

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO XII - NÚMERO 22 / DICIEMBRE 2023



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

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

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

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

EDITOR DE LA REVISTA
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA
Socorro Gamboa García

FOTOGRAFÍA DE PORTADA
Licenciado Randy Velásquez Fermín

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

Edición diciembre 2023
Año 12 - Número 22
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

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

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

Tiraje: 1000 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

ARTÍCULOS

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL <i>NE BIS IN IDEM</i> EN EL FUERO PENAL Y EL FUERO MILITAR POLICIAL Y LA CONTIENDA DE COMPETENCIA DE FUEROS <i>Leydy Karina Castro Machicao</i> _____	13
RESPONSABILIDAD EN EL USO EXCESIVO DE LA FUERZA POR PARTE DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN UN ESTADO DE EMERGENCIA <i>Cesar Carrión Medina</i> _____	27
AFECTACIONES A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA POR EL USO ABUSIVO DE LA FUERZA EN EL CONTEXTO DE LAS PROTESTAS SOCIALES EN EL AÑO 2023 <i>Edgar Alberto Núñez Cueva</i> _____	35
EL DERECHO OPERACIONAL Y EL DERECHO PENAL MILITAR: ANÁLISIS COMPARATIVO <i>Carlos Fernández Vargas Machuca</i> _____	45
CAUSA N° 26-73 (141-395) SEGUIDA CONTRA JOSÉ EDUARDO MURILLO ANDRADE (A) “PATITA DE CUY”, POR LOS DELITOS DE ATAQUE A FUERZA ARMADA, CON MUERTE, LESIONES Y ROBO <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	55
ANÁLISIS COMPARADO DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE DESERCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS PENALES MILITARES DEL PERÚ Y MÉXICO <i>Erika Petronila Mayhua Rivera</i> _____	61

LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL FUERO COMÚN EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN 1993 <i>Willy José Elías Núñez</i> _____	69
ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ <i>Fidel Ángel Medina Rey</i> _____	79
SOLUCIÓN DEL CUESTIONARIO DE PREGUNTAS REMITIDO POR EL CONSEJO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, PARA LA ELABORACIÓN DEL INFORME PERIÓDICO A LA ONU, SOBRE CUMPLIMIENTO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, AÑO 2011 <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	107
PRINCIPIO DE ESPECIAL SUJECIÓN EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL <i>Freddy Gonzalo Murguía Enríquez</i> _____	121
EL DOBLE REPROCHE EN LA COMISIÓN DE DELITOS POR PERSONAL MILITAR POLICIAL: UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS <i>Fernando Kahn Arce, Wilmot Bueno Paulet, Jack Miler Castillo Ramo</i>	131
ANÁLISIS DEL INSTITUTO JURÍDICO DE LA REFUNDICIÓN DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL DE PERÚ <i>Santiago Rosendo Abarca León, Wilbert Remigio Loayza Torrico</i>	145
EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE EN DILIGENCIAS PRELIMINARES EN DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO EN REFERENCIA A LA CASACIÓN 599-2018 - LIMA <i>Abraham Omonte Rojas, Jony Sotelo Novoa, Shirley Soto Gonzaga, Glenn Zevallos Ocampo</i> _____	155
BIBLIOGRAFÍA	
BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA LUIS E. VINATEA RIVERA _____	167

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL NE BIS IN IDEM EN EL FUERO PENAL COMÚN Y EL FUERO MILITAR POLICIAL Y LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA

RESUMEN

Este artículo analiza la aplicación de las contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar Policial, a fin de evitar la vulneración del principio del “*ne bis in ídem*”.

El principio del “*ne bis in ídem*” y las contiendas de competencia son preceptos que se ven íntimamente relacionados, debido a que existen situaciones en las que un militar o policía puede ser sancionado dos o hasta tres veces por un mismo hecho, correspondiendo al legislador regular esta situación, pero también al órgano judicial y a las partes identificar estos casos en concreto, recopilarlos y estudiarlos para así evitar que una persona pueda ser juzgada nuevamente, por los mismos hechos, en diferentes tribunales.

Esta situación representa un peligro constante para los militares y policías, ya que estos servidores públicos pueden llegar a tener no solamente una infracción en su institución, sino también, adicionalmente, una sanción penal en el Fuero Militar Policial y otra en el Fuero Común, cosa que jamás le ocurrirá a un imputado civil.

1 Oficial del Ejército Peruano, abogada.

En merito a este peligro procesal tan palpable y a la falta de regulación en las leyes penales militares y administrativas en este tema, es que corresponde al juez recopilar la jurisprudencia vinculante en cuanto a “contendias de competencias”, para formar un corpus que permita impulsar, respaldar y regular una futura corrección en cuanto a la doble o hasta triple imputación de un delito que puedan sufrir militares y policías.

PALABRAS CLAVE

Ne bis in ídem, contendias de competencia entre fueros, dobleimputación, jurisprudencia vinculante.

ABSTRACT

This article analyzes the application of jurisdictional disputes between the Common Jurisdiction and the Military Police Jurisdiction, in order to avoid the violation of the “ne bis in ídem” principle.

The principle of “ne bis in ídem” and jurisdictional disputes are precepts that are closely related, because there are situations in which a soldier or police officer can be sanctioned two or even three times for the same act, it being up to the legislator regulate this situation, but also the judicial body and the parties to identify these specific cases, compile them and study them in order to prevent a person from being tried again, for the same facts, in different courts.

This situation represents a constant danger for the military and police, since these public servants may have not only an infraction in their institution, but also, additionally, a criminal sanction in the Military Police Jurisdiction and another in the Common Jurisdiction, which that will never happen to a civil defendant.

Due to this palpable procedural danger and the lack of regulation in military and administrative criminal laws on this issue, it is up to the judge to compile the binding jurisprudence regarding “competence disputes”, to form a corpus that allows promoting, support and regulate a future correction regarding double or even triple imputation of a crime that military and police personnel may suffer.

KEYWORDS

Non bis in ídem, jurisdictional disputes between jurisdictions, double imputation, binding jurisprudence.

I. INTRODUCCIÓN

El principio “*ne bis in ídem*” es un principio fundamental del derecho penal que se traduce del latín como “*no dos veces por lo mismo*” o “*no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”. Este principio establece que una persona no puede ser procesada o condenada dos veces por el mismo delito en el mismo sistema jurídico, una vez que se ha emitido una sentencia definitiva.

En el mismo sentido la “*contienda de competencia*” se refiere a una situación en la que dos o más tribunales pretenden tener jurisdicción sobre un caso específico. Cuando se plantea una contienda de competencia, los tribunales deben determinar cuál de ellos tiene la autoridad legal para llevar a cabo el proceso y tomar decisiones en el caso en cuestión.

Estos dos conceptos a menudo están relacionados en el contexto legal, ya que el principio “*ne bis in ídem*” puede influir en la resolución de una contienda de competencia. Por ejemplo, si un individuo ya ha sido juzgado y condenado por un delito en

un tribunal, otro tribunal no debería procesarlo nuevamente por el mismo delito en virtud del principio “*ne bis in ídem*”. Esto puede ser un factor importante en la resolución de una contienda de competencia si uno de los tribunales alega que tiene jurisdicción sobre el caso, mientras que el otro sostiene que el acusado ya ha sido juzgado y condenado por el mismo delito.

De este modo el principio “*ne bis in ídem*” y la “*contienda de competencia*” son conceptos legales que se relacionan en situaciones en las que se discute si una persona puede ser juzgada nuevamente por el mismo delito en diferentes tribunales.

II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En el Perú, tanto el Fuero Militar Policial, regido por el Código Penal Militar Policial (Decreto legislativo 1094); el Fuero Común, regido por el Código Penal (Decreto Legislativo 635); y las instituciones militares y la Policía Nacional, en el plano administrativo, sujetos a la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley N° 29131) y la Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú (Ley N° 30714), respectivamente, tienen la potestad de procesar y sancionar a los militares y policías que vulneren estas normativas. Esta potestad sancionadora estaría bien regulada si es que no vulnerase el principio constitucional del *Ne bis in ídem*; no obstante, “*existen diversas infracciones recogidas por la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuyos hechos también son sancionados por la vía penal; lo que conllevaría a una doble sanción: en la vía administrativa y en la vía penal; sin perjuicio de que se pueda iniciar una acción en el fuero militar-policial que culmine también*

con una sanción, concurriendo entonces una triple sanción para un mismo hecho” (CAS-TRO MACHICAO, 2019, pág. 99-100).

Este hecho ha sido permitido por estas instituciones y hoy en día es algo aceptado e incluso respaldado por la doctrina como por la jurisprudencia, vulnerando así el principio a la prohibición de la doble imputación, esto debido a que, en muchos de estos casos, se sanciona hasta tres veces por delitos o infracciones cuyos hechos son los mismos.

No obstante, esta doble imputación puede ser evitada con el estudio del caso en concreto, llegando a advertir que puede ocurrir una doble o hasta triple imputación, situación que se vio reflejada en el proceso de COMPETENCIA NCPP N° 14-2016 de la Primera Sala de la Corte Suprema de justicia, en la que se plantea una contienda de competencia entre el Juzgado de Investigación Preparatoria de Jorge Basadre, de la Corte Superior de Justicia de Tacna (Superior de Justicia de Tacna (Expediente N° 2016-027-02-JLP-JB-CSJT), en la investigación seguida contra don Patricio Antonio Vassallo Vásquez y otros por el delito de *peculado* en agravio del Ejército del Perú, y el 22 Juzgado Militar Policial de Tacna (Expediente N° 053-2015-04-22) seguido contra el antes mencionado por el delito de *desobediencia*, afectación de material destinado a la defensa nacional, hurto de material destinado al servicio y por falsificación o adulteración de documentación militar policial en agravio del Estado peruano (Ejército del Perú).

