoffman postula la tesis de la violencia como comunicación, señalando que los terroristas pretenden llamar la atención. La propaganda les confiere autoridad, con ello demuestran la incapacidad del gobierno, justifican sus hechos, se irrogan autorías, captan fondos, donaciones, reclutan militantes, generan terror con decapitaciones, dan primicias, hacen revelaciones, etc.¹³ Se manifiestan a través de cartas, comunicados, videos y por sus propios homepages. Existe toda una manipulación propagandística que debe de ser contrarrestada con un esfuerzo comunicativo por parte del Estado.¹⁴

-
- 10 Herfried Münkler (2009): “*Foro: Reforma de las Fuerzas Armadas de Suiza*”, organizado por el *Neue Zürcher Zeitung*, el *Tages Anzeiger* y el *Weltwoche* en el Bellevue Palace de Berna el 18 de marzo de 2009. Berna.
- 11 Hans-Jörg Albrecht (2002): “*Terrorismus und kriminologische Forschung. Eine Bestandsaufnahme*”. Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK) 1/ 2002 *Terrorismus*. Editorial Stämpfli SA Berna. Páginas 5-17.
- 12 Johannes Dillinger (2008): “*Terrorismus - Wissen was stimmt*”. Editorial Herder. Freiburg im Breigau. Alemania. Pág. 99-105.
- 13 Bruce Hoffman (2008): “*Terrorismus, der unerklärte Krieg – Neue Gefahren politischer Gewalt*”. Editorial Fischer. Frankfurt am Main. Alemania. Pág. 306-301.
- 14 Fernando Reinares (1998) “*Terrorismo y Antiterrorismo*”. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona y Editorial Paidós, SAICF, Buenos Aires. Pág. 140 y 141.

La dialéctica del miedo: Los terroristas focalizan su accionar en la violencia psicológica difundiendo terror, inseguridad, pánico, ansiedad, angustia y miedo. Generan un sentimiento compartido por millones de telespectadores que absortos consumen en la sociedad de la información imágenes que parecen ficción, creando una representación simbólica de un fantasma en el imaginario colectivo.

De un carácter nacional y territorial a un carácter transnacional e internacional:

El Dr. Pedro Carrasco Jiménez, criminólogo de la Universidad de Valencia, subraya las siguientes características¹⁵:

- *Redes envés de jerarquías:* se sirve de la estructura de redes transnacionales, los actores en redes son más flexibles, adaptables e innovativos.
- *Perfil variado de los autores:* hoy tenemos una membresía multinacional reclutada a través de redes; antes los terroristas pertenecían a grupos étnicos nacionales.
- *Perfil variado de los hechos:* cada tipo de ataque es inimaginable y posible (terrorismo marítimo, ciberterrorismo, bioterrorismo, terrorismo nuclear, etc.)
- *Incremento del potencial de destrucción:* Con el uso de las nuevas tecnologías, el ratón de un ordenador puede tener efectos más devastadores que un ejército completo.

- *Fortalecimiento del efecto mediático:* Comunicación y propaganda son esenciales para difundir la amenaza global.
- *Diversificación del financiamiento:* Los canales de transferencia son infinitos, se dispone de una vasta infraestructura de redes financieras y bancarias, que ha traído consigo el congelamiento masivo de cuentas generando un problema con los derechos humanos.
- *Soporte no estatal:* Antes los agentes terroristas eran determinados gobiernos (Libia, Sudan, etc.) que eran objeto de sanciones internacionales. Hoy en día contamos con espónsos no gubernamentales.

Eric Gujer, periodista suizo del *Neuer Zürcher Zeitung*, contempla **4 pilares del terrorismo islámico:** la ideología, las futuras generaciones, el dinero y la geografía política¹⁶:

La ideología: Ello legitima el empleo de la violencia, necesitan un objetivo para suicidarse, este es la revolución mundial, la liberación del mundo árabe de los EEUU y el establecimiento de un califato mundial. Tiene que haber un sentimiento de compromiso moral.

Las futuras generaciones: El 60 % de la población en el Oriente Próximo lo constituyen menores de 30 años de edad y carecen de perspectiva. Para el 2020 se deben crear 100 millones de puestos de trabajo. Ello

15 Pedro Carrasco Jiménez (2008): «La definición del terrorismo». XV Congreso Mundial de Criminología organizado por la Sociedad Internacional de Criminología en Barcelona, España (21-24 julio de 2008).

16 Eric Gujer (2013): “Die Vier Pfeilen des Terrorismus”. *Neue Zürcher Zeitung* (NZZ) del 09/VIII/2013. Pág. 19.

impedirá el reclutamiento eficiente de los Kader de Al Qaeda.

El dinero: Los Talibanes pagan a los mercenarios un lucrativo honorario, los suicidas tiene la garantía que sus familiares estarán aseguradas. Sin recursos financieros no hay terrorismo. Están involucrados en el narcotráfico y el tráfico de personas.

La geografía política: Con relaciones políticas estables no hay violencia. El reclutamiento de los terroristas yihadistas se da en los Estados fallidos (Afganistán, Yemen). La Primavera Árabe incrementó en un inicio las zonas potenciales de repliegue. Hoy tenemos todo lo contrario. Los grupos terroristas islámicos más representativos hoy en día, que constituyen una amenaza internacional, son Hamas en Palestina, Hezbolá en el Líbano y Al Qaeda en Afganistán, que focalizan su accionar contra la sociedad secular, abierta, democrática y pluralista de Occidente.

Resulta difícil definir la nueva arquitectura argumental del terrorismo posmoderno. Es necesario tener en cuenta el *componente político-histórico* dentro de una definición de terrorismo. Un acto terrorista puede transformarse a través del tiempo y/o del espacio en un acto heroico de lucha por la libertad. Hoy en día es imposible hacer un juicio inmediato de la comisión de un hecho reciente y calificarlo como terrorismo sin correr el riesgo de tener que retractarse por un juicio ulterior. El dilema de que el terrorismo es un delito común o un

delito político-social persiste en el debate académico de la política criminal contemporánea.

IV. LA DIMENSIÓN GLOBAL DEL TERRORISMO

En la historia del terrorismo los atentados perpetrados el 11 de setiembre de 2001 en los Estados Unidos, dieron al terrorismo una nueva definición global, alcanzando el fenómeno un grado de desarrollo superlativo sin precedente. Ello generó una contra reacción que se denominó *“guerra global contra el terror”*. Estos hechos han conducido a una nueva definición del terrorismo¹⁷. El Dr. Ulrich Schneckener, investigador alemán de la Fundación Ciencia y Política de Berlín, subraya cuatro aspectos esenciales en estos atentados terroristas¹⁸:

La dimensión destructiva: Estos atentados ocasionaron como nunca una gran cantidad de muertos y considerables daños materiales. En Estados Unidos se registraron, según datos oficiales, cerca de 3500 muertos de 80 nacionalidades distintas y daños colaterales por suspensión del tráfico aéreo, quiebre del curso de la bolsa, crisis de las líneas aéreas y compañías de seguro y medidas de seguridad adicionales, entre otros.

La dimensión mediática: Un aspecto peculiar de los atentados del 11 de setiembre es que por primera vez en la historia se *televisaba en vivo y en directo un atentado*

17 Bruce Hoffman (2008): *“Terrorismus, der unerklärte Krieg”*, Editorial Fischer, Frankfurt am Main, Alemania, Página 47.

18 Ulrich Schneckener (2006): *“Transnationaler Terrorismus”*, Editorial Suhrkamp SV, Frankfurt am Main, Alemania, páginas 12-38.

terrorista. Toda la humanidad pudo ver absorta en las pantallas de sus televisores como se empotraron los aviones secuestrados en las “Torres Gemelas” de Nueva York y luego el inmediato y vertiginoso derrumbamiento de éstas. Estas imágenes quedaron grabadas en la mente de los televidentes desencadenando un shock colectivo.

La dimensión operativa: La dimensión y la ejecución de la operación fueron de gran escala, requiriendo una coordinación plena y planificación de largos años a fin de poder estar en capacidad de llevarla a cabo; por ejemplo, la visita de las escuelas de pilotaje en el Estado de La Florida demandó una gran inversión de trabajo, de entrenamiento y de tiempo.

La dimensión política mundial: Los atentados del 11 de setiembre llevados a cabo con éxito, constituyeron no sólo un atentado terrorista en territorio estadounidense, sino un golpe a la potencia mundial número uno. Con esta operación los 19 terroristas dieron un mensaje político al mundo, provocando reacciones de inseguridad y miedo.

V. TERRORISTAS Y ACTORES NO ESTATALES DE LA VIOLENCIA

V.1. Rebeldes y Guerrilleros: Ellos aspiran a la liberación de un sector social o una nación, por lo tanto, luchan por el derrocamiento de un gobierno (revolución), por el desmembramiento de una región (secesión) o por el fin de un régimen de ocupación. Por lo general las guerrillas se inician en el campo, en las montañas o en regiones apartadas que dificultan un control por parte del Estado y paralelamente propagan el concepto de la guerrilla urbana. Figuras representativas de esta línea de acción son Mao Tse Tung y Ernesto Che Guevara. Muchas veces

se aprecia un soporte de otros Estados que proporcionan armas, equipo y know how (Conocimiento práctico, habilidad). Sendos ejemplos son los movimientos de liberación anti colonial, del Viet Cong en los años 60 o la guerrilla zapatista de México.

V.2. Milicias y Paramilitares: Constituyen *fuerzas combativas irregulares* que actúan bajo la anuencia o encargo de un régimen para combatir a los rebeldes y opositores. Por lo general son equipadas, armadas y financiadas por el Estado en el marco de una táctica antiguerrilla efectúan secuestros, asesinatos, masacres o limpiezas étnicas. Como elocuentes ejemplos tenemos la Triple A en Argentina (Alianza Anticomunista Argentina), las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), la Mano Blanca en Guatemala, etc.

V.3. Los “Warlords” o Señores de la Guerra: Son potentados locales que detentan cierto poder económico y ejercen el control en determinados territorios azotados por conflictos violentos. Ellos se entronizan y aseguran en el poder a través de *ejércitos privados* y sacan provecho de la *economía de la guerra*, explotando tanto los recursos (metales preciosos, cultivos de drogas, reservas de gas, zonas petrolíferas) como a la población local. También son denominados como los *“Príncipes de la Guerra”*. No es inusual que ellos pretendan legalizar sus prebendas obtenidas, aspirando a copar el poder político. Prominentes ejemplos de “Warlords” que posteriormente han alcanzado el poder político son el ex presidente de Liberia Charles Taylor y el ex presidente de la República Democrática del Congo (antes Zaire) Laurent Désiré Kabila.

V.4. Los criminales: Aquí tenemos a miembros de las estructuras de sindicatos, bandas de las *mafias*, contrabandistas,

falsificadores y piratas. Su accionar se centra en el robo, la estafa, el chantaje, el asesinato, el comercio ilegal de armas, obras de arte, drogas, mujeres y niños, materia prima, etc., los cuales traspasan las fronteras estables. Con el fin de asegurar sus intereses económicos, tienen injerencia en la política, en la administración, en la justicia, en la economía y en los medios de comunicación. Sendos ejemplos son las estructuras criminales sicilianas de la *Cosa Nostra*, la *Camorra* napolitana, los *yakuzas* japoneses o los *carteles del narcotráfico* colombianos y mexicanos.

V.6. Los mercenarios y servidores de la seguridad privada: Son individuos voluntarios, por lo general extranjeros, que son reclutados en unidades de lucha o combate existentes para llevar a cabo tareas específicas a cambio de una remuneración o pago. Por lo general están al servicio de los “Warlords” que les ofrecen elevadas remuneraciones, también pueden estar al servicio del ejército de un Estado. En una guerra civil es usual encontrar en ambos bandos tropas de mercenarios. Un ejemplo de ellos son los *Hermanos Musulmanes* que han luchado sangrientamente en los conflictos en el Medio Oriente. Aquí se distingue también la figura del “*caza recompensas*”, se pone precio por la cabeza de una determinada persona y los mercenarios van a su caza, ellos son *asesinos a sueldo*. Una moderna forma lo constituyen las firmas militares y de seguridad que han profesionalizado y comercializado los servicios de entrenamiento de combatientes, asesoría militar y

policial. Un ejemplo actual lo constituyen los denominados “*soldados green card*”, extranjeros, por lo general sudamericanos, que prestan servicios en firmas privadas estadounidenses en Iraq, Afganistán o Pakistán, cumpliendo misiones específicas del gobierno de los Estados Unidos a cambio de los documentos migratorios que les garantiza una estadía y un trabajo en ese país.¹⁹

V.7. Ex combatientes desmovilizados y dispersos: que durante una guerra o después de ella, saquean y aterrorizan a una población indefensa. Ellos cuentan con un mínimo grado de organización y se desplazan de lugar en lugar. Ellos son aprovechadores y oportunistas de las situaciones caóticas. Aquí identificamos también a los miembros de un ejército desfinanciado y a aquellos soldados que, en situación de franco o retén, se generan ingresos privados indebidos y a través de actividades criminales.

VI. MOTIVACIONES DIFERENCIADAS DE LOS ACTORES NO ESTATALES DEL TERRORISMO

VI.1. Modificación del status quo o salvaguarda del status quo: Algunos actores de la violencia aspiran a un cambio radical del status quo. Ellos exigen otro gobierno, otro sistema político, la división de una región, un nuevo orden mundial. Otro grupo, por el contrario, tiene sus intereses centrados en mantener el statu quo y están al servicio de quienes detentan el poder. En esta primera categoría de aquellos que desean variar el orden establecido, tenemos a

19 Herfried Münkler (2009): Conferencia “*Die globale Bedrohungslage. Eine neue Sicherheitsarchitektur angesichts asymmetrischer Herausforderungen*”, en el Foro “EL FUTURO DEL EJÉRCITO SUIZO”, organizado por el Neuer Zürcher Zeitung (NZZ) y el Welt Woche llevado a cabo en el Bellevue Palace de Berna el 28 de marzo del 2009 en Berna, Suiza.

los terroristas, rebeldes o guerrilleros; en la segunda categoría, tenemos a las milicias, los paramilitares y los criminales que intentan mantener la estructura existente del régimen establecido.

VI.2. Orientación territorial u orientación no territorial: Los movimientos guerrilleros y los “Warlords” (Señores de la Guerra) por lo general aspiran fundamentalmente a conquistar o mantener el control de territorios. Se suele contratar mercenarios para estos menesteres. Los criminales y ex combatientes focalizan su accionar sólo bajo el control de pequeñas zonas, aldeas, barrios, asentamientos humanos. En el caso de los terroristas, si bien es cierto que a veces tienen ambiciones territoriales (por ejemplo, un Estado propio), no están en condiciones de conquistar territorios y defenderlos militarmente.

VI.3. Empleo de la violencia física o empleo de la violencia psíquica: Los rebeldes y movimientos guerrilleros desean alcanzar sus metas y objetivos mediante el uso de la violencia física, debilitando la fuerza de combate del enemigo para vencerlo. La guerra de guerrillas recurre a una estrategia militar que es subversiva y no convencional. Los terroristas, por el contrario, focalizan su accionar en la violencia psicológica, queriendo difundir el temor, la inseguridad, el miedo, la angustia, el pánico y la ansiedad. Dada su inferioridad numérica no aspiran a una victoria militar. Los mercenarios se ubican en la línea del empleo de la violencia física mientras que los ex combatientes y criminales no persiguen un interés militar. Las milicias y los “Warlords” (Señores de

la guerra) emplean de manera ambivalente ambas modalidades dependiendo del grupo y la situación.

VI.4. Motivación política, religiosa o económica: Mientras que los movimientos guerrilleros, las milicias y los grupos terroristas que actúan en el marco de un programa político social necesitan de recursos económicos para lograr sus objetivos, los “Warlords” y criminales actúan a la inversa. Para ellos lo primario son los intereses económicos y comerciales. El poder político y el empleo de la violencia tienen como finalidad sólo garantizar sus intereses económicos. Tanto los “Warlords” como los criminales son apolíticos. En lo que concierne a los mercenarios y ex combatientes, la motivación es estrictamente pecuniaria. El terrorismo por motivos religiosos tiene también fines claramente políticos²⁰:

VI.5. Islamista: aplicación de la ley islámica (Sharía) como única ley del Estado y beligerancia con el infiel, ya sea persona (musulmana o no) o cualquier Estado.

Judaico: expulsión/asesinato de todos los que impidan la ocupación de la “Tierra Prometida” por Yahvé a los israelitas. Respeto de la Halajá (código jurídico-religioso judío).

Cristiano: mezclado con ideas de la supremacía blanca busca la expulsión/asesinato de judíos, musulmanes, homosexuales, negros y cualquiera no blanco. Las leyes estatales deben respetar la Sagrada Biblia. Ejemplos: los Patriotas Cristianos, las Naciones Arias.

20 Pedro Carrasco Jiménez (2008), “La definición del terrorismo”, XV Congreso Mundial de Criminología, organizado por la Sociedad Internacional de Criminología en Barcelona, España, 21- 24 de julio del 2008.

VII. NUEVOS DASAÍOS DEL TERRORISMO TRANSNACIONAL

La lucha contra el terrorismo debe contar con nuevas estrategias que contemplen los siguientes aspectos del terrorismo transnacional:

VII.1. Redes envés de jerarquías: Hoy en día el terrorismo se sirve de la estructura de las redes transnacionales disponibles. Los actores en las redes son más flexibles, más adaptables y más innovativos que las organizaciones jerárquicamente rígidas. Hoy sólo con el maus de un ordenador se pueden perpetrar atentados terroristas coordinados a distancia, en distintas latitudes del planeta, desestabilizando todo un sistema, dificultándose su control por parte de las autoridades. Al Qaeda dispone por ejemplo de una vasta red mundial.

VII.2. Perfil variado de los autores: En el terrorismo clásico los terroristas por lo general pertenecían a grupos etnonacionales, vale decir, de la misma nacionalidad, mientras que en el terrorismo transnacional tenemos una *membresía multinacional*, las redes transnacionales posibilitan distintos métodos de reclutamiento que no necesariamente se circunscribe a un determinado perfil social o nivel cultural. Los cuadros de Al Qaeda, por ejemplo, están conformados por estudiantes, profesores, médicos, gente de negocios, sacerdotes o líderes espirituales (los denominados “Imanes”), ex guerrilleros, contrabandistas, falsificadores y criminales.

VII.3. Perfil variado de los hechos: A partir del 11 de setiembre de 2001, cada tipo de ataque es imaginable y posible, secuestros de aviones, ocupación de embajadas, toma de turistas como rehenes, ataques en trenes o buses del transporte público,

atentados a refinerías, reservorios de agua contaminándolas o ataques a instalaciones energéticas, embarcaciones en alta mar (*terrorismo marítimo*) o la propagación de virus en sistemas informáticos (el *ciberterrorismo*) etc. Ningún Estado del mundo puede sustraerse de los riesgos potenciales del terrorismo transnacional. Ello dificulta el trabajo de la policía y de los servicios de inteligencia.

VII.4. Incremento del potencial de destrucción: Aprovechando las redes transnacionales la Yihad ha incrementado su capacidad de destrucción, llevando a cabo ataques masivos contra la población, causando un gran número de muertos, heridos y cuantiosos daños materiales. Ayer fue Madrid, Londres, Riad, Bombay, mañana será cualquier otra metrópoli del orbe.

VII.5. Fortalecimiento del efecto mediático: A través de los medios de comunicación, los terroristas islámicos difunden en todo el mundo el horror y pavor en la comunidad internacional, siendo usual ver en la televisión o en la internet mensajes y negociaciones de grupos terroristas con turistas secuestrados, decapitaciones, haciendo gala de una perversa decisión y crueldad extrema. La *comunicación y la propaganda* son esenciales para difundir la amenaza global.

VII.6. Diversificación del financiamiento: El terrorismo tiene distintas fuentes de financiamiento y los canales de transferencia son infinitos a través de la vasta infraestructura de redes financieras y bancarias. Hoy en día existen millones de dólares congelados en cuentas bancarias de todo el mundo bajo la sospecha del involucramiento de sus titulares en el financiamiento del terrorismo.

VII.7. Soporte no estatal: Tradicionalmente el terrorismo era financiado por determinados gobiernos, tales como Libia o Sudán, por ejemplo, lo que daba lugar a la imposición de sanciones internacionales de orden económico y militar o severas medidas migratorias restrictivas. Hoy en día en el terrorismo moderno se aprecian *espónsores no gubernamentales* que se sustraen fácilmente del control de los estados y pueden movilizarse en un ámbito legal siendo difícil detectarlos.

Las dimensiones colosales y pantagruélicas que ha alcanzado el fenómeno del terrorismo a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, constituye uno de los aspectos más relevantes del discurso posmoderno de la política criminal internacional. El terrorismo clásico se ha visto inmerso en un proceso de fosilización conceptual, cayendo, diría yo, en una indefinición intelectual. Hoy el terrorismo posmoderno enarbola una nueva arquitectura argumental que intenta describir el proceso de la globalización del terrorismo. Se acuñan en el discurso de la política criminal nuevos términos tales como el “terrorismo global”, el “hiperterrorismo”, el “superterrorismo” o el “megaterrorismo”. Para hacer frente a esta nueva amenaza se requiere impostergablemente una estrategia global que exige la colaboración plena de todos los estados de la comunidad civilizada de naciones, dentro del marco de una cooperación internacional.

VIII. ISLAM, ISLAMISMO Y TERRORISMO ISLÁMICO²¹

Como todos sabemos, las religiones expresan necesidades humanas que ningún cambio de sociedad puede fácilmente eliminar. Los seres humanos difícilmente dejarán de ser religiosos. Por lo mismo que no dejarán de ser sexuales, lúdicos y violentos. Muchas veces las religiones están convencidas de estar en posesión de la “verdad única” y en aras de lograr la hegemonía de su dogma religioso, han dado lugar a trifulcas religiosas y a enfrentamientos civilizatorios a lo largo de la historia de la humanidad.

VIII.1. El islam, religión política y dictadura clerical

La palabra **islam** significa “entrega a Dios” e implica un sometimiento absoluto a la voluntad divina. La palabra implica paz, pureza, aceptación y compromiso. Su profeta es Mahoma, quién es el encargado de transmitir definitivamente a la humanidad la palabra de Dios. Ahora bien, el islam es una *religión política* cuya ideología es sabida; es incongruente con la democracia. Se rige por una *dictadura clerical* compuesta por teólogos (ayatolas, mullahs e imanes). Ellos no admiten los elementos de una democracia moderna, partidos políticos, separación de poderes, libertad de expresión e igualdad de género. La Declaración Universal de los Derechos Humanos no tiene lugar en la órbita islámica. Muchos críticos

21 Javier Gamero Kinoshita (2017): Extracto de disertación “*El Terrorismo Islámico y la Seguridad Global del Siglo XXI*” en la Escuela de la Dirección de Inteligencia de la Marina de Guerra del Perú. Primero de junio de 2017. Lima-Perú.

de regímenes islámicos **demandan una humanización del islam.**

VIII.2. La violencia de género y la mutilación genital femenina en la sociedad islámica

Las mujeres están postradas socialmente, en una inferioridad radical, sometidas a los hombres y a una serie de restricciones. El islam es una religión de hombres. En el Hadiz tildan a las mujeres como pobladoras mayoritarias del infierno y consideran la **menstruación como base de la impureza femenina.** Ellas son física y psicológicamente humilladas, apedreadas, golpeadas, rociadas con bencina y quemadas, envenenadas o acuchilladas o inducidas a cometer un suicidio sin que ello melle la integridad física y moral de la persona. Generalmente, **estos asesinatos son imperativos culturales** que intentan **reivindicar el honor en el seno familiar** a fin de **salvaguardar la honra y dignidad de la familia.** Son de larga tradición y están enquistados en las arcaicas estructuras de familias patriarcalistas. La *moral sexual* entre los hombres y las mujeres es distinta en la sociedad islámica, *exige a las mujeres plena integridad sexual.* El estado islámico no tematiza la privación deliberada de la libertad, ni la homosexualidad ni el incesto. Las personas infectadas de sida o alguna enfermedad venérea son eliminadas. Las mujeres son sometidas a una educación conservadora, en la pubertad son restringidas en su libertad individual y de movimiento, el *pañuelo en la cabeza o velo* tienen una *función simbólica en el islam político.* Ellas son sometidas a **matrimonios forzosos** y a la **mutilación genital** y son víctimas de asesinato en salvaguarda del honor, cuando cometen adulterio o tienen relaciones prematrimoniales o cuando son víctimas de violación o incesto, en donde

ellas siempre son culpables por rechazar al hombre que deliberadamente eligieron para ella o por dejar a los violentos que las golpean. Las mujeres son posesión del hombre, su labor está destinada a ser esposas, amas de casa y madres, se les exige a ellas reserva y discreción en la esfera pública (la denominada **“perdida de rostro de la mujer”**, que implica pérdida de identidad); es el hombre quién representa a la familia hacia afuera. **El islam no admite separación entre Estado y religión.**

VIII.3. Breve reseña histórica de la expansión del islam

El científico social alemán Udo Steinbach, en un estimulante ensayo, advierte que en la historia de las religiones se aprecia una marcada expansión del islam. En pocas décadas los ejércitos árabes conquistaron el norte de África y España, luego Persia y Asia Central. Siglos más tarde se extendió por Turquía y Mongolia. Entre los siglos XIV y XVII se extendió en Indonesia con una población aproximada de 140 millones de musulmanes, una de las más densas poblaciones islámicas. Actualmente los territorios del islam se extienden por el África subsahariana.

Desde el siglo XIV, con los otomanos asentados en Turquía, los musulmanes edificaron un gran reino islámico, constituyendo, en un momento dado, una amenaza para Europa. Pero su decadencia tras la segunda derrota en Viena y el auge alcanzado por Europa y los EEUU, sumió tanto al islam como a los musulmanes en una profunda crisis, situándose, en virtud del debilitamiento de su poder político y económico, detrás del mundo cristiano.

El islam se rige por el sagrado Corán, el Sunna y la tradición. El Corán está

escrito en árabe antiguo y es sumamente difícil de leer, toda vez que es un compendio de versos que carecen de una sistematización. Es imposible leerlo sin tener que recurrir a un comentario. Cualquiera puede interpretarlo de distinta manera. Allí radica el problema.

Desde comienzos de los años 70, en el Cercano Oriente (Oriente Próximo) ha ido experimentándose un acentuado resurgimiento de la religión islámica como una fuerza política y social. Testimonios elocuentes de este *nuevo fenómeno de reislamización* fueron el derrocamiento del régimen del shah Reza Palhevi en Irán, en 1979, a través de la revolución islámica liderada por el Ayatollah Jomeini; la tenaz resistencia popular frente a la invasión soviética en Afganistán; la proclamación del islam como camino para la revolución social en Libia por el coronel Muammar Ghadhafi, bajo el sueño de una fusión con otros estados árabes y, posteriormente, el tiranicidio contra el presidente Anwar el-Sadat de Egipto en octubre de 1981. Estos hechos perpetrados por militantes de organizaciones islámicas consternaron a la comunidad internacional y pusieron en tela de juicio la seguridad y el futuro de la región.

Hoy en día es difícil apreciar en la región del Oriente Próximo un gobierno que tenga como fundamento el soporte de la mayoría de la población. En gran parte de los Estados de la región el dominio o ejercicio de autoridad se basa en intereses particulares, ya sean de familia u otros grupos políticos y/o sociales. Ellos carecen de legitimidad popular. Su legitimidad la fundan en una ficción ideológica y religiosa. El Oriente Próximo es una sociedad desesperadamente infeliz y presenta profundas grietas sociales.

VIII.4. El islamismo, un proyecto político dictatorial

El islamismo es un proyecto político dictatorial que **promueve el desarrollo en grado superlativo del islam y su imposición en la sociedad**. Viene a ser el islam fundamentalista. Parten del principio que tanto el Corán como el Sunna son portadores de la "verdad divina" y, a la vez, postulan un orden político para la humanidad. Este orden se concretiza en el derecho islámico (Sharía). **El orden islámico ha de proveer justicia, bienestar y felicidad a todos los seres humanos y pretende edificar un paraíso sobre la tierra**. Imponen una serie de restricciones sociales, como velos y barbas, cierre de bares, clausura de salas de juego, prohibición de consumo de alcohol y carne de cerdo, etc.

El islamismo surge como una reacción a la colonización que sufrieron por parte de Estados de occidente entre los siglos XIX y XX. Se erige como un contraproyecto al modelo del orden social europeo. A fines del siglo XIX se evidencia el florecimiento de un *pan-islamismus* y a inicios del siglo XX se consolida una *islamización de la sociedad* con la aparición de los *Hermanos Musulmanes* en 1928. Conciben a Israel como una criatura ilegítima de un Occidente opresivo e imperialista

VIII.5. El terrorismo islámico

En 1966 Sayid Qutb desarrolla una interpretación conceptual de la yihad que conduce a la justificación del uso de la violencia y, por ende, al inicio del hoy denominado y controvertido "terrorismo *islámico*". Yihad (en árabe "Dschihad") quiere decir "Guerra Santa". El islam es también *una religión de combate* en donde Mahoma es el Profeta y jefe del Ejército y sus militantes

son combatientes de la yihad. Ella no es un deber individual sino una obligación colectiva de la comunidad islámica; también los civiles son combatientes y deben luchar. Quien perece en cumplimiento de su sagrado deber alcanzará inmediatamente el paraíso. Dentro de un espíritu de fanatismo religioso impregnado de exaltación política apelan siempre a las “*bombas humanas*” como testimonio de *inmolación* y *martirologio político-religioso*. Anhelan sacralizar la sociedad occidental desde su perspectiva histórico-cultural y religiosa.

En el marco de la yihad se inició una *lucha contra las potencias coloniales* que sometieron a los países islámicos; se asesinó al presidente de Egipto Anwar el -Sadat, se convocó a voluntarios árabes para ir a Afganistán a luchar contra las tropas soviéticas, a Kuwait para luchar contra la invasión de las tropas estadounidenses y se perpetraron los atentados contra las “torres gemelas” de Nueva York e instalaciones militares en Washington en 2001. Los grupos terroristas islámicos más connotados son los Talibán (Afganistán), Al Qaeda (fundado en 1988 por Osama Bin Laden con apoyo de los Muyahidines, significa “la base” y opera principalmente en Afganistán, Pakistán y Arabia Saudita), Hamas (Palestina), Hezbolá o Hezbollah (Líbano), el Frente Islámico de Salvación (Argelia) y el Frente Islámico Internacional contra Judíos (es un frente “antisionista” que lucha contra el Estado de Israel y “no antisemitista”, cuyo factor racial no existe en el mundo musulmán).

Temas de su apología y propaganda psicosocial son los daños colaterales que ocasionan las tropas de Occidente, así como

las violaciones de los derechos humanos, que cometen los mismos estados occidentales. Por lo general utilizan a predicadores que azuzan masivamente al odio colectivo contra los valores occidentales.

IX. VIAJE POR EL INTERIOR DEL CEREBRO DE UN TERRORISMO YIHADISTA: UNA APROXIMACIÓN A LA PSICOLOGÍA DEL TERROR

Cuando exploramos el tema del terrorismo yihadista, una de las interrogantes que mayormente se suscita en la política criminal contemporánea es, porqué en su mayoría jóvenes varones y raras veces también mujeres jóvenes, están dispuestos a consagrar su vida por un fin ideológico, dinamitándose y volando en mil pedazos junto con otras personas inocentes. Para obtener una respuesta, la criminología requiere de la asistencia de la psicología criminal, ya que sólo un análisis psicológico prolijo de los autores de un atentado terrorista puede coadyuvar a desentrañar esta incógnita.

El Dr. Alex P. Schmid ha realizado un minucioso estudio de **101 definiciones de terrorismo** para identificar y recopilar determinados elementos esenciales que configuren una definición aproximada del fenómeno. El **elemento predominante es la violencia y fuerza con un 87.7 %**, el **elemento ideológico político alcanza un 65 %**, el **miedo, pánico o espanto un 51 %**, el **amenaza e intimidación un 47.59 %**, la **contravención de la ley un 30 %** y el **impacto mediático (publicidad y propaganda) un 21%**²².

22 Alex P. Schmid (1988): «Political terrorism. A New Guid», New Brunswick, página 5.

Wolfgang Schmidbauer refiere que cuando un ser humano tiene la impresión de ser víctima de algo injusto, se despertarán en él *impulsos de venganza, furia o rabia*. Caín mató a su hermano Abel en esta situación. Dios prefirió a Abel y Caín castigó este agravio²⁴. Esta escena bíblica constituye un *viejo modelo de terrorismo*. El motivo del hecho es una actuación divina, la víctima es el propio Abel, libre de toda culpa. El acto de terror conlleva un mensaje: «tú no debes negarme, rechazarme o repudiarme a mí, como víctima, y con ello favorecer a otros». Este mensaje se pretende extrapolar en la normatividad cultural del amor fraternal y la convivencia humana.

En virtud de las enormes diferencias sociales entre los autores individuales de terrorismo, autores en un grupo, combatientes, jóvenes aventureros, políticos fanáticos, etc., es apenas posible diseñar la fisonomía de una personalidad del terrorista, sin embargo, se perciben rasgos constantes comunes en las conductas de los perpetradores.

IX.1. La venganza

La venganza desagradaba las agresiones. Ella se genera de la frustración de las necesidades o exigencias narcisistas de una persona que exige reconocimiento, respeto y atención. La forma más antigua de venganza es el *duelo*, que era una lucha formal para saldar ofensas y defender el honor. La capacidad de satisfacción, reparación o resarcimiento a través del duelo diferenció a los nobles y cultivados de los proletarios que acudían a palizas desordenadas.

Las soluciones políticas, jurídicas o disciplinadas de los conflictos son engorrosos y no satisfacen a cabalidad. Aquí se sustrae nuevamente el monopolio de la violencia del Estado. Frecuentemente, en una película televisiva que focaliza el tema de la venganza, apreciamos por lo general que la policía y los órganos de la administración de justicia son incapaces o corruptos.

El Dr. Schmidbauer identifica dos tipos de venganza: **la *venganza caliente, que es inmediata y repentina* y la *venganza fría, que es esperada o planeada***.²⁴ **El terrorista actúa en función a la segunda, a la dinámica de la venganza fría**. Existe la necesidad de planear de manera detallada y sistemática el acto terrorista.

IX.2. La grandiosidad

La gran fantasía es considerada por los expertos como un fenómeno natural que se suscita al comienzo del desarrollo humano, en donde el niño de pecho es el ente dominante en la indiferenciada unidad madre-niño. La gran fantasía ayuda al niño a superar sus temores y a creer en la protección que sus padres le puedan brindar. Bajo esta protección, ellos idealizan su vida y el entorno social. Idealizar significa experimentar lo grandioso, lo perfecto, lo irreprochable. En la medida que un niño se identifica por sus idealizados padres, adquiere seguridad. Esta seguridad lo ayudará a dominar la realidad. Pero esta *idealización* debe ser benévola y concomitante con la existencia y la realidad misma.

23 Wolfgang Schmidbauer (2009): "Psychologie des Terrors". Güterhöher Verlagshaus. München, página 22.

24 Wolfgang Schmiedbauer (2009): "Psychologie des Terrors", páginas 60 y 61.

Osama Bin Laden luchó en la guerra afgana contra la invasión soviética en complicidad con los servicios secretos estadounidenses y los árabes sauditas. Era la Guerra Santa de todos los musulmanes contra una invasión secular, un enemigo de su religión. El triunfo de la yihad sobre la única potencia en el Este, estimuló su grandiosidad. Hoy ha perdido a su enemigo, la URSS no existe más, pero hay otra potencia de ocupación que apoya la ocupación judía en la ciudad sagrada de Jerusalén, los impíos de EEUU.

IX.3. La fascinación de lo apocalíptico

Hoy en día, desde la perspectiva musulmana, el mundo está de cabeza. Dios, por intermedio de su profeta Mahoma, el último hombre que ha experimentado una revelación divina, les dio un mensaje de fe, del cual no deben jamás dudar, prometiéndoles una vida agradable y acomodada. Casi cerca de 1000 años esta promesa divina ha sido cumplida y el imperio de los califas árabes y los sultanes otománicos han pertenecido a uno de los más poderosos del mundo.

Desde inicios de la era moderna el significado del mundo islámico se ha ido desvaneciendo. Es imposible que Dios sea el responsable por ello, sino la mermada e inmunda fe de los musulmanes que han sucumbido frente a los vicios de la pecaminosa civilización occidental. Ellos deben hacer todo lo que este a su alcance, inclusive no eludir a la muerte misma para eliminar al enemigo. Aquí situamos a las **bombas humanas** que recurren al **suicidio espectacular**. El Dr. Schmidbauer sostiene que la gran fuerza de atracción que tiene la **visión apocalíptica** para el **narcisismo humano**, está ligado a la **grandiosidad**. La mayoría de escenarios apocalípticos están en relación a Jerusalén. La «Ciudad Santa» está en poder

de una potencia nuclear, el pensamiento próximo es que aquí se enciende o propaga el apocalipsis. Responsabilizan a los judíos por el capitalismo, la globalización y el comunismo. El anhelo o ansia de la muerte y la fantasía del suicidio espectacular son normales en la adolescencia.

IX.4. La psicología de la explosión

En las culturas tribales del norte de Yemen, en donde masculinidad y el armamento son idénticos, casi todos los adultos portan kalashnikov, fusiles o escopetas. En la Edad Media se usaba una espada. El descubrimiento de las armas de fuego y la explosión originó un cambio anímico en los hombres, ya que con ellos pueden arremeter en rápidos segundos contra sus enemigos, con una fuerza mucho mayor que la de ellos mismos. El **dominio de los materiales explosivos incrementa la fuerza propia y se tornan en instrumentos de destrucción, cuya energía expansiva hace bulla, apesta, brinda satisfacciones sádicas, sentimientos de superioridad y control sobre el entorno**. Los hombres ya no dominan más estas explosiones, sino que son dominados por ellas, se vuelven adictos a ellas. No se pueden imaginar ya una vida sin las mismas. Ellas **facilitan los atentados suicidas, la nueva técnica se centra en un pulsador, botón o palanca; ella es precisa, rápida, segura**. No requiere preparación ni tratamiento ni manipulación previa, *sólo requiere* de una única decisión en fracciones de segundo.

IX.5. El fanatismo

El fanatismo es un sentimiento o estado de exaltación muy importante en la perpetración de un atentado terrorista yihadista. La marcada orientación hacia una idea

sobrevalorada restando importancia a otras ideas, hace que el individuo se subordine plenamente a ella. Generalmente están enrolados en pequeños grupos que persiguen la consecución de sus ideales extremos y exagerados.

A la pregunta formulada a un terrorista respecto a la motivación al martirologio yihadista, respondió que **«el poder del espíritu nos eleva hasta las alturas y el poder de lo material nos lleva hacia abajo»**.²⁵ Quien odia su cuerpo como tumba del alma, debe limpiarse o desinfectarse a través de abluciones y ayunos rituales o a través de los baños de sangre y así serán premiados cristalizando la ilusión de alcanzar el paraíso. Los paganos deben soportar fracasos, dolores y pesares.

IX.6. La purificación de la vida a través de la muerte

Los autores de suicidio palestinos, antes de perpetrar el atentado terrorista, optan por una severa higiene y pulcritud corporal. En el planeamiento de un atentado suicida, se estima la **limpieza y la perfección** como dos componentes importantes. Todo debe estar en orden. Tanto la vestimenta como la escena externa para el acto terrorista deben ser seleccionados cuidadosamente. Es claro que ellos no podrían cometer un suicidio si padecen de un catarro, ellos deben ir a la muerte completamente sanos y en forma. La sangre de los mártires los purifica no sólo a ellos, sino también a todos sus seres queridos de todos los pecados que hayan cometido. **El mártir va directo al paraíso.**

IX.7. El misticismo de la ensangrentación (sangrado)

En el islam **la mística de la sangre** simboliza el pudor. La sangre que derraman los mártires los purifica no sólo a ellos sino a todos sus familiares, limpiándolos de los pecados cometidos. Los ayatolas, imanes y mullahs suelen aseverar que «sólo la primera gota de sangre de un combatiente yihadista basta para limpiarlo de todos sus pecados y va directo al paraíso donde 72 mujeres vírgenes lo esperan para servirlo».

La **mística de la sangre** juega siempre un rol cuando se trata de una cosa sagrada. La disposición de derramar sangre es un muy antiguo ritual de fortalecimiento y al mismo tiempo un símbolo para el aspecto narcisista de la sensualidad humana. Quien se corta una vena está dispuesto a traspasar la frontera que existe entre la vida y la muerte. Él deja de lado todos los miedos y consideraciones prejuiciosas. La **sangre** se concibe como un **bien preciado** de cada persona, al que ninguna otra persona tiene derecho. En determinadas culturas, por razones religiosas muchas veces, dejan preferiblemente morir a un enfermo antes de tolerar una transfusión sanguínea. Ello constituiría, culturalmente, una señal de debilidad.

IX.8. Cobardía, bizarría y arrojo

Ante el atentado terrorista perpetrado el 11 de setiembre de 2001, los medios de comunicación estadounidenses, con justa razón, condenaron el hecho calificándolo como un acto terrorista abyecto, vil y

25 Nasrat Hassan (2002): "Mit einem Knall ins Paradies". En el Suddeutsche Zeitung Magazin 4 del 25.01.2002. página 25.

cobarde; sin embargo, es evidente que los autores suicidas también estaban provistos de cierta valentía y arrojo y ofrendaron su vida, algo que la mayoría de los seres humanos protege por sobre todas las cosas, por algo que ellos consideraban justo.

Según el Dr. Schmidbauer, la compleja y enrevesada fuerza de atracción de un atentado suicida es esa *mezcla de gloriosa disposición al sacrificio, del resplandor de los mártires y cobardía*. Se da en los autores suicidas una asimilación consciente del hecho que aborda en primera instancia esa disputa y discordia con la muerte de muchos inocentes. Ellos pretenden con estos hechos propagar ilimitadamente esta **cultura de la muerte**, en donde deben estar dispuestos a morir por una noble causa divina.

Este sacrificio singular *hace del mártir un héroe*. El peligro radica no en los actos terroristas mismos sino en que ellos incrementan en los jóvenes **la ambición narcisista por la grandiosidad y glorificación**. En Irán, donde los ideólogos religiosos, políticos y la población en general están impregnados de una cultura de los suicidios masivos, existe un **cementerio de mártires** que han ofrendado su vida en atentados suicidas, lo cual ha generado controversias en el ámbito internacional. Se trata de **sociedades heroicas** en donde el héroe se torna en el salvador de la sociedad. El terrorista cree servir a una buena causa, representa a un grupo al que desea ayudar, él quiere alcanzar dentro de él una posición. Su causa es más importante que él mismo. **Egoísmo** y **altruismo** se yuxtaponen en su personalidad.