Jurisprudencia en la cual la Corte suprema declara: I. “*DIRIMIR LA COMPETENCIA en los procesos seguidos en contra de don Patricio Vassallo Vásquez: i) A favor del Fuero Común (Juzgado de Investigación*

Preparatoria de Jorge Basadre, de la Corte Superior de Justicia de Tacna), para el conocimiento por el delito de peculado doloso (previsto en el artículo 387 del Código Penal). ii) Se continúe el conocimiento por el Fuero Militar Policial (22 Juzgado Militar Policial de Tacna) de los delitos de desobediencia (artículo 117 del CPMP), y falsificación o adulteración de documentación militar policial (artículo 139 del CPMP). II: DECLARARON SIN EFECTO, el procesamiento penal en sede militar por el delito de afectación del material destinado a la defensa (artículo 133 del CPMP) y hurto de material destinado al servicio (artículo 135 del CPMP). III. DISPUSIERON se transcriba la presente Ejecutoria a ambos órganos jurisdiccionales superiores para los fines de ley. Hágase saber.”

Esta contienda de competencia es resuelta en merito al quinto considerando que señala: *“El petróleo no es, en estricto, un bien jurídico privativo de una institución castrense como el Ejército peruano, puesto que no es relevante para la existencia y operatividad de las instituciones castrenses; por tanto, no cuenta con un “carácter de interés institucionalmente vital”. Asimismo, el acto de entregar indebidamente el petróleo a un tercero, no solo puede ser realizado por un militar o policía sino también por cualquier persona civil, por lo que tal hecho corresponde ser investigado y juzgado por el fuero común.”* (el resaltado es nuestro).

De esta manera vemos como esta contienda de competencia se convierte en una jurisprudencia vinculante en tanto le quita al Fuero Militar Policial la capacidad de juzgar a procesados por los delitos de afectación del material destinado a la defensa (artículo 133 del CPMP) y hurto de material destinado al servicio (artículo 135 del

CPMP), en tanto estos tipos penales incluyen como bien jurídico protegido al petróleo, esto debido a que como se señala en el párrafo anterior *“El petróleo no es relevante para la existencia y operatividad de las instituciones castrenses”*.

Como es de verse, mediante jurisprudencia vinculante de este tipo, se va regulando con el tiempo esta posible doble sanción, pues como se ha podido observar el imputado del caso presentado, es procesado solamente por el delito de Peculado (por la apropiación ilegal del petróleo) en el Fuero común, mas no por los delitos de afectación del material destinado a la defensa y hurto de material destinado al servicio.

Resulta indispensable que se abra una data virtual en la que los jueces de los diferentes juzgados y tribunales puedan incorporar jurisprudencia, que oriente a establecer un criterio en el sentido de la no vulneración al *Ne bis in ídem*, solución que sería inmediata para la formación de un criterio unitario en el que el fuero común, el fuero militar y el ente administrativo disciplinario, orientando de esta manera los criterios en el respeto del debido proceso y la no vulneración al principio de la prohibición de la doble imputación.

III. INVESTIGACIONES REALIZADAS SOBRE EL PROBLEMA EN CUESTIÓN

Tesis formulada por Griselda Anguiano Espinoza (2022): *“ESTUDIO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM Y SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MÉXICO, ESPAÑA, COLOMBIA Y PERÚ”*. Tomamos de ella las conclusiones relevantes:

“27. En los sistemas jurídicos español e iberoamericanos, la concurrencia de sanciones —penal y administrativa— es consecuencia de la dualidad de procedimientos sancionadores, en la que dos o más sanciones de distinta naturaleza derivan de un problema de carácter formal en la configuración de las leyes sancionadoras. En dichos sistemas jurídicos coincide que la cohabitación de la pena y la sanción administrativa sobre el sujeto por el mismo hecho se actualiza cuando no existe identidad de sujeto, hecho y fundamento, toda vez que, tales consecuencias devienen de distintos ordenamientos jurídicos, los cuales regulan situaciones jurídicas y bienes tutelados diferentes.

Cuando el sujeto, con la misma conducta, infringe simultáneamente dos o más disposiciones sancionadoras —penal y administrativa—, las autoridades competentes —el tribunal y la administración— inician el procedimiento respectivo e imponen la pena y la sanción administrativa de manera simultánea en el ámbito de su competencia, lo cual no implica una vulneración al principio non bis in ídem en sentido amplio.

La coexistencia de sanciones se basa en el principio de la autonomía e independencia de los procedimientos sancionadores; dicho principio permite que las autoridades sancionadoras ejerzan el ius puniendi conforme a la ley aplicable de manera independiente y autónoma, por lo que, las sanciones que impongan obedecen a distintos fines.

7. En el sistema jurídico español e iberoamericanos, el aforismo non bis in ídem cuenta con tres elementos característicos: sujeto, hecho y fundamento; su eficacia en el Derecho Sancionador se produce cuando concurren dichos elementos, de esa

manera, el Estado queda vedado a imponer dos sanciones o iniciar dos procesos al sujeto por el mismo hecho. La finalidad del aforismo non bis in ídem, en dichos sistemas jurídicos, es evitar el uso excesivo del ius puniendi del Estado, mediante la duplicidad de sanciones o procedimientos al sujeto por un mismo hecho a fin de evitar un estado de inseguridad jurídica al administrado.

13. Diversos autores señalan que el principio non bis in ídem tiene su fundamento en diversos principios de Derecho, entre otros, el principio de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, tipicidad, y la cosa juzgada, no obstante que en México, España, Colombia y Perú coincide que el principio de legalidad sancionadora es la base fundamental de dicho principio.

En México, el principio non bis in ídem tiene su fundamento en diversos principios de Derecho como: la legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, tipicidad, y la cosa juzgada.

En España, conforme al TCE, el principio non bis in ídem tiene fundamento en los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, la cosa juzgada y la interdicción de la arbitrariedad.

En Colombia, con base en la jurisprudencia de la CCC, el principio non bis in ídem tiene fundamento en los principios de: debido proceso, tipicidad, cosa juzgada, legalidad, seguridad jurídica, y justicia material, culpabilidad, proporcionalidad, fragmentariedad; no obstante, especialmente en los principios de seguridad jurídica —cuando equivale a la cosa juzgada— y el principio de culpabilidad —en su vertiente de proporcionalidad— los mismos que son estimados como sólido fundamento de dicho principio.

En Perú, conforme a los precedentes del TCP, el principio *ne bis in ídem* tiene fundamento en los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la legalidad, porque el art. 2.24, inciso d) de la CPRP, prohíbe sancionar al sujeto por un ilícito no previsto en la ley; la proporcionalidad y razonabilidad deriva de la valoración del resultado del razonamiento de la autoridad expresada en la decisión resolutoria para determinar la sanción menos lesiva para el sujeto conforme a los hechos y la responsabilidad.”

Tesis formulada por Paula Altamirano Arellano (2017): “**EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**”

Conclusiones relevantes de la tesis:

“13. Ahora bien, ¿cómo opera esta garantía en el contexto procesal? La solución que parece más compatible al entendimiento de la garantía que esta parte pretende, postula que en la medida que el segundo enjuiciamiento sólo pretenda completar al primero y no sustituirlo o anularlo, aquel respetará la vigencia de la garantía *non bis in ídem*, esto en el entendido que, de haber existido un proceso penal y su consecuente condena, el juez penal habría resuelto sobre toda la responsabilidad penal del sujeto sancionado por los hechos en cuestión, pero nada ha juzgado sobre una eventual responsabilidad administrativa sobre los mismos, por lo que no supondría un nuevo enjuiciamiento de lo ya resuelto, de forma tal de fraccionar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado hasta agotarla.

14. Respecto de la solución planteada nos surgen los mismos cuestionamientos evidenciados a propósito de la revisión de los presupuestos de aplicabilidad, y con

ello, sobre la real vigencia del principio en cuestión frente a superposición de procedimientos sancionatorios en un contexto inter-competencial. Así, parecer ser que más allá de lo teórico y la multiplicidad de planteamientos frente al alcance y dinámica del principio *non bis in ídem* en el contexto del Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal, en lo práctico se buscan argumentos para obviar el real alcance de la proscripción de *non bis in ídem*, resultando en una abierta vulneración a la proporcionalidad inherente a toda reacción punitiva estatal.”

Tesis formulada por Leydy Karina Castro Machicao (2019): “**EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NON BIS IN ÍDEM Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL EJÉRCITO PERUANO, AREQUIPA, 2017**”

Conclusiones relevantes de la tesis:

“PRIMERA.- La aplicación de la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se realiza en la ciudad de Arequipa, por la propia fuerza vinculante de la norma, al encontrarse en vigor en todo el país; asimismo, se aplica cuando los miembros de las Fuerzas Armadas incurrir en los supuestos de infracciones reguladas por la misma, analizada en forma independiente de los demás fueros (penal y penal-militar) que puedan ser aplicables a los hechos sancionados, por ser la primera sanción a imponer frente al ejercicio profesional de los miembros de las FF.AA.

SEGUNDA.- El principio *non bis in ídem* tiene injerencia en la aplicación de la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, al encontrarse reconocido en el mismo texto de las leyes 27444 y 29131, que precisan en el mismo sentido que, el referido

principio precisa que no se podrá imponer, sucesiva o simultáneamente, una pena o una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Siendo así, las normas del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas no deben aplicarse cuando exista una norma de mayor jerarquía y con mayor fuerza sancionadora que pueda aplicarse al caso en concreto.

TERCERA.- La puesta en práctica de la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas en el Ejército peruano-Arequipa, vulnera el principio constitucional non bis in ídem, ya que se aplican sanciones administrativas y sanciones penales a individuos que han cometido infracciones a las normas penales y disciplinarias que pueden confluir en el mismo hecho. Entonces, diremos que la Ley del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas es inconstitucional.

CUARTA.- Se ha comprobado que en el Ejército Peruano se está impartiendo una triple sanción por hechos que infrinjan las disposiciones de la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, Código Penal y Código Penal Militar Policial, vulnerando así el principio rector de este procedimiento, principio non bis in ídem, que proscribe la doble sanción en los casos donde se aprecie que en un mismo hecho tenemos misma identidad de sujeto y fundamento, lo que genera inseguridad jurídica y la vulneración de derechos de los militares, reconocidos en la Constitución Política del Perú.”

Tesis formulada por Yuliana del Carmen Castro Romero (2022): **“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ”**

Conclusiones relevantes de la tesis:

“a. La investigación realizada nos ha permitido establecer que la aplicación del Principio del Non Bis In Ídem si se relaciona positivamente con el Principio de Prohibición de la doble investigación y sanción del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, ya que este es aplicado en los procesos de investigación, mayormente a pedido de parte de los administrados.

b. Asimismo, se ha podido evidenciar que el Principio de Prohibición de la Doble Investigación y Sanción se relaciona positivamente con el proceso del Régimen Disciplinario de la Policía, ya que viene siendo aplicado como una figura similar a la del Principio del Non bis in ídem, es decir que desarrolla e implica las mismas consecuencias, con las mismas concepciones para su aplicabilidad.

c. Finalmente es necesario indicar que el Principio del Non Bis In Ídem se encuentra relacionado estrechamente al Principio de Prohibición de la Doble Investigación y Sanción, puesto que cuentan con los mismos efectos jurídicos sobre el derecho de los administrados, es decir, busca evitar una doble sanción o investigación, basándose en la triple identidad y hecho, fundamentos e identidad; sin embargo, el nomen iuris no es 69 similar lo que hace dudar sobre sus mismos efectos y consecuencias en la investigación.”

“RECOMENDACIONES: Es necesario, hacer conocer que el Principio del Non Bis In Ídem tiene los mismos efectos jurídicos que el Principio de Prohibición de la doble investigación y sanción del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú; sin embargo, al generar un poco de desconcierto en el sentido que ambos resultan de aplicación, prefiriéndose la

aplicación de la norma específica, es decir la Ley N° 30714, situación que debe aclararse entre los miembros de la institución policial al momento de realizar la investigación disciplinaria y de esa manera eliminar cualquier tipo de indefensión o se puedan menoscabar los derechos de los administrados. Por ello, la forma sería recomendando la modificatoria de la norma en el sentido de consignar el nomen iuris, conforme se encuentra recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 274444 Ley del Procedimiento Administrativo General que señala que la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por principios especiales que ella señala, como es el non bis in ídem (artículo 230 numeral 230.1) y de esa forma propiciar la aplicación del dicho principio en forma coherente y asertivo con las consecuencias que de su aplicación se derivan durante la investigación disciplinaria en la Policía Nacional del Perú. Asimismo, sería importante la sistematización a nivel 70 nacional de los casos que se vienen investigando por todas las Oficinas de Disciplina con parámetros que permitan establecer los hechos, sujeto y fundamento, no olvidemos que las herramientas tecnológicas apoyan en la labor y sin de gran utilidad.”

IV. TEORÍAS SOBRE EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM

El principio del “ne bis in ídem,” que se traduce como “no dos veces por lo mismo,” es un principio fundamental en el derecho penal que prohíbe que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por el mismo delito. A lo largo de la historia y en diferentes jurisdicciones, se han desarrollado varias teorías y enfoques para abordar este principio. Algunas de las teorías más destacadas incluyen:

IV.1. Teoría de la Identidad de Hechos:

Esta teoría sostiene que el “ne bis in ídem” se viola si dos procedimientos penales se basan en los mismos hechos y circunstancias subyacentes. En otras palabras, si una persona es juzgada y condenada por un delito específico, no se le puede volver a juzgar por el mismo delito en otro tribunal.

IV.2. Teoría de la Identidad de Sujeto y Objeto:

Esta teoría se centra en la identidad del sujeto (acusado) y el objeto (delito) en los procedimientos penales. Según esta teoría, el “ne bis in ídem” se viola si se persigue al mismo acusado por el mismo delito en procedimientos penales diferentes, independientemente de si los hechos subyacentes son los mismos.

IV.3. Teoría de la Identidad de Sanción:

En esta teoría, se considera que el “ne bis in ídem” se viola si una persona es sancionada dos veces por el mismo delito, ya sea a través de procedimientos penales separados o mediante la imposición de sanciones múltiples en un solo procedimiento.

IV.4. Teoría de la Identidad de Intereses Jurídicos:

Esta teoría se enfoca en los intereses jurídicos protegidos por el derecho penal. Sostiene que el “ne bis in ídem” se viola si se persigue a una persona por el mismo interés jurídico protegido, incluso si el delito en sí es diferente. Por ejemplo, si una persona es juzgada y condenada por homicidio culposo, no se le puede juzgar nuevamente por homicidio doloso relacionado con los mismos hechos.

IV.5. Teoría de la Identidad de Fundamento Jurídico:

Esta teoría se centra en el fundamento jurídico de los procedimientos penales. Sostiene que el “ne bis in ídem” se viola si dos procedimientos penales se basan en el mismo fundamento jurídico, incluso si los delitos son diferentes en términos técnicos.

Estas teorías a menudo se aplican de manera diferente en diversas jurisdicciones y sistemas legales, y la interpretación y aplicación del principio del “ne bis in ídem” pueden variar según el contexto y las leyes locales. Es importante destacar que, en general, el objetivo de este principio es evitar la doble persecución o sanción injusta de una persona por el mismo acto delictivo.

V. LA CONTIENDA DE COMPETENCIA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DEL “NE BIS IN ÍDEM”

La relación entre la contienda de competencia (también conocida como conflicto de jurisdicción) y el principio del “ne bis in ídem”, es un tema complejo que ha sido objeto de debate y discusión en el ámbito legal y existen algunos enfoques en relación con estos temas y como se han venido desarrollando conjuntamente:

V.1. La Competencia como excepción al “Ne bis in ídem”:

Según este postulado, el conflicto de jurisdicción se considera una excepción al principio del “ne bis in ídem”. Esto significa que, si dos jurisdicciones tienen una legítima reclamación sobre un caso y deciden emprender acciones penales separadas, no se estaría violando el principio del “ne bis in ídem”. En otras palabras, ambas jurisdicciones pueden llevar a cabo procesos penales

independientes por el mismo delito sin contravenir el principio del “ne bis in ídem”.

V.2. La unidad del delito y el “Ne bis in ídem”:

Otra postura argumenta que, para que el principio del “ne bis in ídem” se aplique, debe haber unidad de delito en términos de la jurisdicción que tiene competencia sobre el caso. En otras palabras, si dos jurisdicciones persiguen a una persona por actos separados que constituyen el mismo delito (por ejemplo, dos homicidios separados), se consideraría una violación del “ne bis in ídem”. Sin embargo, si se trata de dos delitos distintos (por ejemplo, homicidio y fraude), la regla del “ne bis in ídem” no sería aplicable.

V.3. La jurisdicción preferente y el “Ne bis in ídem”:

Esta teoría argumenta que, en situaciones de conflicto de jurisdicción, la jurisdicción que primero inicie el proceso penal debe prevalecer y que el principio del “ne bis in ídem” se aplica en el sentido de que una vez que se ha tomado una decisión final sobre el caso en una jurisdicción, otras jurisdicciones no pueden llevar a cabo un segundo proceso penal por los mismos hechos. Esto implica que la jurisdicción preferente tiene prioridad.

V.4. La armonización y cooperación entre jurisdicciones:

En lugar de ver la contienda de competencia y el “ne bis in ídem” como conflictivos, esta teoría aboga por una mayor cooperación y armonización entre jurisdicciones para evitar situaciones en las que se violen los derechos del acusado. En lugar de duplicar esfuerzos y castigos, las jurisdicciones

pueden colaborar para garantizar una respuesta efectiva y justa al delito.

Siendo el último postulado con el que estamos de acuerdo, debido a que en un sistema jurídico como el de hoy la armonización y cooperación, así como la facilidad de comunicación por medios electrónicos, es una realidad palpable, que permite que los magistrados puedan velar por los derechos de los imputados de mejor manera.

VI. DIÁLOGO TEÓRICO – EMPÍRICO DEL TEMA QUE NOS OCUPA

Podemos abordar nuestro tema desde la siguiente pregunta: ¿Cómo la contienda de competencia entre dos fueros contribuye a evitar que un militar sea sancionado dos veces y, de esta manera, se respete el principio constitucional del “*ne bis in ídem*”?

Esta interrogante la resolveremos a través del análisis del “proceso de COMPETENCIA NCPP N° 14-2016, de la Primera Sala de la Corte Suprema de justicia” y sostendremos cómo este proceso se relaciona con la protección del principio del “*ne bis in ídem*”:

VI.1. Jurisdicciones y fueros:

En muchos sistemas legales existen diferentes jurisdicciones o fueros, cada uno con una competencia específica. Entre nosotros, el fuero común y fuero militar policial pueden procesar a militares y policías, sin perjuicio de que estos sean investigados y sancionados en un procedimiento de naturaleza administrativa, por los mismos hechos.

VI.2. Contienda de competencia:

Cuando un caso legal involucra elementos que pueden estar bajo la jurisdicción

de dos fueros, puede surgir una contienda de competencia. Esto significa que dos tribunales reclaman la competencia para juzgar el caso.

Para entender estas circunstancias, revisaremos un caso real: el proceso de COMPETENCIA NCPP N° 14-2016, de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la que se plantea una contienda de competencia entre el Juzgado de Investigación Preparatoria de Jorge Basadre, de la Corte Superior de Justicia de Tacna (Expediente N° 2016-027-02-JLP-JB-CSJT) y el 22 Juzgado Militar Policial de Tacna (Expediente N° 053-2015-04-22), en cuanto ambos jueces, del fuero común y del fuero militar policial, respectivamente, creen tener competencia para investigar un caso de apropiación de combustible por parte de un militar.