IX.9. La búsqueda desasosegada e interminable de los jóvenes

La búsqueda incansable e inacabada de muchos jóvenes ha devenido en una

cualidad de los terroristas. En Europa el Dr. Schmidbauer identifica 2 tipos de autores: Los **convertidos**, quienes en virtud a una deteriorada reacción con sus padres buscan un nuevo apoyo o fuerza moral en una religión lejana, distinta, apartándose de sus valores tradicionales y los **migrantes**, quienes, en virtud de una crisis personal en el manejo actual de sus vidas, reactivan nuevamente la fe confesional de sus padres o familiares, a la que renunciaron anteriormente. Muchos jóvenes, de familias inmigrantes, piensan que a través de un atentado suicida pueden demostrar a sus parientes y compatriotas su nueva fe y retomar la fe confesional familiar.

Los jóvenes descubren en su adolescencia la fe como un medio para independizarse y deslindarse de los padres, pasando por encima de ellos. Ellos buscan así disipar tensiones. Esta situación puede generar marcadas controversias en estos jóvenes en determinadas situaciones entre culturas distintas, lo que puede generar depresiones, descarrilamiento de las ansias de placer (alcoholismo), frustraciones (generadas por discriminación racial o segregación socio-laboral) que seguramente se liberarían de ellas, si es que realmente pudiesen.

La mayoría de los terroristas suicidas del 11 de setiembre de 2001 fueron convertidos recientes, flamantes combatientes yihadistas que anteriormente vivieron con hábitos occidentales. Esto rige para el mismo Osama Bin Laden, que antes de convertirse al islam, su vida discurrió en los clubs nocturnos de Beirut sin observar en absoluto las reglas del Corán.

Como podemos apreciar, el perfil psicológico de la personalidad de un terrorista yihadista es sumamente compleja. El terror del suicidio se gesta patológicamente como

producto de gestos narcisistas de los jóvenes musulmanes que actúan bajo el erróneo fundamento de que el terrorista es por principio y ante todo un altruista.

X. LA YIHAD Y EL TERRORISMO RELIGIOSO: EMPLEO DE LA VIOLENCIA EN NOMBRE DEL ISLAM²⁶

A raíz de la declaración de la Guerra Santa (yihad) a Suiza, hace unos años atrás, por el ex jefe de la Revolución Libia, coronel Muammar Ghadhafi; así como la suscripción por 25 de los 27 países que conforman la Liga de Países Árabes de un manifiesto en adhesión al dictador libio contra Suiza, acusándola de racismo al haber sido rechazado en un proceso de referéndum popular la construcción de un minarete en su ciudad capital, se generó un debate público controvertido. Por un lado, determinados sectores políticos y parte de la opinión pública tanto nacional como internacional, reaccionaron airadamente condenando la *instrumentalización de la religión islámica con fines políticos y populistas* por el tirano libio; y, por otro lado, diversos sectores y corrientes de opinión desestimaron la relevancia de tal declaración de belicismo religioso, restándole envergadura.

Esta controversia exige, a mi juicio, explorar con racionalidad política y académica el vínculo existente entre la teología islámica y el terrorismo moderno y autopropiciar visceral y prolijamente la denominada yihad o Guerra Santa contemplada en el Sagrado Corán.

Según los sagrados versos coránicos, la yihad en el islam significa defender a la nación islámica y al islam contra los ataques y agresiones, insultos y ofensas de sus enemigos. El islam es una religión pacífica y combate sólo a aquellos que luchan contra ellos. Los **incrédulos, los paganos, los pervertidos, los cristianos y los judíos** son los que, por envidia al islam pacífico y a sus profetas, ocasionan la aflicción de Alá. Ellos no reconocen la palabra de Alá. Ello ha hecho resurgir el mito de que el islam debe expandirse por medio de la espada y el empleo de la violencia.

El Sagrado Corán consta de 114 capítulos y cada capítulo se denomina “sure”. Está compuesto por versos que pueden fluctuar, por lo general, entre los 3 y 100 aproximadamente. El sure 17,33 dice textualmente: **“Y no matéis a nadie, cuya muerte ha sido prohibida por Alá, a no ser por una causa justa”**.

X.1. La Guerra Santa en el Sagrado Corán

La yihad es una orden a todos los musulmanes que los obliga a someter a todos aquellos que rechazan el islam y no se doblegan a los designios de Alá. Mahoma practicó la yihad tanto contra los cristianos y judíos, como contra todos aquellos que idolatraban a otros dioses y arremetía igualmente contra aquellos que se rehusaban a convertirse al islam. **Mahoma es considerado el progenitor del terrorismo islámico, toda vez que él es el Profeta y jefe del Ejército y sus militantes son combatientes yihad.**

26 Javier Gamero Kinoshita (2020): Extracto de la disertación “Riesgos y Amenazas Globales del Siglo XXI” en la Escuela Conjunta de las Fuerzas Armadas (ECOFA), dirigido a los oficiales del XIV Programa de Comando y Estado Mayor Conjunto. 20 de febrero de 2019. Lima Perú.

Un combatiente de la yihad alcanza el éxito cuando una nación declara al islam como su religión y a la vez eje de su estructura de Estado (un régimen teocrático). Ello se ha logrado en Afganistán (bajo el régimen Talibán), en Irán (bajo la Revolución del Ayatollah Jomeini) y en Sudán (bajo Hasan al Turubí). Fundamentalistas islámicos trabajan activamente para lograr el control de los “gobiernos islámicos seculares”, tales como Argelia, Egipto, Turquía, Irak, Líbano, Malasia, entre otros²⁷.

No reconocen los sistemas políticos de occidente, ni democracias ni dictaduras. Un testimonio flagrante y elocuente fue el asesinato del ex presidente egipcio Anwar el-Sadat el 6 de octubre de 1981, perpetrado por fundamentalistas radicales, por proclamar públicamente, en un discurso oficial, que “no habrá política en el islam y que el islam no se inmiscuirá en la política”. La yihad está contemplada en muchos capítulos (sure) y versículos coránicos que hacen alusión a los enemigos del islam e incitan a la Guerra Santa, tales como el sure 2,217, sure 4,71-104, sure 4,89, sure 8,24-36, sure 8,39, sure 8,67, sure 8,59-60, sure 39,65 y sure 47,4.

X.2. El resurgimiento del islam premoderno y patriarcalista

A partir de 1920 la historia de muchos países del Oriente Próximo se tornó turbulenta por las guerras de descolonización que los emancipó del dominio europeo de los británicos, de los franceses, de los italianos y hasta de los turcos. Dentro de ellos

tenemos a Egipto, que por primera vez en su historia tendría un presidente.

En 1924 se suscitaron dos hechos trascendentes en la historia del islam. Primero, los sucesos acaecidos en Turquía, donde el líder militar turco Mustafá Kemal Atatürk fundó la república turca, aboliendo el califato, poniendo fin a una institución de gobierno de casi 1300 años para establecer un Estado secular, dejando de lado la tradición osmánica, que predominó en el mundo islámico por cerca de 600 años. Estableció el laicismo y la secularización de la sociedad turca. La reacción de muchos musulmanes no se hizo esperar y el líder espiritual Hassan al Banna fundó el Movimiento de la Hermandad Musulmana en Egipto, cuyos militantes, cargados de odio, arremetieron contra los gobiernos y todos los que no deseaban someterse a la ley islámica. Y, segundo, se publicó la edición egipcia del Corán, la escritura de la que se afirma que es aproximadamente tan antigua como el califato, con algunas modificaciones y que mantiene viva la historia de la transmisión. Esta edición se difundió rápidamente por gran parte del mundo islámico y es la que rige actualmente en varios países musulmanes. De esta forma resurge el islam premoderno y patriarcalista que difiere del islam progresista. El Dr. Chase Robinson, catedrático de historia de la Universidad de Nueva York, sostiene que la crítica textual intenta eliminar los errores en serie de la historia de la transmisión mediante el cotejo de manuscritos tempranos y fuentes originales paralelas. Después de la creación del Estado de Israel en 1948, los grupos fundamentalistas

27 Bassam Tibi (2004): «*Der neue Totalitarismus: Heiliger Krieg und westliche Sicherheit*». Editorial Primus. Primera edición. Alemania.

se tornaron más radicales, constituyendo el comienzo de un sin número de guerras y ataques terroristas yihadistas.

X.3. Sayyid Qutb, el padre fundador de la yihad moderna

Sayyid Qutb es considerado el padre fundador de la yihad moderna. Nace en el sur de Egipto en 1906 y realizó estudios universitarios en Estados Unidos, quedando, tras su periplo por Washington, California y Colorado, impregnado de un profundo sentimiento de envidia y odio por el esplendor estadounidense, tildándola de sociedad materialista y resaltando su influencia letal para el mundo musulmán. Escribió una serie de libros apelando a la expansión del islam a través de la yihad, los cuales fueron prohibidos por la justicia egipcia y hasta hoy en día se encuentran en el mercado negro de muchos países islámicos. En 1965, Qutb fue condenado a la pena de muerte y ahorcado por preparar, presuntamente, una revolución contra el gobierno de Nasser y dispuso la incautación e incineración de todas sus obras. En sus obras, Sayyid Qutb radicalizó su posición y sostenía que Alá era el único soberano sobre la tierra y que nadie más debía regir los destinos de la humanidad. Rechazó toda forma de gobierno secular, llámese democracia, socialismo, dictadura o comunismo. Los musulmanes deben rebelarse contra todas esas formas de poder y ofrecer tenaz resistencia y combatir otras formas de gobierno.

X.4. Una garantía para alcanzar el paraíso

Existe solo un camino que garantiza a los musulmanes alcanzar el paraíso. Es a través de su participación activa como combatientes en la Guerra Santa, el martirologio en aras de defender el islam, el ataque suicida o perecer en el combate contra sus enemigos²⁸. Quién muere en la yihad no debe esperar el juicio final, sino que va directamente al paraíso. La yihad es considerada como un pacto entre Alá y el musulmán. Cuando el musulmán lucha ofrendando su vida por la causa islámica, Alá lo recompensa después de la muerte (sure 8,9). Es por ello que muchos musulmanes abandonan sus países para luchar en la yihad e inmolar-se como *bombas humanas* en otras latitudes bajo la consigna “*ustedes aman la vida, nosotros amamos la muerte*”²⁹. Su motivación es religiosa, pero puede peligrosamente impregnarse de una motivación política o social, como se ha visto en Europa.

X.5. El perfil de un grupo yihad

El grupo yihad estaría purificado de cualquier propensión o inclinación que se ajuste al mundo pagano. Sus miembros no aceptan otra autoridad más que de Alá en la fe, la religión, el sistema político y la ley. Cuando el grupo yihad disponga del poder necesario, dispondrá tropas armadas para desestabilizar gobiernos y así lograr el sometimiento a Alá como lo hizo Mahoma. En esta guerra no hay gracia ni compromiso alguno. Un grupo yihad probablemente

28 Olivier Roy (2017): «Der Dschihad und die Wurzel des Terrors». Editorial Siedler. München. Alemania.

29 Olivier Roy (2017): «Der Dschihad und die Wurzel des Terrors». Editorial Siedler. München. Alemania.

tendrá un comienzo difícil en tanto que los verdaderos creyentes escuchen su llamado, luego se multiplicará su número y serán cientos, miles y millones hasta que se extiendan por todo el mundo. (Sure 8,39)

X.6. Contradicción e incompatibilidad del islam con los derechos humanos³⁰

El islam no reconoce los derechos humanos, que constituyen la piedra filosofal de la civilización occidental del siglo XX. Los seguidores de Alá abdican de sus propios derechos. Asimismo, considera a la democracia como una forma de gobierno inaceptable.

No reconoce la libertad de expresión ni la libertad de prensa. El islam ha estado en permanente lucha con muchos escritores, autores y muchos medios de comunicación que expresan públicamente opiniones divergentes de los fundamentalistas musulmanes. Como ejemplo de ello tenemos la persecución política para asesinar al *Dr. Naguib Mahfuz*, Premio Nobel de Literatura en 1988, o **la fatua del ayatolá Jomeini, sentenciando con pena de muerte al escritor británico de origen hindú Salman Rushdie**, por la publicación de sus *“Versos Satánicos”*. Hoy es protegido por la policía británica, pero vive bajo el acecho constante de ser victimado por la espada del islam.

En el islam no se reconoce la **libertad de religión y de culto**. El mismo Corán contempla explícitamente la persecución religiosa. La ley islámica prevé la pena de

muerte para todos los apóstatas o renegados del islam que se convierten a otras religiones (sure 4,89).

Otro aspecto fundamental es la **violencia de género en el islam**, pues, *la mujer* está bajo una *constante presión y sometimiento*. Un hombre musulmán puede casarse al mismo tiempo con 4 mujeres, pero una mujer musulmana solo puede casarse con uno. *“Tomen ustedes las mujeres que bien les parezca, 2, 3 o 4”* (sure 2,229), los hombres tienen el derecho de presentar una demanda de divorcio, las mujeres no (sure 4, 11), las mujeres no pueden ejercer como imanes, una mujer no puede abrir la puerta de su casa cuando su esposo no está, igual si es su hermano u otro pariente que esté tras la puerta (sure 35,33), las mujeres deben permanecer en casa (sure, 33,33), muchas mujeres musulmanas no pueden viajar sin consentimiento de su padre o esposo, cuando una mujer se niega a tener relaciones sexuales con el esposo, éste está autorizado a golpearla hasta llegar a someterla a sus placeres (sure 4,34), **la ocultación del cuerpo femenino está codificado en los hadices (el burka o el nigab)**. En el caso de las mujeres empañoladas, **el pañuelo o velo tienen una función de sumisión y obediencia**. El islam **permite los castigos corporales, mutilaciones, lapidaciones y el repudio**. Ellas están sometidas bajo la constante y estricta vigilancia de la **policía religiosa islámica**. Como vemos, en el islam el poder masculino y religioso se unen para crear una estructura de dominación.

30 Javier Gamero Kinoshita (2020): Disertación sobre el terrorismo islámico en la Conferencia “Desafíos Estructurales del DIH en las Nuevas Formas de Violencia Colectiva en el Siglo XXI” en el XLIV Programa Básico en DIH y DDHH” en el Centro de Derecho Internacional Humanitario y derechos Humanos de las Fuerzas Armadas. 21 de febrero de 2020.

El islam no está hecho para las mujeres, es una especie de **terrorismo cultural, terrorismo intelectual o terrorismo moral**. Ellas son víctimas de una **segregación sexual** y una **violencia sexista**, sometidas a una permanente tortura en **cárceles de tela que las aniquila** y les **impone su despersonalización**. El envelamiento de las mujeres es consecuencia de un mandato moral divino.³¹

La yihad o Guerra Santa en el islam constituye **una forma de terrorismo religioso**,³² toda vez que la violencia se ejerce en nombre del islam y para lograr fines religiosos. A partir del 11 de setiembre de 2001, el terrorismo yihadista se ha tornado en la forma de violencia colectiva, donde la bestia humana del siglo XXI, ruge urbi et orbi (vale decir tanto en los contextos arabo-musulmanes como fuera de él), contra la ideología secular liberal.

XI. LA POLICÍA RELIGIOSA ISLÁMICA³³

La policía religiosa islámica es la policía oficial de algunos estados islámicos que tiene por finalidad hacer cumplir las reglas de la legislación islámica denominada "Sharía", respecto a la conducta religiosa. El establecimiento de esta policía religiosa se basa en disposiciones prescritas en el libro sagrado de los musulmanes, el Corán, cuyo

principio fundamental está prescrito en el Sure 3, Versículo 110, que sostiene que se os concederá (a los creyentes musulmanes o fieles) lo permitido o virtuoso y se os prohibirá lo pecaminoso. Esta norma es el fundamento de la religión y el mensaje divino dado a través del profeta Mohamed. Sin él reinaría la anarquía y significaría el fin de la humanidad. **La policía religiosa islámica es una policía moral, una policía para la prevención del vicio y promoción de la virtud**³⁴.

Las tareas de la policía religiosa islámica consisten en **velar por el cumplimiento de las leyes de la Sharía y evitar sus contravenciones**. Está facultada para detener a hombres que conviven con mujeres con las cuales no están casados ni emparentados. Asimismo, están autorizadas para confiscar productos que atentan contra el islam, tales como muñecas Barbie, discos compactos, videos de grupos musicales de occidente, películas, etc. De igual forma, vela por la observación de los mandatos del régimen alimenticio, entre otros, evitar el consumo y la venta de alcohol y de carne de cerdo. Otra de sus tareas fundamentales es evitar la conversión del islam a otra fe religiosa, lo que según la legislación Scharia se penaliza con la muerte. Para los misioneros rige la deportación. Otros menesteres de la policía religiosa es combatir la homosexualidad, la prostitución y controlar el cierre de locales

31 Wassyla Tamzali (2010): *"El Burka como excusa"*. Editorial Saga. Segunda edición 2010. Madrid.

32 Charles Townsend (2012) *"Terrorismus"*. RECLAMS UNIVERSAL.BIBLIOTHEK. Stuttgart. Alemania.

33 Javier Gamero Kinosisita (2020): Extracto de Conferencia *"Terrorismo Internacional y la Seguridad. Global en el Siglo XXI"* en el la Escuela de Posgrado del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). 07 de febrero de 2020. Lima-Perú.

34 Mark A. Gabriel (2008): *"islam und Terrorimus"*. Editorial Resch. München. Alemania.

comerciales durante los tiempos establecidos para la oración.

Los gobiernos teocráticos de oriente yacen, hoy en día, en el péndulo de una fuerte lucha interna para exaltar los valores del Corán y rechazar toda influencia que provenga de los infieles occidentales. En la XIX Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de la Conferencia Islámica del 8 de agosto de 1990, se promulgó la Declaración del Cairo sobre los Derechos Humanos en el islam, cuyo artículo 22 apela al principio consagrado en el Sure 3, Vers. 110, invocando retornar a las normas islámicas de la Sharía.

Sure 3, Vers. 110

“Vosotros los fieles sois la mejor comunidad que ha surgido de entre los hombres, a vosotros se les concederá lo que es justo y se les prohibirá lo que es pecaminoso, y crean en Dios”.

Al citarse en este verso coránico a la comunidad islámica como la mejor comunidad, se hace alusión a un elemento importante que rige en la religión, el de la **identidad musulmana**.

XI.1. Expansión de la policía religiosa en los países islámicos³⁵

La policía religiosa se ha ido extendiendo paulatinamente en distintos Estados islámicos tales como Arabia Saudita, Irán, Pakistán, Egipto, Yemen, Afganistán, Malasia, Nigeria y la Región de Palestina.

En **Arabia Saudita** la policía religiosa es reconocida como la autoridad encargada de propagar la virtud e impedir el mal, lo pecaminoso. La policía religiosa se constituyó en base al Movimiento Conservador de los Salafiyya y Wahhbiten. Esta policía patrulla las calles del país y supervisa la conducta y manera de vestir de las mujeres, así como combate el tráfico de alcohol y drogas. En el día de San Valentín (el 14 de febrero, día en que las sociedades de occidente celebran el día de los enamorados) rige la prohibición de venta de diversos productos de color rojo (color del amor) con el fin de mantener a la población distante de espectáculos hedonistas. La policía impide la venta de rosas rojas, ositos rojos o cualquier otro artículo de este color. De igual forma se persigue la brujería, hechicería o magia. La policía religiosa de Arabia Saudita cuenta con 3500 miembros y están directamente subordinados al Rey Abdullah. La policía religiosa interviene regularmente de manera conjunta con las fuerzas policiales regulares del país. Ella cuenta con una página web, en donde se puede denunciar las conductas anti-islámicas. Normalmente la policía religiosa en caso de detenciones está obligada a poner a los detenidos a disposición de las fuerzas policiales regulares. Es a ésta última, a quién compete decidir acerca de la denuncia e involucrar al Ministerio Público. Sin embargo, el Ministerio del Interior ha facultado en casos excepcionales las detenciones a los funcionarios de esta policía religiosa.

35 Javier Gamero Kinoshita (2020): Extracto de disertación sobre “*Terrorismo Internacional y Seguridad Global en el Siglo XXI*” en la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DIRCOTE) de la Policía Nacional del Perú (PNP) dirigido al personal PNP de la DIRCOTE. 15 de febrero de 2020.

En *Irán*, después de la Revolución Islámica del Ayatollah Jomeini, la policía religiosa ha actuado de manera brutal contra las mujeres que no observaban las normas islámicas. Era usual la desfiguración de rostro permanente a través de cortes o uso de ácidos. En *Pakistán*, en la ciudad de Peshawar, el parlamento, a mediados del 2005, dispuso la creación de una policía religiosa. En *Egipto* y en *Yemen* la policía religiosa está subordinada a la policía estatal regular y efectúa las interpretaciones estatales del islam. Sus facultades son más limitadas que las de la policía religiosa en Arabia Saudita, ya que no tiene la autoridad para intervenir públicamente.

En el norte de *Nigeria*, los *Grupos Hisbah* rigen como policía islámica y fueron creados el año 2000, cuando se instauró el sistema jurídico de la Scharia en el país. Los *Grupos Hisbah* no se encuentran bien organizados y carecen de un comando unificado. Estos son financiados por los gobiernos de sus Estados federados teocráticos. La mayoría de *Grupos Hisbah* provocan frecuentemente arduos conflictos con cristianos católicos y algunos no creyentes. En *Afganistán*, tras haber sido disuelta la policía religiosa con el derrocamiento del régimen Talibán, esta ha vuelto a ser restablecida en junio del 2006 por el Consejo Musulmán y ha sido subvencionada por el Jefe de Gobierno Hamid Karzei. Pronto se llevará a cabo una votación en el Parlamento Afgano para decidir sobre su existencia

legal, un tema que divide al pueblo afgano. En el parlamento tienen el soporte de los sectores políticos conservadores. La propuesta es que ella no debe actuar tan severamente como en la era de los Talibanes.

En *Malasia*, a pesar de que sólo la mitad de la población son musulmanes, existe una policía religiosa que no sólo coacciona a los musulmanes, sino también a los que no son musulmanes a observar los principios islámicos. En la región de *Palestina*, en el otoño del 2007, se fundó una *policía moral* a fin de que todos aquellos musulmanes que habitan en la Franja de Gaza observen los lineamientos directivos de Hamás. Allí Hamás, a través de este cuerpo policial moralista, hace cumplir rigurosamente las reglas del islam.

XII. EL TERRORISMO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL³⁶

La utilización de los medios de comunicación social constituye una de las armas más importantes del terrorismo moderno, más aún hoy en día, en la era de la globalización, que está regida por las nuevas tecnologías y en donde el mundo se ha tornado en un telediario. El Dr. Johannes Dillinger, historiador y docente privado de la Universidad de Oxford, sostiene que **terrorismo son noticias**³⁷, afirmando que **las noticias son ante todo las mercancías del mercado de los medios de comunicación social** y que **las noticias**

36 Javier Gamero Kinoshita (2017): Extracto de Conferencia Magistral "El Megaterrorismo y la Seguridad Global en el Siglo XXI" en la Escuela de Inteligencia de la Fuerza Aérea del Perú dirigida al Círculo de Oficiales de Inteligencia de la Fuerza Aérea del Perú. 23 de agosto de 2017. Lima Perú.

37 Johannes Dillinger (2008): «*Terrorismus: Wissen was stimmt*». Editorial Herder. Primera edición. Alemania.

sobre el terrorismo se venden muy bien y se divulgan rápidamente en el mercado mediático, ya sea a través de volantes, carteles, panfletos o por televisión, radio, la prensa escrita o la internet. **Las tragedias encuentran siempre su público.** Los terroristas ponen en escena el espanto y el horror (por ejemplo, difunden las últimas palabras de extranjeros secuestrados antes de su ejecución o muestran imágenes crueles de estas ejecuciones en países como Afganistán). El mercado de los medios es ágil, veloz y económico.

A fines del siglo XIX, el anarquista Paul Brousse definía al terrorismo como propaganda de un hecho, haciendo asimismo alusión a la tesis de Brian Jenkins, un investigador de terrorismo estadounidense, quien subrayaba **su carácter escénico-dramático** y caracterizaba al **terrorismo como teatro**. Los terroristas consideran que el interés de los medios de comunicación por sus actividades constituye una de sus armas más poderosas y estratégicas, ya que historias humanas interesantes van a generar en la colectividad en general una tribulación o aflicción emocional. Uno sufre con las familias de las víctimas de los secuestrados y comienza a sentir cada compromiso con los terroristas como justo con tal que los rehenes sean liberados sanos y salvos. Esta presión social de la solidaridad colectiva de la población genera una presión pública al gobierno a hacer concesiones a las demandas de los terroristas.

Bruce Hoffman, catedrático de Estudios de Seguridad de la Universidad de Georgetown y uno de los más connotados expertos en terrorismo postula la tesis de la violencia como comunicación, afirmando que uno de los axiomas más importantes de los atentados terroristas **es llamar la atención del público**. Es a través de la

propaganda que los terroristas **transmiten un mensaje a la colectividad y la “publicidad” es el vehículo más efectivo para hacer propaganda.**

La **propaganda les confiere autoridad**. Primeramente, permite a un grupo guerrillero difundir una información subversiva que es censurada o vedada por el Estado y que da cuenta de su fuerza real. En segundo lugar, permite al grupo, si es que llega a captar la atención pública, manipular a ciudadanos incitándoles a ciertas acciones que sin dicha propaganda quizás no cometerían. Ellos transmiten un mensaje, ya sea en palabra o imagen e intentan movilizar a las masas para un levantamiento o resistencia. Poseen una naturaleza didáctica, ellas informan y aleccionan. La propaganda puede servir como un efectivo instrumento de reclutamiento para captar nuevos seguidores que puedan remplazar a los combatientes caídos, así como para captar fondos y donaciones para su causa. De igual manera, la propaganda mina la confianza de la gente en el Estado, su conducción política y trata de demostrar la incapacidad del gobierno y sus fuerzas de seguridad para proteger a la población. La propaganda tiende a difundir la justificación de los hechos perpetrados.

Los terroristas buscan siempre el contacto con los medios de comunicación a través de **primicias, reportajes o revelaciones** para hacer una propaganda efectiva. Cabe destacar que se advierte muchas veces la disposición de algunos periodistas de otorgar a los terroristas tribuna o espacio para que se explayen a sus anchas ante las cámaras, sin medir algún comentario o crítica, por el contrario, los familiares de las víctimas y por lo general policías o personas agraviadas, apenas despiertan el interés de los medios.

Los **blancos objetivos** de los terroristas son **elegidos selectivamente en función al afecto mediático**³⁸. Con toda seguridad cuando Al Qaeda perpetró los atentados terroristas contra las Torres Gemelas de Nueva York y el Pentágono, no lo hizo sólo porque estos edificios constituían símbolos del poder económico y militar de los Estados Unidos de América, sino porque ellos contaban con imágenes televisivas impactantes que se iban a difundir mundialmente. Los terroristas perpetran sus ataques a objetivos o acontecimientos que suscitan el interés de la prensa, verbigracia, los atentados terroristas cometidos en los Juegos Olímpicos en Alemania en 1972.

Parte de estas puestas en escenas teatrales lo constituyen las cartas, comunicados o videos de arrogación de la autoría de los atentados terroristas. Es usual que los grupos terroristas se expresen también a través de sus propias *homepages*, en donde dan a conocer los motivos que justifican su actuación y divulgan a su vez sus fines políticos. La valoración de estas pruebas es sumamente difícil, tanto desde la perspectiva criminalística como criminológica, dado que se suscitan interrogantes como dónde, cuándo y por quién fue escrito el mensaje o filmado, según el caso.

La presencia mediática es una espada de doble filo para los terroristas, ya que el terrorismo genera al mismo tiempo desprecio, furia y rabia en la población y que la espectacularidad o sensación de sus hechos pueden ser contraproducentes para sus simpatizantes o potenciales seguidores.

Es por ello que en nuestra opinión resulta imperativo que la respuesta estatal al terrorismo, en el marco de regímenes democráticos, debe manifestarse también a través de una **acción** comunicativa, que contrarreste esa manipulación propagandística que pueden realizar los grupos terroristas y que tangencia profundamente la sensibilidad popular y neutralice el clima de temor e inseguridad que generan los medios de comunicación masiva. Una adecuada política estatal en materia de seguridad interior debe considerar a su vez un esfuerzo comunicativo hacia las audiencias exteriores, localizadas en el ámbito de la comunidad internacional, orientadas a impugnar toda publicidad apologética respecto a alguna organización terrorista endógena, que le permita contar con un soporte procedente de otros países.

El terrorismo no es sólo propaganda. No se puede circunscribir el terrorismo sólo en el ámbito de la propaganda, no basta sólo con producir miedo o temor y propagarlo a través de los medios. Lenin sostenía que el sólo objetivo del terrorismo de aterrorizar es insustancial y carece de sentido ya que los terroristas tienen siempre una motivación política. El hecho de generar miedo y caos y propagarlo a través de los medios, es siempre sólo un medio para su objetivo político. Poner en escena un atentado terrorista ante los medios es sólo una parte del terrorismo, sin embargo, esto no constituye su esencia. La utilización de los medios es sólo una de las armas del terrorismo. Su razón de ser es el conflicto político.

38 François Heisbourg (2010) : «*Hyperterrorisme: la nouvelle guerre*». Fondation pour la Recherche Stratégique. Editorial Odile Jacob. Paris. Francia.

XIII. LA PROPAGANDA DEL ESTADO ISLÁMICO Y EL LENGUAJE DEL TERROR³⁹

El violento levantamiento de la milicia del Estado Islámico en Iraq y Siria, haciendo un llamado a la creación de un califato mundial, apelando al yihadismo global, ha sumido en una nueva situación de guerra a toda esa región, extendiéndose una amenaza también a todo occidente. El poder retórico del califato constituye una **maquinaria bélica ideológica y lingüística basada en palabras armadas, que están dotadas de violencia, incitación, seducción y provistas de una gran fuerza de persuasión**. El filósofo marroquí Philippe-Joseph Salazar afirma, “que, para poder combatir al Estado Islámico, es *conditio sine qua non*, conocer el arte de su retórica, para así entender su propaganda, ya que **las palabras son sus armas. El arte de la retórica islámica es floreciente**, tiene método y un objetivo cognitivo, es decorativo, con los trazos de líneas sinuosas doradas de su escritura en fondo negro y al mismo tiempo didáctico, **basado en citas coránicas. Se percibe una coranización del lenguaje**”⁴⁰.

En las **armas de la dialéctica islámica**, afirma Salazar, que el **ornamento es**

instructivo⁴¹. El historiador alemán Johannes Dillinger afirma que los yihadistas, en su esfuerzo comunicativo hacia las audiencias exteriores y a través de una manipulación propagandística, pueden reclutar adeptos, captar fondos, transmitir un mensaje a la colectividad, difundir información subversiva, dar primicias y revelaciones, irrogarse la autoría de los atentados terroristas y hasta justificar los hechos perpetrados. Ponen en escena el espanto y el terror, a través del carácter escénico-dramático de sus comunicaciones.⁴²

El Ejército Islámico opera con una estrategia de acción simbólica. Cuando el califa Ibrahim refunda el califato en la gran Mezquita de Mosul en el verano de 2014, se llevaban a cabo en Europa importantes eventos deportivos internacionales en occidente, el Cricket in Lord, el campeonato de tenis de Wimbledon, el campeonato mundial de fútbol en Brasil. En mayo del 2015, cuando se celebraba con júbilo en el Festival de Cine de Cannes el film *Mad Max*, el Califa Ibrahim, en una segunda proclama, se dirige *urbi et orbi* haciendo un llamamiento a todos los buenos musulmanes de la emigración, a integrarse bajo el amparo del califato.

39 Javier Gamero Kinoshita (2019): Conferencia “Megaterrorismo, Seguridad Global y Nuevos Desafíos al Derecho Internacional Humanitario” en el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), dirigida a jueces y fiscales del Fuero Militar Policial. 1 de julio de 2019. Lima-Perú.

40 Philippe-Joseph Salazar (2016): “*Die Sprache des Terrors*». Editorial Random House FSC München. Alemania.

41 Philippe-Joseph Salazar (2016): “*Die Sprache des Terrors*». Editorial Random House FSC München. Alemania.

42 Johannes Dillinger (2008): “*Terrorismus: Wissen was stimmt*». Editorial Herder. Primera edición. Alemania.

El **califa** asume *ipso facto* la función del Imán, **dirige la prédica, es elocuente y objetivo**, habla sin interrupción, sin manuscrito, gesticula y dirige los rezos ante los creyentes, indicándoles el camino y recalcándoles los esfuerzos espirituales que deben seguir en la yihad, exigiéndoles obediencia absoluta y la expansión de la fe musulmana en toda la humanidad, obedecer es una virtud política. El califa asume la responsabilidad de la yihad.

El califa arremete contra el politeísmo, que comprende toda la cultura occidental, el culto al **ídolo de la cultura** (medios, cine, deporte), el culto al **ídolo del mercado** (bienes de consumo, la codicia del lucro), el culto al **ídolo del teatro** (ciencia, comunicación y técnica) y finalmente el culto al **ídolo del ser humano**, fuera del alcance de Dios, que se ve reflejado en la normas del Estado democrático, que sitúan los derechos humanos en el centro del sistema politeísta.

La propaganda del califato es enérgica y poderosa, apelan al terror técnico. A falta de argumentos, aspiran a la victoria a través de la técnica, hoy se habla del **“califato digital”**, que utiliza mejor las ventajas técnicas, instrumentalizando la herramienta de la internet, los yihadistas dominan mejor las armas digitales del terror, antes se utilizaban fusiles, armaduras y caballos en una batalla, **hoy se utiliza la internet, la técnica electrónica, recurren a la prioridad cognitiva de los medios visuales, a la inmediatez de las pantallas, a la ilusión técnica, al Facebook narcisista, al mundo virtual que tiene efectos neuro-sicológicos sobre sus internautas, con ello intentan esgrimir no solo una superioridad técnica, sino también moral.**

La **retórica digital del califato** intenta, a través de videoclips, el reclutamiento de jóvenes de buena fe que surfean en las redes, emplea palabras claves, reglas gramaticales específicas y determinadas frases, que difieren de grupo en grupo. En vez de **utilizar palabras nobles y sacras**, invocan principalmente a escenas que estimulan la fantasía juvenil, que están dirigidas a captar la atención y el interés de los jóvenes, que son potenciales reclutas para adherirlos a su causa. Ello va **acompañado de la belleza de imágenes y cantos e himnos rítmicos que reflejan heroísmo y exaltación, resaltan el martirologio de las víctimas**, la unión en la lucha y que **incitan a ir más allá de los límites generando una ambición narcisista de los jóvenes por la grandiosidad y la glorificación**. Estos video-clips van también dirigidos a jóvenes inteligentes y bien formados para convertirlos a la causa, utilizando argumentos convincentes e ideas esbozadas escrupulosamente. Bruce Hoffman, analista político de la Universidad de Oxford, subraya la naturaleza dialéctica de las informaciones de la propaganda yihadista, ya que ellas informan y aleccionan. Es necesario emprender una estrategia de contrapropaganda que haga frente al idealismo de los jóvenes yihadistas. Con el diálogo y la psicología **se debe contrarrestar la propaganda yihadista y lograr así una desradicalización de los soldados del califato.**

La **predica y el discurso son formas de propaganda religiosa en la política**. La prédica intenta vincular las **preocupaciones del hombre con la divinidad y los discursos se proclaman urbi et orbi**. El Estado Islámico apela a la **cultura del llamamiento o convocatoria, a la cultura**

del púlpito, a la cultura de la oración y arenga en la batalla⁴³. Recurren al populismo, motor de la revolución. Ellos, en su concepción no dividen la sociedad entre ricos y pobres, entre los que tiene y no tienen, entre sociedad política y sociedad civil, entre los de la extrema derecha o extrema izquierda, ellos la dividen entre los creyentes y no creyentes, la división no es de carácter político sino teológico. Apelan al máximo, al enorme potencial populista del voluntarismo individual y de un movimiento social.

El llamado del califato a la yihad esgrime una separación radical de la parte mala de la sociedad (las élites, los traidores, los ricos, los seguidores del materialismo) con la parte buena de la población, conformada por todos aquellos que están dispuestos a ofrecer resistencia e inmolarsse, imbuidos por una cultura de la muerte. Ellos distinguen el pueblo secular del pueblo de Dios, este último en donde la población se somete a normas religiosas, este populismo resalta la distinción entre el pueblo verdadero (divino) y el pueblo falso (secular). El populismo revolucionario se basa en una dialéctica entre los individuos voluntarios y los movimientos sociales espontáneos que se forman.

Los soldados del califato hacen gala de una masculinidad beligerante, que se refleja en las prendas negras y de color arena, color del desierto, que visten los yihadistas, sin símbolos de jerarquía o rango, ellos portan

una máscara en contraparte al velo de las mujeres. Este uniforme negro que utilizan los integrantes de la milicia del Ejército Islámico revela una peligrosidad bélica, ellos ocultan y fascinan.

Dentro de las características esenciales de la propaganda yihadista tenemos códigos dialécticos que se contraponen a las normas racionales, un liderazgo retórico, que a pesar de no estar ligado a personaje alguno es inspirador y carismático, utiliza un lenguaje compacto, fuerte y firme, estando dotado de una **estrategia comunicacional**, en donde la estética y la ética van de la mano. Esta propaganda ideológica recurre también al poder de la literatura, el califato cuenta con una **biblioteca ideológica**, basada en un amplio archivo que comprende un sinnúmero de comunicados, textos, videos, publicaciones, que sirven de fuente de inspiración y doctrina ya que preserva y rescata de la maleza del olvido la larga historia hagiográfica y religiosa y preserva la tradición divina del islam. La biblioteca del califato yace en internet, nadie podrá destruirla, como se destruyó la Biblioteca de Alejandría por la hostilidad de los cristianos. El **califato digital** cuenta con un imponente poder literario y así, poco a poco, libro a libro, batalla a batalla, va ganando terreno y representación. Suscribo que no se puede disparar a una idea, una idea debe ser combatida con otra idea mejor. ¡Para ganar la guerra contra el califato, es necesario ganar la guerra de las ideas!

43 Philippe-Joseph Salazar (2016): "Die Sprache des Terrors". Editorial Random House FSC München. Alemania.

XIV. TERRORISMO, SEGURIDAD GLOBAL Y DIPLOMACIA COERCITIVA⁴⁴

A partir del fin de la Guerra Fría la diplomacia coercitiva se tornó en parte integrante de la gerencia de crisis y conflictos en occidente. Según Alan Collins de la Universidad de Oxford, en su obra “Estudios de la Seguridad Contemporánea”, la **diplomacia coercitiva es una estrategia atractiva puesta en práctica por los Estados de occidente, para detener o revertir actos de agresión militar, terrorismo o intentos para adquirir armas de destrucción masiva, limitando o en el mejor de los casos, no usando la fuerza.** Ella busca resolver crisis y conflictos armados evitando una escalada del conflicto y preservar así la seguridad global. El Estado pretende persuadir al oponente a detener una acción ya iniciada.

La diplomacia coercitiva es una estrategia reactiva, racional e inteligente, para hacer frente a la violencia colectiva del siglo XXI. Esta estrategia consta de una amenaza, una fuerza limitada y el ofrecimiento de incentivos al adversario, para paralizar o revertir las consecuencias de los actos ya realizados.

La superioridad militar de los Estados de occidente ha instituido la diplomacia coercitiva facilitando su aplicación *urbi et orbi*. Un aspecto importante es que el Estado coercitivo haga creíble las amenazas de fuerza y/o que el uso limitado de la

fuerza permitiría derrotar al adversario, ganando rápidamente con bajo costo. Asimismo, éste debe establecer al adversario una fecha límite de obediencia, dándole el tiempo necesario para cumplir. El ofrecimiento de incentivos es un acto importante, así como, asegurarle, que, tras su cumplimiento, no se impondrán nuevas demandas en el futuro. El conflicto no debe ser percibido como un proceso de suma cero. Es necesario tener en cuenta que la obediencia del adversario terrorista depende de factores emocionales, psicológicos y de percepción, que están fuera del control del Estado coercitivo.

Cada parte, el gobierno y el grupo terrorista, desea conocer la motivación del otro y trata de entender que es lo que el otro más valora. Cada uno quiere crear una expectativa de los costos que acarrearía de no ceder a la demanda. Cada parte amenaza con castigar al otro, de no acceder a sus peticiones, pero el poder del Estado coercitivo, de escalar más allá con el ejemplar uso de la fuerza, excede las capacidades terroristas, quienes asumen mayor riesgo. Ellos no son grupos estatales y están aislados.

Es necesario destacar que evaluar la naturaleza e intensidad de la motivación del adversario es problemático, ya que la esencia del terrorismo es confidencialidad y decepción y es muy difícil obtener información acerca de los terroristas. Las aspiraciones terroristas a veces son ilimitadas y sus demandas no son negociables por su

44 Javier Gamero Kinisita (2017): Extracto de la disertación “*Terrorismo Internacional y Seguridad Global en el Siglo XXI*” en la Escuela de Operaciones Psicológicas del Ejército, a los Oficiales alumnos del Programa Básico de Operaciones Psicológicas. 16 de mayo de 2017. Lima-Perú.

fanatismo e irracionalidad. **El terrorismo es una guerra psicológica que pretende abatir al oponente.**

En el marco de la diplomacia coercitiva existen motivaciones asimétricas que pueden favorecer a los grupos terroristas como a los actores estatales. Una organización no estatal tendrá un incentivo para abandonar el terrorismo. De igual forma los Estados que apoyan el terrorismo tienen más que perder de resistirse a la demanda.

El terrorismo depende de la sorpresa, requiere de pocos recursos materiales, como actor no estatal sus instalaciones físicas o recursos financieros están bajo el dominio de un Estado, en consecuencia, están en juego consideraciones de soberanía e intereses de política exterior. El terrorismo más que violencia pública debe ser considerada como violencia privada, a pesar que este no se da en el espacio privado. Igualmente, **una estrategia de diplomacia coercitiva de un Estado busca no sólo frenar al terrorismo presente sino, también, disuadir a los terroristas futuros, compeler al terrorista existente a paralizar su accionar y disuadir a los sucesores desde el principio.**

En suma, las propiedades específicas del terrorismo complican la aplicación de la diplomacia coercitiva. La interacción estratégica entre gobierno y terroristas es una forma de compulsión recíproca. Los objetivos de la diplomacia coercitiva son múltiples, cambiantes y difusos. El terrorismo puede estar más motivado y aceptar mayores riesgos que el gobierno coercitivo.