VI.2.1. Resolución de la contienda:

La contienda de competencias se resuelve mediante un proceso legal en el cual se determina cuál de los tribunales involucrados tiene la competencia para conocer el caso. Este proceso se basa en argumentos legales y normativas aplicables.

En el análisis del caso presentado en el punto anterior, se puede observar que existen argumentos legales válidos para resolver la competencia y desglosar las conductas del imputado para que el mismo no sea procesado dos veces por los mismos hechos, siendo así que en el proceso competencial se señala:

5.1. Los delitos atribuidos al Mayor Vassallo Vásquez, tanto en el fuero común (peculado) como en el fuero militar policial (afectación de material destinado a la defensa nacional, y hurto

de material destinado al servicio), se encuentran referidos a que él se encontraba en actividad, en cumplimiento de su función; sin embargo, entregó el petróleo que estaba destinado a la Sexta Brigada Blindada de Locumba al Consorcio Agua Viva. El petróleo no es, en estricto, un bien jurídico privativo de una institución castrense como el Ejército peruano, puesto que no es relevante para la existencia y operatividad de las instituciones castrenses; por tanto, no cuenta con un “carácter de interés institucionalmente vital”. Asimismo, el acto de entregar indebidamente el petróleo a un tercero, no solo puede ser realizado por un militar o policía sino también por cualquier persona civil, por lo que tal hecho corresponde ser investigado y juzgado por el fuero común.

- 5.2. *Aunado a ello, el encausado está comprendido en una investigación conjunta con otras personas en el fuero común, en tanto que en el fuero militar policial es el único investigado; por los fines de la judicatura corresponde que en lo factible sea procesado, dentro del contexto de unidad de investigación, por el delito más amplio, esto es, el de peculado.*
- 5.3. *Por otro lado, no existe incompatibilidad en la investigación respecto al delito de desobediencia (artículo 117 CPMP), que tramita en el fuero militar policial, ya que resulta ser propio de la función militar policial, referido al ejercicio de dicho cargo, por lo que es de conocimiento privativo del fuero militar.*
- 5.4. *El delito de falsificación o adulteración de documentación militar policial (139 del CPMP), tampoco es investigado en el fuero común, por lo que no existe*

conflicto de competencia en las investigaciones realizadas en el fuero común con las del fuero militar policial, y corresponde que continúe su trámite en sede castrense.

De esta manera vemos como el investigado cayó bajo la jurisdicción del fuero común y del fuero militar. Para evitar una violación del principio “*ne bis in ídem*”, los fueros involucrados inician una contienda de competencias para determinar cuál de ellos debe asumir el caso.

Resultando que la Corte Suprema “desglosa” el hecho y divide la competencia, restándole al fuero militar policial la competencia en cuanto a todo lo que tiene que ver con la apropiación ilícita del petróleo, dejando su competencia para con otros delitos, siendo de este modo que se respeta el principio a la prohibición de la doble imputación, evitando así que el mencionado imputado sea sancionado dos veces por el mismo delito; es decir, la apropiación ilícita del petróleo tanto en el fuero común como en el fuero militar.

La contienda de competencias de fueros antes analizada, funcionó como un mecanismo legal esencial para evitar la doble sanción al imputado y garantizar que se respete el principio “*ne bis in ídem*”. De este modo permitió resolver este caso en concreto de manera justa y coherente, asegurando que una persona no sea sancionada repetidamente por el mismo delito en diferentes jurisdicciones o fueros, dentro de un sistema legal.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Siguiendo la línea de las tesis analizadas se debe seguir la postura doctrinaria en la que se postula respetar el

principio “*ne bis in ídem*” tanto a nivel penal como a nivel administrativo sancionador.

2. Los magistrados y especialistas jurídicos del FMP debiesen recopilar la jurisprudencia vinculante en cuanto a la casuística de “contienda de competencias” que obtengan de sus jurisdicciones y esta mencionada casuística debiese ser archivada en un sistema electrónico (como lo puede ser Google Drive o Dropbox) o en el mejor de los casos se asigne un personal que recopile la mencionada esta jurisprudencia vinculante para posteriormente subirla a la nube, organizada y clasificada, nube que formaría un corpus en cuanto a “jurisprudencia vinculante de contiendas de competencia” y que permitiría resolver a los fiscales y jueces del FMP, de manera más celer y precisa los procesos legales en los que pueda presentarse un “*ne bis in ídem*”, evitando la duplicación de procesos mucho antes de aperturar una investigación o detectar la doble imputación antes de la instalación de un juicio, evitando así el uso insulso de recursos judiciales materiales e intelectuales, lo que permitiría que los tribunales se centren en nuevos casos y en la administración de justicia de manera más efectiva.
3. El CAEJM debiese capacitar a fiscales y jueces en cuanto al tema en mención, esto sería posible solo con la ayuda y respaldo de un corpus electrónico

en el que se archiven jurisprudencias vinculantes como la del caso de estudio (caso Patricio Antonio Vassallo Vásquez- COMPETENCIA NCPP N.º 14-2016- LIMA) puedan ser dadas a conocer, para que los administradores de justicia del FMP se orienten, ya no en el antiquísimo sistema acusatorio inquisitivo, lento, señalador, burocrático y cerrado, sino más bien en un sistema celer, abierto y sobre todo garantista con los derechos constitucionales.

4. Formar un corpus con estas jurisprudencias vinculantes dotaría al FMP de coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley, garantizando que las personas sean tratadas de manera igualitaria y que la ley se aplique de manera consistente y equitativa; Así mismo estas excepciones como la del caso en mención en la que la corte suprema aclara que el FMP no tiene competencia en cuanto se trate de gasolina, podrían ser reguladas en el CPMP en un futuro por un legislador diligente.
5. Así mismo este corpus brindaría seguridad jurídica en cuanto al respeto del principio “*ne bis in ídem*” pues cuando una persona ha sido juzgada y sancionada por un delito específico, no debería tener que preocuparse por enfrentar un nuevo juicio por el mismo delito en otro fuero. Esto promueve la confianza en el sistema legal y sus garantías de justicia.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTAMIRANO ARELLANO, P. (2017). El principio non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Extraído de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144855>
- ANGUIANO ESPINOSA, G. (2022). Estudio constitucional del principio non bis in ídem y su aplicación en el procedimiento administrativo sancionador en México, España, Colombia y Perú. Extraído de: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/31079>
- CASTRO MACHICAO, L. K. (2019). El principio constitucional Non Bis In Ídem y el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas del Ejército Peruano, Arequipa, 2017. Extraído de: <https://repositorio.unsa.edu.pe/items/dba8ab2f-e9ae-4e7b-a932-dd2629c07ec5>
- CASTRO ROMERO, Y. D. C. (2022). Aplicación del principio del Non bis in ídem y su relaciónal régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Extraído de: <http://intra.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/6035>

Cesar Carrión Medina¹

RESPONSABILIDAD EN EL USO EXCESIVO DE LA FUERZA POR PARTE DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN UN ESTADO DE EMERGENCIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA; III. TRABAJOS CONSULTADOS SOBRE EL TEMA; IV. BASES JURÍDICAS SOBRE EL USO DE LAS ARMAS U OTROS MEDIOS DE DEFENSA POR LAS FFAA Y LA PNP; V. EXPERIENCIA PERUANA SOBRE USO DE LA FUERZA EN ESTADOS DE EMERGENCIA; VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES; VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El objetivo del presente estudio es evaluar la problemática respecto a la responsabilidad de los efectivos que integran las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú (PNP), que pueden excederse en el uso de la fuerza, encontrándose el país dentro de un estado de emergencia. En general, las Fuerzas Armadas y la PNP suelen estar inmersas y sujetas a un conjunto de leyes y regulaciones específicas que rigen la conducta de su personal, cualquiera sea el grado o función que ostenten mientras se encuentren en actividad, más aún si éste se encuentra inmerso en un estado de emergencia o situaciones en donde el Perú enfrenta crisis sanitarias, económicas o políticas.

Las normas nacionales toman como pilares a otras de mayor rango, así pues tenemos que en estos casos, para no caer en el exceso del uso de la fuerza, en cualquier estado en que se encuentre el país, se protegerán los derechos humanos, siendo una garantía que durante las acciones militares y policiales se actúe de acuerdo al principio de proporcionalidad y que

1 Oficial de la Marina de Guerra del Perú, abogado.

los derechos de las personas se respeten en todo momento; en ese sentido, se limita el uso de la fuerza y se toman todas las precauciones necesarias para evitar o minimizan los daños colaterales y la violencia indiscriminada, protegiendo en todo momento a la población civil y buscando restaurar el orden interno.

PALABRAS CLAVE: Estado de Emergencia, Derechos Humanos, Uso de la fuerza, Acciones militares.

ABSTRACT

The objective of this study is to evaluate the problem regarding the responsibility of the troops that make up the Armed Forces and the National Police of Peru (PNP), who may exceed the use of force, finding the country within a state of emergency. In general, the Armed Forces and the PNP are usually immersed in and subject to a set of specific laws and regulations that govern the conduct of their personnel, whatever the rank or function they hold while they are active, even more so if they are immersed in a state of emergency or situations where Peru faces health, economic or political crises.

National norms take higher-ranking norms as pillars, so in these cases, in order not to fall into excessive use of force, in whatever state the country is located, human rights will be protected, being a guarantee that during military and police actions they act in accordance with the principle of proportionality and that people's rights are respected at all times; In this sense, the use of force is limited and all necessary precautions

are taken to avoid or minimize collateral damage and indiscriminate violence, protecting the civilian population at all times and seeking to restore internal order.

KEYWORDS: *State of Emergency, Human Rights, Use of force, Military actions.*

I. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta el rol que cumplen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, las mismas que tienen reconocimiento constitucional y se rigen por sus propias leyes, reglamentos y directivas, resulta necesario determinar con mayor precisión, la posible responsabilidad penal en que se encuentra el personal que en ejercicio de sus funciones hace un uso excesivo de la fuerza, dentro de un estado de emergencia, con posibles consecuencias en la vida y la salud de terceros; adicionalmente, se tiene que dentro de un estado de emergencia se restringen algunos derechos fundamentales como los derechos a la libertad y a la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio peruano, lo que no significa, según la propia Defensoría del Pueblo (2022), “que la ciudadanía ya no cuente con estos derechos, siendo relevante aclarar que cualquier restricción a los derechos que no se encuentren relacionados con las razones que motivaron el estado de emergencia (actos de violencia y vandalismo contra instituciones públicas y privadas y agresiones contra la integridad de la ciudadanía), se consideran arbitrarias y pueden ser cuestionadas judicialmente.”²

2 Defensoría del Pueblo precisa funciones de las FF.AA., PNP y ciudadanía en contexto de estado de emergencia - 15/12/2022.

La Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente, establece en su Capítulo VII Régimen de Excepción, el estado de emergencia y el estado de sitio. Conforme al artículo 137°, inciso 1, procede el estado de emergencia en caso de perturbación de la paz o del orden interno, catástrofes o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, pudiendo restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República.³

En ese sentido, cierto es que la población civil puede ejercer su legítimo derecho a la protesta siempre y cuando esta se desarrolle de manera pacífica, esto quiere decir sin violentar o atentar en contra de la vida o el patrimonio de otras personas (toma de locales, aeropuertos, bancos, destrucción de la propiedad privada y pública, actos que constituyen delitos); en tal sentido, corresponderá al Poder Ejecutivo brindar las garantías suficientes y necesarias para que las fuerzas del orden (FFAA y PNP) resguarden la integridad del territorio nacional, respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza, todo ello en concordancia con los artículos 165° y 166° de nuestra Carta Magna (finalidad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú) y del Decreto Legislativo 1095 Reglas de Empleo y Uso de la Fuerza

por parte de las FFAA en el territorio nacional.

Sin embargo, el problema surge en determinar el grado de responsabilidad que tendría el personal que en el ejercicio de sus funciones no enmarca su conducta y accionar dentro de los presupuestos descritos en párrafos precedentes (uso de la fuerza) o si regulando su conducta en tales presupuestos su integridad y vida pueden sufrir un menoscabo considerable e irreparable, viéndose obligados no solo a reestablecer el orden interno, sino además a resguardar su propia vida y la de su personal a cargo, usando sus conocimientos, preparación militar o policial, y armamento en su propia defensa.

En ese sentido, el objetivo principal del presente trabajo es analizar y determinar hasta qué punto puede ser responsable el personal de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional del Perú en situaciones de estado de emergencia, que intentando restablecer el orden público se ve obligado a proteger su propia vida y salud, así como la de su personal a cargo, usando su arma de reglamento.

II. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En el Perú, en el año 2020 y 2021, específicamente en el mes de marzo, el Poder Ejecutivo decidió promulgar el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, dispositivo que declaraba el estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectaban

3 Constitución Política del Perú – 1993. Capítulo VII Artículo 137°.

la vida de la Nación, ello en razón al brote del “Coronavirus”, siendo la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) la que declaró oficialmente como una pandemia, por el impacto global y su rápida propagación, es así que desde esa fecha casi todos los países del mundo extremaron medidas para abordar esta situación anómala de la mejor manera posible, y el Perú no fue la excepción.

De esta manera se iniciaba una etapa en donde se adoptarían medidas restrictivas, las cuales se encontraban enmarcadas en nuestra Carta Magna en, más precisamente en el artículo 137°, como la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, siendo este régimen de excepción el idóneo constitucionalmente cuando existen circunstancias que afecten la vida de la Nación o en casos de perturbación de la paz y orden interno.

Ahora bien, al tener “limitados” estos derechos constitucionales, no significa que la población civil no cuente con estos derechos, solo se encontraban limitados o restringidos en cierta forma, utilizándose medidas como el toque de queda a fin de intentar proteger la salud de la población. Tal como lo describe la Defensoría de Pueblo (2022), las intervenciones de la PNP y de las FF. AA. deben desarrollarse de acuerdo a los principios establecidos en los artículos 165° y 166° de la Constitución, así como en los decretos legislativos 1095 y 1186, referidos a los límites en el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. La Defensoría del Pueblo señala también que las autoridades deben respetar estos derechos fundamentales y

especialmente, su derecho a la integridad y a la vida, durante el desarrollo de las protestas.

III. TRABAJOS CONSULTADOS SOBRE EL TEMA

Peña (2020), en su trabajo jurídico titulado: “La degradación de los derechos y garantías fundamentales en el marco de la eficacia de la función policial en el uso de la fuerza pública”, concluye que no se encuentra asidero jurídico que pueda justificar la reciente modificación del inciso 11, del artículo 20 del Código Penal, como para promulgar una norma de protección policial, que a la vez contraviene a los criterios de aplicación e interpretación de una ley que regula el uso de la fuerza pública. De igual forma, el término “cumplimiento de la función constitucional” no se condice con el principio de legalidad, pues es el Decreto Legislativo 1186 sobre el uso de la fuerza donde se autoriza al funcionario para hacer uso de la fuerza pública, y no es en la Constitución donde se da tal autorización. Finalmente, concluye que la actual ley de protección policial no se ajusta en rigor a los valores, los principios, y a las garantías que un Estado Constitucional de Derecho reconoce, por lo que esto permitiría arbitrariedades en la actuación policial y de las FF.AA.

Colmegna y Nascimbene (2010), en su artículo jurídico titulado: “La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?”, tiene como conclusión relevante que todos los agentes policiales argentinos, necesariamente van a recurrir a la fuerza con el único propósito de proteger la vida propia o la de terceros. Siendo así, los autores consideran confuso que, dicha fuerza policial tiene que revestir

de los requisitos necesarios de la figura de la legítima defensa, como eximente del Código Penal Argentino, o en todo caso, debería analizarse que la fuerza empleada sea necesariamente proporcional, atendiendo a las distintas normas de carácter internacional de derecho público.

Otra conclusión resaltante es que, para llevar a cabo el análisis del criterio proporcional de la fuerza policial, necesariamente va a implicar dos premisas. Por un lado, los magistrados están en el deber de compatibilizar el estándar proporcional de la fuerza policial, con las normas internacionales relacionadas al respeto irrestricto de los derechos humanos. Pero por otro, resalta la necesidad de capacitar a los miembros del orden respecto a la proporcionalidad de la fuerza en determinadas situaciones.

Poveda, (2015) al elaborar su trabajo titulado: “Manual de procedimientos para el uso de la fuerza potencialmente letal (arma de fuego) por parte de las fuerzas del orden, en el control del mantenimiento del orden público”, tiene como objetivo fundamental el analizar e identificar cuáles serían los métodos menos lesivos que puedan ser utilizados por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (FEHCL), a fin de disminuir la lesión al instante de utilizar la fuerza letal dentro de una expresión conjunta y violenta. Asimismo, como conclusión relevante tenemos que la fuerza letal puede ser empleada por parte de los FEHCL, siempre que la agresión a la vida sea real e inminente, y no exista, en ningún caso, otros medios menos letales que frenen esta agresión ilegítima. Finalmente, el autor propone crear doctrina policial a fin de servir para el empleo de la fuerza progresiva y diferenciada, la cual se aplicará de manera proporcional

a los hechos que desafía la policía ecuatoriana, para finalmente proponer el uso de armas menos letales tanto para la policía de Ecuador, como para autoridades de los gobiernos locales que también están en la misma línea de la lucha contra la inseguridad ciudadana.

IV. BASES JURÍDICAS SOBRE EL USO DE LAS ARMAS U OTROS MEDIOS DE DEFENSA POR LAS FFAA Y LA PNP

Con fecha 13 de enero del 2014 se promulgó la Ley N° 30151, que modificó el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, referido al uso de las armas u otro medio de defensa por parte de las FFAA y la PNP. En tal sentido, la redacción quedaba de esta manera: “Está exento de responsabilidad penal: (...) 11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”.

La norma tiene dos aspectos relevantes: i) se deja de lado el término “uso de sus armas en forma reglamentaria”; y ii) se incluye la fórmula “u otro medio de defensa”. En ese aspecto, Herrera (2014), precisa que la eximente en mención, cuando fue publicada, causó una alarmante preocupación en los medios de prensa y más aún en el contexto jurídico, pues se pensaba —es más, considero que hasta la fecha se sigue pensando—, que estaríamos ante una especie de “carta blanca para matar”. En efecto, dicho dispositivo se ha interpretado como una exoneración de investigación para todos los policías que hagan uso de sus armas de fuego, eliminando de manera automática la responsabilidad penal por actuar “en el ejercicio de su deber”.

Respecto a la Ley N° 31012, Ley de Protección Policial, visualizamos dos aspectos de carácter penal y procesal penal: i) se modifica el artículo 11, inciso 20° del C.P.; y ii) se incorpora el artículo 292-A al C.P., el cual regula la prohibición de dictar prisión preventiva y detención preliminar judicial para los efectivos policiales por hacer uso de sus armas u otro medio de defensa, enmarcado dentro de la eximente citada.

V. EXPERIENCIA PERUANA SOBRE USO DE LA FUERZA EN ESTADOS DE EMERGENCIA

El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú han ejercido, en algunas ocasiones, de forma excesiva la fuerza dentro de un estado de emergencia, e incluso fuera de él. Ello responde a diversas causas, la principal de ellas es la falta de capacitación del personal encargado de brindar seguridad en situaciones donde el orden público se ve alterado, teniendo como consecuencia la dificultad para reprimir de forma adecuada y en estricto respeto a los derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad de las personas.