El gobierno ve hacia el futuro y practica la disuasión, previsión, prevención y la diplomacia coercitiva simultáneamente. Es necesario también recalcar que, para una

efectiva estrategia contraterrorista, el Estado requiere legitimidad, siendo esencial el soporte nacional, así como la cooperación internacional.

Desde el fin de la Guerra Fría la política contraterrorista de los Estados Unidos se basó en una política de diplomacia coercitiva, pero después del 11 de septiembre la diplomacia coercitiva fue remplazada por la denominada “Guerra contra el Terror”, por una estrategia de destrucción. La premisa que rigió la política antiterrorista estadounidense durante la administración Bush fue: *“You are for us or against us”* (Estás a favor o en contra de nosotros). Las demandas no estaban sujetas a negociación o discusión.

La denominada “Guerra contra el Terror” plantea hoy en día nuevos desafíos para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (Derecho de la guerra), vale decir, los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus 3 Protocolos Adicionales, acariciando la esperanza de que la diplomacia coercitiva pueda continuar jugando un rol central en la política internacional y en el monitoreo de los conflictos en occidente en el futuro.

XV. REFLEXIÓN FINAL

El islamismo radical como ideología totalitaria y fundamentalmente religiosa rige en todos los ámbitos de la vida, no distinguiendo la línea entre la esfera pública y privada, oponiéndose a una sociedad abierta. Pretende la islamización del mundo. El fundamento de la politización del islam radica, según sus líderes espirituales, en la crisis de la sociedad secular moderna, anhelando el retorno ineludible hacia la sociedad tradicional sacra.

Hoy en día la globalización nos ofrece un bricolaje cultural y religioso. Por un lado, tenemos un occidente secularizado, que, utilizando la metáfora del supermercado de valores, invoca al pluralismo religioso, vale decir, la religión a la carta. Ello requiere tolerancia, virtud indispensable del funcionamiento democrático. Por otro lado, tenemos 22 países árabes que constituyen el corazón del mundo islámico, en los cuales el poder corrupto y opresivo de los ayatolas pretende imponer un proyecto político religioso dictatorial, inspirado en una deliberada e errónea interpretación del islam y establecer un califato mundial para hacer frente a la modernidad y la espiritualidad occidental, apelando incluso al uso de la violencia y el terror. Esta divergencia conceptual ha deteriorado las relaciones políticas, sociales y culturales

de occidente con los países musulmanes, haciendo de la arena internacional un reñidero. El panorama del siglo XXI no es nada sencillo.

En consecuencia, es necesario hacer una reforma ideológica del islam, los valores de la libertad y la democracia no son negociables. La política tiene que actuar frente a estos hechos sin miedos ni odios, debe hacerlo con la razón y los instrumentos del Estado de Derecho. Suscribo el planteamiento de que no se puede disparar a una idea, una idea debe ser combatida con una idea mejor. En la lucha contra el terrorismo islámico deben respetarse los valores de los derechos humanos, que el occidente secularizado predica *urbi et orbi*, de lo contrario perdería credibilidad y sin credibilidad no hay legitimidad y sin ella no habrá éxito.

Moisés N. Paz Panduro¹

EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO: ¿ES OBLIGATORIO MANIFESTARLO ANTE EL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA?

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. NORMATIVIDAD NACIONAL SOBRE EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO; III. NORMATIVIDAD COMPARADA SOBRE EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO; IV. DOCTRINA SOBRE EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO; V. CONCLUSIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor hace un análisis legal, comparado y doctrinario sobre el derecho a guardar silencio que tiene el imputado o investigado en un proceso penal, tanto en la jurisdicción común como en la militar en el Perú. Hace un recorrido por las normas constitucionales y procesales penales latinoamericanas, europeas y las convenciones mundiales y regionales sobre Derechos Humanos, en las que se señala, uniformemente, que el imputado tiene derecho a guardar silencio y ello no puede ser tomado como argumento de culpabilidad, entre otras cosas.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Magister en Derecho con mención en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Asociado en la Academia de la Magistratura (AMAG). Profesor de ABA ROLI Perú. Profesor en el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM) Fuero Militar Policial. Profesor y miembro del Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS) y en pre y post grado a nivel nacional. Fue vicepresidente de la Comisión Consultiva de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Lima (CAL) 2016-2017. Es Miembro del Consejo de Honor de la Revista Derecho y Sociedad PUCP. Autor de libros, materiales de enseñanza universitaria y diversos artículos jurídicos en revistas especializadas de derecho penal. Ha sido Comisionado y Secretario Técnico en la Comisión Especial encargada de modificar el Código Penal en delitos de Minería Ilegal y delitos conexos (2012). Ha formado parte de CERIAJUS como Delegado Alterno en el GTT N° 07 (proyecto del Código Procesal Penal del 2004).

ABSTRACT:

The author carries out a legal, comparative and doctrinal analysis on the right to remain silent that the accused or investigated has in a criminal process, both in the common and the military jurisdiction in Peru. It makes a tour of the Latin American, European constitutional and criminal procedural rules and the world and regional conventions on Human Rights, in which it is uniformly stated that the accused has the right to remain silent and this cannot be taken as an argument of guilt, among other things.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, toda persona investigada por la comisión de algún delito, tiene derecho a guardar silencio, conforme a lo expresamente establecido en el Código Penal Militar Policial y en el Código Procesal Penal del 2004. Usar este derecho o acogerse a él no es sinónimo de que sea autor o participe de algún hecho ilícito, tampoco se trata de una perturbación u obstaculización de la actividad probatoria, ello es claro, porque es obligación del Estado, a través del Fiscal Militar Policial o del representante del Ministerio Público, demostrar la responsabilidad penal del investigado.

Si el investigado presenta un escrito acogiéndose al derecho a guardar silencio, con su firma y la firma del abogado encargado de su defensa técnica, este solo acto procesal debiera bastar para que ese derecho se haga efectivo; sin embargo, existen fiscales que obligan y hasta coaccionan al investigado para que además del escrito presentado formalmente, haga acto de presencia para manifestar exactamente lo mismo. Es más, los fiscales, en algunos casos, hasta plantean un requerimiento de prisión preventiva, señalando que con esa actitud

obstaculizan las investigaciones. Esta forma de proceder de los fiscales o representantes del Ministerio Público ¿es correcta?, ¿tiene fundamento legal que lo ampare?, ¿se trata de meros actos inquisitivos?

Diversas normas legales autorizan al imputado a no asistir personalmente si ya se acogió a su derecho a guardar silencio. Si bien en la Constitución Política no se señala expresamente ello, la ley procesal penal lo dice y se puede deducir de forma clara y transparente que, en estos casos, *basta acogerse al derecho a guardar silencio por escrito*, lo que emana también de un análisis interpretativo de tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte.

¿Cuál es el verdadero motivo por el cual los representantes del Ministerio Público requieren que el investigado se acoja obligatoriamente a este derecho de forma presencial y verbal? ¿se trata de rezagos de pensamiento inquisitivo que se encuentra aun perviviendo entre nosotros?, o ¿la finalidad de requerir su presencia por la fuerza, no obstante haberse acogido ya a su derecho a guardar silencio por escrito, es para presionarlo, coaccionarlo y hacerle declarar en su contra o que se auto incrimine?, ya que no existe otro motivo objetivo.

Es fundamental considerar que, si nos encontramos frente a casos mediáticos, algunos fiscales o representantes del Ministerio Público no actúan de acuerdo a la ley, la Constitución y los tratados; proceden conforme a lo que pide la prensa o la sociedad, desconociendo principios, leyes, la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales. Debemos hallar la forma de que estos operadores jurídicos no continúen vulnerando la ley y afectando gravemente los derechos del investigado.

II. NORMATIVIDAD NACIONAL SOBRE EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

El derecho a guardar silencio es un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el debido proceso penal, reconocido en Art. 139°, inciso 3°, de la Constitución Política del Perú. Este derecho está expresamente reconocido en el Código Procesal Penal del 2004 y en el Código Penal Militar Policial de 2010. Asimismo, este derecho se encuentra establecido en tratados internacionales de los que el Perú es parte, como lo señalaremos más adelante.

En el Código Penal Militar Policial, el derecho del investigado a guardar silencio se encuentra regulado, de forma expresa, en los siguientes términos:

“Artículo 199°. - Derechos del Imputado

- 1) (...)
- 2) A guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad, y a designar la persona a la que debe comunicarse su captura y que el aviso se haga en forma inmediata. Si el imputado ejerciere este derecho, se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido.”
- 3) (...)

Conforme a la norma citada, el investigado o imputado de un ilícito penal militar policial goza del derecho a guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad. La norma, además, indica que se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido.

Este artículo deja establecido también que, además de ser un derecho expreso

el guardar silencio sin que ello implique presunción de culpabilidad, debe dejarse constancia del aviso y del acogimiento del derecho a guardar silencio. Esta parte del artículo nos permite concluir que, no sólo en el acto de la declaración personal frente al fiscal debe advertírsele que tiene este derecho y que, necesariamente, en ese momento debe dejarse constancia de su respuesta.

Si el imputado es notificado para rendir su declaración indagatoria y, por este motivo, ejerce este su derecho a guardar silencio mediante un escrito con su firma y la de su abogado, entonces, el correlato de ello debe ser que se deje constancia del resultado obtenido.

De otro lado, el artículo 199°, inciso 7., del Código Penal Militar policial señala, como derecho del investigado, lo siguiente:

“A no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad.”

La referida norma precisa, con relación al caso concreto de acogerse al derecho a guardar silencio, que no es posible requerir obligatoriamente la presencia del investigado para que se reafirme en su escrito, en el que se acogió a su derecho de abstenerse a declarar, porque ello sería una forma de inducirlo o alterar su libre voluntad. Una vez en el despacho fiscal ¿cuál es el objetivo? ¿sólo escuchar lo que ya manifestó por escrito? La finalidad realmente es tratar de manipularlo para que se auto incrimine o incrimine a otra persona.

Así como es derecho del imputado el guardar silencio y no declarar, lo es también el declarar voluntariamente y ampliar su

declaración, como se desprende del artículo que citamos seguidamente:

“Art. 207°. - Libertad de declarar

El imputado tendrá derecho a declarar y a ampliar su declaración, siempre que sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio del procedimiento.

Durante la investigación preparatoria podrá declarar ante el fiscal encargado de ella. Durante el juicio lo hará en la oportunidad y forma prevista por este Código.

En todos los casos, la declaración del imputado sólo tendrá valor si se realiza asistido por su defensor.”

Esta norma permite apreciar que *es un derecho del imputado el declarar*, por lo que se concluye, a mayor abundamiento, que declarar no es una obligación del imputado sino un derecho.

En el Código Procesal Penal vigente, naturalmente, ese derecho a guardar silencio está también previsto como “abstenerse de declarar”. Citamos el artículo correspondiente in extenso:

“Artículo 71: Derechos del imputado

- 1) El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
- 2) Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de

detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de esa detención, cuando corresponda;

- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de la investigación por un Abogado Defensor;
- d) **Abstenerse de declarar;** y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
- f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.”

Como podemos apreciar, en el inciso d) se señala, como un derecho del imputado, el *Abstenerse de declarar*. Asimismo, en el inciso e) se establece expresamente la prohibición de que se empleen contra el investigado medios coactivos o intimidatorios. Es lógico pensar que los medios coactivos o intimidatorios que pueden usarse contra el investigado tendrán por objeto obtener una declaración auto inculpativa o que

se inculpe a una tercera persona. Esto constituiría actos de tortura si queremos ser estrictos con tal comportamiento.

Igualmente, en el artículo 87°, Inc. 2°, del Código Procesal Penal, en el acápite sobre Instrucciones Preliminares, se precisa: “De igual manera, se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio”.

Norma semejante al artículo 199°, inciso 2°, del Código Penal Militar Policial, por cuanto señala que se le advertirá que tiene derecho a declarar y que esa decisión (de no declarar) no podrá ser utilizada en su perjuicio. ¿Es posible deducir de esta norma que necesariamente el investigado debe acudir presencialmente ante el fiscal para que este le advierta de su derecho a no declarar?

Si el investigado cuenta con un abogado encargado de su defensa técnica, quien le explica cuáles son sus deberes y derechos durante la investigación y, por este motivo, con conocimiento de causa, presenta un documento con su firma y la de su abogado acogiéndose al derecho a abstenerse de declarar, ¿será obligación que vaya ante el fiscal y manifieste lo ya precisado por escrito? Consideramos que si requiere obligatoriamente la presencia del investigado para que se reafirme en su escrito, sería una forma de coaccionarlo o intimidarlo.

Siempre en referencia al Código Procesal Penal, el Título Preliminar de esta norma señala una serie de principios, entre ellos:

“Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la

que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.”

Este principio reitera, a mayor abundamiento, que ninguna de las normas de la ley procesal penal puede ser utilizada o interpretada en perjuicio o detrimento del investigado. Una interpretación de los representantes del Ministerio Público en el sentido de que es necesario que el investigado, presencialmente, se ratifique en su derecho a abstenerse de declarar, es una interpretación analógica en malan parte.

“Artículo IX.- Derecho de Defensa

2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.”

Conforme a este principio contenido en la ley procesal penal, es manifiestamente indudable lo señalado en la norma analizada previamente, en relación a la posibilidad de requerir obligatoriamente la presencia del investigado para que se reafirme en su escrito de acogerse a su derecho a abstenerse de declarar, que ello sería una forma

de coaccionar o intimidar al investigado, requiriendo su presencia para *confirmar o corroborar lo que ya ha manifestado libre, consciente y voluntariamente*.

Las normas constitucionales y la ley procesal penal son claras y expresas. La interpretación de principios, las normas expresas de la Constitución y las leyes procesales penales tienen una lectura garantista y en beneficio del investigado, las mismas que deben ser cumplidas; sin embargo, los operadores de justicia (fiscales y jueces) resuelven de forma inversa al imperativo constitucional y legal, porque para restringir derechos fundamentales se realizan interpretaciones extensivas e integraciones analógicas y para optimizar los derechos fundamentales interpretaciones restrictivas. La Constitución Política del Estado señala en su artículo 2°, Inc. 24, que toda persona humana tiene derecho: “A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

III. NORMATIVIDAD COMPARADA SOBRE EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

La condición de derecho implícito del derecho a guardar silencio, forma parte de un derecho expresamente reconocido a nivel internacional, conforme al Artículo IV

de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, estas normas forman parte de nuestro derecho interno:

III.1.PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Art. 14, apartado 3°, literal g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,² reconoce al acusado de un delito el derecho, entre otras garantías mínimas, “*A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*”

El derecho a guardar silencio se extrae del derecho a no declarar contra sí mismo, ni declararse culpable. Es un derecho inalienable, por ende, nadie puede vulnerarlo.

III.2.CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El Art. 8, apartado 3°, literal g., de la Convención Americana de Derechos Humanos³, reconoce expresamente, como parte de las garantías judiciales mínimas, que todo procesado tiene el *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)*”

El derecho a guardar silencio se puede deducir claramente también de esta norma, al consagrarse en una convención americana el derecho expreso a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni declararse culpable.

2 Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado: <<https://www.ohchr.org/sp/profesionalinterest/pages/ccpr.aspx>>. Tomado el 06.05.2021.

3 Departamento de Derecho Internacional OEA. Tratados Multilaterales. En: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>. Tomado el 06.05.2021.

III.3. EL CÓDIGO DE NORUEGA, LA LEY CONSTANS DE FRANCIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE ESPAÑA

Carlos Solórzano,⁴ citando a Claria Olmedo señala:

“(…) la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, así como el Código de Noruega de 1887 y la Ley Constans en Francia de 1897. Estos tres cuerpos legales facilitan en general durante la instrucción la intervención de la defensa, imponen la defensa técnica y reconocen el derecho a no declarar del imputado.”

Como puede apreciarse, el derecho a guardar silencio o abstenerse de declarar no es un derecho que proviene del sistema anglosajón, sino que tiene sus orígenes en el siglo XIX, en el sistema romano germánico.

III.4. España

Conforme a la norma constitucional española, es derecho del investigado no declarar contra sí mismo, no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Estamos frente al derecho a guardar silencio o abstenerse de declarar. En nuestra Constitución no se encuentran expresamente establecidos estos derechos:

Artículo 24.2 de la Constitución española:

“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por

la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, **a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia**”. (resaltado agrego).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, en su Art. 118.1.g., regula expresamente el derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo y a no contestar alguna o algunas preguntas que se le formulen:

Artículo 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España:

“Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

- a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir

4 SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto. “El Principio de Congruencia dentro del enfoque adversarial colombiano”. En: *Repositorio Universidad Santo Tomás*, doctorado en Derecho. Bogotá. 201. p. 92 y 93. <<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/22114/2020carlossol%C3%B3rzano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Tomado el 06.05.2021.

el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

- b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.
- c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.
- d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.
- e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.
- f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127.
- g) **Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.**
- h) **Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.** (resaltado agregado).

III.5. Ecuador

A diferencia del Perú, la Constitución de la República del Ecuador, expresamente señala en su articulado que, es garantía básica de un detenido que se le informe que tiene derecho a permanecer en silencio y, el mismo derecho tiene toda persona, como parte de su derecho de defensa, a *acogerse al silencio*. Considerando que nadie puede

forzarlo a declarar en contra de sí mismo o sobre asuntos que puedan traerle responsabilidad penal.

Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador:

“En todo proceso penal en que se haya privado de libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

- 4 En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de **su derecho a permanecer en silencio (...)**
- 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:
 - b) **Acogerse al silencio.**
 - c) **Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo**, sobre un asunto que puedan ocasionar su responsabilidad penal.” (resaltado agregado)

El Código Orgánico Integral Penal reglamenta lo establecido en su Constitución, señalando que el testimonio es un medio de defensa, por ello, entre otros derechos que le asisten, *no puede ser obligada a rendir testimonio*. Incluso el acto procesal puede ser declarado nulo si se incumplen estos derechos.

Artículo 507 del Código Orgánico Integral Penal:

“La persona procesada podrá rendir testimonio en la audiencia de juicio, de conformidad con las siguientes reglas:

- 1. El testimonio de la persona procesada es un medio de defensa.
- 2. **La persona procesada no podrá ser obligada a rendir testimonio, ni se ejercerá en su contra coacción**

o amenaza, ni medio alguno para obligarlo o inducirlo a rendir su testimonio contra su voluntad.

3. Si decide dar el testimonio, en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir la verdad, pudiendo los sujetos procesales interrogarlo.
4. La persona procesada tendrá derecho a contar con una o un defensor público o privado y a ser asesorada antes de rendir su testimonio.
5. La persona procesada deberá ser instruida por la o el juzgador sobre sus derechos.
6. La inobservancia de las reglas establecidas en los numerales 2 y 3 hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que corresponda.” (resaltado agregado).

Se puede apreciar claramente que el artículo 508 del Código Orgánico Integral Penal norma que, la persona investigada, sólo si previamente le han indicado que tiene el derecho a guardar silencio, puede rendir su versión. Asimismo, señala que no puede ser coaccionado ni amenazado de forma alguna para obtener su declaración auto inculpativa.

Artículo 508 del Código Orgánico Integral Penal:

“La persona investigada o procesada deberá rendir su versión de los hechos, previa comunicación de su derecho a guardar silencio, de conformidad con las siguientes reglas:

1. En ningún caso se le obligará, mediante coacción o amenaza física, moral o de cualquier otra índole, a que declare sobre asuntos que puedan

ocasionarle responsabilidad penal o inducirlo a rendir versión contra su voluntad ni se le hacen ofertas o promesas para obtener su confesión”.

III.6. Chile

El Código Procesal Penal chileno, en su Art. 93, inciso “g”, establece y regula de forma expresa el derecho del investigado a guardar silencio, al igual que los otros países materia de análisis.

Artículo 93 del Código Procesal Penal (2000), sobre Derechos y garantías del imputado:

“Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.

En especial, tendrá derecho a:

- g) **Guardar silencio** o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: **Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra**.” (resaltado agregado).

III.7 Argentina

El Art. 296 del Código Procesal Penal Federal dispone que el imputado puede

abstenerse de declarar y, que no puede ejercerse contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo o inducirlo a declarar contra su voluntad. Cualquier acción que incumpla lo ordenado hará nulo el acto procesal. El Art. 298, a su vez, precisa lo mismo y adiciona que el silencio no es presunción de culpabilidad. De esta manera queda también claro que, en Argentina, no es posible amenazar, intimidar o coaccionar al investigado para que declare.

Libertad de declarar

“Art. 296.- **El imputado podrá abstenerse de declarar.** En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinar-lo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda” (resaltado agregado).

Formalidades previas

“Art. 298.- Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y **que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.** Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en

el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo” (resaltado agregado)

IV. DOCTRINA SOBRE EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

Podemos apreciar que el derecho a guardar silencio o el derecho a la no auto-incriminación es establecido expresamente en la legislación nacional, en las legislaciones extranjeras y aquellas emanadas de organismos internacionales.

Alberto Binder señala que, el derecho a guardar silencio⁵ corresponde no solo a una persona detenida, sino que le es inherente a toda persona imputada en un proceso penal, esté o no arrestada. Manifiesta que, la norma procesal penal de Santo Domingo reconoce a todo imputado el derecho a no auto incriminarse, así como el derecho a guardar silencio sin que esto le perjudique o sea utilizado en su contra.

Flores Sagástegui⁶ manifiesta que, el acusado, tiene derecho a guardar silencio de los hechos que se le acusa y a ser considerado inocente, en tanto que el Fiscal no destruya la presunción de inocencia, su silencio está garantizado y no puede ser utilizado por el juzgador en su contra.

Es fundamental considerar que cuando un investigado se acoge a este derecho, los representantes del Ministerio Público no pueden utilizar ello como pretexto para afirmar que se obstaculiza o perturba la actividad probatoria, llegando incluso, en algunos casos, a requerir prisión preventiva.

5 BINDER, Alberto. “Derecho Procesal Penal”. Ed. Amigo del Hogar. Santo Domingo, 2007. p. 216.

6 FLORES SAGÁSTEGUI, Abel Ángel. “Derecho Procesal Penal I”. Ed. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. Chimbote, 2016. p. 34.

En el Perú, el Exp. 350-2015-13⁷ de la Primera Sala de Apelaciones Nacional corrige precisamente esta práctica que contraviene la ley procesal penal y señala que no ocurre un peligro de obstaculización de la actividad procesal cuando un investigado ejerce su derecho a guardar silencio.

El Ministerio Público de Costa Rica, sobre el derecho de abstención,⁸ señala que, se encuentra establecido en el Art. 36 de la Constitución y determina que, en materia penal nadie estará obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

En Costa Rica el derecho a guardar silencio es una norma constitucional, como sucede en España y Ecuador. El máximo rango normativo así lo acuerda, además de reglamentarse a nivel de la ley procesal.

Christian Salas⁹ señala:

“Si el imputado ejerce su defensa guardando silencio, esta actitud no podrá ser utilizada como presunción en su contra (manifestación del derecho al comportamiento procesal pasivo), aspecto del que deberá ser informado debidamente por la autoridad judicial responsable del acto. Asimismo, le

corresponde la última palabra siempre al imputado.”

Podemos concluir de esta cita que el investigado puede guardar silencio y debe ser informado de ello por la autoridad judicial responsable; sin embargo, es menester precisar que esta afirmación sólo se ubica en el juzgamiento oral, que no se refiere a la investigación preparatoria ni preliminar, cuando precisamente debiera ser informado por la autoridad policial o fiscal acerca del derecho a guardar silencio o abstenerse de declarar desde el inicio de la investigación.

Salas Beteta¹⁰ también refiere que los funcionarios encargados de la persecución penal no se encuentran legitimados para compeler al individuo a declarar y, mucho menos, para declarar de una determinada manera.

Esta afirmación, que fue analizada en la normatividad nacional, implica que, no puede el fiscal ni puede el policía a cargo del caso realizar ninguna actividad tendiente a forzar su declaración, ni a inducirlo a declarar, bajo sanción de nulidad. ¿Qué debemos entender por inducir a la declaración del investigado? Debemos entender que, implica, entre otros aspectos, evitar intimidarlo con notificaciones para que se ratifique en su declaración ante el mismo fiscal o miembro

7 EXP. 350-2015-13 de la Primera Sala de Apelaciones Nacional:

“3.4.5. Por otro lado, no basta solamente la incomparecencia del investigado a las citaciones policiales a declarar para dar por acreditado el peligro de obstaculización (caso de la abogada Elizabeth Seguro Marquina). Más aún, no puede acreditarse peligro de obstaculización por no concurrir o declarar en otro proceso que prescribiera (caso del abogado Gonzalo Bernardino Chevarría Jiménez)”, p. 29.

8 Ministerio Público de la República de Costa Rica. Ed. Ministerio Público y DID. “Abordaje y planeación de la investigación penal”. San José, 2005, p. 31.

9 SALAS BETETA, Christian. “El proceso penal común”. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2012, p. 46.

10 SALAS BETETA, Christian. Op. Cit. p. 231.

de la policía, máxime si se expide una notificación indicando que, de no concurrir a declarar, será obligado por la fuerza pública. Este es un claro ejemplo de intimidación al investigado.

Fanny Quispe¹¹ manifiesta que, en el sistema inquisitivo se tenía la idea de que el hombre es un objeto del proceso, por lo que tenía un deber de declarar; sin embargo, ello aún se encuentra vigente de algún modo en nuestra realidad judicial y policial.

Podemos apreciar que, la autora se encuentra de acuerdo en la persistencia de estas prácticas inquisitivas en la actualidad, pese a hallarse expresamente establecido en la ley procesal penal que el investigado tiene derecho a no declarar, a no auto incriminarse, siguen manifestándose estas prácticas. La autora dirige este proceder ilegal e inconstitucional al poder judicial y a la policía; sin embargo, si bien nos encontramos de acuerdo en que estas prácticas inquisitivas de inducir o forzar a declarar al investigado corresponden aún a la policía, consideramos que también las realizan en el Ministerio Público.

En México, la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal¹² precisa que, conforman las garantías del derecho de defensa el derecho a guardar silencio.

Si el derecho a guardar silencio es una garantía del derecho de defensa y, a la vez, el derecho de defensa es un derecho al debido proceso, ambas consideradas garantías constitucionales establecidas en el Art. 139 de la Constitución Política del Perú, entonces, no sólo se trata de un derecho sino de una garantía constitucional que debe ser respetada en todo momento por la policía, la fiscalía y el poder judicial.

Fanny Quispe afirma que, en el Perú el derecho a guardar silencio¹³ se ha reducido a evitar la violencia física o tortura; pero se mantiene la coacción moral que se ejerce contra el investigado para que declare en contra de su libre voluntad. Asimismo, precisa que, el derecho al silencio es la manifestación de que el investigado dice al magistrado soy inocente, si no lo soy, prueben lo contrario.

Esta afirmación que plantea la autora, quien es Fiscal Adjunta en la Fiscalía Suprema especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, es sumamente importante, pues demuestra que la coacción y la intimidación moral al investigado se mantienen, lo único que ha variado es que no se permiten actos físicos en su contra. Esas afirmaciones permiten fortalecer nuestro planteamiento, sobre obligar al investigado para que sólo frente al fiscal sea válido y legal su derecho a guardar silencio, que es

11 QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad. "El Derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú". Tesis. Lima, 2002. En: sistema de bibliotecas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 20 <https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualldata/tesis/human/Quispe_F_F/t_completo.pdf>.

12 FERRER MAC GREGOR, Eduardo. y SANCHEZ GIL Rubén, "El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio" Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. México, 2011, p. 80 y 81.

13 QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad. Op. Cit., p. 7 y 33.

una forma de intimidarlo, de coaccionarlo para que declare en su presencia y, sobre todo si asiste en ausencia de un abogado de la defensa.

El Tribunal Constitucional peruano también se ha pronunciado en este mismo sentido en el Exp. N° 3021-2013-PHC/TC¹⁴, indicando que, *está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el inculpado o acusado y ejecutar métodos engañosos*. Con ello podemos afirmar dos puntos fundamentales que, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú reconoce que, este derecho a guardar silencio forma parte de garantías constitucionales (derecho de defensa y a un debido proceso) y, la posibilidad de que mediante métodos engañosos los operadores jurídicos (policías o fiscales) pueden forzar la declaración o inducirlos a declarar.

En Colombia, el derecho de defensa¹⁵ puede ejercerse en los términos del Art. 8, inciso “b”, y el Art. 282 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, a no auto incriminarse y que no se utilice el silencio en su contra ni el contenido de conversaciones tendientes a lograr un acuerdo.

César Reyes y USAID precisan también que, en Colombia, el derecho a

guardar silencio forma parte de la garantía del derecho de defensa y, este a su vez, es una garantía que forma parte del principio del debido proceso, por lo que viene a ser un derecho que no puede ser afectado de forma alguna. En lo formal podemos verificar que, en todas las legislaciones, el derecho a guardar silencio se encuentra establecido expresamente, no sólo en la ley sino en la Constitución y en los tratados internacionales; sin embargo, este derecho no se respeta continuamente, de forma que la policía y la fiscalía aparentan respetarla pero realmente no lo aplican, engañan al investigado o lo inducen para que declare, con formas que lo terminan coaccionando a declarar en su contra o, incluso, cuando declaran hechos favorables y aportan elementos positivos a su defensa, los operadores jurídicos le dan una interpretación equivocada, evidentemente sin motivación suficiente e incluso consiguen del juez con ello restricciones de derechos y privación de libertad.

Debemos tener cuidado entonces de operadores jurídicos que se comporten de forma inquisitiva y quebrantando el derecho a guardar silencio, tratando de aparentar su cumplimiento cuando en la realidad hacen lo contrario, a fin de conseguir la declaración del investigado de forma ilegal.

14 EXP. N° 3021-2013-PHC/TC del Tribunal Constitucional:

“(…) para los efectos de que este derecho no sufra un menoscabo que pueda ser calificado como arbitrario, el Estado está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el inculpado o acusado y ejecutar métodos engañosos o de naturaleza análoga que pudieran estar destinados a obtener involuntariamente información sobre los hechos criminales por los cuales se le investiga o acusa en un proceso penal (…)”.

15 REYES MEDINA, César y USAID. “Técnicas del Proceso Oral en el sistema Penal Acusatorio Colombiano”. 2da. Ed. Bogotá, 2009. p. 20

Mario Pablo Rodríguez¹⁶ señala respecto al derecho a guardar silencio que, la defensa material en el proceso es la facultad que tiene el imputado para realizar su propia defensa; contestando la imputación, negándola, manteniéndose en silencio o allanándose a la pretensión punitiva del Ministerio Público. El Dr. Mario Pablo Rodríguez hace esta afirmación con relación al Exp. 1323-2002-HC/TC¹⁷, del 09 de julio del 2002, en su fundamento segundo.

Como claramente señala el autor, se trata de un derecho del investigado, no de una obligación que debe cumplir, menos aún bajo algún apercibimiento. Este derecho a la defensa material forma parte de uno de los dos derechos que conforman el derecho constitucional y legal de defensa, el segundo es el derecho a contar con una defensa técnica (un abogado) desde el inicio de las investigaciones que se realicen en su contra.

Existen casos actuales y reales en el Fuero Común y en el Fuero Militar Policial (FMP), donde se aprecia precisamente la vulneración evidente del derecho a guardar silencio. En el FMP, en la Carpeña Fiscal N° 37-V-2018, el fiscal intentaba inducir o coaccionar a una investigada a declarar, requiriéndola, mediante notificación, para que preste su declaración, ante lo

cual la defensa técnica presentó un escrito en el que la investigada se acoge al derecho a guardar silencio, firmando el mismo y señalando las normas legales que lo amparaban. La fiscalía, lejos de dar por aceptado ello, empezó a notificarla, reiteradamente, para que concurra bajo apercibimiento de ser denunciada por el delito de desobediencia y en otras notificaciones bajo apercibimiento de variar su situación procesal.

La defensa técnica presentó escritos reiterando el acogimiento a este derecho y al no surtir efecto ello planteó una tutela de derechos al Juez de la Investigación Preparatoria (Juez de Garantías), quien resolvió, luego de una audiencia, declarando fundada la tutela y ordenando al fiscal que se abstenga de realizar actos de esta naturaleza. La fiscalía apeló y la Sala Suprema revocó esa resolución y ordenó que la investigada acuda personalmente a acogerse a este derecho. Con la orden judicial firme, la investigada, acompañada de su abogado defensor, se presentó a la fiscalía no encontrándose el fiscal que planteó la necesidad de su presencia, sólo se hallaba su asistente, quien luego de un tiempo elaboró el documento que dejaba constancia que se acogía al derecho a guardar silencio.

La fiscalía ¿esperaba que la investigada se presente sola para coaccionarla, inducirla

16 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo, SCHONBOHM, Horst y GAMERO, Lorena y otra. Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común. Consulting Gesellschaft mbH, 2da Ed. Lima, 2012, p. 74.

17 Exp. 1323-2002-HC/TC, del Tribunal Constitucional. Fundamento 2:

El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: un material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, lo que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión

a declarar y usar esta declaración en su contra? ¿toda la actuación compulsiva y bajo coacción previa (antes de la tutela de derechos) que tuvo fue con que objeto? Se utilizó cerca de una hora del asistente fiscal para este acto, se usó hojas, se usó tinta, se usó impresora, se usó las instalaciones del FMP, se utilizó el ascensor, entre otros elementos. Este gasto ineficaz que irrogó esta actividad procesal, ¿era necesario?

En el Fuero Común, el Tribunal Constitucional resolvió un caso semejante, el de Flor de María Sánchez Díaz, Exp.N°5591-2009-PHC/TC. Janeth Condemaita¹⁸ se refiere a esta sentencia en los siguientes términos:

“La sala emplazada estimó que el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria erradicaría en la negativa de la procesada de aceptar los cargos imputados, toda vez que implicaría para el imputado la obligación de aceptar la comisión de los hechos que se le atribuyen como requisito para tener algún tipo de libertad procesal (...).”

Como se aprecia claramente, una Sala Penal Superior resolvió expresamente con motivación aparente y, motivación contradictoria al texto expreso de la ley procesal penal, precisando que, entorpece la actividad probatoria la negativa de la investigada a aceptar los cargos, por este motivo se tuvo que recurrir al Tribunal Constitucional para que pueda recién hacerse prevalecer este derecho establecido en el Código Procesal Penal del 2004.

IX. CONCLUSIONES

- V.1. El derecho a guardar silencio forma parte de la garantía constitucional y derecho legal a la defensa.
- V.2. El derecho de defensa formal es una garantía constitucional de toda persona a un debido proceso.
- V.3. El derecho a guardar silencio se encuentra regulado de forma expresa en nuestra ley procesal penal.
- V.4. El derecho a guardar silencio se encuentra expresamente regulado en la Constitución Política de la República del Ecuador y en la Constitución española.
- V.5. El derecho a guardar silencio se encuentra establecido de forma expresa en convenciones internacionales y tratados.
- V.6. El derecho a guardar silencio se encuentra establecido expresamente en la ley de casi todos los países, incluido en el Perú.
- V.7. El derecho a guardar silencio debiera ser respetado en nuestro país conforme a ley; sin embargo, los operadores jurídicos no lo respetan, usan medios engañosos para inducir a declarar y/o coaccionar para declarar.
- V.8. Debe hallarse medios o formas que prohíban la continuación de estas prácticas por parte de los operadores jurídicos, a fin de evitar afectaciones a garantías constitucionales y legales.

18 CONDEMAITA GOMEZ, Janeth Angelica. “El estándar de prueba del peligro de obstaculización y su problemática para dictar prisión preventiva.” Tesis. p. 62. En: repositorio Universidad Nacional del Altiplano. Puno, 2018.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BINDER**, Alberto. “Derecho Procesal Penal”. Ed. Amigo del Hogar. Santo Domingo, 2007. 626 p.
- FLORES SAGÁSTEGUI**, Abel Ángel. “Derecho Procesal Penal I”. Ed. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. Chimbote, 2016. 593 p.
- FERRER MAC GREGOR**, Eduardo. y **SANCHEZ GIL**, Rubén, “El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio.” Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. México, 2011. 281 p.
- Ministerio Público de la República de Costa Rica**. Ed. Ministerio Público y BID. “Abordaje y planeación de la investigación penal.” San José, 2005. 209 p.
- REYES MEDINA**, César y **USAID**. “Técnicas del Proceso Oral en el sistema Penal Acusatorio Colombiano”. 2da. Ed. Bogotá, 2009. 202 p.
- RODRÍGUEZ HURTADO**, Mario Pablo, **SCHONBOHM**, Horst, **GAMERO**, Lorena y otra. Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común. AMBERO Consulting Gesellschaft mbH, 2da Ed. Lima, 2012.
- SALAS BETETA**, Christian. “El proceso penal común.” Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2012. 595 p.
- CONDEMAITA GÓMEZ**, Janeth Angélica. “El estándar de prueba del peligro de obstaculización y su problemática para dictar prisión preventiva”. Tesis. p. 62. En: *repositorio Universidad Nacional del Altiplano*. Puno, 2018. <http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/11386/Condemaita_Gomez_Janeth_Angelica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- QUISPE FARFÁN**, Fanny Soledad. “El Derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú”. Tesis. Lima, 2002. En: *sistema de bibliotecas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. 169 p. <https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual-data/tesis/human/Quispe_F_F/t_completo.pdf>
- SOLORZANO GARAVITO**, Carlos Roberto. “El Principio de Congruencia dentro del enfoque adversarial colombiano”. En: *repositorio Universidad Santo Tomás, doctorado en Derecho*. Bogotá. 2019. <<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/22114/2020carlossol%C3%B3rzano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- Naciones Unidas**. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado: <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>
- Departamento de Derecho Internacional OEA**. Tratados Multilaterales. En: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>.
- EXP. N° 3021-2013-PHC/TC. Tribunal Constitucional**. “Jurisprudencia”. En: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03021-2013-HC.html#:~:text=%22Nadie%20ser%C3%A1%20sometido%20a%20torturas,tratados%20cruelles%2C%20inhumanos%20o%20degradantes>>
- Exp. 1323-2002-HC/TC. Tribunal Constitucional**. “Jurisprudencia”. En: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01323-2002-HC.pdf>>
- Exp. LEGIS.PE. EXP. 350-2015-13 de la Primera Sala de Apelaciones Nacional**. “Auto de Apelación de Prisión Preventiva”. En: <<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/11/LEGIS.PE-Lea-aqui-la-resoluci%C3%B3n-que-revoca-la-orden-de-prision-preventiva-dictada-en-contra-del-pastor-Vicente-Diaz-Arce.pdf>>

Carlos Nicolás Rodríguez Urday¹

OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS COMPLEJOS EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA FISCALÍA EN EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL, II.1. ANTECEDENTES, II.2. CONCEPTO Y LEGITIMACIÓN, II.3. FUNCIONES; III. ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, III.1. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, III.2. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA PROPIAMENTE DICHA; IV. PROCESO COMÚN Y PROCESO ESPECIAL; V. PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS COMPLEJOS, V.1. PRINCIPIO DE PLAZO RAZONABLE V.2. RAZONABILIDAD DEL PLAZO, V.3. PROPORCIONALIDAD DEL PLAZO, V.4. SUPUESTOS PARA SOLICITAR EL PROCEDIMIENTO DE ASUNTO COMPLEJO, V.4.1. PLURALIDAD DE HECHOS, V.4.2. ELEVADO NÚMERO DE IMPUTADOS O AGRAVIADOS, V.4.3. DELITO GRAVE; VI. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS COMPLEJOS; VII. CONCLUSIONES; Y VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

El procedimiento para asuntos complejos es un procedimiento especial que prevé el Código Penal Militar Policial, cuando en la tramitación de una causa se aprecia la pluralidad de hechos, elevado número de imputados o agraviados o por tratarse de delitos graves, a solicitud del fiscal militar policial; sin embargo, la norma no prevé cuando el fiscal militar policial puede requerir dicho pedido al juez penal militar policial. El autor pretende establecer la oportunidad para que el fiscal militar policial requiera la autorización del procedimiento de asuntos complejos al juez penal militar policial.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín, capitán del Servicio Jurídico del Ejército y jefe de la Sección de Asesoría Legal del Comando de Asentamiento Rural - Pucallpa.

ABSTRACT

The procedure for complex issues is a special procedure as provided for in the Police Military Criminal Code, when in the processing of a case there is a plurality of facts, a high number of defendants or injured parties or being serious crimes, at request of the police military prosecutor. However, the rule does not provide for when the military police prosecutor may request said order to the military police criminal judge. The author intends to establish the opportunity for the police military prosecutor to request the authorization of the complex cases procedure from the police military criminal judge.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal militar policial es el único medido para imponer una pena o una medida de seguridad por la comisión de un delito de función, por lo tanto, debe desarrollarse de manera ordenada y respetando lo que precisa la ley. De otro lado, Alberto BINDER¹ señala que muchas de las garantías y principios que pueden presentarse en las bases del proceso penal podrían verse distorsionadas por la estructura incorrecta de las mismas, ya que la organización y principios básicos, muchas veces, sucumben ante las reglas de la organización procesal.

El Código Penal Militar Policial se caracteriza por regular dos tipos de procesos: el proceso común, que se encuentra previsto en el Título X del Libro III y el proceso especial ubicado en el Título XI del mismo libro. Dentro de este último proceso,

encontramos procedimientos especiales como el de asuntos complejos, en el que no se ha establecido el momento en el que el fiscal militar policial puede solicitar la autorización del procedimiento al juez militar policial.

En la práctica, los fiscales militares policiales, ante este vacío legal, han venido requiriendo al juez militar policial la autorización del procedimiento de asuntos complejos al momento de formalizar la investigación preparatoria o al término de la prórroga de plazo que solicitaron, con la finalidad de que se apliquen los mayores plazos establecidos para dicho procedimiento. En algunos casos, causando con ello un desorden en el proceso común, lo que nos motivó a realizar el presente trabajo, con la finalidad de responder a la pregunta siguiente: ¿En qué etapa del procedimiento penal militar policial se debe solicitar la autorización del juez para aplicar el procedimiento de asuntos complejos?