Las leyes establecen actualmente procedimientos para el uso de armas no letales y armas letales, las mismas que se encuentran en concordancia con los principios de legalidad y necesidad, para que se evite un uso arbitrario de la fuerza. Para el caso de las Fuerzas Armadas ocurre algo similar en el Decreto Legislativo 1095, que es la normativa de acción sobre la intervención de las FF AA en el territorio peruano. Describe, en su artículo 4°, tres supuestos como requisitos para que el Ejército, la Marina

y la Fuerza Aérea intervengan, teniendo solo dos de ellos el requisito de una declaración de estado de emergencia, siendo el tercer supuesto liberado de tal exigencia: prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados, cuando la policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera (Dec. Leg. 1095).

Adicionalmente, podemos indicar que en el Perú se manejan normas que regulan el uso de la fuerza para reestablecer el orden interno (Dec. Leg. 1186); así tenemos el uso progresivo y diferenciado de la fuerza y sus niveles de uso, debiendo ser en primer lugar un uso preventivo o reactivo, como el control físico; tácticas defensivas no letales y fuerza letal. Según nuestra Constitución para la intervención de las FF.AA. es necesario la exigencia de la declaración formal del estado de emergencia; sin embargo, es preciso señalar que en los últimos periodos presidenciales las FF. AA. han intervenido en quince (15) oportunidades, todas teniendo como origen algún conflicto social o económico, de las cuales diez (10) de ellas fueron ordenadas sin que exista formalmente un estado de emergencia. Esta forma de mantener el orden público genera que se desnaturalicen las funciones de las FF.AA., convirtiéndose más bien en un escuadrón anti protestas, que reprime de forma eficaz pero brusca a la población que se manifiesta violentamente al no encontrar soluciones a los problemas de fondo.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

VI.1. Conclusiones

Primera: en relación con el objetivo general de describir las características del uso excesivo de la fuerza por parte del personal de las FFAA. y PNP, dentro de un estado de emergencia, se tienen normas como el Decreto Legislativo 1095 y el Decreto Legislativo 1186, que regulan, respectivamente, la intervención de las FFAA en defensa de la sociedad, dentro de un estado de emergencia y cuando la PNP se vea sobrepasada en su capacidad, y el Decreto Legislativo 1186 que regula el uso de la fuerza, de forma progresiva y diferenciada, por la PNP.

Segunda: en cuanto a la exoneración de responsabilidad penal del personal que se excede en el uso de la fuerza, debería encontrarse exento de ella si respeta los derechos fundamentales de las personas, entiéndase por el derecho a la vida, integridad y dignidad humana, y las acciones realizadas sean el reflejo del entrenamiento y capacitación por parte del Estado, debiendo ser sancionado penalmente si se excediera en su uso para que la sociedad sepa que el estado de derecho y las leyes se aplican para todos por igual.

Tercera: la impunidad genera un mayor fervor en la población que protesta, sumándose a ello las diferencias sociales, económicas e incluso ideológicas, dentro de una misma comunidad. Asimismo, faltan alternativas efectivas en el uso de la fuerza como la mediación o la gestión de crisis, que contribuyan a una resolución pacífica, antes que ocurra una escalada de violencia.

Cuarta: de acuerdo a la realidad del Perú, las normas sobre el uso de la fuerza se han ido aprobando siguiendo, de forma parcial, los estándares internacionales, incluso encontrándose contradicciones importantes,

como la posibilidad de que las fuerzas armadas actúen en apoyo a la PNP, sin mediar estados de emergencia, lo que deviene en inconstitucional, desnaturaliza la función primordial de las FFAA y militariza zonas donde existe conflictos sociales, con la finalidad de reprimirlos, lo que al final incentiva a la población a protestar de manera violenta.

VI.2. Recomendaciones

Primera: el uso de la fuerza debe ser utilizado, rigiéndose por los principios legales y éticos que varían de acuerdo a la gravedad o situación específica. El uso de la fuerza letal debe darse únicamente en casos excepcionales y como último recurso, debiendo ser usada, preferentemente, como medio preventivo.

Segunda: La Ley 30151 modifica el artículo 20 del Código Penal, eximiendo de responsabilidad penal a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, que en el cumplimiento de su deber hace uso de sus armas u otro medios de defensa, causa lesiones o muerte; no obstante, nos parece una ley abierta que contradice los principios básicos del empleo de la fuerza y armas de fuego por el personal encargado de hacer cumplir la ley y reestablecer el orden interno, por lo que debe ser tomado con cuidado.

Tercera: los principios básicos sobre el uso de la fuerza de la ONU de 1990, el código de conducta de funcionarios hace referencia a tres principios básicos: la legalidad, la proporcionalidad y la necesidad, por lo que se recomienda cumplir estrictamente estos principios, de forma tal que el personal militar o policial se encontraría exento de responsabilidad penal o administrativa. Se recomienda también que las FFAA y la PNP unifiquen sus manuales o directivas para ejercer el uso de la fuerza debidamente.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCO, Cristina (2016) ¿Cuáles son los principios básicos de uso de la fuerza? <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/cuales-son-los-principios-basicos-de-uso-de-la-fuerza/>

Instituto de Defensa Legal (2022) Disposición única de la Ley 31012 promueve el uso arbitrario de la fuerza. <https://www.idl.org.pe/disposicion-unica-de-la-ley-31012-promueve-el-uso-arbitrario-de-la-fuerza/>

LAZO PORTOCARRERO, José (2020) La Justicia Militar en el Perú y la necesidad de su existencia https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16711/LAZO_PORTOCARRERO_JOS%c3%89_MART%c3%8dN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MARCÉS EVERNESS, Jonatan. (2023). Los estados de emergencia y el uso de la fuerza <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/los-estados-de-emergencia-y-el-uso-de-la-fuerza/>

Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado (2021). Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-use-force-and-firearms-law-enforcement>

Relator especial de la ONU. (2023) Perú usó de forma excesiva la fuerza en las protestas que dejaron más de 60 muertos. <https://news.un.org/es/story/2023/05/1521137>

ROMERO, María Luisa y SÁNCHEZ, Soledad (2022) Uso de la fuerza en el marco de protestas sociales: los retos en Latinoamérica - un diagnóstico preliminar <https://agendaestadodederecho.com/uso-de-la-fuerza-en-el-marco-de-protestas-sociales/>

SALDAÑA CUBA, José y PORTOCARRERO SALCEDO, Jorge (2017); La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202017000200013

Edgar Alberto Núñez Cueva¹

AFECTACIONES A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA POR EL USO ABUSIVO DE LA FUERZA EN EL CONTEXTO DE LAS PROTESTAS SOCIALES EN EL AÑO 2023

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA; III. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL; IV. ESTUDIOS PREVIOS RELACIONADOS CON NUESTRO TEMA DE ANÁLISIS; V. CONCLUSIONES; VI. RECOMENDACIONES; Y VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN:

El objetivo del presente trabajo es realizar un estudio acerca del conflicto social, proceso complejo en el cual sectores de la sociedad, el Estado y/o las empresas perciben que sus posiciones, intereses, objetivos, valores, creencias o necesidades son contradictorios, creándose una situación que podría derivar en violencia.

La complejidad de los conflictos está determinada por el número de actores que intervienen en ellos, la diversidad cultural, económica, social y política, las formas de violencia que se pueden presentar, o la debilidad institucional para atenderlos, entre otros elementos.

Las acciones de protesta social para la reivindicación de derechos o realización de reclamos son una constante en la dinámica sociopolítica del Perú. Según la Defensoría del Pueblo, en los últimos cinco años ha habido un aumento de un 300% de la frecuencia de los conflictos sociales

Ello nos permite afirmar que existe una estrecha relación entre la conflictividad social y la inexistencia de cauces institucionales adecuados

1 Oficial del Ejército Peruano, abogado.

para el ejercicio de la ciudadanía ambiental en el Perú, en el nivel nacional de gobierno. Algunos de los ámbitos en los que de manera recurrente se evidencia esta ausencia son: la participación efectiva en las decisiones sobre temas ambientales, la protección frente a la contaminación, el ordenamiento territorial, el aseguramiento hídrico, la participación en los beneficios económicos generados por la actividad minera, y los derechos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, el presente trabajo, tiene como problema general, la vulneración de los derechos humanos por el uso de la fuerza por el Estado Peruano, en el contexto de las protestas sociales en el año 2023.

PALABRAS CLAVE: Conflicto social, Derechos humanos, uso de la fuerza.

ABSTRACT

The objective of this work is to carry out a study about social conflict, a complex process in which sectors of society, the State and/or companies perceive that their positions, interests, objectives, values, beliefs or needs are contradictory, creating a situation that could lead to violence.

The complexity of conflicts is determined by the number of actors involved in them, the cultural, economic, social and political diversity, the forms of violence that can occur, or the institutional weakness to address them, among other elements.

Social protest actions to demand rights or make demands are a constant in the sociopolitical dynamics of Peru. According to the Ombudsman's Office, in the last five years there has been a 300% increase in the frequency of social conflicts

This allows us to affirm that there is a close relationship between social conflict and

the lack of adequate institutional channels for the exercise of environmental citizenship in Peru, at the national level of government. Some of the areas in which this absence is repeatedly evident are: effective participation in decisions on environmental issues, protection against pollution, territorial planning, water assurance, participation in the economic benefits generated by the mining activity, and the rights of indigenous peoples.

In that sense, the general problem of this work is the violation of human rights due to the use of force by the Peruvian State, in the context of social protests in the year 2023.