II. LA FISCALÍA EN EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL

II.1. Antecedentes

Con el Decreto Ley N° 23201, de 24 de julio de 1980, “Ley Orgánica de Justicia Militar”, modificado por la Ley N° 26677, de 22 de octubre de 1996, se creó el Ministerio Público en la jurisdicción militar, conformado por un Fiscal General, un Fiscal en la Sala de Guerra y un Fiscal en la Vocalía de Instrucción, todos ellos en el Consejo Supremo de Justicia Militar; además, se estableció que en los Consejo de Guerra,

2 BINDER. Alberto *Introducción al Derecho Penal*. 2da edición, Buenos Aires, junio de 1999. Editorial Ad Hoc. Pág. 230.

Consejos Superiores y Juzgados Permanentes, debían haber fiscales, cargos que eran ocupados por oficiales del Cuerpo Jurídico de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, teniendo como función promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia militar a fin de que haya pronta y oportuna sanción de los delitos militares, exigir el cumplimiento de los fallos consentidos o ejecutoriados, defender la competencia jurisdiccional militar y ser parte en el proceso penal (Art. 75°), norma que fue declarada inconstitucional³ por el Tribunal Constitucional, en razón de vulnerar la autonomía del Ministerio Público.

Posteriormente, en el año 2006, el Congreso de la República emitió la Ley N° 28665, “Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia Penal Militar Policial”, en la que se propone que los Fiscales Militares Policiales titulares y adjuntos se encuentren adscritos al Ministerio Público y sólo podían ejercer dicho cargo los que tenían formación jurídico militar, modificándose las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura, hoy denominado Junta Nacional de Justicia, norma que igualmente, debido a la vulneración de la autonomía del Ministerio Público, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.⁴

En concordancia con los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional

al realizar el control concentrado de artículos del Decreto Ley N° 23201 y de la Ley N° 28665, el Congreso aprobó la Ley 29182, promulgada el 10 de enero de 2008, “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial”, adecuando su regulación a los preceptos constitucionales y respetando la autonomía del Ministerio Público. Es así, que la referida Ley creó la Fiscalía Militar Policial, como un órgano distinto al Ministerio Público, circunscribiendo sus funciones únicamente al ámbito penal militar policial, motivo por el cual el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad⁵ en otro proceso de inconstitucionalidad, que se tramitó en 2009.

II.2. Concepto y legitimación

El artículo 139°, inciso 1, de la Constitución Política del Estado, trata al Fuero Militar Policial como un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, cuya competencia es juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad, o que al momento de la comisión del hecho delictivo lo estuvieron, que cometan delitos de función previamente tipificados en el Código Penal Militar Policial.

La Ley N° 29182, “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial”, como su nombre lo indica, organiza al Fuero Militar Policial como un órgano jurisdiccional, encargado de administrar justicia en

3 Sentencia del Tribunal Constitucional. *Expediente N° 0023-2003-AI/TC*. 09 de junio de 2004. Fundamento 76 y ss.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional. *Expediente N° 0004-2006-AI/TC*. 29 de marzo del 2006. Fundamento 99 y ss.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional. *Expediente N° 0001-2009-PI/TC*. 04 de diciembre de 2009. Fundamento 98 y ss.

materia penal militar policial, que cuenta con un órgano fiscal militar policial autónomo e independiente, que ejerce la acción penal militar, de oficio o a petición de parte.

La Fiscalía Militar Policial es el órgano del Fuero Militar Policial encargado de perseguir los delitos de función que cometen los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, como titular de la acción penal militar policial, por lo que se encuentra legitimado para conducir la investigación penal militar policial desde sus inicios, sea a petición de parte o de oficio. Asimismo, se encarga de reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, y tiene la carga de la prueba.

II.3. Funciones

Las fiscalías militares policiales cumplen un rol importante en el proceso penal militar policial, ejerciendo básicamente tres funciones: (a) de dirección de la investigación, (b) de requirente y (c) de sostener la acción penal militar policial en el juicio oral.

Respecto a la función de dirección de la investigación, las Fiscalías Militares Policiales se encargan de conducir la investigación con objetividad, en un primer momento respecto de la investigación preliminar y, en un segundo momento, cuando se da inicio formalmente a la investigación preparatoria, mediante una disposición fiscal, con la finalidad que el fiscal militar policial recoja los elementos de convicción de cargo y de descargo que le permitan, de un lado, formular su teoría del caso y ejercitar la acción penal y, de otro, pueda el abogado defensor ejercer el derecho de defensa que le corresponde al imputado.

En cuanto a la función requirente, el fiscal militar policial, durante el proceso penal militar policial, tiene la facultad de

solicitar la intervención del órgano jurisdiccional (juez penal militar policial), para obtener una decisión judicial que le permita realizar un acto concreto; esto es, un acto de investigación o limitación personal del imputado.

De otro lado, la función de sostener la acción penal militar policial en el juicio oral, es la parte más importante del proceso penal militar policial, debido a que el fiscal militar policial, en su rol de acusador, deberá sustentar su teoría del caso, apoyándose en los medios probatorios admitidos por el juez penal militar policial en la audiencia preliminar de control de acusación, las mismas que deben ser señaladas en el auto de enjuiciamiento y/o los que admitan las salas de los Tribunales Superiores Militares Policiales o la Sala Suprema de Guerra, según sea el caso, en la audiencia de juzgamiento.

III. ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El proceso penal militar policial –proceso común y proceso especial– cuenta con tres etapas: la etapa de investigación preparatoria, que se encuentra a cargo de la Fiscalía Militar Policial; la etapa intermedia, a cargo del Juez Penal Militar Policial o Vocal Supremo del Tribunal Supremo Militar Policial –Juez de Garantías–; y la etapa del juicio oral, a cargo de los Tribunales Superiores Militares Policiales o la Sala Suprema de Guerra del Tribunal Supremo Militar Policial, según corresponda, dependiendo de la jerarquía militar o policial que ostenta el acusado.

El artículo 344° del Código Penal Militar Policial precisa que la etapa preparatoria tiene por objeto determinar si hay fundamento para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan sustentar la

acusación y el ejercicio de la defensa del imputado. Por otro lado, el artículo 346° de dicho Código previene que las actuaciones de la investigación preparatoria sólo sirven para emitir las resoluciones propias de esta etapa y de la etapa intermedia. Para efectos de emitir sentencia, tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas y las actuaciones objetivas e irreproducibles que se hayan llevado adelante, cuya lectura se hará en el juicio oral.

Entonces, la finalidad que persigue esta etapa es que: (a) el fiscal militar policial pueda reunir elementos de convicción de cargo que le permitan arribar a una acusación. Asimismo, debe investigar los hechos constitutivos del delito de función, individualizar al autor y partícipes, y la defensa preparar su teoría del caso para el juicio oral; y (b) reunir elementos de convicción de descargo y realizar actuaciones fiscales que la defensa técnica le solicite a fin de llegar a la conclusión de que el hecho no se cometió, el imputado no es autor o partícipe, el hecho no se adecua a la figura penal, si media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad, si la acción penal se extinguió o no existe la posibilidad de incorporar nuevos elementos de convicción para la apertura de juicio.

En conclusión, la etapa de investigación preparatorio permitirá al fiscal decidir si formula acusación o solicita el sobreseimiento. En caso que decida formular acusación se procederá a buscar la responsabilidad penal del acusado mediante los medios probatorios admitidos.

La etapa de la investigación preparatoria consta de dos sub etapas, que son la investigación preliminar y la investigación preparatoria propiamente dicha.

III.1. Investigación preliminar

La investigación preliminar consiste en el conjunto de actos que realiza el fiscal militar policial una vez que ha tomado conocimiento directo de la comisión de un delito de función, a fin de recabar elementos de convicción suficientes para la apertura de la investigación preparatoria, determinar las circunstancias del hecho e identificar al autor o autores y partícipes; asimismo, dichos actos fiscales forman parte de la investigación preparatoria, por ende, no podrán ser repetidas cuando se formalice la investigación preparatoria.

Al término de la investigación preliminar, el fiscal militar policial podrá: (a) archivar la investigación si no ha podido individualizar al autor o partícipe, por manifiesta imposibilidad de reunir elementos de convicción, no se puede identificar al agraviado; (b) podrá disponer el archivo provisional de las actuaciones, en cuyo caso el agraviado podrá solicitar la revisión del archivo al Fiscal Superior Militar Policial, mediante un escrito de control de decisión fiscal; y, (c) formalizar la investigación preparatoria.

El Código Penal Militar Policial no ha establecido un plazo para desarrollar la investigación preliminar; no obstante, mediante el I Plenario de Doctrina Jurisdiccional del Fuero Militar Policial N° 004-2016/FMP se estableció, en el fundamento 15, que “*es válida la aplicación del artículo 334, inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal*”, por lo que, en un primer momento, el plazo de la investigación preliminar fue de 60 días; sin embargo, en la Casación N° 02-2008, de 03 de junio de 2008, se estableció como doctrina jurisprudencial que los plazos para las diligencias preliminares no debían ser mayores al plazo máximo regulado

para la investigación preparatoria, lo que de aplicarse en la jurisdicción militar policial sería de seis meses y desnaturalizaría todo el proceso. Dicha jurisprudencia no resulta vinculante para el Fuero Militar Policial, debido a que la naturaleza de las diligencias preliminares del Código Procesal Penal y la investigación preliminar del Código Penal Militar Policial no son semejantes, teniendo ambos procesos características diferentes.

III.2. Investigación preparatoria propiamente dicha

Esta sub etapa se inicia cuando el fiscal militar policial emite la disposición de apertura de la investigación preparatoria, con la finalidad de practicar diligencias y actuaciones de carácter no jurisdiccional, siempre y cuando el hecho no haya prescrito, se haya identificado al presunto autor (es) o participe (s) y tenga elementos de convicción suficientes.

En consecuencia, la formalización de la investigación es un acto unilateral del fiscal militar policial, mediante el cual, pone en conocimiento a los presuntos autores o partícipes que se ha iniciado una investigación propiamente dicha contra ellos, poniendo también esta decisión en conocimiento del Juez Penal Militar Policial, para que en mérito del artículo 360° del Código Penal Militar Policial, convoque a una audiencia con la finalidad de comunicar al imputado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar la defensa del imputado.

La investigación preparatoria tiene como plazo de duración seis meses desde la emisión de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, la misma que puede ser prorrogada por el juez penal militar policial hasta por un plazo igual,

siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: (a) pluralidad de imputados, (b) pluralidad de agraviados y (c) que las dificultades de la investigación hagan insuficientes el plazo de seis meses, y cuando termine esta prórroga el fiscal militar policial podrá solicitar, por única vez y de manera excepcional, una prórroga de tres meses a la Sala Suprema Revisora, cuando un acto concreto de investigación no ha podido realizarse.

IV. PROCESO COMÚN Y EL PROCESO ESPECIAL

La parte procesal del Código Penal Militar Policial establece dos tipos de procesos: el Común y el Especial. Dentro de este último, encontramos cuatro procedimientos: (a) Proceso en tiempo de conflicto armado internacional; (b) Proceso abreviado; (c) Procedimiento para asuntos complejos; y (d) Procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad.

El Código Penal Militar Policial ha establecido un trámite común para todos los delitos de función que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, caracterizado por tener preeminencia oral, dejando atrás el modelo inquisitivo instaurado en el proceso penal sumario establecido en el Código de Justicia Militar de 1980.

En cambio, los procesos especiales son aquellos que se caracterizan en razón de la naturaleza del conflicto, a la discusión de una concreta pretensión punitiva según las características del hecho delictivo o según la naturaleza de la pena, conservando los principios que rigen al proceso penal militar policial y sujetos a las reglas establecidas en el proceso común, siempre que no contravengan los plazos y reglas establecidos en

cada proceso especial. Sin embargo, dentro de los procesos especiales previstos por el Código Penal Militar Policial, tanto el procedimiento para asuntos complejos como el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad, no son procesos especiales per se.

V. PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS COMPLEJOS

El procedimiento para asuntos complejos, previsto por el Código Penal Militar Policial, está elaborado como un procedimiento de excepción y sólo el fiscal militar policial, como director de la investigación, podrá acceder a él cuándo exista realmente una dificultad de tramitación clara y evidente: (a) pluralidad de hechos, (b) elevado número de imputados, (c) elevado número de agraviados, y (d) delitos graves.

El carácter excepcional de dicho procedimiento radica en que una vez autorizado por el Juez Penal Militar Policial, mediante una resolución debidamente motivada, no sólo el plazo de la investigación preparatoria se duplicará, sino, también, de la prisión preventiva, lo cual resulta lesivo para el procesado; igualmente, los plazos de los recursos impugnativos y el plazo para la deliberación y emisión de la sentencia se ampliarán.

V.1. Principio de plazo razonable

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable se encuentra previsto a nivel internacional en el artículo 6, inciso 1, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶, el artículo 7, inciso 5, y artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷, desarrollando la teoría del “No Plazo”. El Tribunal Europeo, en el caso “Stögmüller”, de 10 de noviembre de 1969, estableció como doctrina que el plazo razonable no se puede traducir en un número fijo de días, de semanas, de meses o de años o en variar la duración según la gravedad de la infracción y, en el caso “Rigiesen”, de 16 de julio de 1971, y en los siguientes, fijó que para determinar si la duración de un proceso había sido razonable o no se debía atender a la complejidad del caso, comportamiento del demandante y manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando los criterios desarrollados por el Tribunal Europeo sobre el principio de plazo razonable, señaló, en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, que dicho principio tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se

6 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, revisado con el Protocolo N° 11 del 01 de noviembre de 1998.

Artículo 6 inciso 1: “Toda persona tiene derecho a que causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley”.

7 Convención Americana sobre Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Artículo 7 inciso 5: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...”

Artículo 8 inciso 1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”.

decida prontamente, debiendo dicho plazo comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Preciso que para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso debe tomarse en cuenta los siguientes elementos: (a) complejidad del asunto, (b) actividad procesal del interesado y (c) conducta de las autoridades judiciales.

La Constitución Política del Perú no establece explícitamente el derecho a ser juzgado en plazo razonable, pero el Tribunal Constitucional, en diferentes decisiones, ha señalado que este derecho-principio se encuentra recogido implícitamente en el artículo 139, inciso 3, como una garantía del debido proceso, asimismo, ha adoptado los criterios desarrollados en las jurisprudencias internacionales del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es así, que a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 00295-2012-PHC/TC, de 14 de mayo del 2015, establece ciertos criterios sobre el principio de plazo razonable como doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país.

Define el plazo razonable como aquel de un proceso o un procedimiento que comprende el lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes, de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes y asimismo, para determinar si en cada caso concreto se ha vulnerado el plazo razonable se debe tener en consideración los siguientes criterios: (a) complejidad del

asunto, (b) actividad procesal del interesado y (c) conducta de las autoridades judiciales.

Respecto a la complejidad del asunto, el Tribunal Constitucional ha señalado que se debe considerar los factores como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, pluralidad de agraviados o inculpadados, y algún otro elemento que permita concluir con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicado y difícil. En cambio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la complejidad se determina por una serie de factores de iure y de facto del caso concreto. Asimismo, dichos factores pueden estar referidos: (a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos, (b) el análisis jurídico de los hechos acerca de los cuales se ha producido el proceso penal, c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación, d) la pluralidad de agraviados o inculpadados; entre otros factores”.

V.2. Razonabilidad del plazo

La razonabilidad del plazo garantiza a las partes un proceso libre de dilaciones indebidas o excesiva duración de los actos procesales. De allí que el plazo debe ser razonable, lo que significa que no puede ser demasiado largo, pero tampoco demasiado corto.

V.3. Proporcionalidad del plazo

De conformidad al test de proporcionalidad, el plazo resulta proporcional cuando se realiza la búsqueda de la verdad como

un objetivo esencial, para lo cual, a fin de recolectar los medios probatorios que acrediten la responsabilidad penal o no del procesado, el fiscal militar policial, desde un inicio, deberá de ponderar ello con el derecho de la libertad de la persona.

V.4. Supuestos para solicitar el procedimiento de asunto complejo

V.4.1. Pluralidad de hechos

El hecho es un suceso o acontecimiento que se produce en el mundo, clasificándose en natural o humano, los mismos que pueden generar consecuencias jurídicas y el derecho penal militar policial solo sanciona conductas humanas voluntarias que tengan como finalidad cometer un delito de función que será materializado en la realidad.

Para que se configure esta causal, debe de concurrir más de un hecho delictivo, con lo que se configuraría un concurso real de delitos⁸ o delito continuado⁹.

V.4.2. Elevado número de imputados o agraviados

El Código Penal Militar Policial no hace referencia cuando nos encontramos con un número elevado de imputados o agraviados, pero sí podemos señalar que el referido Código hace una diferencia cuantitativa cuando se refiere a pluralidad de imputados, conforme al artículo 369.

V.4.3. Delitos graves

Para determinar si un delito es grave o no, se tendrá como un indicativo el

quantum de la pena, verbi gracia, agravantes específicas del artículo 135, artículo 95, artículo 65 y los Delitos contra la Defensa Nacional, entre otros.

VI. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS COMPLEJOS

El Código Penal Militar Policial no ha establecido, de manera explícita, cuando el fiscal militar policial debe solicitar al Juez de Investigación Preparatoria la autorización del procedimiento para asuntos complejos ni tampoco existe un desarrollo jurisprudencial por parte del Fuero Militar Policial.

De una interpretación sistemática de la parte procesal del Código Penal Militar Policial, podemos señalar que los Fiscales Militares Policiales son los titulares de la acción penal militar policial y por ende tienen el monopolio de la investigación desde sus inicios. Por la praxis sabemos que la mayoría de las investigaciones se inician con una investigación preliminar para que, al término del mismo, puedan determinar el hecho o hechos delictivos, sus circunstancias, identificar al presunto autor, autores o partícipes, al agraviado o agraviados, etc.

Es así, que, al término de la investigación preliminar, el Fiscal Militar Policial puede determinar si concurren alguno de los supuestos que establece la norma – pluralidad de hechos, elevado número de imputados, elevado número de agraviados y

8 El concurso real de delitos debe entenderse cuando un mismo autor realiza una pluralidad de acciones independientes entre sí, lo que ocasione, a su vez, varios delitos autónomos.

9 El delito continuado se da cuando el sujeto activo realiza acciones similares u homogéneas en diferentes momentos, pero transgrede el mismo tipo legal.

delitos graves – para solicitar al Juez Penal Militar Policial la autorización para que la investigación preparatoria se realice en un plazo de un año, con la prórroga de otro año, así como la extensión de la prisión preventiva hasta tres años, los plazos impugnatorios se dupliquen, como los plazos a favor de las partes para realizar alguna actuación, entre otros.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. El procedimiento de asuntos complejos es un proceso especial, recogido en el Código Penal Militar Policial, que le permite al fiscal militar policial ampliar sus plazos de investigación para poder reunir elementos de convicción y llegar a la búsqueda de la verdad.
2. La naturaleza del procedimiento de asuntos complejos es excepcional ya que el fiscal militar policial sólo podrá optar por este procedimiento cuando concurren algunas de las causales señaladas en la ley: Pluralidad de hechos, elevado número de imputados, elevado número de agraviados y delitos graves, lo cual será analizado y autorizado por el Juez Penal Militar Policial en una resolución debidamente motivada.
3. Esta excepcionalidad radica también en que aparte de duplicarse el plazo de la investigación preparatoria, se prórroga también el plazo de la prisión preventiva, figura jurídica que priva de libertad al investigado.
4. El procedimiento de asuntos complejos no vulnera el principio de plazo razonable, toda vez que la finalidad del proceso penal es buscar la verdad de los hechos en un plazo razonable y proporcional, es decir, que si el presunto autor es responsable penalmente o no del hecho que se le atribuye, el fiscal militar policial, al término de la investigación preliminar, tendrá que tener la capacidad de decidir si el caso penal militar que va a investigar seguirá el cauce del proceso común o el del procedimiento de asuntos complejos.
5. En el procedimiento de asuntos complejos, por regla general, tras la investigación preliminar, debería de conocerse si el caso tiene un hecho o varios, si están identificados el autor o los presuntos autores, identificados el agraviado o agraviados, verificado que si el delito imputado es grave y si el caso amerita que se declare complejo.
6. Excepcionalmente, se puede solicitar el procedimiento de asuntos complejos en la etapa de investigación preparatoria, siempre y cuando durante esta etapa aparezcan nuevos hechos y sean comunicados formalmente al investigado y si estos hechos nuevos dificultan reunir elementos de convicción.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal*, 2da edición, Buenos Aires, junio de 1999. Editorial Ad Hoc.
- CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL.
- CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, revisado con el Protocolo N° 11 del 01 de noviembre de 1998.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- DECRETO LEY N° 23201, “Ley Orgánica de Justicia Militar” de 1980.
- LEY N° 28665, “Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia Penal Militar Policial.”
- LEY N° 29182, “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.”
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Lima 1999. Editorial Alternativas.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal: Lecciones*. Lima. Perú 2015. INPECCP Fondo Editores y CENALES FONDO EDITORIAL.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Expediente N° 0023-2003-AI/TC*. 09 de junio de 2004.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Expediente N° 0004-2006-AI/TC*. 29 de marzo del 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Expediente N° 0001-2009-PI/TC*. 04 de diciembre de 2009.

Alfredo J.F. Balbuena Pareja¹

CRITERIOS PARA CUANTIFICAR LA
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL
EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN MILITAR
DESDE LA ÓPTICA DE LA CASACIÓN
N° 189-2019 LIMA – NORTE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA RESPONSABILIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL; III. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL PARA LOS DELITOS DE FUNCIÓN; IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES; Y V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor analiza los alcances de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la República recaída en la Casación N° 189-2019 (Lima- Norte), que desarrolla una serie de criterios para cuantificar la responsabilidad civil extracontractual para los delitos de corrupción de funcionarios. Piensa el autor que esos criterios se adecuan perfectamente a los delitos de función que se cometen en el ámbito militar policial peruano y analiza principios y preceptos aplicables en tales casos.

ABSTRACT

The author analyzes the scopes of the Republic's Supreme Court of Justice's decision relapsed in Cassation No. 189-2019 (Northern Lima), which develops a series of criteria to quantify extra-contractual civil liability for corruption crimes of officials. The author thinks that these criteria are perfectly adapted to function crimes committed in the Peruvian military police field and analyzes principles and precepts applicable in such cases.

1 Mayor del Cuerpo Jurídico de la Fuerza Aérea del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la Casación N° 189-2019 (Lima-Norte), que ha desarrollado criterios fundamentales para poder cuantificar la responsabilidad civil extracontractual para los delitos de corrupción de funcionarios, siendo que esta clase de ilícitos penales tienen una condición especial por el estatus del agente, situación que es muy similar y aplicable también a los denominados delitos de función cometidos por militares y policías en el ejercicio de su función y/o servicio.

En este sentido, el ordenamiento punitivo castrense ha innovado la tipificación de los delitos de función, en base a pautas dadas en diversas sentencias por el Tribunal Constitucional y otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la República, en casos de contiendas de competencia, promovidas entre los jueces del Fuero Común y el Fuero Militar Policial; pero, ha faltado profundizar un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la pretensión civil del agraviado, que se constituye en actor civil en un proceso penal militar.

Por ello, lo que se pretende con este artículo es abordar los criterios dados por la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad civil extracontractual, generada por la comisión de un delito y como el condenado debe responder pagando un monto adecuado al daño ocasionado.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL

El proceso penal que se genera en relación a la imputación de un delito, tiene como objetivo principal la determinación de la comisión del hecho imputado, la responsabilidad de los imputados y en su caso la determinación de la pena que corresponda; pero, además de esto, el artículo 92° del Código Penal establece que conjuntamente con la pena deberá determinarse la reparación civil. No obstante que la reparación civil es una pretensión privada, la norma penal obliga al juzgador a determinar la reparación civil conjuntamente con la pena, aun cuando la parte agraviada no haya hecho valer tal pretensión². Esa misma concepción es recogida en el artículo 51° del Código Penal Militar Policial.

El delito no solo es un ilícito penal sino también ilícito civil, que deriva de un hecho injusto, que produce un daño, que la tradición denominaba delito civil y que hoy recibe el nombre de hecho ilícito. El ilícito civil no siempre es ilícito penal; en cambio, el ilícito penal constituye siempre, además, un ilícito civil. El hecho que como ilícito penal provoca la reacción de la pena, como ilícito civil determina el derecho al resarcimiento del daño.³

Asimismo, es importante mencionar que tanto el Código Penal como el Código Penal Militar Policial, en sus artículos 101°

2 VÁSQUEZ VÁSQUES, Marlio (2015) Reparación Civil y Medida Cautelar de Embargo en el Proceso Penal – Una revisión comparativa con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004. Nuevo Código Procesal Penal Comentado, Ediciones Legales, Lima – Perú, página 1061.

3 GARCIA RADA, Domingo (2008) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Segunda Edición, página 335.

y 55°, respectivamente, establecen de manera uniforme que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones del Código Civil; es decir, correspondería aplicar y considerar los preceptos legales establecidos en la responsabilidad extracontractual previstas en la Sección Sexta del Libro VII – Fuentes de las Obligaciones del Código Civil:

II.1. Restitución del Bien

La Restitución deberá hacerse con la misma cosa, siempre que sea posible. La devolución de la especie sustraída es la forma más completa de reparar el daño; si hubiere deterioros o menoscabos, éstos deberán ser indemnizados, a criterio del Tribunal.⁴ La restitución consiste en la restauración material al estado anterior a la violación del derecho. Puede tener por objeto las cosas muebles robadas o apoderadas y las cosas inmuebles a cuya posesión se haya llegado mediante una usurpación. Si la restitución es imposible de hecho (Destrucción o pérdida), o legalmente (Derecho legítimamente adquirido por un tercero), el damnificado puede exigir en sustitución de ella y como

reparación, el pago del valor del bien. Si la falta de restitución fuese parcial, la reparación consistirá en el pago de la diferencia del valor actual del bien.⁵

II.2. Indemnización por Daños y Perjuicios

La indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado; es la suma de dinero con que se indemniza. Se entiende que es la reparación del perjuicio causado. Es “resarcir de un daño o perjuicio”. En el campo penal, la indemnización repara el daño causado no solo al que lo sufre sino también a la familia o a un tercero⁶. Para ello, es necesario observar lo señalado en los artículos 1969⁷ y 1985⁸ del Código Civil.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PARA LOS DELITOS DE FUNCIÓN

La responsabilidad civil puede surgir tanto del incumplimiento de obligaciones, que dan lugar a la responsabilidad contractual, como de ciertos hechos o actos que

4 GARCIA RADA, Domingo (2012) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Novena Edición revisada, Lima, página 405.

5 FRANCO APAZA, Pedro David (14.08.08) Alcances sobre la reparación civil en nuestro código penal; disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/14/alcances-sobre-la-reparacion-civil-en-nuestro-codigo-penal/>> (fecha de consulta el 01.08.2018).

6 GARCIA RADA, Domingo (2012) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Novena Edición revisada, Lima, página 408.

7 Artículo 1969.- Indemnización de daño por dolo o culpa. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

8 Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

entrañan a la vez ambas responsabilidades para su autor, dando lugar a la responsabilidad extracontractual derivada de los delitos o cuasi delitos. Con la responsabilidad civil derivada del hecho o acto delictivo, se produce la obligación que compete al delincuente, o a determinada persona relacionada con él, de indemnizar a la víctima del delito por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible, puesto que el delito produce efectivamente dos males: un mal social, la perturbación, el temor y alarma que ocasiona; y un mal individual, el daño que la víctima puede sufrir en su persona, honor, libertad o patrimonio. El daño social se intenta reparar mediante la imposición de la pena, el daño individual mediante la indemnización de carácter civil. Por tanto, la responsabilidad civil debe entenderse como un resarcimiento a la víctima del mal causado⁹.

Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar: (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada, que radica en la disminución de la esfera patrimonial y en el no incremento en el patrimonio del

dañado, o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menos cabo patrimonial–; y (2) daños no patrimoniales, circunstancias a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales-no patrimoniales –tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas– que se afectan (...)”¹⁰.

En este sentido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Casación N° 189-2019/Lima – Norte, ha considerado fijar algunos criterios para determinar un quantum indemnizatorio, los cuales consistirían en: a) la gravedad del hecho ilícito, b) el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables, c) el nivel de difusión pública del hecho ilícito, d) la afectación o impacto social del hecho ilícito, e) la naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada, h) el alcance competencial de la entidad pública, e i) el cargo o posición de los funcionarios públicos.

Estas pautas, que han sido desarrolladas para determinar una responsabilidad extracontractual para delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden también ser aplicadas a los delitos de función militar-policial, en atención a que ellos también se podrían comprender dentro de la categoría de los denominados delitos de infracción del deber.

9 Inmaculada Serrano Pérez. La responsabilidad civil derivada de la infracción penal, el valor económico del resarcimiento de la víctima, consultado el día 11-03-2021; disponible en: <<https://fcp.es/wp-content/uploads/2016/11/Serrano-P%C3%A9rez-La-responsabilidad-civil-derivada-de-la-infracci%C3%B3n-penal.pdf>>

10 Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 del 13 de octubre de 2006 expedido por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, referente al asunto: Reparación Civil y delitos de peligro, fundamento octavo.

III.1. Gravedad del hecho ilícito

La gravedad del hecho está circunscrita a las condiciones que dieron lugar a la materialización del hecho punible, cuya verificación dependerá, básicamente, de lo siguiente: en primer lugar, la presencia del dolo o culpa en la acción atribuida al agente delictivo; en segundo lugar, las circunstancias concurrentes que aumenten o disminuyan el desvalor de la acción o el desvalor del resultado del comportamiento típico; en tercer lugar, la absoluta o relativa culpabilidad del sujeto activo, derivada del grado de comprensión de la ilicitud de su conducta, del acaecimiento de algún elemento que haya rescindido o disminuido su capacidad para internalizar el mandato prohibitivo de la norma penal infraccionada; en cuarto lugar, del perjuicio materialmente irrogado y de la conducta del imputado luego de haber ejecutado el delito, esto es, si prestó colaboración procesal con la causa y qué actitud tomó hacia la víctima y a la reparación del daño; esto último, si bien no incide sobre la culpabilidad, por ser posterior el hecho delictivo, tiene proyección sobre la punibilidad¹¹.

III.2. Circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica

Se tiene en cuenta el lugar, el contexto y la forma de realización del hecho ilícito¹². En esta línea, nuestro Código Penal Militar Policial, en su artículo 33º, establece un catálogo de circunstancias agravantes de la

responsabilidad penal para la imposición de una pena privativa de la libertad, pero estos puntos también pueden servir para adecuar un criterio de responsabilidad civil generado por los efectos del hecho punitivo; en este orden de ideas, consideramos que el numeral 11 del artículo en mención hace referencia al aprovechamiento de situaciones como naufragio, incendio, terremoto, tumulto o calamidad; así también, el numeral 13 de la norma citada hace referencia a la circunstancia en la que se encuentra el imputado: servicio de guardia, patrulla o maniobras de carácter militar; del mismo modo, el numeral 15 hace mención a que la conducta del imputado se produzca durante un conflicto armado internacional, enfrentamiento contra grupo hostil, conmoción interior o frente al enemigo.

III.3. Aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables

El grado de ventaja o ganancia conseguida es un factor a considerar, pues cuanto mayor sea esta mayor debe ser el monto indemnizatorio. Desde una lógica preventiva, con la reparación civil impuesta al responsable se debe desincentivar en el futuro conductas orientadas a obtener este provecho ilícito. El responsable no puede quedar en la misma situación anterior al provecho obtenido pues caso contrario, no encontraría inconveniente en reiterar su conducta¹³.

En este punto, el Código Penal Militar Policial ha establecido el denominado

11 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2025-2018, Lima Norte del 19 de marzo del 2019, fundamento séptimo.

12 Casación N° 189-2019-Lima Norte, fundamento 20.1 página 17.

13 Casación 189-2019, fundamento 20, numeral 20.3, página 17.

“Principio de mando y obediencia”, que implica: “El mando es el privilegio y la obligación de dar órdenes. Todo superior debe mantener, por todos los medios posibles, su autoridad sobre sus subordinados. Cualquiera que sea su grado o la dificultad que se le presente se halla absolutamente obligado a exigir la obediencia y el respeto que le son debidos, la estricta ejecución de sus órdenes y el cumplimiento de las leyes, reglamentos y consignas que importan el servicio”¹⁴.

En esta línea, se debe observar, que el militar como sujeto activo de la acción penal y civil dañosa, en su condición de responsable del cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo, abusa de esta atribución para obtener un provecho personal, generando que la Institución Armada, de la cual depende, no cumpla con sus responsabilidades constitucionales, legales y reglamentarias, por lo que, la sanción civil debe estar acorde con el daño ocasionado.

III.4. Nivel de difusión pública del hecho ilícito

Referida a la trascendencia y extensión social o conocimiento público de la conducta ilícita (difundida por medios de comunicación)¹⁵. En este sentido, el Código Penal Militar Policial establece el denominado “Principio de subordinación al poder constitucional” que expresa: “Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional no son

deliberantes y están subordinadas al poder constitucional; por esta razón, en los efectivos militares y policiales recae el deber de defender la estabilidad de la organización política y viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, en concordancia con los artículos 165°, 166°, 169° y 171° de la Constitución Política. En consecuencia, el delito de función previene y sanciona todo acto de un militar o policía que atente contra el orden constitucional¹⁶.

En consecuencia, se tiene que tener en consideración si los hechos que son objeto de proceso han sido difundidos en los diversos medios de comunicación, generando con ello un grave perjuicio a la imagen de la Institución Armada.

III.5. Afectación o impacto social del hecho ilícito

La función pública tiene una naturaleza y relevancia social, pues influye en las condiciones de vida de la población. La actividad estatal está estrechamente vinculada con la realización de servicios públicos indispensables para la calidad de vida de la ciudadanía¹⁷. En ese entendido, el Ministerio de Defensa tiene entre sus funciones rectoras la de garantizar, a través del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y las Instituciones Armadas, la soberanía e integridad territorial en los espacios aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial¹⁸.

14 Código Penal Militar Policial, Título Preliminar, Artículo XIV, literal c.

15 Casación 189-2019, fundamento 20, numeral 20.4, página 17.

16 Código Penal Militar Policial, Título Preliminar, artículo XIV, literal e.

17 Casación 189-2019, fundamento 20, numeral 20.5, página 18.

18 Decreto Legislativo N° 1134, artículo 5, numeral 2.

Es así que el hecho dañoso que produce la realización de un delito de función va a vulnerar no solo los bienes jurídicos previstos para cada tipo penal, sino, además, sus efectos se pueden reflejar en el perjuicio a la operatividad que debe cumplir cada Institución Armada en el ámbito de su rol como entidad pública al servicio de la sociedad.

III.6. Naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada

En conexión con el criterio anterior, se debe identificar la función pública de la entidad estatal al interior de la cual se cometió el hecho ilícito¹⁹. En el caso de lo castrense, según el artículo 165° de la Constitución Política del Estado, “Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137° de la Constitución”.

De otro lado, el Código Penal Militar Policial ha establecido como principios militares policiales esenciales el denominado: “Principio de defensa y seguridad de la República”, que establece que “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tienen como función primordial la defensa y la seguridad de la República, conforme a los artículos 165° y 166° de la Constitución Política, para cuyo cumplimiento es imprescindible la preservación de la

existencia, organización y operatividad de las fuerzas del orden, dado que la defensa nacional es integral y permanente, tal como lo establece el artículo 163° de la Carta Fundamental.

Por ello, el delito de función previene y sanciona todo acto de los efectivos militares o policiales que atenten contra el cumplimiento de las funciones, la existencia, organización y operatividad de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional²⁰.

Por tanto, podemos afirmar que el denominado “Principio de defensa y seguridad de la República” nos puede dar criterios sobre los efectos dañosos que generan los delitos de función, en cuanto están destinados fundamentalmente a preservar la existencia, organización y operatividad de las Instituciones Castrenses y de la Policía Nacional.

III.7. Alcance competencial de la entidad pública

Es menester considerar si la institución pública agraviada tiene un alcance local, regional o nacional.²¹ En el Sector Defensa, que es lo que nos interesa resaltar, comprende al Ministerio de Defensa como órgano rector, al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas Armadas, a las entidades públicas y las empresas bajo su ámbito de competencia y responsabilidad política y funcional²². Asimismo, el Ministerio de Defensa es competente en los siguientes ámbitos: 1) Seguridad y Defensa

19 Casación 189-2019, fundamento 20, numeral 20.6, página 19.

20 Código Penal Militar Policial, Título Preliminar, Artículo 14, literal d.

21 Casación 189-2019, fundamento 20, numeral 20.7.

22 Decreto Legislativo N° 1134, artículo 3.

Nacional en el campo militar; 2) Fuerzas Armadas; 3) Reservas y movilización nacional; 4) Soberanía e integridad territorial; y 5) Participación en el desarrollo económico y social del país. Ejerce la rectoría del Sector Defensa en todo el territorio nacional y realiza sus funciones coordinando con los respectivos niveles de gobierno²³.

Se puede advertir, de otro lado, que las Instituciones Armadas, como órganos ejecutores del Ministerio de Defensa, tienen competencia a nivel nacional, por lo que, sus efectos punitivos y civiles son de mayor relevancia que los que podrían generarse por entidades públicas cuya competencia es solo local o regional.

III.8. Cargo o posición de los funcionarios públicos

Hay que tener en cuenta la jerarquía del cargo que ocupa el funcionario público (...) asimismo, un punto a considerar es el número de sujetos públicos responsables, pues si se trata de una pluralidad de agentes el descrédito a la institución se acrecienta²⁴. En este sentido, el Código Penal Militar Policial establece el denominado “principio de jerarquía y subordinación” que establece que “La jerarquía militar y policial es la base de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Cada grado tiene una autoridad directa que encarna el superior inmediato, se halla sometido, al mismo tiempo, a todos los grados superiores y ejerce, a su vez, autoridad sobre los inferiores en grado.

El medio por el cual se ejercita la autoridad del superior sobre el inferior en grado es la subordinación y ella consiste en el respeto y acatamiento a cada grado militar o policial. La subordinación entraña respeto, obediencia y colaboración. El superior se presenta ante sus subordinados con el grado y la autoridad legítimos que la Nación le ha otorgado por sus aptitudes y merecimientos. La jerarquía y la subordinación son principios absolutamente impersonales, pues tanto el oficial como el subalterno forman parte de una organización militar o policial, cuyo fin es el cumplimiento de sus deberes militares o policiales.”²⁵

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La reparación civil es aquella consecuencia jurídica del hecho delictivo que busca reparar el daño y sus efectos ocasionados por la comisión de un determinado delito, para ello, debe tenerse presente que esta institución comprende y abarca dos supuestos: el primero de ellos referido a la devolución del bien que fuera objeto de daño o si no fuese posible el pago de su valor con concepto de restitución; y, un segundo supuesto, que comprende la indemnización por daños y perjuicios, debiendo este último punto analizarse bajo las pautas de la responsabilidad civil extracontractual, para cuyo efecto debemos remitirnos a las normas contenidas en el Código Civil.

23 Decreto Legislativo N° 1134, artículo 4.

24 Casación 189-2019, fundamento 20, numeral 20.8.

25 Código Penal Militar Policial, Título Preliminar, Artículo XIV, literal b.

2. La Corte Suprema de la República ha desarrollado importantes criterios y pautas referidos a la responsabilidad civil extracontractual para los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en la Casación N° 189-2019 Lima - Norte. Este pronunciamiento judicial no puede ser ajeno a los denominados delitos de función o castrenses, porque da luces para la imposición de una posible y futura reparación civil, bajo el principio de equidad.
3. Es muy importante que el actor civil, al momento de fundamentar su pretensión resarcitoria, tome en cuenta estos criterios señalados en la Casación N° 189-2019-Lima Norte, porque harán que su solicitud, no solo tenga un respaldo normativo en lo concerniente a la reparación civil, sino, además, cuente con pautas jurisprudenciales que permitan una reparación integral y justa por los hechos y efectos dañosos generados por el delito de función que fuera cometido en su agravio.
4. Durante el desarrollo de la investigación preliminar y preparatoria del proceso penal militar policial, el actor civil deberá considerar que los elementos probatorios incorporados y actuados en estas fases procesales deberán ser el sustento probatorio para acreditar el quantum del monto por concepto de reparación civil; asimismo, estos serán los elementos probatorios idóneos, necesarios e indispensables para sustentar los criterios establecidos en el Casación N° 189-2019-Lima Norte.

I. BIBLIOGRAFÍA

- VÁSQUEZ VÁSQUES, Marlio (2015). *Reparación Civil y Medida Cautelar de Embargo en el Proceso Penal – Una revisión comparativa con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004*. Nuevo Código Procesal Penal Comentado, Ediciones Legales, Lima – Perú.
- GARCIA RADA, Domingo (2008). *Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Segunda Edición.
- GARCIA RADA, Domingo (2012). *Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo IV*, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Novena Edición revisada, Lima.
- FRANCO APAZA, Pedro David (14.08.08). Alcances sobre la reparación civil en nuestro código penal; disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/14/alcances-sobre-la-reparacion-civil-en-nuestro-codigo-penal/>> (fecha de consulta el 01.08.2018).
- Código Civil aprobado por el Decreto Legislativo N° 295.
- Inmaculada Serrano Pérez. La responsabilidad civil derivada de la infracción penal, el valor económico del resarcimiento de la víctima, consultado el día 11-03-2021; disponible en: <<https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/Serrano-P%3%A9rez-La-responsabilidad-civil-derivada-de-la-infracci%C3%B3n-penal.pdf>>.

Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 del 13 de octubre de 2006 expedido por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, referente al asunto: Reparación Civil y delitos de peligro, fundamento octavo.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2025-2018, Lima Norte del 19 de marzo del 2019, fundamento séptimo.

Casación N° 189-2019-Lima Norte, de 17 de noviembre del 2020, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

Código Penal Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 1094.

Decreto Legislativo N° 1134 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa.

Luis Patricio Ríos Muñoz¹

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL COMO REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS EN EL PROCESO JUDICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL AVANCE (Y RETROCESO) DE LA CIENCIA PROCESAL HACIA LA LEGITIMACIÓN; II.1. ¿DESDE CUÁNDO SE HABLA DE LEGITIMACIÓN?; II.2. EL CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN EN LA DOCTRINA; II.3. LOS “NEGACIONISTAS” DE LA LEGITIMACIÓN; III. LOS DISTINTOS TIPOS DE LEGITIMACIÓN; III.1. LA DISTINCIÓN ENTRE LEGITIMATIO AD CAUSAM Y LEGITIMATIO AD PROCESSUM; III.2. LA LEGITIMACIÓN ORDINARIA (DIRECTA) Y EXTRAORDINARIA (INDIRECTA); III.3. DIFERENCIA ENTRE LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA; III.4. OTRAS CATEGORIZACIONES DE LEGITIMACIÓN; IV. NUESTRA PROPUESTA DE LEGITIMACIÓN; IV.1. EL CARÁCTER PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN; IV.2. EL INTERÉS COMO PARTE INTEGRANTE DE LA LEGITIMACIÓN; V. CONCLUSIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. RESUMEN

A partir de un estudio anterior sobre la evolución del concepto de interés jurídico, realizamos una aproximación conceptual, sistemática y problemática a la legitimación procesal en la tutela judicial de dichos intereses. En razón de esta labor, repasamos las posiciones que conceden y

1 Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Becario por la Fundación Serra Domínguez para el I Curso de Profundización en Derecho Procesal dictado en conjunto por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España, 2018); Premio (VIII versión) Instituto Vasco de Derecho Procesal (San Sebastián, País Vasco, 2018); Finalista de los Premios Gabilex (Castilla, La Mancha, 2020); Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, Iquique (Chile), Árbitro y Especialista en Litigios de Alta Complejidad. Correo: luispriosm@gmail.com, página web <<http://luispatricio-riosmunoz.webnode.cl>>.

niegan lugar a la legitimación en la ciencia del Derecho Procesal, los distintos tipos de legitimación que ha reconocido la doctrina y, finalmente, proponemos nuestro propio concepto en el que destaca el interés procesal como uno de sus elementos centrales, de ahí a que el nombre del trabajo aluda precisamente a dicha característica. Así, definimos la *Legitimación Procesal* como una vinculación legal que posee un individuo, la sociedad, o un grupo interesado (determinado o indeterminado), para interactuar o intervenir en un proceso judicial, en aras de proteger, tutelar o no ver perjudicados sus intereses directa o indirectamente.

ABSTRACT

Based on a previous study on the evolution of the concept of "legal concern", we made a conceptual, systematic and problematic approach to the legal standing in the protection of those interests. Due to this work, we review the positions that grant and deny legitimation in the science of Procedural Law, the different types of standing recognized by the doctrine and, finally, we propose our own concept in which interest stands out as one of its central elements, hence the name of the work refers precisely to this characteristic. Thus, we define Legal Standing as a legal relationship that an individual, society, or an interested group (determined or undetermined) has, to interact or intervene in a trial, in order to protect, or not see their direct interests damaged.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es la continuación lógica de nuestro artículo sobre el "Interés Procesal", que fuera publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, el año 2017. A su vez, este y aquél trabajos derivan de las investigaciones que hemos realizado en torno a diversos temas de Derecho Procesal, con ocasión del cursado de estudios de posgrado. Dado que aquí nos ocupamos de la legitimación, considerando al interés procesal como uno de sus elementos centrales, es bueno tener en cuenta lo que consideramos en dicho trabajo anterior al respecto².

Entendemos que existe interés cuando estamos frente a un bien que es importante para una persona o grupo de personas, porque le significa un valor, provecho o utilidad que esa persona o grupo de personas aprecia como tal, y que desean adquirir, acrecentar, conservar, mantener o proteger. En términos procesales, se trata de un elemento conectivo entre la necesidad humana y algún bien o servicio apto para satisfacer dicha necesidad, una relación ideal existente entre una persona o grupo de personas que siente una necesidad y un bien apto para satisfacerla. Este interés será jurídico cuando aquél tenga una importancia tal para el Derecho que pase a ser digno de tutela. Y debe ser real para evitar enfrascarnos en litigios artificiales.

Distinguimos el interés de otras figuras que pudieren prestarse a confusión con

2 Remítase a RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio, "El concepto de 'Interés' jurídicamente considerado", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 6, año 3, Dos Tribunais, Sao Paulo, julio 2017, *passim*.

ella, como ocurre precisamente en materia contenciosa administrativa con el interés legítimo y la legitimación, o en materia netamente procesal con la pretensión. En ambos casos (legitimación y pretensión), el interés pasa a ser un elemento constitutivo, pero no se vuelve uno con tales conceptos. Luego, la pluralidad de intereses puede generar dos fenómenos procesales, a saber, la acumulación subjetiva de acciones, y la acumulación procesal o litisconsorcio.

El interés público es aquel que existe respecto de bienes jurídicos que satisfacen apetencias de toda una comunidad; los intereses individuales homogéneos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo, marcados por la nota de divisibilidad; y los intereses supraindividuales trascienden la esfera de lo meramente individual, perteneciendo a una comunidad con identidad social pero no necesariamente jurídica, compartido por un conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutan simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, respecto del cual experimentan una común necesidad. Estos últimos (los intereses supraindividuales) pueden ser colectivos o difusos, conforme la extensión y determinación de los sujetos involucrados.

Sirva el presente trabajo para demostrar que la doctrina procesal ha dedicado

muy poco tiempo al análisis del interés jurídico procesal, y que éste es uno de los elementos primordiales tanto de la legitimación procesal, por lo que las líneas que siguen pretenden devolver ese “interés” a la comunidad procesal sobre tales tópicos.

II. EL AVANCE (Y RETROCESO) DE LA CIENCIA PROCESAL HACIA LA LEGITIMACIÓN.

Se ha construido –principalmente en el Derecho Administrativo– toda una doctrina en torno al denominado “Interés Legítimo”, cuestión que ha servido para llegar a confundir el concepto de interés con el de legitimación. Así ocurre, por ejemplo, con Samper, quien indica que el interés consiste en la aptitud concreta para ser parte en un litigio relativo a determinada controversia, agregando luego que consiste en el hecho de que a una persona no le sea indiferente el resultado del litigio³.

Por su parte, el legislador chileno se vale de expresiones tales como: *puede alegarse (la declaración de nulidad) por todo el que tenga interés en ello* (Art. 1683 Código Civil chileno); de manera que se trata al interés como elemento esencial de la legitimación para la interposición de determinadas acciones (como la de nulidad del ejemplo dado), lo que lleva a la doctrina a concentrarse en cómo ha de ser ese interés, si meramente patrimonial, moral, afectivo o sentimental⁴.

El profesor Martínez Zúñiga, en la editorial de 19 de diciembre de 2019, de

3 SAMPER, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 86.

4 CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 107 a 109.

nuestra RED Procesal⁵, escribe sobre la confusión que existe en Chile entre la capacidad, la legitimación y el interés, poniendo de relieve los vacíos doctrinales nacionales sobre tales temas, denunciando que muchos procesalistas han proclamado una “sentencia de muerte” a la legitimación, proponiendo su erradicación de nuestra disciplina. A fin de “indultar” a la legitimación de su “sentencia de muerte”, Martínez Zúñiga propone reflexionar en torno a las exigencias de los artículos 298 del Código de Procedimiento Civil, o 444 y 500, ambos del Código del Trabajo, refiriéndolos como ejemplos legislativos de que la parte debe convencer al juzgador de encontrarse en una posición legitimante.

Está claro que el asunto suscita polémica, por lo que se requiere hacer una revisión de la institución desde sus orígenes para delimitarla y para diferenciarla de su elemento subjetivo, el interés. Por nuestra parte, en nuestras clases solemos introducir a nuestros estudiantes al tema mediante un caso hipotético muy clarificador (que también solemos formular como pregunta en los exámenes de grado):

Existe una carretera concesionada por tramos, de modo tal que hasta el kilómetro 65 es titular de la concesión la empresa A, y desde el kilómetro 66 en adelante la concesión corresponde a la empresa B. Ocurre que una persona, conduciendo su vehículo particular por esa carretera, tiene un accidente producto del mal estado de la misma

a la altura del kilómetro 64, y decide demandar por indemnización de perjuicios a la empresa concesionaria B. ¿Cómo se resolverá el asunto? ¿Cuál es el problema?

Tras exponer este caso (en las clases), solemos precisar que la demanda ha de ser desestimada, y precisamos que no es un problema ni de competencia, ni de la acción ni de la pretensión, pues todos estos elementos están bien formulados y planteados. En efecto, el problema por el cual la demanda deberá ser desestimada es que el demandado carece de legitimación pasiva, pues debió demandarse a la concesionaria A. Creemos que este es un ejemplo muy descriptivo de la utilidad e importancia de la legitimación, que además nos permite hacernos una idea de su concepto.

II.1.- ¿Desde cuándo se habla de Legitimación?

Enciso Calvo afirma que, por razones dogmáticas, puede afirmarse que el Derecho Romano desconoció la necesidad de un complejo de normas que regulasen un concepto autónomo destinado a justificar la presencia en el proceso de no titulares de la relación jurídica en litigio, de modo que la tarea de buscar antecedentes históricos en el Derecho Romano, estaría llamada al fracaso⁶.

En lugar del Derecho Romano, algunos afirman que el origen de la noción proviene del Derecho Intermedio, en donde llegan a

5 MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Pablo, “La sentencia de muerte de la legitimación procesal: la hora de indultar”, editorial de RED Procesal de 19 de diciembre de 2019, disponible en <https://redprocesal.cl/la-sentencia-de-muerte-de-la-legitimacion-procesal-la-hora-de-indultar/>.

6 ENCISO CALVO, Ángel, “Acción y Personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, p. 171.

reconocerse la *legitimatío ad praxim*, la *legitimatío personae*, la *legitimatío ad procesum* y la *legitimatío ad causam*, sin perjuicio de que en el derecho de los glosadores ninguna de estas expresiones representa aún la concepción actual de lo que entendemos por legitimación⁷.

Afirma Montero Aroca que la *legitimación* no es uno de esos conceptos de larga data y tradición en el Derecho, sino uno de formación relativamente reciente, al punto de afirmar que con anterioridad a los años 30' del siglo XX, no se conocía en España el concepto, por lo que ha descrito este período como “*el silencio de los procedimentalistas*”⁸. En concordancia, Ricardo Juan Sánchez vincula estrechamente la evolución de las reglas de la *legitimación procesal* con el fenómeno de la consolidación de la autonomía científica del *derecho de acción*; y la paulatina ampliación del objeto del proceso civil como consecuencia de la mutación de los derechos cuya tutela se formula ante los órganos judiciales⁹.

En sentido contrario, Nieva Fenoll afirma que la noción de *legitimación* “sufrió” un intenso estudio durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, propiciado por una serie de imprecisiones seculares que provenían de la época de los comentaristas, y que, en tal sentido, una parte de los procesalistas intenta darle un sentido a la antigua

expresión *legitimación* como concepto del Derecho Procesal que explica la esencia y posición de las partes en el proceso¹⁰.

Al período de silencio de los procedimentalistas, conforme el discurso de Montero Aroca, le seguiría el que ha bautizado como “*exceso de los procesalistas*”, señalando que el pionero en España en referirse al tema, habría sido don Francisco Becerra, bajo la rúbrica “*capacidad para actuar procesalmente un derecho concreto*”. A éste, seguirían luego, Menéndez-Pidal, Rafael de Pina y Ángel Enciso Calvo, los dos primeros con sus obras generales y el último con su tesis doctoral en donde él denomina la legitimación como una “*facultad de disposición procesal*”. Luego vendrían Leonardo Prieto-Castro, Jaime Guasp y Emilio Gómez Orbaneja, descritos por Montero Aroca como “los tres maestros de mayor crédito de la generación anterior¹¹, quienes ya se referían al concepto en estudio.

Por su parte, Juan Sánchez agrega que la legitimación en el proceso civil ha pasado por diversas fases de expansión, desde su consideración más primitiva que consideraba sólo al titular de una relación jurídica como el facultado para instar la actuación de los tribunales respecto de la misma; hasta ahora en que ya no se considera extraño que sujetos ajenos a una relación jurídica puedan instar su tutela judicial¹².

7 RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019, p. 45.

8 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 24.

9 JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 59.

10 NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 43.

11 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 26 y 27.

12 JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*. Aranzadi, Navarra, 2014, p. 58.

II.2.-El concepto de Legitimación en la doctrina.

La conceptualización de la legitimación no es una tarea fácil, pues sólo en España, Montero Aroca le ha dedicado tres obras a la legitimación procesal, la más reciente de 550 páginas, dando cuenta de lo difícil de la misión en el irónico subtítulo de la primera de ellas: *Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*. En nuestro medio local en tanto, Bordalí Salamanca y Cortez Matcovich han dedicado sendas páginas a la legitimación en sus obras *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente* (2004) y *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* (2004), respectivamente.

Gómez Orbaneja parte indicando en 1947, que el concepto de legitimación resulta ser dentro del Derecho Procesal, uno de los más discutidos e imprecisos, porque ni sobre lo que sea en el proceso la tal *legitimación* hay acuerdo, no ya unánime, sino dominante, ni siquiera es muy seguro que el esfuerzo que exija precisar ese concepto vaya a servir, en fin, de cuentas, para resolver problemas que no puedan resolverse sin él¹³. Explica el maestro español que, en la doctrina de derecho procesal se ha empleado históricamente el término legitimación para cubrir cosas muy distintas, desde la capacidad de las partes para comparecer en

juicio, pasando por el título legal en que la representación se funda, hasta la atribución o correspondencia subjetiva del derecho y la obligación deducidos en el proceso¹⁴.

Luego, en su manual repite estas explicaciones, recomendando que en vez de hablar de *legitimatio ad processum*, se hable de *personalidad*; y en vez de *legitimatio ad causam*, se hable de *acción*. Agrega también que la doctrina moderna, a partir de Hellwig, se refiere al “derecho –o mera facultad– de conducir un determinado proceso” como un requisito del proceso y la sentencia, en virtud de lo cual, se define que son partes el que deduce en juicio la relación (*is qui rem in iudicium deducit*) y aquel contra quien es deducida (*is contra quem res in iudicium deducitur*)¹⁵.

En tanto, Prieto-Castro parte diferenciando la capacidad jurídica procesal (o capacidad para ser parte) y la capacidad de obrar procesal (simplemente capacidad procesal) de lo que entiende por *legitimación*, señalando que las dos primeras son condiciones abstractas atañentes (la primera) a la titularidad de los derechos, cargas y responsabilidades del proceso, y (la segunda) a la realización de actos procesales y recepción de sus efectos; para luego definir la *legitimación* a través de las partes, afirmando que en el proceso han de figurar como partes los sujetos que, *por la relación en que se hallen respecto del objeto del mismo, están*

13 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, “Legitimación y representación” en *Derecho y Proceso*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 249. El artículo fue publicado originalmente en 1947 en la Revista *Estudios de derecho histórico y moderno* y recopilado en la obra citada.

14 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, “Legitimación y representación” en *Derecho y Proceso*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 268.

15 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 7ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975, pp. 137, 139 y 140.

llamadas a ejercitar la acción (*demandar*) y a defenderse, como parte activa y parte pasiva, respectivamente¹⁶. Así, explica el autor que la teoría de la legitimación es aquella que sirve para determinar la parte que jurídicamente debe figurar como tal en el proceso, es decir, la genuina parte, portadora del derecho de accionar, incoando y siguiendo un proceso precisamente contra un demandado concreto (*legitimación activa*), y para precisar cuál deba ser el sujeto gravado con la carga de asumir la postura de tal demandado frente a ese demandante y su demanda, esto es, la carga de contradecir (*legitimación pasiva*)¹⁷.

Guasp Delgado, por su parte, define la *legitimación procesal* como la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada *relación con el objeto del litigio*, y en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso. Agregando entonces que no es un tipo de capacidad, sino un requisito de índole más particular y limitada¹⁸.

De manera similar a Gómez Orbaneja y Prieto-Castro, las reflexiones de Montero Aroca nos llevan a sostener que para el

maestro de Valencia la *legitimación (ordinaria)* es la aptitud que deben tener el sujeto activo y el sujeto pasivo de un proceso, para ser demandante y demandado respectivamente, esto es, que quien accione sea titular de la relación jurídica deducida (titular de “sus propios” derechos e intereses), y que contra quien se accione sea la contrapartida de dicha relación jurídica¹⁹. Esta definición parte de la base de los “principios” de oportunidad y dispositivo, en virtud de los cuales, sólo el afectado o interesado se encuentra legitimado para accionar. Lo anterior no obsta que exista una serie de supuestos legales en los que se permita la interposición de una pretensión sin la necesidad de realizar la afirmación de titularidad activa, lo que será denominado *Legitimación extraordinaria* (en contraste con la anterior)²⁰.

Por su parte, de la Oliva, si bien coincide con Montero Aroca en señalarla como una aptitud, explica que no es un presupuesto del proceso, sino de la acción, por lo que es un elemento necesario para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta; y luego la define como la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el derecho, el otorgamiento, justamente a su favor,

16 PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 1982, pp. 307 y 308.

17 PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 309.

18 GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, t. II, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, p. 222.

19 Se trata de un concepto personal armado sobre la base de las reflexiones efectuadas por Montero Aroca, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, particularmente, pp. 50 a 82.

20 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 319.

de la concreta tutela jurisdiccional pretendida (legitimación activa)²¹.

En tanto, Ortells Ramos indica que la legitimación es un requisito subjetivo, pero no exclusivamente, definiendo la legitimación activa como la vinculación del actor con la situación jurídica material respecto de la cual pretende la tutela judicial, siendo el presupuesto subjetivo para que esa tutela pueda ser otorgada a quien la pide²².

Tras esta revisión de conceptos doctrinales, podemos ver que el interés se encuentra íntimamente ligado a la legitimación, pues ésta se apoya en él (interés) para ser definida, pero no puede ser confundida con aquél.

II.3.-Los “Negacionistas” de la Legitimación.

Como hemos podido advertir más atrás, Nieva Fenoll es uno de los autores que lideran la postura que niega a la legitimación su sitial en la Ciencia Procesal, llegando a manifestar que representa un esfuerzo superfluo y vano el tratar de asegurar la presencia en juicio desde su inicio, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio, sosteniendo con ello que la figura adolece de una inutilidad práctica²³.

Para este autor, el asunto es “tan simple” que basta con indicar que *parte es quien reclama en un proceso, así como el sujeto frente al que reclama*, sosteniendo que no hacen falta más explicaciones, salvo por la obstinación de algunos autores (no usa estas palabras textualmente, pero así parece leerse entre líneas) en intentar darle un sentido a la antigua expresión *legitimación* como concepto del Derecho Procesal²⁴.

Explica luego que, durante el antiguo proceso medieval (*solemnis ordo iudicarius*), se mezcló la temática que tenía que ser objeto de la sentencia con aquello que podía ser examinado prematuramente en una fase inicial, creándose así una especie de concepto único de “legitimación”, con un contenido que mezclaba cuestiones de capacidad procesal de las partes con cuestiones sobre el fondo del asunto²⁵. Termina indicando que las teorías de la legitimación se han ido abandonando poco a poco y en silencio, porque todo lo relacionado con ella, es decir, con la pretensión de fondo del demandante, queda reservado para la sentencia, con lo cual, concluye la “*legitimación*” no interesa al Derecho Procesal, sino que en realidad vuelve a la sede de la que nunca debió salir: el Derecho privado²⁶.

21 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, 3ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 444.

22 ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], *Derecho Procesal Civil*, 16ª ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 125 y 126.

23 NIEVA FENOLL, Jordi, “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional” en *Jurisdicción y Proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 37.

24 NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 43.

25 NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 45.

26 NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 46.

Ramos Méndez, incluso antes que el anterior, ha pretendido restarle valor, señalando que la teoría de la legitimación representa un esfuerzo inútil para tratar de asegurar la presencia en el proceso, desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en juicio²⁷, y que se trataría de un propósito estéril porque, admitido el principio de libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del proceso a que el litigante justifique *in limine litis* la titularidad de su derecho, cuya existencia sólo resultará del juicio en la sentencia definitiva²⁸. Agrega también que, si no fuera por el peso de la tradición es posible que la legitimación ocupase una menor extensión en los tratados de derecho procesal, y que la afirmación de la titularidad del derecho, esto es, el desarrollo procesal de la acción, legitima por sí mismo a la parte²⁹.

Ahora bien, en una vereda completamente aparte de los negacionistas se inscriben quienes consideran que la *legitimación* no es exclusiva del Derecho Procesal, pues éstos, aunque no niegan que ella tenga contenido procesal y, es más, suelen considerar que es en el proceso donde la legitimación encuentra una mayor proyección y relevancia práctica; suelen considerar que ésta no es exclusiva del Derecho Procesal y que más bien pertenece a la Teoría general del

Derecho, siendo presupuesto subjetivo de los actos jurídicos³⁰.

Sobre el particular, y mucho antes que aparecieran Ramos Méndez y Nieva Fenoll, el maestro Gómez Orbaneja parecía responderles por anticipado, en 1947, cuando afirmaba que *Se trata del concepto de legitimación, el cual resulta ser, sin embargo, dentro de derecho procesal, uno de los más discutidos e imprecisos. ¿Hasta qué punto puede cederlo el procesalista a las otras disciplinas sin tomarse antes el trabajo de precisar bien su naturaleza y su función?*³¹.

En efecto, tal como indicábamos al inicio, la *legitimación* permite explicar distintos fenómenos jurídicos que atañen a nuestra disciplina (como el caso de la demanda a una concesionaria distinta en el caso del accidente de la carretera). De la Oliva lo explica diciendo que no basta que exista un derecho, sino que se precisa que, existiendo, le corresponda o se le pueda atribuir justamente a la persona que lo hace valer en el proceso³².

III. LOS DISTINTOS TIPOS DE LEGITIMACIÓN

Se suele afirmar que la teoría clásica de la legitimación se asienta sobre el dualismo existente entre *legitimatio ad processum* y

27 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 187 y ss.

28 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 241.

29 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 189.

30 En este sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 143.

31 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, "Legitimación y representación" en *Derecho y Proceso*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 249.

32 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, 3ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 446.

legitimatio ad causam, lo que suele servir de telón de fondo para el examen de las relaciones entre Derecho y Proceso³³. Pero ésta es sólo una de las formas en que se puede presentar la legitimación, puesto que también hemos de referirnos a las denominadas legitimación ordinaria y extraordinaria (o directa e indirecta, respectivamente), a las llamadas legitimación activa y pasiva, y a otras figuras que suelen ser omitidas cuando se habla de legitimación.

III.1.-La distinción entre *Legitimatio ad causam* y *Legitimatio ad Processum*

Cabe comenzar señalando que esta distinción no se corresponde con lo que hoy se entiende por legitimación, y que la referencia a ellas es más bien histórica, aunque en nuestro país siga siendo utilizada por la doctrina y jurisprudencia. La primera expresión diría relación con los presupuestos necesarios para que la comparecencia sea hábil, y la segunda, es aquella que ostentaría quien afirma poder comparecer atendido a que es titular efectivo del derecho³⁴.

Gómez Orbaneja sostiene que la *legitimatio ad processum*, hablábase en el derecho común de *legítima persona standi in iudicio* con referencia a la capacidad para

comparecer en juicio, entendiendo que este tipo de legitimación es indudablemente un presupuesto de la validez del proceso como un todo y de los singulares actos procesales. En otras palabras, significa la capacidad procesal de la parte o para el título de su representante³⁵.

Devis Echandía, por su parte, entiende la *legitimatio ad processum* como el interés sustancial subjetivo, concreto, sano y actual, que deben tener las partes para ser titulares del derecho procesal a exigir del juez una sentencia de fondo o mérito que resuelva sobre las pretensiones u oposiciones formuladas en cualquier proceso, con la salvedad de que lo denomina *interés para obrar*³⁶.

Montero Aroca en tanto, explica que la expresión *legitimatio ad processum* proviene de una confusión, al no tener clara quien es la verdadera parte en el proceso, el representante o el representado, por lo que ella alude a los supuestos de representación legal de personas físicas y necesaria de las personas jurídicas³⁷. Luego, en su excelente monografía sobre el tema, profundiza que cuando la doctrina hablaba de *legitimatio ad processum* se trataba de entender que la representación era un aspecto del carácter con que el litigante se presentaba en juicio³⁸.

33 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 240.

34 En tal sentido lo presentan CONTRERAS ROJAS, Cristián y DELGADO CASTRO, Jordi, "Régimen de las partes y terceros en el Proceso" en Cortez, Gonzalo y Palomo, Diego (Dir.), *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Legal Publishing, Santiago, 2018, p. 121.

35 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 7ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975, pp. 135-137.

36 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del Proceso*, Temis, Bogotá, 2015, p. 229.

37 MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 71.

38 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 31.

Respecto de la *legitimatio ad causam*, señala Gómez Orbaneja que con dicha expresión se designa la atribución subjetiva del derecho y la obligación deducidos en juicio, empleándose entonces tal expresión ya no para referirse a una condición de admisibilidad del proceso, sino de la existencia misma de la acción. Es decir, la atribución activa o pasiva de la acción, significando “causa” la *causa petendi*³⁹.

Devis Echandía, en esta parte sí habla de *legitimatio ad causam*, definiéndola como aquella que consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que existan⁴⁰.

Por su parte, Montero Aroca indica que esta expresión atendía al supuesto de que alguien se presente en juicio afirmando que el derecho reclamado proviene de haberse otro transmitido por herencia o por cualquier otro título⁴¹. Explica luego, que esta *legitimatio* tiene su origen en la constatación por los glosadores de que, en los supuestos de sucesión en el derecho, tanto *mortis causa* como *inter vivos*, existían dos cuestiones a resolver jurisdiccionalmente,

la primera se refería a la existencia de la sucesión misma, y la segunda a la existencia del derecho mismo que se afirmaba, centrándose así esta *legitimatio* en el supuesto de la sucesión en el derecho⁴².

III.2.-La Legitimación Ordinaria (Directa) y Extraordinaria (Indirecta).

Todos los que se refieren a esta distinción, que nosotros proponemos abolir, toman como eje la asociación o disociación entre dos tipos de titularidades, la titularidad de la situación o relación jurídica controvertida, y la titularidad del derecho para hacerla valer o ejercitarla en juicio.

Así, Rodríguez Josse distingue entre legitimación ordinaria (también llamada directa o propia) y extraordinaria (indirecta, que también debiera decirse impropia), definiendo la primera en razón de la titularidad (activa o pasiva) de la relación jurídica controvertida, y por ende, en contraposición, definen la extraordinaria como aquella que supone el ejercicio de una acción por una persona distinta del titular del derecho (refiriéndose aquí únicamente a la legitimación activa extraordinaria)⁴³.

En similar sentido, Gutiérrez de Cabiedes hijo sostiene que la *legitimación ordinaria* es la que se reconoce a los

39 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 7ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975, pp. 136 y 137.

40 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del Proceso*, Temis, Bogotá, 2015, p. 245.

41 MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 72.

42 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 39 y 40.

43 RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019, pp. 89 y 90.

pretendidos titulares de la situación sustancial objeto del litigio; mientras que la *extraordinaria* es aquella que el ordenamiento jurídico concede a un sujeto para deducir en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno, es decir, del que no es titular, en atención a un interés que se considera prevalente y digno de protección, produciéndose una disociación entre la titularidad de la situación y la titularidad del derecho a hacerla valer en juicio⁴⁴.

Finalmente, Montero Aroca justifica esta distinción partiendo de la base de los “principios” de *oportunidad* y *dispositivo*, en virtud de los cuales, sólo el afectado o interesado se encuentra (ordinariamente) legitimado para accionar; lo que no obsta que exista una serie de supuestos legales en los que se permita la interposición de una pretensión sin la necesidad de realizar la afirmación de titularidad activa (*legitimación extraordinaria*). Por lo anterior, indica que la legitimación directa u ordinaria es la que corresponde a quien deberá afirmar ser titular de la relación jurídica deducida, que es lo mismo que afirmar ser titular de un derecho subjetivo e imputar la titularidad de la obligación al demandado; en tanto, la legitimación extraordinaria o indirecta, es aquella en la que quien demanda no afirma ser titular de la relación jurídica material⁴⁵.

III.3.-Diferencia entre Legitimación Activa y Pasiva

Atendiendo a la posición que tienen las partes dentro del proceso judicial, se puede distinguir entre legitimación activa y pasiva. La primera es aquella que corresponde a quien se afirma titular del derecho, interés o situación jurídica controvertida; la segunda corresponde a quien se imputa, por parte del demandante, la titularidad pasiva del derecho o situación jurídica controvertida⁴⁶.

Esta categorización obedece al criterio del *Principio de Adversariedad* o de *Dualidad de Posiciones*⁴⁷, que consiste que en todo tipo de procesos, independientemente del número de partes que se presenten (litisconsorcios y procesos colectivos), siempre habrá una posición activa (demandante civil o acusador penal) compuesta por una o más partes, y una posición pasiva (demandada civil o acusada penal) compuesta también por una o más partes, y que ambas posiciones siempre han de ser antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Su esencia es que siempre ha de haber una posición activa, que en el orden civil toma la denominación de “demandante”, que podrá estar compuesto por una o más partes. Y, en contra de ella, habrá una

44 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 169 y 170.

45 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 81, 145 y 320.

46 RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019, p. 91.

47 Para un desarrollo más extenso de este principio, remitimos al lector a RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio, *Proceso y Principios. Una aproximación a los principios procesales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 110 y ss.

posición pasiva, que en el orden civil se llamará “demandado”, la que también podrá estar compuesta por una o más partes. Tales posiciones han de ser siempre antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Se trata pues, de la dinámica esencial en que ha de desenvolverse el Proceso.

Esta distinción de *legitimación* entre activa y pasiva suele dejar fuera otra figura relacionada con la posición de quienes intervienen en el proceso judicial, y que son los *terceros-parte* o *terceros procesales*, que suelen ser definidos en sentido negativo y excluyente al concepto de *parte*, señalando que *es tercero todo aquel que no es parte*. Así se dice que son todos aquellos que, teniendo interés en el juicio, no son parte directa y principal en él⁴⁸; o como todo aquel que no formula la pretensión procesal o la petición de tutela judicial y aquél frente al cual la pretensión o petición de tutela no ha sido formulada, por lo que viene siendo definido por exclusión: es tercero quien no es parte⁴⁹.

Por tanto, para referirnos a los terceros hemos de referirnos necesariamente a quienes son parte. La calidad o condición de *parte procesal* es un conjunto de situaciones jurídicas de carácter activo (posibilidades procesales, expectativas) y pasivo (cargas

procesales, perspectivas desfavorables, deberes), que, de acuerdo a la ley procesal, corresponden a las personas que se hallan respecto de un proceso de declaración en una posición determinada⁵⁰.

Algunos precisan que no todos los sujetos que intervienen en el proceso son partes, sólo los que pretenden una tutela jurisdiccional y aquellos contra los cuales se pide esa tutela, pero más precisamente aquellos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal⁵¹ (comprendiendo también a los terceros-parte).

Más claro resulta Cruz e Tucci, quien se vale de Liebman y Fazzalari, para decir que las partes son los sujetos contrapuestos en la dialéctica del proceso instaurado frente al juez, lo que es la propia esencia del contradictorio, que exige que haya al menos dos sujetos, un interesado y un contra interesado⁵².

III.4.-Otras categorizaciones de Legitimación

Las anteriores son las categorizaciones más tradicionales en materia de legitimación, pero también podemos encontrar quienes distinguen entre legitimación provisional y definitiva o expresa y tácita⁵³.

48 RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, *Tratado de las Tercerías*, t. I, 4ª ed., El Jurista, Santiago, 2017, p. 41.

49 GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 111.

50 ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], *Derecho Procesal Civil*, 16ª ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p. 95.

51 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, 3ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 425.

52 CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Límites Subjetivos de la Eficacia de la Sentencia y de la Cosa Juzgada Civil*, trad. Renzo Cavani Brain, Communitas, Lima, 2015, p. 35.

53 Estas distinciones son originales de RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019, pp. 91-93.

La distinción entre legitimación provisional y definitiva proviene del momento en que es analizada la legitimación, siendo provisional aquella que se basa en las meras afirmaciones de las partes sobre la titularidad activa y pasiva de las situaciones legitimantes y puede ser controlada al inicio del proceso; en tanto, será definitiva la que se base en la confirmación de tales afirmaciones, que puede ser controlada al finalizar el proceso pero antes de pronunciar sentencia definitiva sobre el fondo del asunto⁵⁴.

En tanto, la legitimación expresa y tácita dice relación con su mención u omisión por parte de la normativa legal. Así, será expresa la que ha sido conferida expresamente por el legislador en una norma jurídica; y será tácita la que no se encuentre prevista expresamente por el legislador en el texto normativo⁵⁵.

La legitimación también puede ser *originaria* o *derivativa*, según que los derechos o las obligaciones que se afirmen por el que actúa o frente al que se actúa la pretensión haya nacido por una relación jurídica constituida entre las actuales partes, o que los derechos y las obligaciones provengan o se hagan valer por quien trae causa de quien o quienes las originaron por transmisión *inter vivos* o *mortis causa*⁵⁶. Esta es una de las clasificaciones más prácticas, pues servirá para distinguir las situaciones en las que se

produce la sustitución procesal por el ejercicio de la acción subrogatoria u oblicua, la acción derivativa, la acción directa, o el ejercicio de la citación de evicción⁵⁷.

Finalmente, también cabe tener presente la legitimación para la defensa del interés público o de intereses supraindividuales. En el primer caso, la legitimación suele ser entregada a un organismo estatal autónomo; en el segundo, puede recaer también en un órgano estatal o en uno particular (asociación de consumidores, por ejemplo) o entregarse a un representante de la clase.

IV. NUESTRA PROPUESTA DE LEGITIMACIÓN

Conforme lo que venimos diciendo, debemos detenernos en explicar lo que hemos de entender por *Legitimación Procesal*, y de cómo dicho concepto se relaciona con el de *Interés Jurídico* que proponemos.

Siguiendo las reflexiones de Montero Aroca, en líneas anteriores hemos dado un concepto preliminar de *legitimación*, describiéndola como la aptitud que deben tener el sujeto activo y el sujeto pasivo de un proceso, para ser demandante y demandado respectivamente, esto es, que quien accione sea titular de la relación jurídica deducida (titular de “sus propios” derechos e intereses), y que contra quien se accione

54 RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019, p. 93.

55 RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019, p. 92.

56 GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, t. I, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, p. 227.

57 Puede verse descripción detallada en ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2017, pp. 123-128.

sea la contrapartida de dicha relación jurídica⁵⁸. La descripción de Montero Aroca en tal sentido, parte de la base de los “principios” de oportunidad y dispositivo, en virtud de los cuales, sólo el afectado o interesado se encuentra legitimado para accionar. Lo anterior no obsta que exista una serie de supuestos legales en los que se permita la interposición de una pretensión sin la necesidad de realizar la afirmación de titularidad activa, lo que el mismo autor denomina *legitimación extraordinaria* (en contraste con la anterior)⁵⁹.

Por su parte, de la Oliva, si bien coincide con Montero Aroca en señalarla como una aptitud, explica que no es un presupuesto del proceso, sino de la acción, por lo que es un elemento necesario para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta. Por eso, explica, para determinar si se tiene o no *legitimación* –activa o pasiva: el demandante ha de tenerla *activa*; el demandado, *pasiva*– es imprescindible atender a la tutela jurisdiccional concreta que se pretende. Luego la define como *la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el otorgamiento, justamente a su favor, de la concreta tutela jurisdiccional pretendida (legitimación activa) o la exigencia,*

*precisamente respecto de él, de las consecuencias del otorgamiento de una concreta tutela jurisdiccional (legitimación pasiva)*⁶⁰.

En tanto, Ortells Ramos indica que la *legitimación* es un requisito subjetivo, pero no exclusivamente, y que su existencia depende de una cierta vinculación de las personas que se presentan como parte (actor, demandado, tercero interviniente) con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal⁶¹. Luego, define la *legitimación activa* señalando que es la vinculación del actor con la situación jurídica material respecto de la cual pretende la tutela judicial, esto es de quien puede pretender eficazmente el pronunciamiento judicial sobre la situación jurídica material; y la *pasiva* como la vinculación del demandado con la situación jurídica a la que se refiere la pretensión, en virtud de la cual, si el actor alega y prueba los hechos que sustentan tal vinculación, podrá obtener frente a ese demandado la tutela judicial que ha pretendido, esto es, determinar frente a quien ha de ser pretendido ese pronunciamiento para que la pretensión sea eficaz⁶².

Por nuestra parte, consideramos que se deben abandonar los conceptos de legitimación que giren en torno a la acreditación del derecho subjetivo, pues como bien razona Ramos Méndez, eso sólo se puede

58 Se trata de un concepto personal armado sobre la base de las reflexiones efectuadas por MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 50 a 82.

59 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 319.

60 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, 3ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 444.

61 ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], *Derecho Procesal Civil*, 16ª ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p. 125. Hay que destacar que es uno de los pocos que incluye a los terceros cuando se habla de legitimación, además de relacionarla con la pretensión, como hacemos nosotros en esta obra.

62 ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], *Derecho Procesal Civil*, 16ª ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 125, 126 y 141.

determinar tras la sentencia definitiva⁶³. Por el contrario, demostrar interés no es lo mismo que demostrar ser titular de un derecho subjetivo, demostrar el *interés* en un asunto particular resulta más sencillo que aquello. Por tanto, el concepto de *legitimación procesal* ha de construirse con el *interés jurídico* como uno de sus elementos esenciales, entendiendo por *interés* aquello que señalamos al comienzo de este trabajo.

Entendido de ese modo, a diferencia de lo que indica Montero Aroca, según nuestro parecer, no es necesario afirmar que la *legitimación ordinaria* deriva de los principios de oportunidad y dispositivo, para luego explicar que la que no se basa en ellos se denomina extraordinaria. Si el *interés jurídico* es el eje de la *legitimación procesal*, resulta artificial dividir esta última en ordinaria y extraordinaria, pues lo que realmente hay que distinguir es el interés (individual, público, supraindividual, etc.), porque siempre será el legislador quien determine la legitimación (aunque a veces lo haga de manera tácita)⁶⁴.

De esta manera, apoyándonos en Montero Aroca, de la Oliva y Ortells Ramos, reformulamos la definición de *Legitimación Procesal*, sin distinguir entre ordinaria y extraordinaria, sosteniendo que *se trata de la vinculación legal que posee el individuo, la sociedad, o grupo interesado, para por un lado, poner en marcha la función judicial a fin de obtener la tutela de los intereses que*

han visto afectados, esto es, la aptitud para ser demandante (legitimación procesal activa); y para poder intervenir en el proceso judicial, a fin de no ver perjudicados directa o indirectamente sus intereses con lo que en él se resuelva, por entenderse ligado a ese proceso por afectarles su resultado, siéndole oponible lo que en él se resuelva, ya sea por la aptitud para ser demandado (legitimación procesal pasiva, que implica afectación directa de sus intereses) o la aptitud para ser tercero-parte (legitimación procesal de terceros, que implica afectación directa o indirecta de sus intereses).

IV.1.El Carácter Procesal de la Legitimación

Al haber adquirido el Derecho Procesal carta de autonomía científica con respecto a las otras parcelas del Derecho, los institutos que lo componen han de tener, por adherencia, naturaleza o carácter procesal, aun cuando parezcan ser instituciones sustantivas. Por tanto, se ha de tener en cuenta que un instituto es procesal cuando sólo pueda desenvolverse y/o explicarse en el contexto de un proceso (como suele ocurrir, por ejemplo, con la inembargabilidad, instituto que sólo se puede desenvolver en el marco de un proceso judicial, que podrá ser uno de conocimiento –a través del uso de las medidas cautelares– o uno de ejecución, de modo tal que si no existe un proceso no concurrirá jamás la inembargabilidad⁶⁵).

63 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 241.

64 En similar sentido a nosotros, se pronuncia JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, *passim*, quien habla de interés legitimante, y lo subdivide en intereses legitimantes particulares, comunes y colectivos (si bien señala que el colectivo es común, hace luego una distinción entre ambos).

65 RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio, *La Inembargabilidad. Derecho chileno y comparado*, Libromar, Santiago, 2017, pp. 28-30.

Respecto a la legitimación, su carácter procesal ha sido sostenido por voces más autorizadas que la nuestra en la materia: Fazzalari, Allorio, Proto Pisani, de la Oliva, Montero Aroca, Ortells Ramos, entre otros. Ello, aun cuando muchas veces de acuerdo a nuestro sistema jurídico nacional, deba ser resuelto en la sentencia y no *in limine litis*, lo que a nuestro juicio no le resta su carácter procesal.

Al respecto, la doctrina italiana se refiere a la “*legittimazione ad agire*”, es decir, legitimación para obrar en el proceso. Así, Fazzalari indica que la legitimación para obrar se determina en base a la hipótesis de la medida judicial que para cada caso particular se refiera, y habla también de la *situación legitimante*, indicando que esta última es el punto de enlace de la legitimación para obrar⁶⁶. En tanto, Proto Pisani, refiere a la legitimación para obrar en el proceso, distinguiendo entre la ordinaria y extraordinaria⁶⁷. Finalmente, Allorio sostiene que las normas sobre legitimación no son de derecho sustancial, porque las mismas no gobiernan el contenido de la declaración judicial susceptible de cosa juzgada, sino que le dicen al juez si puede, y si puede inmediatamente, emitir sentencia de declaración⁶⁸.

Por su parte, Montero Aroca sostiene que la legitimación tiene naturaleza procesal, afirmando su postura en cuatro puntos:

1) La regulación de la legitimación se realiza siempre por medio de normas procesales, nunca materiales; 2) De la legitimación debe tratarse en el proceso en la fase de constatación de la concurrencia de los presupuestos procesales; 3) Si se decide por el juez que en el proceso falta legitimación (activa o pasiva), debe dictarse una resolución meramente procesal, no de fondo; y 4) Esa resolución no debe ser sentencia⁶⁹.

Juan Sánchez, por su lado, entiende que la legitimación es procesal, señalando que forma parte del derecho de acción, advirtiendo que su configuración final corresponde al legislador, y que se trata de una facultad jurídica de naturaleza pública; y, siguiendo a Motulsky, explica que ésta viene simplemente a determinar la persona habilitada por el ordenamiento jurídico para instar el efecto de la regla de derecho provocando la intervención de la jurisdicción⁷⁰.

Finalmente, entre nosotros, Rodríguez Josse afirma que la legitimación es una institución de naturaleza procesal, porque no determina el contenido de la sentencia, favorable o desfavorable, sino que determina si se puede resolver sobre el fondo de la pretensión deducida; agrega luego que, como norma dinámica contiene las relaciones consecuenciales en un proceso, donde se establece un cierto orden que permite avanzar a otra fase del proceso o a su término⁷¹.

66 FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed., Cedam, Padova, 1996, p. 306.

67 PROTO PISANI, Andrea: *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (trad. Chumberiza Tupac-Yupanqui). Palestra, Lima, 2018, p. 309.