KEYWORDS: Social conflict, Human rights, use of force.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, en América Latina se han presentado cambios en las condiciones sociales y políticas, los cuales han propiciado movimientos de diversa índole y han producido variedad de planteamientos para toda la sociedad. Algunas de estas corrientes han apuntado a múltiples aspectos que afectan al individuo o a la sociedad; muchos de los planteamientos que subyacen a ellas tienen contenidos que han estremecido las bases de la política y del derecho, no por lo novedosos, sino por la necesidad imperativa de rescatar al individuo y su esencia fundamental materializada en su libertad.

El individuo y su libertad han sido objeto de numerosas restricciones, cuya tendencia se nota en un incremento de las limitaciones a su espacio de actuación en los últimos cincuenta años. La restricción de los derechos que se toma en cuenta aquí es la relacionada con el derecho a la protesta y cómo esta ha sido tratada desde el Estado.

Cuanto más se restringe el derecho de libertad de los ciudadanos, más se hará presente la protesta como elemento que busca oponerse a esa restricción y, por otro lado, mientras los derechos sociales no se hagan efectivos y se consiga un equilibrio que reduzca las iniquidades sociales, allí también se hará presente la protesta y la contestación.

Uno de los temas más importantes al cual se debe hacer referencia es la democracia. Protestar surge como una necesidad frente a la idea del Estado moderno, entendido como un ente que está por encima de los individuos por la suma de sus voluntades; una de las justificaciones más importantes de tal idea es la necesidad de establecer orden entre el grupo de individuos que ocupa un territorio determinado, en una condición social en la cual hay una eventual carencia de normas (anomia) o de orden, producto de la situación existencial en la sociedad y de lo natural que a cada individuo le corresponde afrontar. Dicho de otra forma, ontológicamente, el Estado no presenta el orden como característica, sino el desorden y el individuo protesta por las consecuencias del desorden.

La noción primigenia de Estado se basa en la necesidad de imponer el orden, producto de la legitimidad otorgada por la sociedad. Este orden deviene de lo normativo, que cobra fuerza mediante la legitimidad del voto y la decisión de la sociedad, en tanto el cuerpo social le dota de la facultad de imponer las decisiones que afectarán al propio individuo. Esto no es más que el viejo concepto de soberanía que se estudia en el derecho constitucional de los primeros años de la carrera.

Se impone la decisión de la autoridad a todos sus ciudadanos aun en contra de la

voluntad del sujeto obligado. La protesta, como derecho constitucional, se origina en el disenso ante las decisiones del ente que está por encima de los individuos y la forma como este acepta y maneja el desacuerdo: si lo regula y limita o, por el contrario, lo permite. La tendencia dominante es a regular, por diferentes causas, la protesta y todo lo que ella signifique, pero, ante todo, limitar.

Podríamos pensar en un método tradicional para restringirla, que es convencer al pueblo de las bondades de determinada política o de una decisión específica mediante herramientas menos ortodoxas, pero más sutiles, que brindan la psicología social o la ciencia política, para manipular la voluntad de las masas y conseguir los objetivos propuestos. Así, por ejemplo, vemos la aplicación del populismo, una especie de extorsión sutil en la cual el pueblo recibe algo a cambio de su anuencia a determinada decisión.

La idea de Estado está condicionada a esta necesidad de orden, pero cuando este decide sobre materias o toma decisiones con las cuales una parte de la sociedad no está de acuerdo, la concepción que da origen al Estado puede convertirse en el mayor obstáculo para el grupo social que no concuerda con lo decidido.

El enfoque de este estudio no es sobre la decisión en sí misma, ya que se encaminaría al aspecto material de la democracia; tampoco tiene que ver con la forma en la que el Estado, el Gobierno o una parte más o menos importante de la sociedad toma sus decisiones, pues aludiría al elemento formal de la democracia. Ataño, sí, a la manera como la sociedad manifiesta su desacuerdo sea cual sea su tamaño y si esta expresión tiene un punto de llegada o si fenece en la voluntad en contra de la decisión.

II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Las protestas en Perú de 2023 corresponden a una serie de movilizaciones realizadas a partir del 4 de enero de 2023 hasta el 5 de marzo de 2023, tras un período de tregua, de las protestas que se venían dando en el país desde diciembre de 2022 luego del autogolpe de Estado fallido del presidente Pedro Castillo y su posterior destitución y arresto.

Estas fueron convocadas por la Coordinadora Macrorregional del Sur, una organización de izquierda conformada por diversos dirigentes de departamentos ubicados al sur del país, en una asamblea realizada el 28 de diciembre de 2022, donde, además, se acordó exigencias de índole política. A esta convocatoria se unieron diversas organizaciones sociales de izquierda y afines. Estas protestas fueron calificadas, por medios como Infobae y *Semana Económica*, además del ex ministro del Interior Rubén Vargas, como la “segunda ola”.

La mayoría de las manifestaciones se realizan en el sur del país, en contra del gobierno de Dina Boluarte, así como en contra de los representantes ante el Congreso de la República. Aunque inicialmente se planteó una plataforma de lucha con objetivos a cumplir, con el tiempo estos objetivos fueron variando priorizándose la renuncia de Boluarte, el adelanto inmediato de elecciones generales, el cierre del congreso y un referéndum para una asamblea constituyente, siendo el pedido de liberación de Pedro Castillo un pedido más afín a colectivos y organizaciones más cercanos al expresidente. Además, se realizaron vigiliadas para exigir justicia para las víctimas reportadas en los enfrentamientos con la policía.

El 9 de enero ocurrió la denominada represión policial en Juliaca, con un saldo de 18 manifestantes muertos, lo que generó el rechazo por parte de la comunidad aimara. Como parte de las marchas, se realizó el 19 de enero la auto denominada “Segunda Marcha de los Cuatro suyos” (o, cronológicamente, la cuarta “Toma de Lima”), calificada por el gobierno como un supuesto “golpe de Estado” civil. El principal centro de reunión de dirigentes regionales y manifestantes fue el campus principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que fue sometido a una crítica intervención policial el 21 de enero, donde fueron detenidas más de 200 personas.

Durante las protestas se reportaron, por parte de los manifestantes, ataques a la propiedad privada y pública (sedes judiciales, comisarías, etc.), intentos de toma de aeropuertos, bloqueo de vías para inducir el desabastecimiento en Lima y extorsión. Por el otro lado, se ha denunciado el uso desproporcionado de la fuerza por parte de las fuerzas del orden, a la par que racismo y discriminación. Una nueva etapa de las manifestaciones surgió a mediados de 2023, con el apoyo de organizaciones políticas de centro, pero sus consecuencias fueron menores.

III. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

III.1. Los derechos humanos

Los derechos humanos son derechos que tiene toda persona en virtud de su dignidad humana. Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen

condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.

Los Gobiernos y otros titulares de deberes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, que constituyen la base legal para la reivindicación de derechos y la demanda de reparación en caso de incumplimiento. En realidad, la posibilidad de demandar y exigir reparación es lo que distingue a los derechos humanos de los preceptos propios de los sistemas de valores éticos o religiosos. Desde un punto de vista jurídico, los derechos humanos pueden definirse como la suma de derechos individuales y colectivos reconocidos por los Estados soberanos y consagrados en su legislación nacional y en las normas internacionales de derechos humanos.

Desde la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas han desempeñado un papel de primer orden en la definición y la promoción de los derechos humanos, que hasta entonces habían tenido lugar principalmente dentro del Estado-nación. El resultado es que los derechos humanos han quedado codificados en diversos tratados e instrumentos internacionales y regionales que han sido ratificados por la mayoría de los países. Hoy en día, representan el único sistema de valores universalmente reconocido.

Los derechos humanos son inalienables: ninguna persona puede ser despojada de sus derechos humanos, salvo en circunstancias legales claramente definidas. Por ejemplo, el derecho de una persona a la libertad puede verse restringido si un tribunal la declara culpable de un delito al término de un juicio imparcial.

Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Dado que

cada derecho humano trae consigo otros derechos humanos y depende de ellos, la violación de un derecho afecta al ejercicio de otros. Por ejemplo, el derecho a la vida presupone el respeto del derecho a los alimentos y a un nivel de vida adecuado. Negar el derecho a la educación básica puede influir en el acceso de una persona a la justicia y su participación en la vida pública. La promoción y protección de los derechos económicos y sociales supone la libertad de expresión, de reunión y de asociación. En consecuencia, los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales son complementarios e igualmente indispensables para la dignidad e integridad de toda persona. Además, el respeto de todos los derechos es un requisito fundamental para la paz y el desarrollo sostenibles.

III.2. La función del Estado en el control del orden público

La aparición del Estado implicó, organizativamente, un cambio de titularidad de los medios reales de autoridad y administración, dejando de ser de titularidad privada para convertirse en propiedad pública, primero del rey y luego del Estado. Este fue, pues, uno de los ejes esenciales de la construcción de esta nueva estructura política: la desaparición de la privatización del poder y la atribución de su titularidad al Estado; soporte del poder, su titular abstracto y permanente, en palabras de Burdeau. La Seguridad pasó, en consecuencia, a considerarse monopolio del Estado –soberano–, de forma que como expresara Max Weber éste tendría, también, el monopolio legítimo de la violencia.

El tránsito del Antiguo Régimen a la Revolución liberal supuso el fin del poder absoluto del monarca, y con ello la sumisión

del Estado al Derecho. De modo que, en el continente europeo, el origen de unas fuerzas públicas encargadas de la salvaguarda de la seguridad se puede situar en esta fase, cuando a finales del Siglo XVIII germina el Estado Constitucional tras la Revolución francesa. En efecto, el artículo 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía que: *“La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada”*.