68 ALLORIO, Enrico, *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial* (trad. Sentís Melendo), EJE, Buenos Aires, 1958, pp. 202 y 203.

69 MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 479.

70 JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*. Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 30 y 38.

71 RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019, p. 181.

IV.2. El Interés como parte integrante de la Legitimación

Tras lo dicho en nuestro anterior trabajo referente al Interés⁷², resulta bastante sencillo, evidente y notorio que el interés es uno de los elementos propios de la legitimación procesal activa. Así se desprende también del concepto que hemos propuesto, al señalar que la legitimación es una vinculación legal que posee el individuo, la sociedad o grupo interesado para poner en marcha la función judicial y obtener la tutela de los intereses de ese individuo, de esa sociedad o de ese grupo.

Sin embargo, no resulta igual de claro y evidente este interés cuando nos referimos a la legitimación procesal pasiva y de terceros, porque suele confundirse el interés legitimante con el interés en el resultado del proceso. En efecto, tendrá interés en el resultado del proceso, tanto el demandado legitimado como tal, como aquel que ha sido erróneamente demandado y carece de legitimación pasiva (incluso, puede que este último tenga un interés más fervoroso en obtener una resolución judicial que lo desligue del proceso). El interés a considerar entonces, es el *interés legitimante*, identificado también con la llamada *situación jurídica legitimante* por la doctrina italiana.

Ahora bien, siendo el *interés jurídico* el elemento subjetivo de la *legitimación procesal*, y teniendo en claro los distintos tipos de interés que pueden generarse, pasando

desde el interés individual al supraindividual (habiendo de por medio, intereses individuales homogéneos e intereses públicos y sociales), este elemento servirá también para diferenciar la legitimación conforme sea el interés que la componga. Así, ya no es necesario distinguir artificialmente entre *legitimación ordinaria* y *extraordinaria*, porque toda vinculación que legitime un interés vendrá dada por el legislador, expresa o tácitamente, por lo que sólo debemos distinguir el tipo de interés que componga la legitimación que invoquemos (individual, público, supraindividual, etc.)⁷³.

V. CONCLUSIONES

La doctrina que acepta el carácter procesal de la legitimación, suele definir ésta desde su carácter de “ordinaria”, como la aptitud para ser demandante y demandado en un proceso judicial, siendo cada quien titular de sus propios derechos e intereses. Nosotros estimamos que la conceptualización de la legitimación no puede girar en torno a la titularidad del derecho subjetivo, sino en la demostración del interés jurídico, razón por la cual la distinción entre legitimación ordinaria y extraordinaria se vuelve estéril, pues a nuestro entender, lo que debemos distinguir es el interés legitimante (individual, público, supraindividual, etc.), porque el vínculo entre el sujeto y el proceso será siempre dado por el ordenamiento jurídico, expresa o tácitamente.

72 Véase RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio, “El concepto de ‘Interés’ jurídicamente considerado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 6, año 3, Dos Tribunais, Sao Paulo, julio 2017, *passim*.

73 JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, distingue entre intereses legitimantes particulares (pp. 257 y ss.), comunes (pp. 309 y ss.), colectivos (pp. 354 y ss., y 372 y ss.) y públicos (pp. 409 y ss.).

Así, definimos *Legitimación Procesal* como la vinculación legal que posee el individuo, la sociedad, o grupo interesado, para por un lado, poner en marcha la función judicial a fin de obtener la tutela de los intereses que han visto afectados, (*legitimación activa*); y para poder intervenir en el proceso judicial, a fin de no ver perjudicados directa o indirectamente sus intereses con lo que en él se resuelva, por entenderse ligado a ese proceso judicial por afectarles su resultado, siéndole oponible lo que en él se resuelva (*legitimación pasiva*, que implica afectación directa de sus intereses; y *legitimación de terceros*, que implica afectación directa o indirecta de éstos).

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALLORIO, Enrico, *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial* (trad. Sentís Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1958.
- CONTRERAS ROJAS, Cristián y DELGADO CASTRO, Jordi, “Régimen de las partes y terceros en el Proceso” en Cortez, Gonzalo y Palomo, Diego (dir.), *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Legal Publishing, Santiago, 2018.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Legal Publishing, Santiago, 2010.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Límites Subjetivos de la Eficacia de la Sentencia y de la Cosa Juzgada Civil*, trad. Renzo Cavani Brain, Communitas, Lima, 2015.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, 3ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del Proceso*, Temis, Bogotá, 2015.
- ENCISO CALVO, Ángel, “Acción y Personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936.
- FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed., Cedam, Padova, 1996.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, “Legitimación y representación” en *Derecho y Proceso*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 7ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975.
- GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, t. I, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014.

- MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Pablo, “La sentencia de muerte de la legitimación procesal: la hora de indultar”, editorial de RED Procesal de 19 de diciembre de 2019, disponible en <<https://redprocesal.cl/la-sentencia-de-muerte-de-la-legitimacion-procesal-la-hora-de-indultar/>>
- MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional” en *Jurisdicción y Proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], *Derecho Procesal Civil*, 16ª ed. Aranzadi, Navarra, 2017.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 1982.
- PROTO PISANI, Andrea: *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (trad. Chumberiza Tupac-Yupanqui). Palestra, Lima, 2018.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1980.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978.
- RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio, *La Inembargabilidad. Derecho chileno y comparado*, Libromar, Santiago, 2017.
- RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio, “El concepto de ‘Interés’ jurídicamente considerado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 6, año 3, Dos Tribunais, Sao Paulo, julio 2017.
- RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio, *Proceso y Principios. Una aproximación a los principios procesales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020.
- RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, *Tratado de las Tercerías*, t. I, 4ª ed., El Jurista, Santiago, 2017.
- RODRÍGUEZ JOSSE, Cristián, *Teoría general de la Legitimación en el Proceso Civil*, Hammurabi, Santiago, 2019.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2017.
- SAMPER, FRANCISCO, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

EL VOTO DE MILITARES Y POLICÍAS EN EL PERÚ Y EN AMÉRICA

SUMARIO: I. CUESTIÓN PROBLEMÁTICA PARA ESCRIBIR ESTE ARTÍCULO; II. LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DEL PERÚ Y EL VOTO MILITAR; III. NORMAS ELECTORALES QUE PROHIBÍAN EN EL PERÚ EL VOTO DE MILITARES Y POLICÍAS EN ACTIVIDAD; IV. RAZONES ESGRIMIDAS PARA NEGARLES EL VOTO A LOS MILITARES Y POLICÍAS EN ACTIVIDAD; V. EL VOTO MILITAR EN AMÉRICA; VI. SE PERMITE EL VOTO DE MILITARES Y POLICÍAS EN SITUACIÓN DE ACTIVIDAD EN EL PERÚ; VII. CONCLUSIONES; VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En este artículo se revisan las normas constitucionales y legales que restringieron el voto de los militares y policías en situación de actividad, en el Perú, hasta el cambio constitucional ocurrido en 2005. Se concluye que ninguno de los temores esgrimidos para negarles el voto ha ocurrido hasta la fecha y que las normas, poco realistas, que se han dictado para poner en ejecución ese derecho, han influido en que la gran mayoría de ellos no voten, por hallarse de servicio el día de las elecciones, mayormente, fuera del lugar donde les corresponde votar, de modo que el derecho al voto de los militares y policías en situación de actividad es un eufemismo. Debe corregirse de inmediato la legislación existente y buscar otras formas para que el voto sea efectivo, dice el autor.

1 Editor de la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”.

ABSTRACT

This article reviews the constitutional and legal rules that restricted the vote of the military and active police in Peru, until the constitutional change occurred in 2005. It is concluded that none of the fears used to deny them voting has occurred to date, and that the unrealistic regulations that have been issued to enforce that right have influenced the vast majority of them not to vote, for being on duty on election day, mostly, outside the place where they are entitled to vote, so the right to vote for active military and police officers is a euphemism. Existing legislation should be immediately corrected and other ways to make the vote effective, says the author.

I. CUESTIÓN PROBLEMÁTICA PARA ESCRIBIR ESTE ARTÍCULO

En el Perú, los militares y policías en actividad tienen derecho al voto desde el 2006, en virtud de la reforma del artículo 34° de la Constitución Política de 1993, mediante Ley N° 28480, publicada el 30 de marzo de 2005.

Pues bien, en su momento, quienes estuvimos a favor de ese cambio constitucional nos sentimos satisfechos de que se concediera a los militares y policías en activo, uno de los derechos sustanciales del ciudadano, el de elegir a sus gobernantes y representantes a Congreso, entre otros.

Hoy, vista la cuestión en retrospectiva, quince años después, se comprueba que nada de lo que se esgrimía como “razones aparentes” para no concederles el voto ha ocurrido.

El problema reside, sin embargo, en nuestra opinión, que ese derecho al voto largamente esperado ha sido mediatizado de tal manera, que podemos afirmar que no

más del 20% de los militares y policías en actividad votan efectivamente en el Perú, porque el 80% de ellos están, antes, durante y después de las elecciones, cuidando los centros de votación o patrullando las calles y carreteras; por tanto, no votan. Nada se ha hecho, en forma realista, para que estos militares y policías que realizan esas actividades cumplan realmente con su deber cívico de votar.

Las disposiciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales para “facilitar” el voto de los militares y policías en actividad, no son practicables. ¿No puede establecerse un procedimiento adecuado para que los militares y policías que estén de servicio el día de las elecciones voten, por ejemplo, con antelación o lo hagan en los mismos colegios en los que se hallan custodiando?

Para entender el camino que ha recorrido el voto militar, expondremos, con largueza, las normas constitucionales y legales que lo impidieron durante gran parte de la República; de como el derecho al voto de los militares y policías en el Perú no resulta extraordinario en el contexto americano; que los temores que se expresaban para no concederles el voto resultan hoy infundados; lo inadecuadas que resultan las normas del Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales para llevar a la práctica, masivamente, el voto de los militares y policías.

II. LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DEL PERÚ Y EL VOTO MILITAR

II.1. Constitución de 1823

La Constitución de 1823, la primera de nuestra vida republicana, no contenía

ninguna disposición que limitara el voto de los militares. De hecho, entre los integrantes del Congreso Constituyente de 1822-1825 hubo cinco militares y un marino,² lo que implica que no había limitación para que los militares en activo fueran elegidos representantes. Podemos citar como ejemplo el caso del Mariscal José de La Mar y Cortázar, quien integró el primer Congreso Constituyente, fue presidente de la Junta Gubernativa que se formó a la partida de José de San Martín y, más adelante, entre 1827 y 1829, fue presidente de la República.

La Constitución de 1823 consideraba a los militares como, ni más ni menos, que ciudadanos armados en defensa de la república; por tanto, obligados a concurrir a las elecciones de los representantes a Congreso:

“Artículo 30.- Tocando a la Nación hacer sus leyes por medio de sus representantes en Congreso, **todos los ciudadanos deben concurrir a las elecciones de ellos en el modo que reglamente la ley de elecciones.**” (resaltado agregado).

“Artículo 179. – **Todo militar no es más que un ciudadano armado en defensa de la República.** Y así como esta circunstancia le recomienda de una manera particular para las

recompensas de la patria, el abuso de ella contra la libertad le hará execrable a los ojos de la nación, y de cada ciudadano.” (resaltado agregado).³

II.2. Constitución de 1826

Esta Constitución, llamada con eufemismo “vitalicia”, no fue fruto de una Convención o Congreso Constituyente sino obra de Bolívar, que buscó imponerla, de forma que fue sometida, indebidamente, solo a la aprobación de los Colegios Electorales de la República. Fue una copia casi textual de la Constitución boliviana de 1826, ideada también por Bolívar y puesta en vigencia a través de Sucre en ese país.

La segunda Constitución que tuvo el Perú fue promulgada el 8 de diciembre de 1826, por el Consejo de Gobierno presidido por el mariscal Andrés de Santa Cruz Calahumana, en ausencia de Bolívar, jurada al día siguiente, como homenaje al segundo aniversario del triunfo de Ayacucho, tuvo 49 días de vigencia y fue derogada el 27 de enero de 1827. “La Constitución Vitalicia de 1826, impuesta por Bolívar y los bolivarianos, fue un conato efímero de organización cesarista”, diría Manuel Vicente Villarán.⁴

Esta Constitución fue tan escueta en la cuestión electoral que se limitó a señalar en su artículo 22: “Una ley especial detallará

2 <<https://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/presidentes-1822-1850>> Consultado el 22 de junio de 2021.

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Las Constituciones del Perú, Biblioteca Jurídica del Bicentenario 1821- 2021, Colección Constituciones y Debates Constituyentes I, primera edición, octubre de 2017. Constitución de 1823, página 195 y siguientes.

4 VILLARÁN GODOY, Manuel Vicente. Páginas Escogidas. Lima, 1962, pág. 45.

el reglamento de elecciones”, de forma que no podemos extraer de ella limitaciones o apertura al voto militar.⁵

II.3. Constitución de 1828

Esta Constitución fue fruto de un Congreso General Constituyente y fue promulgada, el 18 de marzo de 1828, por el presidente constitucional José de La Mar.

Manuel Vicente Villarán dirá que el mérito principal de la Constitución de 1828 fue el alejarse, al organizar los Poderes, “de los excesos opuestos en que cayeron las constituciones del 23 y 26. Aquella se inspiró en los sistemas de las cartas francesas de la Revolución, ésta en el régimen imperialista de la constitución consular de Bonaparte. Era necesario un punto medio, una solución de equilibrio. Para hallarla volviese la vista al modelo norteamericano. En él se inspiraron los hombres del 28”⁶

Valentín Paniagua Corazao, a su vez, decía que, en 1827, “al cabo de un lustro de vida independiente, los peruanos, por vez primera en su historia, tenían, en sus propias manos, la decisión de su destino... La Carta de 1828 respondió, con acierto, a las exigencias inmediatas de su hora, sin embargo, se propuso y logró, además, poner los cimientos de nuestra constitucionalidad...”⁷.

Esta Constitución puso límites a la elección de militares en activo para ocupar los cargos de diputados o senadores. El artículo 20, inciso 4º, establecía que no podían ser diputados: “Los comandantes militares por los lugares en que estén de guarnición”, limitación que se hacía extensiva a la elección también de senadores en el artículo 30.⁸

Del análisis de los artículos de esta Constitución, no se puede concluir que contuviera una prohibición general sobre el voto de los militares en activo.

II.4. Constitución de 1834

Esta Constitución fue promulgada por Luis José Orbegoso, el 10 de junio de 1834. El clima en el que se desarrolló la labor de la Convención Nacional que la dictó fue crítica, por el enconado pleito de conservadores y liberales, encabezados por el mariscal Agustín Gamarra y el clérigo Javier de Luna Pizarro, respectivamente. “La Constitución que finalmente aprobó (la de 1834), defectuosa y carente de genuina legitimación y respaldo, nunca pudo ponerse en vigencia. Finalmente, sin proponérselo, la Convención Nacional creó el clima y las condiciones para la más prolongada y grave era de anarquía que jamás sufriera el Perú, y que puso en peligro, inclusive, su subsistencia

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1826, página 217 y siguientes.

6 VILLARÁN GODOY, Manuel Vicente. Ob. Cit., Pág. 49.

7 PANIAGUA CORAZAO, Valentín. LA CONSTITUCIÓN DE 1828 Y SU PROYECCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO, Historia Constitucional (revista electrónica), n. 4, 2003. <<http://hc.rediris.es/04/index.html>>, Páginas 108 y 109.

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1828, página 239 y siguientes.

como Estado... La Constitución de 1834, por fin, no solo disgustó a liberales y conservadores, sino que se convirtió en el símbolo del más recalcitrante anti presidencialismo. Repudiada por todos, incluyendo a sus propios creadores, que incluso no dudaron en descalificarla apenas quedó formalmente consagrada, no alcanzó el plausible objeto que justificará su convocatoria...; dirá, entre otras cosas, Valentín Paniagua Corazao.⁹

Nos interesa aquí el asunto electoral y, en tal sentido, las expresiones de Manuel Vicente Villarán son esclarecedoras al respecto: “En cuanto al régimen del sufragio, suprimiéronse las disposiciones sobre capacidad para gozar de voto en la designación de los electores y para ser nombrado elector. Esta materia quedó excluida del texto constitucional y relegada a la ley de elecciones. La Constitución se limitó a conservar el sistema de la elección indirecta. Durante las elecciones para diputados a la Convención, el gobierno pretendió hacer votar a los soldados que, con sus oficiales a la cabeza y sin armas, se presentaron en las mesas a emitir su voto en Lima y en otros lugares donde había guarnición. Varias mesas receptoras negaron este derecho a los individuos de tropa, creándole un conflicto al gobierno. **En la ley orgánica de elecciones de 29 de agosto de 1834, dictada por la Convención, se declaró que no gozaban de sufragio los soldados, cabos y sargentos del Ejército y la Armada.** Esta ley dio voto a los analfabetos,

como la Constitución del 28 excluyó a los sirvientes domésticos y a los mendigos públicos.”¹⁰ (resaltado agregado).

El artículo 21, inciso 2°, de esta Constitución, prescribía que no podían ser diputados “**Los jefes del ejército por ninguna de las provincias del departamento en que se hallen con mando militar**” (resaltado agregado), limitación que se extendía para la elección de senadores en el artículo 31. Esta prohibición es más extensiva a la contemplada en la Constitución de 1828, pues ya no abarcaba solo los lugares en que estaban de guarnición (una provincia en específico, que es representada por un diputado) sino el departamento entero. Ello tiene explicación en la anarquía política en la que se encontraba el Perú a raíz de la guerra civil reinante, período en el que varios caudillos militares, secundados por liberales o conservadores, se disputaban el poder.

La Constitución de 1828 preveía un “Consejo de Estado”, compuesto de dos consejeros por cada uno de los departamentos, los cuales serían elegidos por el Congreso de dentro o fuera de su seno (Art. 96). Su atribución principal era prestar su voto consultivo, necesariamente, al presidente de la República. La Constitución de 1934 mantenía esa institución y en su artículo 98 establecía: “**No pueden ser elegidos para el Consejo de Estado más de dos militares, ni más de dos eclesiásticos...**”¹¹ (resaltado agregado). Ello implicaba que los jefes y

9 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7674>.

10 VILLARÁN, Manuel Vicente. Ob. Cit., Pág. 62.

11 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1834, página 281 y siguientes.

oficiales del ejército y de la armada, con las excepciones de los artículos 21.2 y 31, si podían ser elegidos para cargos políticos. Los requisitos para ser consejero de Estado eran los mismos que para ser elegido senador.

II.5. Constitución de 1839

El Congreso General que sesionó en Huancayo dio esta Constitución, que fue promulgada el 10 de noviembre de 1839, por el mariscal Agustín Gamarra.

“La Constitución de 1839, llamada de Huancayo, viene a significar en nuestra historia constitucional una de sus piezas más importantes, puesto que ha sido la primera ley fundamental que permitió un funcionamiento regular de las instituciones políticas de la República. Contrariamente a este importante logro, se puede observar que a lo largo de toda la historiografía se han lanzado las más fuertes críticas contra ella. Así se ve que el joven Toribio Pacheco (1828-1868) la catalogó de “francamente autoritaria”, mientras que José de la Riva Agüero (1885-1944), la anatematizó por considerarla “pseudoconservadora”, dice Altuve-Febres.¹²

Como suele ocurrir con muchos autores peruanos que pierden la perspectiva del análisis imparcial, unos critican la Constitución de 1939 exacerbadamente, como Toribio Pacheco que incurre hasta en el insulto¹³ y otros, aceptando los retrocesos en los que se incurrió, como el asunto de la esclavitud y la descentralización, reconocen su realismo y vigencia.

En cuanto al tema que nos ocupa, conforme al artículo 33, inciso 3°, no podían ser elegidos diputados: “Los militares por los departamentos o provincias donde estén con mando.” El artículo 39 ponía igual limitación para la elección de senadores. La redacción de este artículo es superior al artículo 21, inciso 2°, de la Constitución de 1834.

Respecto al Consejo de Estado, mejor estructurado que en la Constitución de 1834, el artículo 98 establecía: “No podrá haber en el consejo más de tres militares y tres eclesiásticos” (de 15 integrantes), ampliándose el número en uno respecto a la anterior Constitución. A su vez, el artículo 99 precisaba que no podían ser consejeros: “1° Los generales y jefes con mando de fuerza armada.”¹⁴ Esta es una disposición nueva,

12 ALTUVE-FEBRES LORES, Fernán. La Constitución de Huancayo de 1839. <<https://fernaltuve.com.pe/wp-content/uploads/2019/04/La-Constituci%C3%B3n-de-Huancayo-1839.pdf>>. Consultado el 28 de junio de 2021.

13 “Nacida en medio de las conmociones intestinas que habían desgarrado la patria; formada por hombres sin ideas ni principios, en su mayor parte; dirigida por un soldado, a quien un triunfo había sometido todos los hombres y todas las cosas, cuya ciencia administrativa se reducía tan solo a la intriga y a los sórdidos manejos de las conspiraciones y que, colocado de nuevo, por la fortuna en el primer puesto de la nación, deseaba dotarla de instituciones que redundasen en provecho exclusivo de sí mismo y de sus allegados; ¿qué podía resultar sino un parto monstruoso en que se sacrificaban la justicia y los intereses de la generalidad, para que sirviesen de pedestal a la dominación de una oligarquía exclusivista, despótica y privilegiada?”.

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1839, página 329 y siguientes.

que tiene correlato con las prohibiciones para la elección de diputados y senadores.

II.6. Constitución de 1856

Esta Constitución fue sancionada por una Convención Nacional y promulgada por el mariscal Ramón Castilla, Presidente Provisorio entonces, el 19 de octubre de 1856.

Fue una Constitución resistida desde sus inicios, que motivó, entre otros hechos, el alzamiento de Manuel Ignacio de Vivanco Iturralde (1806–1873), el presidente bonito, como lo llamó el pueblo en algún momento, o el cadete de cambrey, como lo motejó Ramón Castilla por su elegancia en el vestir, que, con el apoyo del pueblo de Arequipa y conocidos conservadores, combatió a Castilla y a los liberales que habían dominado la Convención e impuesto sus puntos de vista. Esta guerra civil que duró dos años (1856–1858), fue sangrienta, cambiaría el panorama político peruano y propiciaría que en menos de cuatro años se tenga una nueva Constitución.

Esta Constitución estableció el sufragio popular directo para todos los peruanos que supieran leer y escribir o tuviesen propiedad raíz o fuesen jefes de taller **o soldados o marinos retirados**.

Respecto al voto de los militares en activo no hay una disposición específica a favor o en contra, salvo lo dispuesto en el

artículo 47, inciso 6°, que prescribía que no podían ser representantes: “Los comandantes militares y los jefes con mando de fuerza en las provincias donde estén acantonados”.¹⁵ Palabras más, palabras menos, no hay en este texto cambios en el sentido que la Constitución de 1939 la había concebido.

II.7. Constitución de 1860

Esta Constitución fue promulgada el 13 de noviembre de 1860 por Ramón Castilla, tras la reforma que el Congreso de la República hizo de la Constitución de 1856.

En cuanto a las cuestiones relacionadas con lo castrense y el voto de los militares, hubo algunos cambios; así, en el artículo 51 se decía: “No pueden ser elegidos senadores o diputados: 5°. Los militares por las provincias donde estén mandando fuerza, **o donde tengan cualquier otra colocación militar en la época de las elecciones**” (resaltado agregado). Esa limitación se hizo extensiva a los que sin tener mando de tropa cumplían cualquier otra actividad dentro de un determinado espacio geográfico, ampliándose, respecto de las constituciones anteriores, las restricciones para el voto de los militares en activo.

Hubo, además, una nueva disposición limitativa para “el general en jefe del Ejército”, que no podía ser candidato a la presidencia de la República, por prohibición del artículo 92.¹⁶

15 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1856, página 361 y siguientes.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1860, página 387 y siguientes.

II.8. Constitución de 1867

Esta Constitución, elaborada por el Congreso Constituyente de 1867, fue promulgada, el 29 de agosto de ese año, por el presidente provisional de la República, coronel Mariano Ignacio Prado. Tuvo una vigencia efímera, de apenas cuatro meses, siendo derogada en enero de 1868, al renunciar a la presidencia Prado y tomar el poder el general Pedro Diez Canseco, que encabezó un levantamiento militar en Arequipa, al igual que el coronel José Balta en Chiclayo, ambos, contra la vigencia de la Constitución de 1867.

Fue una Constitución extremadamente liberal, que fue incluso más allá de la Constitución de 1856, cuyos artículos modificados por la Constitución de 1860 restableció. Suprimió la figura de los vicepresidentes; estableció una cámara única; concedió poderes omnímodos al Parlamento; abolió definitivamente la pena de muerte, etc.

En relación con las cuestiones castrenses y la participación de militares en activo como representantes, el artículo 49, en los incisos que se copian, señalaba que no podían ser elegidos representantes:

“11. El General en Jefe del Ejército:

12. Los Comandantes Generales y los Jefes con mando de fuerzas en los Departamentos donde estén acantonados al tiempo de la elección:

13. Los Comandantes militares en las provincias y en general los militares por la provincia en que tengan

cualquier colocación militar en la época de la elección.”

De otro lado, el artículo 84 limitaba también al “General en Jefe del Ejército” para ser candidato a la presidencia de la República; decía el artículo: “Los Ministros de Estado y el **General en Jefe del Ejército**, no pueden ser candidatos para la Presidencia de la República, sino un año después de haber dejado sus puestos.”¹⁷ (resaltado agregado).

II.9. Constitución de 1920

La Constitución de 1920 fue trabajo de la Asamblea Nacional de 1919 y la promulgó el presidente constitucional Augusto Bernardino Leguía, el 18 de enero de 1920, aniversario de la fundación española de Lima.

Con esta Constitución se inicia una etapa diferente en el constitucionalismo peruano. Nuevas fuentes se asocian al constitucionalismo mundial, como la Constitución del Estado de Querétaro (México) de 1917 y la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919, que abundaron en derechos sociales, como la Constitución peruana de 1920, impulsada especialmente por Mariano Hilario Cornejo Zenteno.

En cuanto a los derechos y garantías electorales, el artículo 66 precisaba: “Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir. **No podrá ejercer el derecho de sufragio ni ser elegido** Presidente de la República, Senador o

17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1867, página 419 y siguientes.

Diputado, **ningún ciudadano que no esté inscrito en el registro militar**” (resaltado agregado), de forma que una nueva circunstancia, el estar inscrito en el registro militar, es la que determinará, prima facie, el elegir o ser elegido.

Esta Constitución también señalaba que no podían ser elegidos senador o diputado, entre otros, los militares que estaban en servicio activo en la época de la elección, conforme al artículo 76, inciso 3°. Este artículo no hacía distingos entre militares en servicio activo que mandasen tropas, estuviesen acantonados en alguna guarnición de provincia o que estuviesen sirviendo en cargos administrativos dentro de ella y aspirasen a representarla. En conclusión, de forma general, los militares en servicio activo no podían ser elegidos senadores ni diputados, simplificándose así el engorroso sistema empleado por las constituciones anteriores.

De otro lado, el artículo 120 de la Constitución, comprendido en el Título XI, Poder Ejecutivo, establecía: “Tampoco podrán ser elegidos Presidente los Ministros de Estado, **ni los militares en servicio activo** a no ser que dejen su cargo ciento veinte días antes de la elección”¹⁸ (resaltado agregado). Esta limitación guarda relación con lo previsto en el artículo 76°, inciso 3°, respecto de la elección de senadores o diputados.

II.10. Constitución de 1933

Esta Constitución fue elaborada por el Congreso Constituyente de 1931 y

promulgada por el presidente Luís Miguel Sánchez Cerro, el 9 de abril de 1933.

En el Título relativo a “Ciudadanía y Sufragio”, el artículo 87°, prescribía: No pueden votar los que tengan en suspenso el ejercicio de la ciudadanía, **y los miembros de la fuerza armada mientras se hallen en servicio**. No hay otras inhabilitaciones” (resaltado agregado). Según el artículo 99°, inciso 4°, no eran elegibles diputados ni senadores, entre otros, “Los miembros de la fuerza armada que se hallen en servicio...”

En el artículo 137° se estableció que eran inelegibles presidente de la República, entre otros: “1°.- Los Ministros de Estado **y los miembros de la fuerza armada que se hallen en servicio**, sino han dejado su cargo un año antes de la elección...” (resaltado agregado). Este artículo era semejante al artículo 120 de la Constitución de 1920, en cuanto a prohibir a los militares en servicio activo ser elegidos presidente de la República; pero, la posibilidad de que fuesen elegibles si dejaban sus cargos ciento veinte días antes de la elección, como contemplaba la Constitución de 1920, se amplió a un año en la Constitución de 1933, plazo caprichoso y sin sustento.

De otro lado, en artículo 218° se establecía: “Los miembros de la fuerza armada que pertenecen al Congreso no pueden ser ascendidos a las clases de General de División, Vicealmirante, General de Brigada, Contralmirante, Coronel y Capitán de Navío, mientras dure su mandato

18 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1920, página 461 y siguientes.

legislativo...”¹⁹ Se prohibía por este artículo los ascensos de miembros de la fuerza armada que perteneciesen al Congreso y, por otro lado, el artículo 87° señalaba que los militares en activo no podían votar y, el artículo 99°, inc. 4°, que no podían ser elegidos como diputados ni como senadores; entonces, era ilógico que tal situación se diera legalmente.

II.11. Constitución de 1979

Esta Constitución fue elaborada por el Congreso Constituyente de 1978-79 y entró en vigencia el 28 de julio de 1980, al iniciarse el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry.

Fue una Constitución extensa, que introdujo cambios importantes en varios aspectos y, al ser consecuencia de una etapa en la que se alternaron dos gobiernos de facto, que duraron en conjunto casi doce años, refleja también esa coyuntura política.

Dentro del Capítulo de los Derechos Políticos, el artículo 67° establecía: “Los **miembros de la Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en servicio activo no pueden votar ni ser elegidos**. No existen ni pueden crearse otras limitaciones” (resaltado agregado). Este artículo no resultó suficiente para resolver el barullo que existía en las constituciones anteriores, de recordar esta limitación por lo menos en dos o tres artículos más.

Otro artículo, reiterativo, que limitaba la elección de militares y policías en servicio activo era el 112°, que establecía: “No pueden ser elegidos Diputados ni Senadores, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección: 4.– Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas policiales en servicio activo.” Este artículo reducía a seis meses el tiempo que debía transcurrir entre la fecha del pase a la situación de retiro del militar o el policía y su elección como Diputado o Senador, reduciendo a la mitad el plazo que se había fijado en la Constitución de 1933.

La misma limitación que tenían los militares en servicio activo para ser elegidos Senadores o Diputados, lo tenían también para postular a la presidencia y a las vicepresidencias de la República. El artículo 204°, inciso 4, fijaba que no podían postular a dichos cargos “Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, que no han pasado a la situación de retiro, por lo menos seis meses antes de la elección.”²⁰

II.12. Constitución de 1993

Elaborada por un Congreso Constituyente Democrático (CCD), fue promulgada el 30 de diciembre de 1993 y entró en vigencia al día siguiente.

En cuanto al voto de los militares en activo, el artículo 34 establecía que “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la

19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1933, página 495 y siguientes.

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1979, página 551 y siguientes.

Policía Nacional en actividad no pueden elegir ni ser elegidos. No existen ni pueden crearse otras inhabilitaciones.” Más adelante veremos la modificación que sufrió este artículo y permitió el voto de militares y policías en situación de actividad.

El artículo 91 impide ser elegido congresista, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección, entre otros, a: “4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad.”²¹

III. NORMAS ELECTORALES QUE PROHIBÍAN EN EL PERÚ EL VOTO DE MILITARES Y POLICÍAS EN ACTIVIDAD

Muchas leyes, decretos y disposiciones se han dado en el Perú, para normar las elecciones para Presidente, Vicepresidente, Senador, Diputado, Congresista, etc. En estas normas se hacen referencia al voto de los militares en servicio activo y, en algunas de ellas, se refiere que estos pueden ser elegidos para cargos políticos.

Una de esas primeras leyes fue la promulgada el 30 de enero de 1824,²² en tiempos de Simón Bolívar, como: Ley reglamentaria de elecciones para el Congreso Constituyente de 1926, en la que se hace referencia al personal militar:

“Artículo 12. – Nadie podrá presentarse en el colegio electoral con armas, bastón, bejuco, etc., mucho menos

podrán intervenir destacamentos de tropa, centinelas ni especie alguna de seguridad que diga relación con la fuerza armada.”

La ley de 3 de julio de 1834, Ley Orgánica de Elecciones,²³ promulgada por Luis José de Orbegoso, establecía:

“6. – No gozan de sufragio:

1° El Presidente de la República, sus ministros, los prefectos, subprefectos, gobernadores, **comandantes generales y jefes de la guarnición**, en los lugares donde estén destinados.

2° **Los soldados, cabos y sargentos del ejército y armada.**

3° Los sirvientes domésticos.

4° Los mendigos públicos.” (resaltado agregado).

Implicaba ello que el resto de militares, oficiales en particular, que no ejercían como comandantes generales ni jefes de guarnición, que eran la gran mayoría, si podían sufragar.

Ley de 29 de noviembre de 1839, Ley Reglamentaria de Elecciones,²⁴ promulgada por Agustín Gamarra, Presidente Provisorio de la República.

“Artículo 3. – No pueden elegir, ni ser electores, los que hayan perdido, o tengan suspenso el derecho de ciudadanía según los artículos 9° y 10° de la

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Constitución de 1993, página 633 y siguientes.

22 Archivo Digital del Congreso, Legislación del Siglo XIX (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>).

23 Ibidem.

24 Ibidem.

Constitución (de 1839)²⁵: los sirvientes domésticos, los mendigos, prefectos, subprefectos y gobernadores en el territorio de su cargo: **los comandantes generales de departamento y jefes de guarnición, oficiales subalternos, y los clases e individuos de tropa en las provincias que guarnezcan, o donde estén acantonados.**” (resaltado agregado).

Decreto del 1° de diciembre de 1849, Reglamento de Elecciones,²⁶ promulgado por Ramón Castilla.

“Artículo 3°.- No pueden elegir ni ser electores los que hayan perdido o tengan suspenso el derecho de ciudadanía, según los artículos 9° y 10° de la Constitución: los sirvientes domésticos, los mendigos, los prefectos, subprefectos y gobernadores en el territorio de su

cargo: **los comandantes generales de departamento y jefes de guarnición, oficiales subalternos, y los clases e individuos de tropa en las provincias que guarnezcan, o donde estén acantonados,** ni las demás personas comprendidas en el artículo 33 de la Constitución²⁷ (de 1839) **así como los intendentes y todos los agentes de policía.** (resaltado agregado).

Artículo 4°.- Los funcionarios políticos y militares que intervienen de cualquier modo en los actos electorales quedan sujetos a la pérdida de sus empleos y de la ciudadanía, inmediatamente que se pruebe de un modo legal el hecho de la intervención.”

Por primera vez se hace referencia al impedimento de los agentes de policía para elegir y ser electores.

25 “**Art. 9°.- El ejercicio de la ciudadanía se suspende:**

- 1ª.- Por ineptitud física o mental, que impida obrar libre y reflexivamente.
- 2ª.- Por tacha de deudor quebrado, o deudor al Tesoro Público, que legalmente ejecutado no paga.
- 3ª.- Por hallarse procesado criminalmente, y mandado prender con arreglo a la ley.
- 4ª.- Por notoriamente vago, jugador, ebrio o divorciado por culpa suya.”

“**Art. 10°.- El derecho de la ciudadanía se pierde:**

- 1ª.- Por sentencia que imponga pena infamante.
- 2ª.- Por naturalización en otro Estado.
- 3ª.- Por aceptar empleos, títulos o cualquiera gracia de otra Nación, sin permiso especial del Congreso.
- 4ª.- Por quiebra fraudulenta judicialmente declarada.
- 5ª.- Por los votos solemnes religiosos, aun cuando se obtenga la excomunión.
- 6ª.- Por el hecho de rebelión con armas, o por sedición popular contra el Gobierno y autoridades constituidas.”

26 Archivo Digital del Congreso, Legislación del Siglo XIX (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)

27 **Art. 33°.- No pueden ser elegidos Diputados:**

- 1.- El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Consejeros de Estado, los Prefectos en sus respectivos departamentos, y los Subprefectos en las provincias de su cargo.
- 2.- Los jueces de Primera Instancia, en los distritos de su jurisdicción.
- 3.- Los militares por los departamentos o provincias donde estén con mando.
- 4.- Los Arzobispos, Obispos, los Gobernadores eclesiásticos, Vicarios Generales y Capitulares en sus diócesis respectivas.”

Ley de 24 de diciembre de 1851, Reglamento de Elecciones,²⁸ promulgado por José Rufino Echenique.

Decía la norma, que según los artículos 26, 27, 36 y 70 de la Constitución²⁹ (de 1839), una ley especial debía arreglar el modo y forma de la elección del Presidente del Estado y de los Diputados y Senadores. En este reglamento se estableció, entre otras cosas:

“Artículo 11°. No pueden sufragar en la parroquia el prefecto, subprefecto, **el intendente de policía y sus agentes**, el gobernador, **los jefes y oficiales con mando de armas**, los jueces de derecho y **los individuos de tropa en los pueblos donde estén de guarnición o acantonados**”. (resaltado agregado).

“Artículo 81°. Se prestará a la mesa el auxilio de la fuerza pública, siempre que lo pidiere el presidente de acuerdo con la mesa”.

“Artículo 82°. El funcionario político, judicial, eclesiástico o militar que abuse de la fuerza o de la autoridad para violentar el sufragio será juzgado conforme al artículo 78,³⁰ como reo de delito de fuerza.”

Ley de 6 de febrero de 1857, Reglamento de Elecciones,³¹ aprobada por la Convención Nacional y promulgada por Ramón Castilla.

“Artículo 2. En las elecciones populares el sufragio es directo; lo ejercen los que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen una propiedad raíz **o se han retirado conforme a la ley, después de haber servido en el ejército o armada**. (resaltado agregado).

“Artículo 63. Es prohibido que los funcionarios públicos o militares permanezcan en el local de las elecciones por más tiempo, que el absolutamente necesario para sufragar.”

“Artículo 64. Cualquier autoridad (que atente) contra el libre sufragio, (merecerá) pena de destitución de su empleo y reparación de daños.”

En esta ley, resulta llamativo el trato preferente que se da en materia electoral a los licenciados del Ejército y la Armada.

Ley de 13 de abril de 1861, Ley Orgánica de Elecciones,³² promulgada durante el gobierno de Ramón Castilla:

28 Archivo Digital del Congreso, Legislación del Siglo XIX (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)

29 198 “Art. 26°. - El derecho de elegir reside en los ciudadanos en ejercicio.”

“Art. 27°. - Las calidades de los elegibles, el modo de organizar los Colegios Electorales, y la forma de sus procedimientos, los detallará una ley.”

Art. 36°. - La Cámara de Senadores se compone de veintiún ciudadanos. Su elección se hará por los departamentos conforme al número que les designe la ley de elecciones, de entre los nacidos en ellos a avecindados al menos por cinco años.”

“Art. 70°. - La elección del Presidente de la República se hará por los Colegios Electorales, según el modo y forma que prescriba la ley.”

30 199 Art. 78°. - La duración del cargo del Presidente de la República, es la de seis años, y ningún ciudadano puede ser reelegido, sino después de un periodo igual. (Constitución de 1839).

31 Archivo Digital del Congreso, Legislación del Siglo XIX (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)

32 Ibidem.

“Artículo 2°. - No pueden sufragar:

(...)

3°. – **Los Jefes y Oficiales del Ejército o Armada Nacional y los de Gendarmería:**

4°. – **Los individuos de tropa pertenecientes a la Gendarmería o al Ejército, y los que forman la tripulación de los buques de la Armada Nacional...**” (resaltado agregado).

“Artículo 3°. – **Los Jefes y Oficiales del Ejército, o de la Armada, que no ejerzan ninguna clase de mando pueden sufragar** en las parroquias donde se hallen residiendo.”

Hay en esta Ley Orgánica de Elecciones dos referencias nuevas, respecto de las normas de elecciones anteriores. La inclusión de la gendarmería en la limitación del voto y la disposición de que los oficiales del Ejército y la Armada, sin mando, puedan sufragar.

Esta Ley será invocada, reiteradamente, cuando se convoque a elecciones, tanto para Presidente, Vicepresidente, Senadores, Diputados e incluso para autoridades municipales, como se aprecia de las convocatorias siguientes:

Decreto de 1° de junio de 1863,³³ promulgado por Pedro Diez Canseco,

“convocando a los ciudadanos con derecho a sufragio para proceder a elecciones de acuerdo a ley.” Elecciones para Senadores y Diputados, conforme a la Ley de 13 de abril de 1861.

Decreto de 1 de junio de 1871,³⁴ promulgado por José Balta, convocando a elecciones para Presidente, Vicepresidente de la República, Senadores y Diputados, conforme a las leyes de 13 de abril de 1861 y 3 de diciembre de 1862.³⁵

Decreto de 1 de junio de 1875,³⁶ promulgado por Manuel Pardo, convocando a elecciones populares, para Presidente, 1er. y 2do. Vicepresidentes, Senadores y Diputados, conforme a las leyes de 13 de abril de 1861 y 3 de diciembre de 1862.

Decreto de 14 de octubre de 1882,³⁷ convocando a elecciones populares para Diputados y Senadores, en los territorios no ocupados por el enemigo. “5°. Las elecciones se practicarán conforme a la ley de 13 de abril de 1861 y los adicionales de la materia”, Este Decreto fue promulgado por Lizardo Montero, Vicepresidente de la República, encargado del Poder Ejecutivo.

Decreto de 8 de julio de 1884,³⁸ promulgado por Miguel Iglesias, presidente Provisorio de la República, convocando a elecciones para Presidente, Vicepresidentes y Diputados. El artículo 2° establecía:

33 Ibidem.

34 Ibidem.

35 Esta ley de 3 de diciembre de 1862, fue complementaria a la de abril de 1861.

36 Archivo Digital del Congreso, Legislación del Siglo XIX (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)

37 Ibidem.

38 Ibidem.

“Dichas elecciones se practicarán con arreglo a la ley de 13 de abril de 1863 y sus complementarias respectivas...”

Decreto de 5 de diciembre de 1885,³⁹ convocando a elecciones para Presidente, Vicepresidentes, Senadores y Diputados, conforme a la Constitución de 1860, con arreglo a la ley de 13 de abril de 1861 y su complementaria de 3 de diciembre de 1862. El Decreto fue promulgado por Antonio Arenas, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores, encargado del Poder Ejecutivo.

El 28 de julio de 1886, durante el gobierno provisorio de Mariano Ignacio Prado, se convocó a elecciones para presidente de la República y para representantes al Congreso. El artículo 7, inciso 5°, de la norma establecía: **No pueden ser representantes, “Los Jefes y oficiales con mando de armas por los Departamentos donde se encuentren.”**⁴⁰ (resaltado agregado).

Decreto de 20 de octubre de 1888,⁴¹ convocando a elecciones municipales, promulgado por Andrés Avelino Cáceres, conforme a la Ley de Elecciones de 13 de abril de 1861 y a su complementaria de 3 de diciembre de 1862.

Decreto de 1 de diciembre de 1891,⁴² convocando a elecciones parlamentarias y municipales, conforme a las leyes de 13 de

abril de 1861, 3 de diciembre de 1862, 19 de setiembre de 1872 y 24 de enero de 1879, promulgado por Remigio Morales Bermúdez.

Decreto de 7 de abril de 1894,⁴³ convocando a elecciones generales para Presidente, Vicepresidentes, Senadores y Diputados, promulgado por el Presidente Justiniano Borgoño Castañeda. Estas elecciones debían llevarse conforme a la Ley de Elecciones de 13 de abril de 1861, a su complementaria de 3 de diciembre de 1862, y a la Ley de Registro Cívico de 25 de mayo de 1861.

Decreto de 14 de abril de 1895,⁴⁴ convocando a los pueblos a elecciones generales: “En cumplimiento a lo pactado en el arreglo de paz que puso término a la guerra civil... Se convoca para elección de Presidente, Vicepresidentes, Diputados y Senadores, conforme a la Constitución de 1860. “Artículo 2°.- Las elecciones se practicarán con arreglo a la Ley de 13 de abril de 1861 y su complementaria de 3 de diciembre de 1862.” Firma la convocatoria Manuel Candamo Iriarte, como Presidente de la Junta de gobierno

Decreto de 1° de diciembre de 1889,⁴⁵ convocando a elecciones generales para Presidente, Vicepresidentes, Senadores y Diputados, promulgado por Andrés A. Cáceres.

39 208 Ibidem.

40 209 Ibidem.

41 210 Ibidem.

42 211 Ibidem.

43 212 Ibidem.

44 213 Ibidem.

45 214 Ibidem.

“Artículo 2°.- Las elecciones se practicarán con sujeción a las leyes de 13 de abril de 1861, 3 de diciembre de 1862, 19 de setiembre de 1872 y 24 de enero de 1879.”

Entre 1861 y 1889, durante treinta años, aproximadamente, todas las elecciones que se realizaron en el Perú tuvieron como referencia la Ley de 13 de abril de 1861, Ley Orgánica de Elecciones, promulgada por Ramón Castilla; en consecuencia, durante ese tiempo, no podían sufragar los Jefes y Oficiales del Ejército o Armada Nacional y los de Gendarmería; los individuos de tropa pertenecientes a la Gendarmería o al Ejército; y los que formaban parte de la tripulación de los buques de la Armada Nacional. De otro lado, sufragaron los Jefes y Oficiales del Ejército, o de la Armada, que no ejercían ninguna clase de mando.

En las siguientes cuatro convocatorias a elecciones, no se indicaron bajo que leyes electorales se llevarían a cabo estas. Las referencias están hechas a la convocatoria y no a los parámetros de la elección en sí:

Ley de 22 de febrero de 1899,⁴⁶ convocando a elecciones generales de Presidente, Vicepresidente, Senadores y Diputados, promulgado por el Presidente

Constitucional Nicolás de Piérola, conforme al artículo 22 de la Ley de elecciones.

Decreto de 23 de febrero de 1901,⁴⁷ convocando a elecciones para Senadores y Diputados, conforme al artículo 22 de la Ley de Elecciones, promulgado por Eduardo López de Romaña.

Decreto de 21 de febrero de 1903,⁴⁸ convocando a elecciones de Presidente, Vicepresidente, Senadores y Diputados, promulgado por el Presidente Eduardo López de Romaña, conforme al artículo 22 de la Ley de elecciones.

Decreto de 9 de mayo de 1904,⁴⁹ convocando a elecciones para Presidente y primer Vicepresidente de la República, conforme al artículo 91 de la Constitución.⁵⁰ Promulgado por Serapio Calderón.⁵¹

Ley N° 2108, de 4 de febrero de 1915, Ley de Elecciones Políticas,⁵² promulgada por Oscar R. Benavides.

“Artículo 2°. – No pueden sufragar:

1° Los que ejercen autoridad política;

2° **Los militares en servicio activo;**

3° Los que hayan perdido la ciudadanía o tengan en suspenso su ejercicio, según

46 Ibidem.

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 Ibidem.

50 Constitución de 1860. “Artículo 91°. — A falta del Presidente y del primer Vicepresidente de la República el segundo se encargará del mando supremo hasta que el llamado por la ley se halle expedito. En el caso de vacante dará dentro de tercero día, las órdenes necesarias para que se haga la elección de Presidente y primer Vicepresidente de la República y convocará al Congreso para los efectos de los Artículos 81 y siguientes. (Constitución de 1860).

51 En el Perú, las leyes se comenzaron a numerar recién desde octubre de 1904.

52 Archivo Digital del Congreso, Legislación numerada, posterior a 1904. (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)

los artículos 40 y 41⁵³ de la Constitución (de 1860);

4° Los Vocales, Fiscales, Jueces accidentalmente encargados del despacho de primera instancia.” (resaltado agregado).

Esta fue la primera ley que prohibió el sufragio de los militares en activo, sin hacer distinciones de ninguna clase. A partir de esta ley, todas las posteriores en materia electoral repitieron la prohibición general.

Decreto – Ley N° 7177, Estatuto Electoral,⁵⁴ promulgado por David Samanez Ocampo, el 26 de mayo de 1931.

“El anteproyecto de este Estatuto fue elaborado por jóvenes brillantes como: César Antonio Ugarte, Alberto Arca Parró, José Antonio Encinas, Luís E. Valcárcel, Jorge Basadre Grohmann, Carlos Telaya y Luís Alberto Sánchez, reunidos en la biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El Estatuto Electoral creó el Jurado Nacional de Elecciones; estableció el voto secreto y obligatorio; la representación de las minorías en el parlamento...”⁵⁵,

el Registro Electoral Nacional, plasmado, para el ciudadano, en el documento que se llamó “Libreta Electoral”, “único título de sufragio del ciudadano”. La Constitución de 1920 había fijado como base electoral el Registro Militar.

El artículo 7° preveía: “**No pueden inscribirse en el Registro:**

1°. **Los miembros de la fuerza armada en servicio activo.**” (resaltado agregado). La lógica era que si no podían inscribirse en el Registro Electoral Nacional no podían obtener la Libreta Electoral, que era el “único título de sufragio”; luego, no podían sufragar, modificándose el sentido de la prohibición por una fórmula indirecta.

En cuanto a las “Garantías Electorales y Penas, el Estatuto, en el artículo 147, disponía: “**Es prohibido a los funcionarios, empleados públicos y de oficinas focalizadas y miembros del ejército y del clero hacer propaganda a favor o en contra de partidos o candidatos determinados.**” (resaltado agregado).

53 **Artículo 40.-** El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

1. Por incapacidad, conforme a la ley.
2. Por hallarse sometido a juicio de quiebra.
3. Por hallarse procesado criminalmente, y con mandamiento de prisión.
4. Por ser notoriamente vago, jugador, ebrio, o estar divorciado por culpa suya.”

“**Artículo 41.-** El derecho de ciudadanía se pierde:

1. Por sentencia judicial que así lo disponga.
2. Por quiebra fraudulenta, judicialmente declarada.
3. Por obtener o ejercer la ciudadanía en otro Estado.
4. Por aceptar de un gobierno extranjero cualquier empleo, título o condecoración, son permiso del Congreso.
5. Por la profesión monástica, pudiendo volver a adquirirse mediante la exlaustración.
6. Por el tráfico de esclavos, cualquiera que sea el lugar donde se haga.”

54 Archivo Digital del Congreso, Legislación numerada, posterior a 1904. (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)

55 BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, Tercera parte: Desde 1926 hasta 1950, Fuero Militar Policial, febrero 2019, Lima – Perú, páginas 123 y 124.

El artículo 149, a su vez, regulaba: “Queda prohibido a las autoridades políticas y a **los jefes y oficiales del ejército, la marina, la policía y la aviación** y a los miembros del clero hacer valer, en cualquier momento, la influencia de sus cargos para coactar la libertad del sufragio o hacer propaganda electoral de cualquier naturaleza.” (resaltado agregado). Este Estatuto sufrirá, más adelante, modificaciones a través del Decreto – Ley N° 7285, pero no las limitaciones del voto de militares y policías.

Ley N° 7780, Ley de Elecciones, promulgada por Benavides, el 8 de agosto de 1933.⁵⁶

“Artículo 7°. – No pueden ser elegidos Senadores ni Representantes para ocupar las vacantes producidas sin haber renunciado a sus cargos, dentro de los tres días siguientes a la promulgación de esta ley:

1°. Los Ministros de Estado, los Prefectos, los Subprefectos y los Gobernadores;

2°. (...)

3°. (...)

4°. **Los militares en servicio...**” (resaltado agregado).

El artículo 7° de esta ley fue modificado por el artículo 4° de la Ley N° 7800, de 19 de setiembre de 1933, en el sentido que “los candidatos a Senadores y Representantes

deben renunciar los puestos y empleos que desempeñan, tres meses antes de la fecha señalada para las elecciones.”

La Ley N° 7800,⁵⁷ que modificaba las leyes 7781 y 7780, promulgada por Benavides, el 19 de setiembre de 1933, modificó, entre otros, el artículo 7° de la Ley N° 7780, en el sentido que los candidatos a Senadores y Representantes debían renunciar a sus puestos o empleos que desempeñaban, tres meses antes de la fecha señalada para las elecciones.”

Ley N° 8252, Ley de elecciones,⁵⁸ promulgada por Oscar R. Benavides, el 29 de abril de 1936.

Esta ley disponía: “Los Decretos – Leyes N° 7177, 7287 y la Ley 7780 regirán para las elecciones de Presidente, Vicepresidentes, Senadores y Diputados.” Naturalmente, conforme a esas normas, los militares en servicio activo no podían votar. Llevadas a cabo las elecciones, la Ley N° 8459, de 3 de noviembre de 1936, declaró ilegales los votos emitidos en esas elecciones, en los que resultó ganador el Partido Social – Demócrata. Los votos ilegales eran de los integrantes de partidos políticos de organización internacional, como el APRA, que estaban proscritos por entonces, cuyos miembros habían votado a favor del candidato ganador.

Ley N° 10733, Ley de Elecciones Municipales,⁵⁹ promulgada el 5 de diciembre

56 Archivo Digital del Congreso, Legislación numerada, posterior a 1904. (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)

57 Ibidem.

58 Ibidem.

59 Ibidem.

de 1946, durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero.

“Artículo 4°. – No pueden votar:

a) (...)

b) Los miembros de la Fuerza Armada, mientras se hallen en servicio.”

“Artículo 6°. – No pueden ser elegidos miembros de los Consejos Municipales:

a) Los comprendidos en el artículo 4°

b) (...)

l) Los desertores del servicio militar.”
(resaltado agregado).

La prohibición de que los desertores del servicio militar no pueden ocupar cargos municipales es única en la historia de la República. No se expresa en la ley ninguna razón para tal prohibición.

Decreto – Ley N° 11207, Registro Electoral del Perú, de 25 de setiembre de 1962, promulgado por la Junta de Gobierno.

“Artículo 34°. – No pueden inscribirse en el Registro Electoral, entre otros, los:

1. Miembros de la Fuerza Armada mientras se hallen en servicio activo.”
(resaltado agregado).

Decreto – Ley N° 14250, Estatuto Electoral,⁶⁰ promulgado por la Junta de Gobierno, el 5 de diciembre de 1962, para la elección de Presidente, Vicepresidentes, Senadores y Diputados.

Conforme al artículo 71°, inciso c), no podía postular para Presidente ni Vicepresidente: **“Aquel que no esté inscrito en el Registro Electoral del Perú.”**; igualmente, de acuerdo con el artículo 81°, inciso c), no podían postular para Senadores y Diputados, quienes no estaban inscritos en el Registro Electoral del Perú.

Decreto – Ley N° 21995, Ley de elecciones para la Asamblea Constituyente,⁶¹ promulgado el 15 de noviembre de 1997.

No contiene una disposición expresa limitando el voto de militares y policías en actividad; no obstante, el artículo 2° de la ley, en su segundo párrafo, refería: “La Fuerza Armada y las Fuerzas Policiales, de conformidad con la Ley 14250, asumen la responsabilidad de garantizar el libre ejercicio del derecho de sufragio y asegurar el normal desarrollo del proceso electoral.” El Decreto – Ley N° 14250, Estatuto Electoral, promulgado por la Junta de Gobierno en 1962, prescribía que no podían postular a cargos políticos, aquellos que no estuviesen inscritos en el Registro Electoral y los militares y policías en activo no lo estaban.

Decreto – Ley N° 22652, Normas que regirán para las elecciones de 1980⁶², promulgado por Francisco Morales Bermúdez, el 27 de agosto de 1979.

Artículo 38.– Modifíquese el artículo 71 del Decreto – Ley 14250. No pueden postular a la presidencia o vicepresidencias de la República:

60 Ibidem.

61 Ibidem.

62 Ibidem.

“4) **Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que no hayan pasado a la situación de retiro, por lo menos 6 meses antes de la elección.**” (resaltado agregado).

Ley N° 23671, Ley de convocatoria a elecciones para alcaldes y regidores⁶³, promulgada el 8 de setiembre de 1983.

“Artículo 7°.- No podrán ser alcaldes ni regidores (...), **los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en servicio activo**; podrán ser elegidos Alcaldes o Regidores si dejan el cargo 120 días antes de las elecciones municipales.” (resaltado agregado).

Decreto - Ley N° 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático,⁶⁴ promulgado el 20 de agosto de 1992.

“Artículo 7°.- No pueden ser candidatos a congresista, salvo que renuncien setenticinco (75) días antes de la fecha de la elección:

a) **Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en servicio activo.**” (resaltado agregado).

Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones,⁶⁵ de 25 de setiembre de 1997.

“Artículo 11°.- **Los miembros en actividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no pueden elegir ni ser elegidos.** No existen ni pueden crearse,

respecto de ellos, otras inhabilitaciones.” (resaltado agregado).

Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales,⁶⁶ promulgada el 13 de octubre de 1997.

“Artículo 9°.- están impedidos de ser candidatos en elecciones municipales:

1°. **Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en actividad.**” (resaltado agregado).

Ley N° 27683, Ley de Elecciones Regionales,⁶⁷ promulgada el 14 de marzo de 2002.

“Artículo 14.- Impedimentos e incompatibilidades

No pueden postular a la presidencia, vicepresidencia o miembro del Consejo regional:

b) (...) **los miembros activos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.**” (resaltado agregado).

IV. RAZONES ESGRIMIDAS PARA NEGARLES EL VOTO A LOS MILITARES Y POLICÍAS EN ACTIVIDAD

En el Perú se han esgrimido varias razones para negar el voto a los militares y policías en actividad; no obstante, estas presuntas razones no han sido uniformes a través de la historia republicana.

63 Ibidem.

64 Ibidem.

65 Ibidem.

66 Ibidem.

67 Ibidem.

Durante los primeros años de la República, la limitación para elegir o ser elegido de los militares en activo no fue evidente; de hecho, militares en activo integraron, por ejemplo, congresos o convenciones constituyentes.

En un segundo momento, desde las constituciones y las leyes electorales, se restringió que los militares con mando de tropa pudieran ser elegidos Diputados por las provincias donde se hallaban de guarnición, limitación que se extendió después al departamento en el que se encontraba la provincia en referencia. Para la elección de Presidente o Senador, se siguió un camino algo distinto, restringiendo al comandante en jefe del Ejército o la Armada poder ser candidato a estos cargos.

En un tercer momento, la prohibición fue total. Podríamos fijar el inicio de ese momento con la promulgación de la Ley N° 2108, Ley de Elecciones Políticas, de 4 de febrero de 1915, promulgada por Oscar R. Benavides. La Constitución de 1920 mantuvo esa posición, reafirmando-se, además, con el Decreto – Ley N° 7177, Estatuto Electoral, promulgado por David Samanez Ocampo, el 26 de mayo de 1931. Desde entonces y hasta el año 2005, los militares y los policías, algo más adelante, en situación de actividad no podían votar, sin excepciones.

De otro lado, en tiempos anteriores a 2006, era bastante común escuchar argumentos, esgrimidos por políticos y autores de libros de Derecho Constitucional, sobre por qué negar a los militares y policías en activo el voto electoral. Algunos de esos argumentos se pueden resumir así:

- No pueden votar porque poseen armas y podrían afectar la democracia usando la fuerza.

- Que los militares voten sería llevar la política a los cuarteles.
- Los oficiales presionarían a los soldados a fin de dirigir el voto a favor de un candidato determinado.
- El hecho de que cualquier militar o policía contradiga o apoye a un político públicamente, conllevaría a que se pierda la unidad y obediencia al Ejecutivo, fundamento para que los gobernantes dirijan el país.
- El voto de los militares afectaría la neutralidad que deben tener, etc.

Así como hubo detractores del voto militar y policial en activo, hubo también algunos que propiciaban el voto de estos, con argumentos como:

- Los militares y policías en actividad, al pagar impuestos como cualquier otro, deben tener los mismos derechos que cualquier ciudadano, entre ellos el votar.
- El que los militares y policías en actividad voten los alejaría de los golpes de Estado.
- Siguiendo lo que la Constitución de 1823 pregonaba, algunos consideraban a los militares y policías en actividad nada más y nada menos que “ciudadanos en armas”, con derecho al voto.
- El votar los comprometería más con sus obligaciones constitucionales, etc.

Veamos al respecto la opinión de algunos autores. José Pareja Paz Soldán, abogado, político, diplomático, geógrafo, autor de un conocido libro sobre Derecho Constitucional, entre otros, justificaba el hecho de no conceder el sufragio a los militares en

actividad, en los términos siguientes: “Sostenemos que la concesión del sufragio a los militares en actividad solo ofrecería peligros y desventajas, **determinando una mayor intromisión (de) la política en nuestras Fuerzas Armadas**, en su forma más inconveniente. Ellas exigen fundamentalmente, como condición de vida y de seguridad, el mantenimiento de la disciplina. El soldado se acostumbra a obedecer a sus superiores. El voto para ser efectivo debe ser libre. **En el caso de los institutos militares serían los superiores los que determinarían, en realidad, el voto de sus subordinados.** Y aun en el caso de actuar espontáneamente, hay cierto automatismo en el inferior que lo induciría a seguir el parecer del jefe.”⁶⁸ (resaltado agregado).

A Marcial Rubio y Enrique Bernalles les “parece positivo el que las Fuerzas Armadas y policiales no sean deliberantes como instituciones, y que tampoco puedan ejercer corporativamente del derecho de petición. Ello los institucionalizaría como un poderosísimo grupo de presión, casi irresistible, para cualquier tipo de gobierno, y crearía constantes fricciones entre el poder político y los jefes militares y policiales.”⁶⁹

“No es lo mismo si analizamos el problema desde el punto de vista de los miembros de estas Fuerzas como individuos. Las razones tradicionales son variadas y van desde la incapacidad política que se alega para los miembros de tropa y personal subalterno, hasta la necesidad de eliminar toda preocupación política propia en los altos rangos.”⁷⁰

Marcial Rubio y Enrique Ballesteros pensaban, al comentar la Constitución de 1979, que una forma de fortalecer la democracia era conceder el voto a los militares y policías en activo, como medio de sembrar una semilla de compromiso en el respeto por la constitucionalidad del régimen. El argumento de que el conceder el derecho del voto introduciría la política en los altos mandos era irrelevante; la política ya estaba en ellos. Afirmar que el voto del soldado seguiría al de su jefe, era como decir que el voto de un obrero de escasa educación y conocimiento político seguiría el de su patrón.⁷¹

V. EL VOTO MILITAR EN AMÉRICA

En América del Sur, el único país en el que los militares y policías en actividad no

68 PAREJA PAZ SOLDÁN, José, *Derecho Constitucional Peruano*, tomo II, páginas 797 y 798. Citado por M. Rubio y E. Ballesteros, en *Constitución y Sociedad Política*, página 611 y siguientes.

69 La afirmación de los autores que las Fuerzas Armadas, deliberantes y con la posibilidad de reclamar corporativamente, serían un poderosísimo grupo de presión, que crearía constantes fricciones entre el poder político y los jefes militares y policiales, debe quedar en presunción, ningún hecho concreto ha probado ello. La idea de que todos los militares y policías harán lo que sus jefes ordenen, sin razonar si la orden es legítima; es decir, debida, es también otra presunción errónea. En estos tiempos, la disciplina es consciente y se obedecen las órdenes legales. En Europa, el voto de militares en actividad es antiguo y en Alemania, entre otros, se permite su sindicalización.

70 RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*, mesa redonda editores, Lima - Perú, 1983, páginas 612 y 613.

71 *Ibidem*.

votan es Colombia, y en Centro América, solo en Guatemala y en Honduras no se les permite el voto. En el caso de Honduras, se pretende justificar ello con el argumento de que las fuerzas armadas están a cargo de toda la logística de la votación y por ello deben mantener su neutralidad.

En Colombia, recientemente, en el contexto de la presentación de un proyecto de ley para que los militares y policías en situación de actividad puedan votar, propuesto por el representante a la Cámara Ricardo Ferro, se alzaron voces en sentido contrario, llamando la atención, la posición de Humberto de la Calle, abogado, político, diplomático, profesor, escritor, vicepresidente en el gobierno de Ernesto Samper y jefe del equipo negociador del proceso de paz con las FARC.

De la Calle comentó, el 26 de febrero de 2020: “¡Lo que nos faltaba! El voto de los militares es un tremendo error de consecuencias nocivas. Eso fue lo que hizo Chávez. ¿Entonces al fin quién quiere convertirnos en Venezuela?”⁷²

Para ampliar el panorama del voto militar en América, revisaremos las constituciones de algunos países. En el caso de Bolivia, por ejemplo, la Constitución establece: “Artículo 245. La organización de las Fuerzas Armadas descansa en su jerarquía y disciplina. Es esencialmente obediente, no delibera y está sujeta a las leyes y a los

reglamentos militares. Como organismo institucional no realiza acción política; individualmente, **sus miembros gozan y ejercen los derechos de ciudadanía en las condiciones establecidas por la ley.** “(resaltado agregado). Respecto de la Policía, a su vez, el párrafo II del artículo 251 establece, en términos semejantes a los de la Fuerza Armada: “Como institución, no delibera ni participa en acción política partidaria, pero **individualmente sus miembros gozan y ejercen sus derechos ciudadanos, de acuerdo con la ley.**” (resaltado agregado)⁷³

En Uruguay, el artículo 77°, inciso 4, de la Constitución, prohíbe a una serie de servidores públicos, entre ellos, “**a los militares en actividad, cualquiera sea su grado**”, formar parte de comisiones o clubes políticos, suscribir manifiestos de partidos o realizar cualquier otro acto de este carácter, pero no el voto.⁷⁴

En el caso de Venezuela, los integrantes de la Fuerza Armada, tienen derecho al voto: “Artículo 330. **Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley**, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.”⁷⁵ (resaltado agregado).

El caso brasileño, en materia del voto militar y aun en la elección de estos para

72 <https://www.rcnradio.com/politica/francisco-santos-renuncia-la-embajada-en-eeuu-segun-versiones-diplomaticas>. Consultado el 10 de julio de 2021.

73 Constitución Política de Bolivia en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf

74 Constitución Política de Uruguay en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_uruguay.pdf

75 Constitución Política de Venezuela en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

cargos políticos, es particular y único en América. La Constitución de la República Federativa de Brasil prevé, entre otras cosas, a ese respecto:

“Art. 14. La soberanía popular será ejercida por sufragio universal y por voto directo y secreto con valor igual para todos, y, en los términos de la ley mediante:

1°. (...)

2°. **No pueden alistarse como electores los extranjeros y, durante el período del servicio militar, los reclutados.**” (resaltado agregado).

8°. El militar alistable es elegible, atendiendo las siguientes condiciones:

1. Si tuviere menos de diez años de servicio deberá separarse de la actividad.

2. Si tuviere más de diez años de servicio, será pasado a la reserva por la autoridad superior y, si resultare electo, pasará automáticamente, en el momento de la expedición del acta, a la inactividad.”⁷⁶

En cuanto al voto de los militares de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América, conversando con dos oficiales de alta graduación al respecto, podemos decir, que cada uno de sus miembros goza del derecho al voto, sin importar su rango o posición en la institución. La idea es que los militares, por el deber que tienen de poner su vida en riesgo al desplegarse durante la batalla, según las órdenes del Comandante en Jefe (Presidente de los Estados Unidos

de América) o a raíz de una declaración de guerra por del Congreso, deben también participar en la elección de tales “oficiales políticos”.

Hay ciertas limitaciones de participar en forma activa en las campañas electorales; por ejemplo, se prohíbe la participación en eventos públicos en uniforme, pero todos pueden votar en cada elección.

Para los militares que se hallan en el extranjero, existe la posibilidad de enviar su voto por correo; para ello, el militar tiene que registrarse en la oficina responsable de ejecutar las elecciones en su condado de residencia y solicitar una papeleta para votar en ausencia. El militar tiene que completar la papeleta y enviarlo por correo con tiempo adecuado para que llegue a la oficina de votación antes o en el día de la elección.

VI. SE PERMITE EL VOTO DE MILITARES Y POLICÍAS EN SITUACIÓN DE ACTIVIDAD EN EL PERÚ

El artículo 34 de la Constitución de 1993, que impedía el voto de militares y policías en activo, fue modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28480, publicada el 30 de marzo 2005, en los términos siguientes:

“Artículo 34.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional **tienen derecho al voto y a la participación ciudadana**, regulados por ley. **No pueden postular a cargos de elección popular, participar en**

actividades partidarias o manifestaciones ni realizar actos de proselitismo, mientras no hayan pasado a la situación de retiro, de acuerdo a ley.” (resaltado agregado).

Así como se permite el voto, se reitera la prohibición existente para postular a cargos de elección popular y participar en actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo, de la misma forma que estaban ya establecidas en los reglamentos militares y policiales.

Luego de la modificación del artículo 34 de la Constitución, para facilitar el voto de militares y policías en actividad, se promulgaron otras normas más adelante; así, en la primera de las Disposiciones Transitorias y Derogatorias de la Ley N° 28581, Ley que establece normas que regirán para las elecciones generales del año 2006, publicada el 20 de julio de 2005, se dispuso: “El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil asignará por una sola vez, en forma automatizada, los Grupos de Votación que correspondan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en servicio activo, inscritos en el Registro de acuerdo al distrito de su domicilio, de modo tal que en cada Grupo de Votación no se consigne a más de 20 miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.”

De otro lado, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), mediante resolución N° 317-205-JNE, de 27 de octubre de 2005, aprobó el “Reglamento sobre el ejercicio del voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú”, cuyos artículos son:

“Artículo Primero.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en actividad, ejercerán el derecho a sufragio en el grupo de votación

asignado por el RENIEC y que figura en su Documento Nacional de Identidad. **No podrán ser designados miembros de mesa.**” (resaltado agregado).

“Artículo Segundo.- Está prohibido a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en actividad:

1. Ser candidatos en procesos electorales.
2. Ser personeros de organizaciones políticas.
3. Realizar actividad proselitista o partidaria dentro de unidades acuarteladas y demás dependencias de la institución a la que pertenecen.
4. Hacer propaganda electoral a favor o en contra de un candidato, organización política u opción.
5. Participar, vistiendo uniforme, en manifestaciones y otros actos de carácter político.”

“Artículo Tercero.- Para acudir a sufragar, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en actividad, deberán tomar en cuenta las siguientes disposiciones:

1. Podrán acudir a sufragar vistiendo uniforme.
2. No portarán armas al momento de ingresar a la mesa de sufragio a emitir el voto. En caso de encontrarse cubriendo servicios de seguridad, el armamento que porten será custodiado conforme se indica en el artículo cuarto del presente reglamento.
3. Los presidentes de mesa deberán dar facilidades a los electores miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, para la emisión del voto.”

“Artículo Cuarto. - La ONPE habilitará, en cada local de votación, un ambiente cerrado en el que se mantendrá en custodia el armamento que corresponda a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que se encuentren cubriendo servicios el día de la elección, y que les corresponda sufragar en dicho local de votación. Este ambiente deberá contar con la seguridad respectiva y estará bajo la responsabilidad de un armero, designado para este fin por las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú. Los respectivos comandos deberán prever las medidas para acatar esta disposición.”

“Artículo Quinto. - Los jefes de unidades o dependencias de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú deberán dar las facilidades necesarias a todos los efectivos bajo su mando, para que ejerzan su derecho a sufragio.”

“Artículo Sexto.- Procede la dispensa por omisión al sufragio en los casos en que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú no hayan podido votar por razones del servicio. Para efectos de conceder la dispensa, los representantes de cada Instituto deberán remitir al Jurado Nacional de Elecciones, con posterioridad a las elecciones y en medios magnéticos, la lista conteniendo los nombres completos y número de DNI de los omisos al sufragio, para la expedición de la resolución correspondiente.”

Debemos realizar aquí algunas precisiones respecto de esta resolución del Jurado Nacional de Elecciones. Varias de

las disposiciones que la conforman son de orden ejecutivo; es decir, como llevar a la práctica el voto de militares y policías en activo, lo que está bien, pero contiene disposiciones que no son realistas y que el tiempo ha demostrado que contienen buenas intenciones, pero no se cumplen.

Ocurre ello con las disposiciones de los artículos cuarto y quinto, especialmente. En el artículo cuarto se ordena que la ONPE habilite, en cada local de votación, un ambiente cerrado para la custodia del armamento del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que se encuentren cubriendo servicios el día de la elección, y que les corresponda sufragar en dicho local de votación, ambiente que debe estar **“(…) bajo la responsabilidad de un armero, designado para este fin por las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú. Los respectivos comandos deberán prever las medidas para acatar esta disposición.”**

De acuerdo con la ONPE, el 11 de abril de este año, durante la primera vuelta de las elecciones, se instalaron 83,011 mesas de votación, de 83,048 previstas; es decir, el 99.96% de mesas.⁷⁷ ¿En cuántas de esas mesas se instalarán ambientes de custodia de armamento? ¿Cuántos armeros creían que había en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional del Perú cuando emitieron esta resolución? ¿No se informaron que las citadas instituciones no tienen sino algunos cientos de personas de esta especialidad? En conclusión, las disposiciones de ese artículo cuarto son impracticables.

77 <https://www.onpe.gob.pe/sala-prensa/notas-prensa/onpe-reporta-que-se-llego-instalar-9996-mesas-sufragio-nivel-nacional/>. Consultado el 9 de julio de 2011.

El artículo quinto de la resolución que dispone que “Los jefes de unidades o dependencias de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú deberán dar las facilidades necesarias a todos los efectivos bajo su mando, para que ejerzan su derecho a sufragio”, es otra disposición impracticable, porque en los días de elecciones todos los que sirven en unidades y dependencias operativas están de servicio y no solo en la ciudad o pueblo donde deben votar, sino, en lugares alejados de ellos, en distritos, provincias, a los que viajan con dos días de anticipación del día de las elecciones.

Si bien en el artículo 34 de la Constitución se establece que los militares y policías en actividad **“tienen derecho al voto y a la participación ciudadana”**, se impone también limitaciones: **No pueden postular a cargos de elección popular, participar en actividades partidarias o manifestaciones ni realizar actos de proselitismo**, mientras no hayan pasado a la situación de retiro, de acuerdo a ley.” Pues bien, se prohíbe a los militares y policías en actividad, en términos generales, que no pueden participar en actividades partidarias o manifestaciones ni realizar actos de proselitismo, lo cual es claro y es la misma conducta que les exige sus reglamentos institucionales; no obstante, de la lectura atenta del artículo segundo de la resolución del Jurado Nacional de Elecciones no se infiere ello, dado que el inciso 3 de dicho artículo prohíbe: “Realizar actividad proselitista o partidaria **dentro de unidades acuarteladas y demás dependencias de la institución a la que pertenecen**”, lo que implica que fuera de sus cuarteles y demás dependencias ellos pueden realizar actividad proselitista o partidaria, cuando el artículo constitucional cierra absolutamente esa posibilidad.

El inciso cuarto está referido a: “Hacer propaganda electoral a favor o en contra de un candidato, organización política u opción.” Es esta una prohibición general, como se entiende del artículo constitucional, no está referida a la prohibición de esa actividad solo dentro de las unidades acuarteladas y demás dependencias de la institución a la que pertenecen, como señala la resolución del JNE.

En cuanto a la prohibición del inciso quinto: “Participar, vistiendo uniforme, en manifestaciones y otros actos de carácter político”, otra vez, en nuestra opinión, es contraria a la disposición constitucional. Implicaría ello que los militares y policías en activo, vistiendo de civil, si pueden participar “en manifestaciones y otros actos de carácter político”, lo cual no es exacto.

La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), a su vez, emitió la Resolución Jefatural N° 036-2006-J-ONPE (Disposiciones para el voto de los ciudadanos miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú), publicada el 7 de febrero de 2006, precisando:

“Artículo 1°- Objeto

Estas disposiciones regulan el ejercicio del voto de los ciudadanos miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que **se encuentren cumpliendo servicio el día en el que se realizan procesos electorales o de consulta popular.** (resaltado agregado).

“Artículo 2°- Exclusión del sorteo de miembros de mesas

Los ciudadanos miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional **serán excluidos del sorteo de miembros de mesa.** Para dicho efecto, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Dirección

General de la Policía Nacional del Perú remitirán a la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE la información actualizada de sus miembros. En caso que resultara seleccionado como miembro de mesa algún ciudadano militar o policía, pese a la información remitida por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, éste no será considerado omiso a la conformación de la Mesa de Sufragio, estando exento de toda sanción.”

“Artículo 3º- Acondicionamiento de locales

Los coordinadores de local verificarán que en todos los locales de votación se coloquen afiches o carteles de difusión que orienten a los electores miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. **Asimismo, de ser necesario, habilitarán un ambiente para la custodia temporal de las armas, en coordinación con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.**” (resaltado agregado)

“Artículo 4º- Ejercicio del sufragio

Para ejercer el voto, los electores miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional:

a) Tienen derecho al “voto rápido”, evitando formar fila de espera para su ingreso al local de votación y al ambiente donde funciona la Mesa de Sufragio.

b) Se identifican únicamente con su Documento Nacional de Identidad ante el Presidente de Mesa.

c) No portarán armas ni ningún otro elemento de seguridad al ingresar al ambiente donde funciona la Mesa de Sufragio.”

“Artículo 5º- Coordinación con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

La ONPE mantiene una coordinación permanente con el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y con la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, a efectos que estas instituciones dicten las disposiciones y órdenes necesarias para garantizar el libre ejercicio del derecho al sufragio de los ciudadanos miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que cumplan servicio el día de las elecciones. En tal sentido, corresponde a los comandos militar y policial:

a) Establecer los mecanismos que permitan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional relevarse del servicio al cual hayan sido asignados, para que puedan dirigirse al local de votación que les corresponda; así como la duración de dicho relevo.

Determinar a los responsables de la custodia de las armas de fuego y otros elementos de seguridad asignados a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a efectos que al momento de votar estos ciudadanos no porten tales objetos.”

Lo que dijimos de la resolución del Jurado Nacional de Elecciones podemos decir también de la resolución jefatural de la ONPE, en cuanto menciona que corresponde a los comandos militares y policial establecer los mecanismos que permitan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional relevarse del servicio para que puedan dirigirse al local de votación que les corresponda y, de otro lado, designen a los responsables de la custodia de las armas de fuego y otros elementos de seguridad asignados a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que estando de servicio, concurren a votar.

VII. CONCLUSIONES

2. En los primeros años de la Republica, los militares en servicio activo no tuvieron impedimento para elegir o ser elegidos a cargos políticos como los de presidente, senador o diputado.
3. En la Constitución de 1828 se prohíbe, por primera vez, que los militares en actividad, con mando de tropa, puedan ser elegidos representantes por la provincia en la que se hallaban acantonados. La Constitución de 1834 amplió esta prohibición al departamento y la de 1839, no solo mantuvo esa prohibición, sino que la amplió para los Consejeros de Estado, no pudiendo ejercer este cargo los generales y jefes con mando de fuerza armada.
4. La Constitución de 1856 prohibió que militares en actividad, con mando de tropa, pudiesen ser elegidos representantes de las provincias o departamentos en los que se hallasen de guarnición; la Constitución de 1860 mantuvo esa regla y la amplió para el resto de militares que se hallen sirviendo, en cualquier puesto administrativo, en los límites de una provincia y su respectivo departamento. Esta misma Constitución, dispuso que el General en Jefe del Ejército no podía ser candidato presidencial. La Constitución de 1867 mantuvo todas las restricciones previstas en la Constitución de 1860.
5. En la Constitución de 1920, la prohibición del voto de los militares en actividad será general. No pueden elegir ni ser elegidos si previamente no han pasado a la situación de retiro, en un plazo determinado. Esta regla será seguida por las constituciones de 1933, 1979 y 1993, hasta el 2005, cuando se permitirá el voto de los militares y policías en actividad.
6. En cuanto a la legislación electoral, el camino que siguieron las múltiples leyes respecto al voto de los militares en activo, en términos generales, es semejante a las disposiciones constitucionales, pero los detalles y especificaciones son mayores. De acuerdo con la ley electoral de 1834, no gozaban de sufragio los Comandantes Generales y Jefes de la guarnición en los lugares de destino; igualmente, los soldados, cabos y sargentos del Ejército y la Armada. En la de 1839 estas prohibiciones se amplían; así, no podían sufragar, los Comandantes Generales de Departamento, los Jefes de guarnición, oficiales subalternos y la tropa en las provincias en las que estaban acantonadas. La de 1849 mantuvo esas prohibiciones y la amplió a los agentes de policía, igual que las de 1851 y 1857.
7. La Ley Orgánica de Elecciones de 1861, promulgada por Ramón Castilla, establecía que no podían sufragar los Jefes y Oficiales del Ejército o Armada Nacional y los de Gendarmería; los individuos de tropa pertenecientes a la Gendarmería o al Ejército; y los que formaban parte de la tripulación de los buques de la Armada Nacional. De otro lado, sufragaban los Jefes y Oficiales del Ejército, o de la Armada, que no ejercían ninguna clase de mando. Esta ley tendrá una vigencia de 40 años, aproximadamente.
8. La Ley N° 2108, de 4 de febrero de 1915, Ley de Elecciones Políticas, promulgada por Oscar R. Benavides, fue la primera ley que prohibió el sufragio de los militares en activo, sin hacer

distingos de ninguna clase. A partir de esta ley, todas las posteriores en materia electoral repitieron la prohibición general, de forma directa o indirecta.

9. El artículo 34 de la Constitución de 1993, que impedía el voto de militares y policías en activo, fue modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28480, publicada el 30 de marzo 2005, en los términos siguientes: **“Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional tienen derecho al voto y a la participación ciudadana, regulados por ley.** No pueden postular a cargos de elección popular, participar en actividades partidarias o manifestaciones ni realizar actos de proselitismo, mientras no hayan pasado a la situación de retiro, de acuerdo a ley.” (resaltado agregado).
10. Luego de la modificación Constitucional se ha visto que ninguna de las situaciones que se esgrimían para no conceder el voto a militares y policías en activo han ocurrido. No se hace política partidaria en los cuarteles ni dependencias de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; los oficiales no dictan el sentido del voto de sus subalternos, etc.
11. Esta facultad de voto otorgado a los militares y policías peruanos en situación de actividad, no es particular; en América, por ejemplo, en la gran mayoría de países el voto de militares y policías en actividad está permitido. Solo en Colombia, Honduras y Guatemala no existe esa posibilidad.
12. Las disposiciones que dictaron el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos electorales, para hacer efectivo el voto de los militares y policías en situación de actividad, no solo son contrarias a la Constitución, en varios aspectos, sino que no cumplen su objetivo porque sus disposiciones están alejadas de la realidad.
13. En el Perú, los días de elecciones, la mayor cantidad de militares y policías están de servicio y no precisamente en la ciudad en que se hallan residiendo, sino fuera de ellas, a donde se desplazan días antes de la fecha del sufragio, para dar seguridad a los locales de votación, de forma que no votan.
14. Si pudiéramos hacer una estadística de los militares y policías en actividad que votaron en las últimas elecciones, probablemente, optimistamente hablando, no pasarían del 20% de sus efectivos.
15. Mientras no se encuentren las fórmulas adecuadas y realistas, el voto de los militares y policías en actividad seguirá siendo un eufemismo. ¿Si deben custodiar locales de votación, patrullar las calles y carreteras los días de las elecciones, porque no pueden votar unos días antes, por ejemplo? Las reglas dadas por el JNE y la ONPE no cumplen sus propósitos, son irreales e impracticables.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALTUVE-FEBRES LORES, Fernán. La Constitución de Huancayo de 1839. (<https://fernanalтуve.com.pe/wp-content/uploads/2019/04/La-Constituci%C3%B3n-de-Huancayo-1839.pdf>).
- BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, Tercera parte: Desde 1926 hasta 1950, Fuero Militar Policial, febrero 2019, Lima – Perú, páginas 123 y 124.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín. LA CONSTITUCIÓN DE 1828 Y SU PROYECCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO, Historia Constitucional (revista electrónica), n. 4, 2003. <http://hc.rediris.es/04/index.html>.
- PAREJA PAZ SOLDÁN, José, Derecho Constitucional Peruano, tomo II.
- RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y Sociedad Política, mesa redonda editores, Lima – Perú, 1983.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Las Constituciones del Perú, Biblioteca Jurídica del Bicentenario 1821- 2021, Colección Constituciones y Debates Constituyentes I, primera edición, octubre de 2017.
- VILLARÁN GODOY, Manuel Vicente. Páginas Escogidas. Lima, 1962.
- Archivo Digital del Congreso, Legislación del Siglo XIX (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)
- Archivo Digital del Congreso, Legislación posterior a 1904 (<https://www.leyes.congreso.gob.pe>)
- <https://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/presidentes-1822-1850>.
- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7674>.
- <https://www.onpe.gob.pe/sala-prensa/notas-prensa/onpe-reporta-que-se-llego-instalar-9996-mesas-sufragio-nivel-nacional/>.
- <https://www.rcnradio.com/politica/francisco-santos-renuncia-la-embajada-en-eeuu-segun-versiones-diplomaticas>.
- Constitución Política de Bolivia en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf
- Constitución Política de Uruguay en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_uruguay.pdf
- Constitución Política de Venezuela en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf
- Constitución Política de Brasil en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_brasil.pdf

Mariano E. Fernández¹

RESABIOS INQUISITIVOS EN EL SISTEMA MIXTO DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: I. EL SISTEMA INQUISITIVO Y SU EVOLUCIÓN A UN SISTEMA ACUSATORIO; II. LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL; III. MEDIDAS PARA "MEJOR PROVEER". PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES VIOLADOS EN EL PROCESO PENAL TUCUMANO. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD; IV. CONCLUSIONES; Y V. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIAL.

RESUMEN

El autor analiza la evolución del sistema penal inquisitivo al sistema acusatorio y resalta las bondades de esta última. Pondera la imparcialidad de un tribunal de justicia penal y critica el sistema mixto en el que se mueven los tribunales en la provincia argentina de Tucumán, violando el principio de imparcialidad.

ABSTRACT

The author analyzes the evolution of the inquisitorial criminal system to the accusatory system and highlights the benefits of the latter. He ponders the impartiality of a criminal justice court and criticizes the mixed system in which the courts operate in the Argentine province of Tucumán, violating the principle of impartiality.

1 Abogado por la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Fiscal Regional del Ministerio Público Fiscal - Tucumán (Argentina)

I. EL SISTEMA INQUISITIVO Y SU EVOLUCIÓN A UN SISTEMA ACUSATORIO

Tratare de exponer sintéticamente el proceso inquisitivo, o sea la forma en que se investigó, juzgó y condenó a millones de personas, de las cuales la gran mayoría sería declarada inocente según nuestras legislaciones actuales. Ese oscuro tramo del pasado estuvo marcado por la violación sistemática de los derechos del imputado; la persecución de los presuntos ilícitos “de oficio; la tortura (casi como único medio de prueba) para obtener la confesión; la parcialidad del tribunal; el secreto de las actuaciones y la aplicación de penas severísimas y crueles concebidas como expiación de los “pecados” religiosos y terrenales, sin tener proporcionalidad alguna con el supuesto ilícito cometido.

Entender el inicio y el apogeo del sistema inquisitivo presupone introducirnos en un fenómeno que, por su irracionalidad, crueldad y por el desprecio más absoluto de la dignidad humana, deja bien a las claras que el derecho a un debido proceso, ha sido una conquista jurídica muy difícil de alcanzar. Desde la barbarie de la venganza privada hasta las formas más civilizadas de juzgar se ha recorrido un largo camino, con grandes retrocesos, desencantos y finalmente avances significativos.

Como bien lo explican Maier y Vélez Mariconde, el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, tuvo su origen en un conflicto de carácter netamente político, “...durante la última parte de la Edad Media entran en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca. El “rey” pretendió aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba bajo su dominio mediante una única forma de organización política central...”

Tal como era conocido en aquella época, el “combate judicial” que pretendía “iluminar la razón” por la vía de la exaltación de la fuerza física (duelo), fue reemplazado por el privilegio de designar un representante que “combatía” en lugar del interesado. Esta fórmula terminó operando como una modalidad de oprimir a los débiles desde que quienes gozaban de mayores recursos estaban en condiciones de ser “mejor representados” por una persona más vigorosa o competente para el duelo. Haciendo una comparación con el sistema defensivo de estos días, las personas más acaudaladas (generalmente los políticos corruptos y/o narcotraficantes) tienen la posibilidad económica de contratar a los mejores y más prestigiosos abogados penalistas a fin de que ejerzan la defensa técnica en las causas en las que son investigados. Cuestión que no es menor, desde que los que menos tienen por lo general se hacen defender por los defensores oficiales o por profesionales no tan bien preparados, generando en muchas oportunidades situaciones de indefensión fáctica de los imputados.

En cuanto a la “prueba” dentro del sistema inquisitivo, la “confesión” era el fin esencial del procedimiento y la casi única medida probatoria válida. Por lo que, cualquier medio “útil” para obtenerla se reputaba legítimo: la prisión, el ayuno obligado, la vigilancia para evitar actos privados del imputado o sorprenderlo en ellos y, el tormento físico.

El uso de “instrumentos” de tortura fue regulada específicamente, incluso como una suerte de “garantía” del imputado, tendiente a “moderar” su práctica indiscriminada y “acotar” los riesgos físicos a los que eran sometidos los imputados. Los métodos de tortura se elevaron a la categoría de un

procedimiento “científico” para averiguar “la verdad real”.

Siendo esto así, la concepción rudimentaria (del proceso penal) fue sustituida por la tesis “de la investigación de la verdad histórica”, idea jurídicamente más refinada que representó un intento verdadero de racionalización del litigio. Sin embargo, la búsqueda de dicha verdad histórica comenzó a justificar el despojo, a la víctima, del conflicto. El Estado pasó a confiscar el dolor sufrido, se dejó de lado los intereses de las víctimas y se colocó al Señor Estado en su lugar, logrando que, para hacer justicia, se busque (a como dé lugar) la verdad histórica del hecho investigado y no tratar de solucionar el daño producido o solucionar el conflicto generado por el hecho delictivo.

Dentro de la historia y evolución de Europa, la inquisición italiana nunca alcanzó el rigor que la caracterizó en España, Alemania y Francia, a pesar de que los juristas italianos fueron los precursores y los expositores jurídico científicos de los principales institutos que incorporó ese método de persecución penal, “la competencia determinada por el lugar del hecho”, “el procedimiento escrito y secreto”, “la persecución ex officio”, “el sistema de pruebas legales”, “las presunciones”, “el valor de la confesión”, “la tortura”, etc.

Fueron los filósofos del siglo XVIII, en especial Montesquieu, Beccaria y Voltaire, quienes emprendieron decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento penal y que también alcanzó al procedimiento civil. Basados principalmente en la idea Republicana de Gobierno.

Debe decirse, sin miedo a equivocarse, que partiendo de la necesidad de imponer

un sistema republicano de gobierno que reemplazara al absolutismo monárquico, portador de valores individuales superiores en rango a la propia defensa social, arribaron a postular un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, bajo la influencia de dos fuentes principales: el Derecho romano republicano y el Derecho practicado en Inglaterra que no sufrió el fenómeno de la recepción del Derecho romano-canónico.

El nuevo modelo proponía, en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad de los debates, la libertad de la defensa y el juzgamiento por jurados, todos institutos nuevos que buscan defender el debido proceso.

Si bien el cambio cultural que se plasmó en dicha época de la historia, fue radical y trascendente, no pudo desprenderse de la influencia del sistema inquisitivo que pasó a combatir. De allí que surgieron fórmulas de “composición” procesal, en ciertas medidas forzadas, denominadas “mixtas” (ya que portaban elementos de ambos sistemas). Este cambio no pudo efectuarse de modo abrupto y radical, sino que debió realizarse de modo que instituciones fundamentales (como por ejemplo la policía) no sientan que perdían todo el poder que ostentaban, ya que se podía generar un efecto contrario por la resistencia de los poderosos. Básicamente, es por esto que se optó por un sistema mixto, donde si bien se cambiaba el modo inquisitivo del sistema procesal, subsistían en el nuevo procedimiento, resabios del anterior.

La inquisición, en su forma más “pura”, fue un proceso que no podía perdurar en el mundo contemporáneo. El hombre del siglo XIX no podía consentir, al empezar

a consustanciarse con los pensamientos liberales que comenzaron a levantarse en el siglo XVIII y se intensificaron en el siglo XIX, un sistema que solo pudo sostenerse a base de imponer a “sangre y fuego” su ideología.

Sin embargo, las huellas culturales del proceso inquisitorial no han desaparecido. Si así fuera, no seguirían rigiendo códigos procesales que se sustentan sobre las dos columnas del sistema inquisitorial: la casi excluyente persecución penal de oficio (monopolio sobredimensionado del Estado) y la búsqueda de la “verdad real” como meta última de todo el sistema judicial.

El claro ejemplo de la temática que vengo desarrollando, es el sistema procesal tucumano (Tucumán, provincia del norte argentino). El sistema procesal penal mixto –que actualmente rige en la provincia– tiene grandes resabios de institutos procesales inspirados en el modelo inquisitivo, provocando la confusión de los roles del acusador/querellante/víctima y el juez.

En franca violación a las garantías constitucionales y convencionales, en virtud del sistema procesal antes referenciado, en muchas oportunidades se condena con la ayuda de elementos probatorios “guiados y/o producidos” por decisión del tribunal de juicio.

La batalla en el campo de la ideología procesal gira en torno de la supresión de esos sistemas mixtos y su reemplazo por sistemas adversariales en materia penal.

II. LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

De la búsqueda en el Diccionario de la Real Academia Española de la palabra

imparcial se advierte que, en primer lugar, semánticamente nos encontramos ante un adjetivo, y su primera acepción se refiere a “Que juzga o procede con imparcialidad”, y a continuación señala como ejemplo al “Juez imparcial”. Por su parte, define a la imparcialidad como “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

Desde el punto de vista semántico, parecería que el adjetivo imparcial no es más que una cualidad del sustantivo Juez, no obstante, ello, entendemos que dichas palabras deben ser inseparables a la hora de definir el modelo de enjuiciamiento penal que pretendemos sea el usado por nuestra legislación procesal.

En ese sentido, Julio Maier señala que “... la palabra juez no se comprende, al menos en sentido moderno, sin el calificativo de “imparcial”, integrando hoy, desde un punto de vista material el concepto de juez cuando se refiere a la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan solo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública se requiere”.

Agrega que “el sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto semánticamente se refiere a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir”.

Además de la independencia, señala el autor, es condición necesaria frente al caso, el ejercicio de la función de juzgar por parte de una persona que garantice la mayor

objetividad posible frente al caso. A esta situación del juez en relación al caso que le toca juzgar se la denomina imparcialidad. Es decir, para evitar cualquier temor de parcialidad, se debe ser lo suficientemente amplio en la apreciación de las causales de apartamiento de los magistrados según la regulación procesal, teniendo siempre una visión constitucional del problema.

Luigi Ferrajoli señala que “llamaré imparcialidad (*terzietà*) a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en la causa; independencia a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; naturalidad, a que su designación y la determinación a sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, estos tres aspectos de la imparcialidad del juez requieren garantías orgánicas consistentes en otras tantas separaciones: la imparcialidad exige la separación institucional del juez respecto de la acusación pública, la independencia demanda su separación institucional de los otros poderes del Estado y, por otra parte, la difusión de la función judicial entre sujetos no dependientes entre sí; la naturalidad requiere su separación de autoridades comitentes o delegantes de cualquier tipo y la predeterminación exclusivamente legal de sus competencias. Resulta, en fin, superfluo añadir que la imparcialidad, más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento.”

A fin de asegurar la imparcialidad del juez, es fundamental que la acusación y la investigación penal recaigan en órganos distintos. Dicho lo cual se infiere que en el ámbito del proceso se torna necesario separar las funciones de investigación y

de juzgamiento, procurando la figura de un juez imparcial, siempre en respeto a la regla fundamental de que no hay jurisdicción sin acción - “*net procedat iudex ex officio*” -, lo que supone que la persecución penal y su continuidad deben estar a cargo de un sujeto ajeno al órgano jurisdiccional, el Ministerio Público Fiscal, cuya misión consiste en investigar, defender los intereses estatales y ser el responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación.

Eduardo Jauchen nos enseña sobre el tópico que, “... a fin de preservar al máximo la imparcialidad del juez o tribunal que juzgará cada caso, es importante que el mismo tome conocimiento del hecho y de las pruebas en el juicio oral, de modo que toda la información que adquiera sea producto solo de lo que presencien una vez comenzado el debate oral, llegando al mismo con la mayor ignorancia posible sobre aquellos extremos, pues cualquier información previa o intervención funcional antes del comienzo del juicio, sobre cualquier cuestión relacionada con el mismo, contaminaría de antemano con prejuicios inapropiados que pondrían en duda la ímpolita imparcialidad con que deben presenciar todo el desarrollo del juicio y decidir en definitiva”.

Esta garantía constitucional NO debe ser violada bajo ningún pretexto –menos por la llamada búsqueda de la verdad- ni de modo directo tampoco indirectamente. Es por ello que se debe resguardar la imparcialidad del tribunal y debe solicitarse la declaración de inconstitucionalidad de los institutos procesales, que, si bien están vigentes, son contrarios y violatorios de la garantía de imparcialidad del sentenciante.

III. MEDIDAS PARA “MEJOR PROVEER”. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES VIOLADOS EN EL PROCESO PENAL TUCUMANO. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.

Tal como vengo relatando, en muchas legislaciones procesales vigentes, existen resabios inquisitivos, los cuales demuestran que el sistema inquisitivo continua vigente en dichas legislaciones. Conllevando muchas violaciones a distintas garantías constitucionales.

En la legislación procesal vigente de la Provincia de Tucumán, una vez que se ordena la elevación a juicio de una causa, la misma es elevada al tribunal que entenderá en el debate propiamente dicho. Es este tribunal por ante quien las partes deben ofrecer las pruebas cuya admisibilidad debe decidirla el mismo tribunal, a su vez es el mismo tribunal el que debe verificar el cumplimiento de las prescripciones legales de la investigación que se ha realizado, pero lo más determinante a los fines de este trabajo, es que ese mismo tribunal PUEDE SOLICITAR UNA INSTRUCCIÓN SUPLEMENTARIA.

Todo lo antes detallado viola de modo flagrante la garantía de imparcialidad del tribunal, ya que desde que reciben y decretan la prueba, ya toman conocimiento de la causa y van generando prejuicios que vician la imparcialidad del juzgador.

Sin embargo, si resulta realmente asombroso que el tribunal de juicio detente todas estas facultades, la que más flagrantemente viola la garantía de imparcialidad son las llamadas “medidas para mejor proveer”.

Estas medidas, en el procedimiento legal vigente, pueden ser ordenadas por el

tribunal EN EL DEBATE, o sea que, cuanto el tribunal tiene duda sobre algo, puede ordenar que se realice una medida para mejor proveer. Es el mismo tribunal que, de antemano y con una clara intención, solicita una medida de prueba a fin de reforzar o no un prejuicio.

Siendo que es legal y de uso común en los sistemas mixtos este tipo de medidas, el tribunal suple el ineficiente trabajo de una de las partes al dictar estas “medidas para mejor proveer”. Algunas veces pueden ser tendientes a reforzar la tesis defensiva, o sea para absolver, pero la mayoría de las veces son utilizadas por el juzgador para suplir el deficiente trabajo del órgano acusador y condenar a una persona. Digo esto en razón de que si existe duda se debe absolver, y para disipar dichas dudas, es que el tribunal ordena que se provean pruebas que debería haber propuesto y producido el ministerio público de la acusación.

Vemos entonces que, por ejemplo, en medio de un debate por un homicidio perpetrado por el uso de un arma de fuego, y en el que no fue ofrecida por la fiscalía una pericia sobre el arma secuestrada, el tribunal (con el pretexto de que es necesario para mejor proveer) ordena que se realice la pericia. Resultando obvio que, lo buscado por el tribunal es suplir el deficiente trabajo del acusador, a fin de poder condenar al imputado y de ese modo enviar un mensaje sin sentido a la población.

IV. CONCLUSIONES

El sistema mixto si bien significó, en términos de respeto al debido proceso, un gran avance sobre el inquisitivo puro, no es el procedimiento apropiado para resguardar cabalmente el principio republicano de gobierno.

El sistema adversarial, en virtud del cual, se respeta el debido proceso, el principio de legalidad, el de imparcialidad del sentenciante (a través de jueces intermedios), etc., parece ser la mejor opción a la hora de evaluar proyectos tendientes a modificar el sistema procesal penal actual.

Por supuesto que en este sistema desaparecen las llamadas medidas para mejor proveer y NO son suplidas por ninguna otra. El juzgador, en el debate, conoce solamente sobre las pruebas presentadas y producidas por las partes intervinientes. NUNCA suple

el trabajo del acusador o del defensor, solamente se circunscribe a fallar con los elementos presentados por las partes.

En los sistemas mixtos donde todavía se hace gala de las medidas, que, si bien son legales, al atacar garantías constitucionales, debe solicitarse que, al momento de intentar el uso de una de ellas, se ordene su inconstitucionalidad por ser las mismas inconventionales, o sea contrarias a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás tratados internacionales vigentes.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIAL

- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 2006.
- JAUCHEN, Eduardo, Estrategias de Litigación Oral Penal, Ed. Rubinzal Culzoni.
- MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal", T I, Ed. Del Puerto 1996.

Celestino Causillas Aguilar¹

EL JUICIO BIFÁSICO. ¿SE APLICA EN EL FUERO MILITAR POLICIAL?

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA DIVISIÓN DEL JUICIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL; III. ANTECEDENTE HISTÓRICO DEL JUICIO BIFÁSICO; IV. CESURA DE JUICIO, VISTA EN EL PROCESAL PENAL DEL PERÚ; V. ¿POR QUÉ LA PREFERENCIA DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL Y PARTES PROCESALES DE RECURRIR AL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL JUICIO?; VI. CONCLUSIÓN; Y VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor trata sobre la división del juicio en el proceso penal militar policial, previsto en el la Código Penal Militar Policial, al que califica de bifásico, y considera que es innovativo, acorde a la doctrina comparada y es más garantista que el juicio establecido en el Código Procesal Común.

ABSTRACT

The author deals with the trial division in the police military criminal process, provided for in the Police Military Criminal Code, which he

¹—Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima, Magister en Derecho Civil y Comercial, Magister en Desarrollo y Defensa Nacional, Doctor en Derecho y Post Doctor en Ciencias; docente universitario, ha cursado los tres niveles del curso para magistrados militares y policiales, diplomado en metodología de investigación científica, durante su carrera militar ha desempeñado cargo de asesor en diferentes dependencias del Ejército, Jefe del DEDUC en la Escuela del Servicio Jurídico, Juez en el Juzgado de Tránsito Militar. En el ámbito jurisdiccional, secretario de juzgado, juez penal militar policial, Fiscal Supremo Adjunto ante la Vocalía Suprema y ante la Sala Suprema de Guerra del Tribunal Supremo Militar Policial y actualmente Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Norte, 2020- 2021

qualifies as biphasic, and considers that it is innovative, according to comparative doctrine and provides better guarantees than the judgment established in the Common Procedural Code.

I. INTRODUCCIÓN

La división del juicio en dos fases, llamado también bifásico, es una innovación del derecho procesal penal que tiene sus antecedentes en la división clásica del juicio por jurados del derecho anglosajón, correspondiendo en audiencia oral pública, primero, determinar si se han probado los hechos materia de acusación y, si el procesado es culpable o inocente del hecho que se le imputa; de hallarse en el primer caso, se emite el veredicto de culpabilidad. En la segunda fase, se determina la calificación jurídica, las penas y medidas de seguridad. En el caso de la justicia militar policial del Perú, se nota que, a los operadores jurisdiccionales, fiscales y partes procesales les interesa el juicio monofásico; entonces, cabe la pregunta ¿Si el Código Penal Militar Policial considera el juicio bifásico?

Primero, es necesario tener presente que el objeto del Código Penal Militar Policial es contribuir al mantenimiento del orden, seguridad y disciplina de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú; y por su naturaleza y finalidad el Fuero Militar Policial se relaciona con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, dentro de la autonomía e independencia reconocida en la Constitución Política del Perú y sus respectivas leyes. Segundo, que la Constitución

Política del Perú, establece como garantía procesal, observar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, no pudiendo desviarse de lo predeterminado por ley, ni someterse al imputado a un procedimiento distinto a lo previamente establecido.

Pues bien, atendiendo nuestra pregunta, respondemos que el Decreto Legislativo N° 1094, “Código Penal Militar Policial”, sí considera la división del juicio en dos fases para el juzgamiento de militares o policías, por conductas ilícitas cometidas en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él y que atenten contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional (Art. II del TP del CPMP), lo que se conoce como delitos de función. Parámetros que también han sido recogidos en las sentencias del Tribunal Constitucional: STC 00454-2006HC/TC, 0002-2008-AI/TC y 0001-2009-AI/TC.²

II. LA DIVISIÓN DEL JUICIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

Antes del año 2010, el proceso penal militar era mixto. Inquisitivo durante la instrucción y medianamente acusatorio durante el juicio oral, que estaba a cargo de los Consejos de Guerra Permanentes, con la presencia de los sujetos procesales, donde el acusado militar o policía y su abogado defensor se enfrentaban no solo al tribunal juzgador, sino también al fiscal que acusa y, en ocasiones, al procurador público

2 EXP N° 00022-2011-PI/TC numeral 89.

o su representante como persecutores del resarcimiento económico o reparación civil proveniente del delito. Posteriormente, la jurisdicción militar policial, teniendo presente su autonomía constitucionalizada (Art. 139 de la Constitución), con una visión de garantía procesal moderna, a través del Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1094, publicado el 1 de setiembre del 2010, acoge el sistema acusatorio, estableciendo las etapas del proceso penal en investigación, etapa intermedia y juicio; reconoce los roles diferenciados de los jueces y los fiscales, así como los principios procesales de contradicción, intermediación, simplicidad, celeridad y, además, para el juicio, los principios de oralidad, publicidad y no duplicidad funcional (Art. 144 del CPMP), diferenciándose en algunos principios del proceso penal ordinario. Es así que el Código Penal Militar Policial, en su artículo 385, establece la división del juicio en dos fases, a diferencia del juicio monofásico del procesal penal común:

“Artículo 385.- División del juicio en dos fases.

El juicio se realizará en dos fases que observarán el debido proceso. En la primera fase se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado. **Finalizada esta fase**, la Sala o el Tribunal Superior Militar Policial deberá determinar si se han probado los hechos materia de acusación y si el procesado es culpable o inocente. Cuando haya **veredicto de culpabilidad**, en la **segunda fase** se determinará la calificación jurídica, las penas y medidas de seguridad.” (resaltado agragado).

III. ANTECEDENTE HISTÓRICO DEL JUICIO BIFÁSICO

Según Barbero, en el “X Congreso de Derecho Penal en Roma”, del 29 de setiembre al 4 de octubre de 1969, se debatió la aplicación de la división del proceso penal en dos fases, como una visión innovativa, surgiendo la pregunta: ¿qué se entiende por división del proceso penal en dos fases? Ciertamente, no existe total coincidencia sobre el tema en el congreso, pero, según opinión mayoritaria, la primera fase del proceso consistiría en la atribución del comportamiento; es decir, en la verificación de las pruebas, y en la decisión acerca de si una determinada persona se ha comportado realmente de aquella forma concreta, que se acordó en la ley, y puede justificarse la declaración de antisocialidad. En la segunda fase, la apreciación de la antisocialidad se investigaría en la personalidad del sujeto y se decidiría si la persona a quien se ha atribuido un comportamiento legalmente determinado, es o no antisocial y si debe ser o no sometida a las medidas de defensa social.

Cornil, introduce el término “cesura” para referirse a la división del proceso penal. Considera una distinción entre la decisión sobre la culpabilidad y la decisión sobre la elección de la pena; sostiene que el juez penal, en primer término, debe verificar si el procesado ha cometido un acto legalmente cualificado como crimen o delito, y si es imputable, lo cual es denominado por Arcel “proceso de culpabilidad” y, en la segunda fase, “proceso de defensa social”, se enjuiciaría al hombre, sobre la base de la elección de una sanción penal apropiada a su situación y a sus características individuales.

En el mismo congreso se sostuvo por algunos, que en la primera fase se determinaría únicamente la materialidad de la

infracción, y en la segunda, se analizaría la imputabilidad. Asimismo, no hubo consenso con respecto a la competencia de la jurisdicción para aplicar las fases, ya que surgieron tres posturas: primero, competencia de la misma jurisdicción, segundo, competencia del juez de ejecución de la pena y, tercero, competencia de un organismo especial (sistema de jurados); no obstante, a partir del X Congreso de Derecho Penal en Roma podemos asistir a una determinada concepción jurídico-Penal: división de juicio, cesura de juicio, juicio penal bifásico.

Robles, respecto al instituto de la cesura de juicio (o juicio penal bifásico), sostiene que encontramos este criterio, dentro del derecho comparado, en el juicio por jurados del derecho anglosajón, puesto que, en dicho proceso, el jurado decidía sobre la culpabilidad del imputado, para pasar luego al debate sobre el significado jurídico del hecho, pronunciándose finalmente la pena por el juez o jueces profesionales.

En el Código Procesal Penal de Argentina, Ley 27.063, de 4 de diciembre de 2014, artículo 250, se instaura a nivel federal, un sistema de administración de justicia acusatorio y se establece la división del juicio oral en dos etapas: la primera, relacionada con la determinación de la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal de la persona acusada. Si hubiera veredicto de culpabilidad, se llevará adelante la segunda etapa relacionada con la determinación de la sanción a imponer, su modalidad y el lugar de cumplimiento; es decir, de la cesura de juicio, en Argentina, se avanza decididamente a la implementación del juicio por jurados. Al respecto, Díaz pregunta: ¿En qué se supone se apoyan los defensores de la división del juicio penal?, a ello se responde que los defensores del sistema bifásico se apoyan en las modernas concepciones sobre los fines

de la pena, pero también, en la cuestión de la cesura del juicio existen otras circunstancias importantes, como la recta solución de la cuestión de la culpabilidad.

IV. CESURA DE JUICIO, VISTA EN EL PROCESAL PENAL DEL PERÚ

Mora (2018), refiriendo a Loja, precisa que el legislador nacional no ha establecido expresamente la división del juicio penal en el Código Procesal Penal, y que la pena a imponer se basa en los datos que las partes incorporan al juicio, para determinar la existencia del hecho punible y su vinculación con el acusado, más no así, para establecer la pena o para este fin propiamente; por tanto, el Código Procesal Penal no establece un debate para este extremo, salvo lo dispuesto en el Art. 372, en el caso de la institución jurídica de la “conclusión anticipada del juicio”, donde sí se señala que, aceptados los hechos objeto de la acusación fiscal, pero si, se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o reparación civil, el juez, previo traslado a las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse.

Se considera como un desacierto del legislador peruano el no haber realizado la división del juicio en el procesal penal, siendo el enjuiciado el más perjudicado, pues acorde con el derecho comparado, la división de juicio en fases, posibilita una correcta determinación judicial de la pena y que los principios que rigen y criterios para su aplicación se desarrollan mejor y son innovadores en el derecho procesal (Loja 2013).

En el “Proyecto Huanchaco (2003)”, los juristas Florencio Mixán, Víctor Burgos, y

Alfredo Pérez, en la exposición de motivos para el supuesto de que el juicio incluya pluralidad delitos y/o acusados, consideraban que los debates sobre la culpabilidad y sobre la pena sean llevados a cabo separadamente, pero en forma continua; o sea, la permisión de dividir el juicio en dos partes (juicio sobre el hecho delictuoso o culpabilidad y juicio sobre la pena, respectivamente).

Loja (2013), citado por Mora, refiriere: “(...) esa correcta determinación de la pena requiere del trabajo conjunto de ideas, medios probatorios, argumentos y alegaciones de varios sujetos aportados en un debate, que propicie el concierto de determinados principios (...) la fijación del quantum de la pena se legitima con la cesura del juicio penal, posibilitando que un juez imparcial motive su sentencia en virtud del debate que se propicie para ese fin. En ese sentido, la cesura del juicio penal se convierte en una conditio sine qua non para la correcta determinación judicial de la pena. Entendemos, pues, que dejar tan importante papel a la absoluta discrecionalidad de nuestros magistrados no obedece a criterios de justicia, que en última instancia es lo que el Derecho busca”.

A ello agrega Mora, que “la determinación del quantum punitivo no puede obedecer a criterios arbitrarios ni mucho menos fórmulas matemáticas practicadas en su aplicación, pero carentes de sustento dogmático, que lo único que hacen es engañar al pueblo sobre la legitimidad de la pena impuesta, lamentablemente en nuestro país (...) se observa a diario, la vaguedad de los términos en los que se impone una sanción y, sobre todo, la mecánica con la que se aplican los sistemas matemáticos positivizados”.

Vargas (2013), citado por Mora, refiere que: “Un juicio oral como el que consagra el

Código Procesal Penal del 2004, que prescribe la producción de un juicio monofásico en el cual las condiciones y circunstancias personales del autor pueden ser tomadas indiscriminadamente tanto para determinar la culpabilidad como para la determinación judicial de la pena. Ello conlleva, además, el riesgo de que el juez no discrimine entre ambas cuestiones, y a que las informaciones relevantes para la determinación de la culpabilidad, las valore (incluso de modo inconsciente) al momento de decidir el quantum de la pena, determinando así la predisposición del juzgador”.

Considero, el haber dispuesto el legislador, en el art. 385 del Código Penal Militar Policial, la división del juicio en dos fases, (denominado también como juicio bifásico o cesura de juicio) fue un acierto de innovación procesal militar policial, de mayor garantía para el procesado: primero pronunciarse por su culpabilidad y luego respecto a la pena, en sucesivas audiencias públicas y actuación de la prueba pertinente, ello, acorde con la legislación comparada, por tanto los operadores jurisdiccionales de la justicia militar deben garantizar el debido proceso, aplicando el procedimiento establecido en la norma especial como es el Código Penal Militar Policial y no recurrir al proceso monofásico determinado en el Código Procesal Penal del 2004.

V. ¿POR QUÉ LA PREFERENCIA DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL Y PARTES PROCESALES DE RECURRIR AL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL JUICIO?

Con honestidad declaro, que vengo observando el uso desmedido del Art. XV del Título Preliminar (TP) del Código Penal

Militar Policial (CPMP), en una interpretación abierta y no restringida a la especialidad de la Justicia Militar Policial; alegación a la aplicación supletoria 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”*.

Pero en el presente caso de cesura de juicio o la división de juicio sólo está establecido en el Código Penal Militar Policial y no en el Código Procesal Penal. Este último, considera un procedimiento monofásico y desventajoso para el enjuiciado; entonces, la no aplicación del debido proceso regulado para juicios penales militares y policiales implica la vulneración de la garantía procesal constitucional del cumplimiento de un procedimiento de juicio establecido en la norma especial, juicio en dos fases: Primero todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado, concluido ello, el Tribunal Superior Militar Policial, en caso de encontrar, con las pruebas actuadas, al procesado culpable o inocente, con carácter obligatorio emite el “veredicto de culpabilidad”, apreciando todo en su contexto, verificando los elementos de la tipicidad, objetivos (el sujeto activo, sujeto pasivo, el Estado, la acción, la relación causal, el bien jurídico, los elementos descriptivos y normativos) y subjetivos (dolo y culpa), la antijuricidad y la culpabilidad; y, en la segunda fase, se determina la calificación jurídica, las penas y medidas de seguridad, teniendo presente el principio de lesividad (Art. VI TP del CPMP), la función de la pena y de las medidas de seguridad, su adecuación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el Código (Art. IX TP del

CPMP), el momento y lugar de la comisión de la conducta punitiva (Art. 6 CPMP), los elementos especiales que fundamentan o agravan la pena, grado de participación, las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad del imputado, la garantía del cumplimiento de la pena; de esta manera, la sentencia debe contener fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, como lo establece el Art. 30 de la norma especial.

Sin embargo, se aprecia, que el Art. 385 no desarrolla el procedimiento del juicio bifásico, siendo tal vez por ello que los operadores en la justicia militar policial y partes procesales, recurran para su fundamentación al Código Procesal Penal, extremo en el que particularmente no concuerdo y soy defensor de la prevalencia de aplicar, en todo el proceso, la norma especial, para lo cual recorro a la disposición común del proceso penal militar policial, a la teoría de la pena, la teoría de la prueba para la pena, la importancia de tener presente el sistema dualista, con las consecuencias personales del delito, las penas y las medidas de seguridad, etc.

Como precisamos, en el Art. 385 no se desarrolla como se realiza cada fase de juicio, ha dejado a la interpretación, sana crítica y máxima de experiencia del magistrado militar, sin embargo, para ello la función probatoria del fiscal es de suma importancia, por tanto, desde la investigación preparatoria se deben recabar los elementos de convicción pertinentes, conducentes, útiles y lícitos, para fundamentar durante el juicio bifásico.

Es preciso también hacer notar, que la sustanciación de juicio, establecido a partir del Art. 399 (apertura de juicio) del Código

Penal Militar Policial, regla el desarrollo de las audiencias, de la actuación probatoria, la deliberación y la sentencia, asemejándose al procedimiento regulado en el Código Procesal Penal, no siendo entonces coherente con lo dispuesto en el Art. 385 de la división de juicio, situación que considero conveniente se revise y se establezca el procedimiento para la realización de las dos fases del juicio, así como, se precise si el pronunciamiento previo del veredicto de la culpabilidad y la posterior determinación de la calificación jurídica, la pena y medidas de seguridad son concurrentes o no en una sola sentencia; hasta el presente, en todo los Tribunales Militares Policiales confluyen su

decisión de culpabilidad y pena en una resolución unificada.

VI. CONCLUSIÓN

La división de juicio en dos fases, regulado en el Código Penal Militar Policial, por el principio de legalidad, es de aplicación obligatoria en la etapa de juzgamiento en la jurisdicción militar policial, por ser innovativa y acorde a la doctrina comparada, y por ser de mayor garantía para el procesado militar policial; por tanto, los operadores de la justicia militar deben seguir la prevalencia de la norma especial y ser constructores del procedimiento del juicio bifásico.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Barbero, S. La división en dos fases del proceso penal, recuperado 1/04/21 en <https://dialnet.unirioja.es> › descarga › artículo.
- Cárdenas, Marco, Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal, Derecho & cambio social
- dEmpaire, E y Giombi, N (2016) El Procedimiento para la imposición de la pena: proceso debido implementado en las recientes reformas procesales de juicio por jurados. Análisis comparativo y una exégesis de la cesura del juicio bonaerense.
- Recuperado <https://www.eldial.com> › nuevo diseño › doctrina Proyecto Huanchaco –Código Procesal Penal Peruano (2003).
- Loja, W (2013) La cesura del juicio penal como conditio sine qua non para la correcta determinación judicial de la pena. Gaceta Penal & Procesal penal (25)
- Mora, J (2018), Tesis Cesura de juicio e individualización judicial de la pena en el Perú, para optar el título de abogado en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lambayeque-2018 (p.212).
- Robles, G. La cesura de Juicio, recuperado: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina41965.pdf>
- Vasga R (2013), La Cesura del juicio oral: ¿Regla o excepción en el código procesal penal del 2004? Gaceta Penal & Procesal Penal (21).
- Código Penal Militar Policial D. Leg. 1094 del 1set2010
- Código Procesal Penal D. Leg 957 del 29 de julio 2004

■ BIOGRAFÍA

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo¹

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA LEOPOLDO ARIAS CÁCEDA²

El general de brigada Leopoldo Arias Cáceda nació en Trujillo, el 4 de mayo de 1877. Fue hijo de Leopoldo Arias y de Adelaida Cáceda. Ingresó al ejército el 10 de noviembre de 1889 y egresó de la Escuela Militar de Guadalupe, dirigida por el coronel Juan Norberto Eléspuru Lasso de la Vega, con el grado de subteniente de infantería, el 10 de febrero de 1895.³ El despacho correspondiente tiene fecha 19 de marzo de 1895 y está firmado por el presidente Nicolás de Piérola.

Ascendió al grado de teniente con fecha 2 de enero de 1899, durante el gobierno de Piérola; a capitán, el 1° de marzo de 1901, siendo presidente de la República Eduardo López de Romaña; a sargento mayor, el 27 de julio de 1906, en el primer gobierno de José Pardo; a teniente coronel, el 1° de febrero de 1910, en el primer gobierno de Leguía y, a coronel, el 7 de diciembre de 1920, en el segundo gobierno del citado Leguía. En cuanto a los servicios que prestó, entre el 10 de febrero y el 29 de marzo de 1895 estuvo en el Batallón Huallaga N° 1; del 29 de marzo de 1895 al 2 de febrero de 1898 en el Batallón Junín N° 1; del 3 de febrero de 1898 al 31 de agosto de 1902 en la Sección de Infantería de la Escuela Militar de Chorrillos; del 1° de setiembre de 1902 al

1 Editor de la revista.

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, Fuero Militar Policial, Lima, febrero de 2019, páginas 447 y 448.

3 Escalafón general del Ejército, 1ra parte- actividad, Imprenta y Librería del Ministerio de Guerra, 1939.

1° de enero de 1906 en el Batallón N° 13; entre el 2 de enero y el 26 de julio de 1906 en la Escuela Nacional de Tiro; del 27 de julio de 1906 al 3 de diciembre del mismo año en el Batallón N° 9, como tercer comandante, ya con el grado de sargento mayor; en el Batallón N° 11, entre el 4 de diciembre de 1906 y el 21 de marzo de 1910, primero como tercer comandante y después como segundo comandante; del 22 de marzo de 1910 al 21 de febrero de 1911, como segundo comandante del Batallón N° 1, con el grado de teniente coronel, al que ascendió con fecha 1° de febrero de 1910; jefe de Estado Mayor de la División de la Primera Región, del 21 de febrero al 13 de marzo de 1911; segundo comandante del Batallón N° 1, del 14 de marzo al 1° de mayo de 1911; primer comandante del Batallón N° 11, del 2 de mayo de 1911 al 22 de abril de 1912; primer comandante del Batallón N° 1, del 23 de abril de 1912 al 16 de octubre de 1913; primer comandante del Batallón N° 11, del 16 de octubre de 1913 al 8 de setiembre de 1915; primer comandante del Regimiento de Infantería N° 7, del 8 de setiembre de 1915 al 21 de agosto de 1918; primer comandante del Regimiento de Infantería N° 13, del 21 de agosto al 1° de octubre de 1918; Jefe Provincial

de Huaraz, del 1° de octubre al 12 de noviembre de 1918; Jefe Provincial de Piura, del 12 de noviembre de 1918 al 30 de enero de 1919; de enero a julio de 1919 permaneció, primero, a órdenes del Ministerio de Guerra y después del Estado Mayor General del Ejército. Del 22 de julio de 1919 al 26 de febrero de 1921, desempeñó el cargo de Sub Intendente General de Guerra, en parte ya como coronel, grado al que ascendió el 7 de diciembre de 1920. Sub Jefe del Estado Mayor General del Ejército, entre el 26 de febrero y el 31 de agosto de 1921;⁴ Comandante General de la 1ra División y posteriormente de la 3ra División. En efecto, el 3 de febrero de 1926, encontramos al entonces coronel Arias como “Prefecto del Departamento y Comandante de la III División”, pronunciando un discurso durante la inauguración del monumento al general Trinidad Morán en la ciudad de Arequipa. Ascendió al grado de general de brigada, mediante resolución legislativa N° 6462, de 15 de enero de 1929 y fue presidente del Consejo de Oficiales Generales entre el 1° de enero y el 4 de mayo de 1941. Pasó a la situación militar de retiro el 4 de mayo de ese año, por límite de edad en el grado. Casó en Lambayeque con doña María Ignacia Cúneo.⁵

4 Las referencias a los ascensos y a los servicios prestados por general Arias han sido tomadas de su legajo personal, que obra en el Archivo Central del Ejército, caja A-3.

5 Área de Genealogía y Doctrina del Centro de Estudios Histórico Militares del Perú, Caja N° 11, A-510.

LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ EN LA OBRA PICTÓRICA DE ARTISTAS PERUANOS



Proclamación de la independencia del Perú.

Autor: Juan Lepiani Toledo (José, Juan de Dios, Mateo, Osbaldo, Botaro Lepiani Toledo)
(Lima, 20 de setiembre de 1864 - Roma, 28 de noviembre de 1932).

Fecha: 1904.

Técnica: Óleo sobre tela.

Medidas: 274.7 x 397.9 cm.

Fuente: Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú.



Boceto para el mural "San Martín jura la Independencia"

Autor: Camilo Blas (José Alfonso Sánchez Urteaga) (Cajamarca, 1903 - Lima, 1985)

Fecha: 1947

Técnica: acuarela y lápiz sobre papel

Medidas: 38.4 x 44.6 cm.

Museo de Arte de Lima (MALI)



El ayuntamiento de la independencia

Autor: Francisco González Gamarra (Cusco, 4 de junio de 1890 – Lima, 15 de julio de 1972)

Técnica: Óleo sobre lienzo.



Retrato del General José de San Martín. Tres cuartos de cuerpo.
 Autor: José Gil de Castro y Morales (Lima, 6 de setiembre de 1785 - 1841)
 Técnica: Óleo sobre tela.
 Fecha: 1818.

Lugar: Museo Histórico Nacional de Argentina.

(“En este retrato, José de San Martín tiene 39 años, viste el uniforme de granadero con el que ejerció el mando como general en jefe del Ejército de los Andes, tiene el sable corvo debajo del brazo, la banda de general y sobre la mesa se encuentra (el) célebre sombrero falucho.”)



General José de San Martín

Autor: José Gil de Castro

Año: 1818

Técnica: Óleo sobre tela

Dimensiones: 107 x 83,5 cm.

Propiedad de la Ilustre Municipalidad de la Serena – Chile.

(La pintura es una variante de la anterior)



Proclamación de la Independencia I (detalle)

Autora: Etna Velarde Perales (Lima, 12 de agosto de 1943 - 21 de agosto de 2014).

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensiones: 400 x 500 cm.

Colección Instituto Sanmartiniano del Perú.



Proclamación de la Independencia II

Autora: Etna Velarde Perales (Lima, 12 de agosto de 1943 – 21 de agosto de 2014).

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensiones: 150 x 120 cm.

Colección Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia.



Desembarco de San Martín.

Autora: Etna Velarde Perales (Lima, 12 de agosto de 1943 – 21 de agosto de 2014).

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensiones: 150 x 319,5 cm.

1978

Colección Instituto Sanmartiniano del Perú.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en el año 2022
en Editorial Agüero E.I.R.L., Jr. Las Toronjas 309,
Urb. El Naranjal, Independencia, Lima.



Proclamación de la independencia del Perú

Autor: Juan Lepiani Toledo (Lima, 1864 – Roma, 1932)

Fecha: 1904 / Técnica: Óleo sobre tela / Medidas: 274.7 x 397.9 cm.

Fuente: Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú.

Fuero Militar Policial
Av. República de Chile 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