La explicación en la Declaración de una fuerza pública como garantía de los derechos, y no como fuerza represiva, es la que se corresponde con los postulados del propio Estado constitucional, que aparece configurado en el mismo artículo 16 de dicha Declaración, al establecer como exigencias de la Constitución la división de poderes y el reconocimiento de los derechos; que serán la finalidad primordial del Estado de Derecho. En efecto, como literalmente expresaba dicho precepto: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*.

III.3. El derecho a la protesta social

Mucho se ha dicho y escrito en términos jurídicos penales y/o sociológicos políticos sobre la criminalización de la protesta social en nuestro país. Sin embargo, muy poco o nada se ha hecho para afinar genealógicamente la investigación y analizar las relaciones complejas que subyacen ese recorte. Para ser claro y simple, la protesta social y su criminalización, no son ni más ni menos, una parte importante del reflujo

de la tensión, tan constante como perpetua, entre la violencia, el poder, el derecho y la justicia. Como no podía ser de otra manera esa tensión se agudiza en tiempos de conflicto social.

Básicamente, esa tensión nos devuelve al inicio de la organización de los estados modernos cuando aquellos monopolizan, se apropian de toda violencia legítima. Recorriendo la historia de ese sinuoso camino relacional entre violencia, fuerza, derecho, justicia, legalidad, legitimidad nos parece oportuno citar a Derrida que afirma “...desde el primer intercambio se anuncian los deslizamientos equívocos entre el derecho y la justicia... el derecho es una fuerza que se justifica o está justificada al aplicarse pero que puede ser juzgada como injusta o injustificable...” Entonces se pregunta “... ¿Qué diferencia existe entre la fuerza de la ley que puede ser justa, en todo caso legítima, no solamente al servicio del derecho sino el ejercicio y el cumplimiento del mismo...y de otra parte la violencia que se juzga siempre injusta? ¿qué es una fuerza justa o una fuerza no violenta? Heidegger se esfuerza en mostrar que la justicia, el proceso, el derecho, el veredicto, la pena o el castigo, la venganza es originariamente conflicto... el cuestionamiento sobre el derecho y sobre la justicia es un cuestionamiento sobre los fundamentos del derecho, la moral y de la política...” (Derrida, 2008:17)

Así las cosas, podría decirse que la discusión en torno a la interpretación estatal que los estados normativamente dan, a través de sus leyes o de sus jueces, a los movimientos sociales de protesta para criminalizarlos o no, transita siempre terrenos laberínticos y pantanosos. Digamos, que no existen señales, ni senderos ni caminos para llegar a destino porque no hay criterio único y seguro de distinción. En términos

básicos, equivale a decir como iremos viendo, que la criminalización de la protesta social no es más ni menos que una de las tantas manifestaciones de judicialización de la política o politización de la justicia.

IV. ESTUDIOS PREVIOS RELACIONADOS CON NUESTRO TEMA DE ANÁLISIS

Soto Martínez (2015) desarrolló la tesis titulada: “*El derecho a la protesta*”, dicho trabajo se presentó en la Universidad de Chile y sus principales conclusiones son:

- 1° El día 4 de agosto de 2011 el conflicto entre el movimiento estudiantil y el gobierno de turno llegó a su máxima expresión. La jornada estuvo marcada por la violencia. El origen de los enfrentamientos entre carabineros y manifestantes fue la denegación, por parte de la autoridad, del permiso requerido por el D. S. 1.086 para desarrollar la marcha. De esta forma, Carabineros impidió la reunión de los estudiantes en la Plaza Baquedano, valiéndose de bombas lacrimógenas, camiones lanza aguas y un contingente de fuerzas especiales estacionado en el lugar de la convocatoria. Los manifestantes, como era previsible, rechazaron la imposición e intentaron por todos los medios llevar a cabo la marcha.
- 2° No existe otro ejemplo tan claro de cómo una norma defectuosa puede influir directamente en la conculcación de un derecho, de cómo los fines de una norma de rango inferior pueden frustrar los fines superiores de la norma fundamental. El D. S. 1.086, decreto abiertamente inconstitucional, como espero haber demostrado en esta tesis, se nos revela, así como una de

esas “minas errantes” de las que habla Ferrajoli, un vestigio de la dictadura en plena democracia.

- 3° Así, en línea con lo que dijimos en el primer capítulo, el movimiento de protesta ha logrado romper con la determinación de nuestra política institucional. Esto no sólo ha ocurrido con la problematización de nuevos temas (como en el caso medioambiental) y la propuesta de nuevas políticas para enfrentar problemas viejos (como en el caso de la educación y la propuesta de entenderla como un derecho social), sino con la misma protesta, que poco a poco se ha ido perfilando como un derecho autónomo, cuestión impensable una década atrás.

Viton Burga (2021) desarrolló la tesis: “*El derecho a la protesta en el Perú*”. La tesis fue presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sus conclusiones principales son.

- 1° La protesta es una manifestación del derecho fundamental a la libertad de reunión, dado que se trata de una acción colectiva mediante la cual los ciudadanos se organizan y participan con el propósito de difundir ideas de reclamo, utilizando para ello el espacio público, siempre que dichos actos tengan una duración temporal, la cual será efímera o prolongada, dependiendo de la modalidad utilizada.
- 2° El ejercicio de la protesta comprende las siguientes posiciones ius fundamentales que deben ser debidamente garantizadas a sus titulares: participar o no en una protesta; difundir las ideas de reclamo; definir los temas que serán objeto de reclamo en la medida,

la modalidad de protesta a emplear y los instrumentos que se utilizarán en el desarrollo de la protesta; decidir su duración temporal de la protesta y determinar el lugar público de realización. Todas estas conforman el contenido de la protesta prima facie.

- 3° La protesta puede ser objeto de medidas restrictivas que impliquen prohibiciones o condicionamientos de su ejercicio, los cuales, para que sean válidos, deberán estar justificadas en el derecho de terceros y en diferentes bienes de relevancia constitucional (seguridad pública u orden público, sanidad pública, seguridad nacional, patrimonio cultural material).

V. CONCLUSIONES

1. Durante los últimos años, en América Latina, se han presentado cambios en las condiciones sociales y políticas, los cuales han propiciado movimientos de diversa índole y han producido variedad de planteamientos para toda la sociedad.
2. El individuo y su libertad han sido objeto de numerosas restricciones, cuya tendencia se nota en un incremento de las limitaciones a su espacio de actuación en los últimos cincuenta años.
3. Los derechos humanos son derechos que tiene toda persona en virtud de su dignidad humana.
4. Los Gobiernos y otros titulares de deberes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, que constituyen la base legal para la reivindicación de derechos y la demanda de reparación en caso de incumplimiento.
5. Durante las protestas se han reportado, por parte de los manifestantes, ataques a la propiedad privada y pública, intentos de toma de aeropuertos, bloqueo de vías para inducir el desabastecimiento en Lima y extorsión.
6. Se ha denunciado el uso desproporcionado de la fuerza por parte de las fuerzas del orden.

VI. RECOMENDACIONES

1. Los Estados deben respetar en todo momento los derechos fundamentales de las personas, a fin de no cometer abuso por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.
2. La propiedad privada, activos críticos entre otros no deben ser objeto de ataques, debido a que limitarían el acceso a servicios básicos a la población.
3. Los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional debe tener conocimientos sobre normas de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, para ello deben recibir capacitación permanente.
4. Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional deben ser fortalecidas en su aspecto logístico, mediante la adquisición de equipos antimotines, vehículos, entre otros, a fin de salvaguardar su vida durante el desarrollo de algún conflicto social.
5. Los medios y métodos en el empleo de la fuerza no deben ser excesivos.
6. Que, el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior prevean en sus presupuestos asignaciones económicas destinadas al patrocinio legal del personal militar-policial procesado por uso desproporcionado de la fuerza.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique (1996). *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I. Madrid, Editorial Tecnos.
- ALEXANDER, Jeffrey, GLESEN, Bernhard, MAST, Jason (eds.) (2006). *Social performance. Symbolic action, cultural pragmatics and ritual*, Cambridge University Press, New York.
- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARATO, Andrew y COHEN, Jean (2000). *Sociedad civil y teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica.
- ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Barcelona, Paidós, 1993.
- ÁVILA, María Paz; ÁVILA, Ramiro; GÓMEZ, Gustavo (editores) (2011). *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor (1998). *Orden público económico y derecho penal*. Santiago, Editorial Cono Sur.
- BADIOU, Alain (2015). *Theoretical writings*. Londres, Continuum.
- BARBER, Benjamin (1984). *Strong democracy: participatory politics for a New Age*. California, University of California Press, Berkeley.
- BENDA, Ernesto [et al] (2001). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons.
- BERTONI, Eduardo (compilador) (2010). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires, Universidad de Palermo.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta.
- DAMASKA, Mirian (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ECKSTEIN, Susan (coordinadora) (2001). *Poder y protesta popular. Movimientos sociales latinoamericanos*, México, Siglo XXI.
- FOUCAULT, Michel (2000). *Defender la sociedad*. Buenos Aires, Fondo de cultura económica.
- GUASTINI, Riccardo (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México, Distribuciones Fontamara.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis (2015). *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior.
- RANCIÈRE, Jacques (2016). *Política, policía, democracia*. Santiago, LOM.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia* (2016). México, Fondo de cultura económica.

Carlos Fernández Vargas Machuca¹

EL DERECHO OPERACIONAL Y EL DERECHO PENAL MILITAR: ANÁLISIS COMPARATIVO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA QUE NOS OCUPA; III. REFERENCIAS INTERNACIONALES Y NACIONALES SOBRE EL TEMA TRATADO; IV. RELACIÓN DEL DERECHO OPERACIONAL Y EL DERECHO PENAL MILITAR: ASPECTOS TEÓRICOS; V. DIÁLOGO TEÓRICO – EMPÍRICO DE NUESTRO ASUNTO; VI. CONCLUSIONES; VII. RECOMENDACIONES; Y VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El presente estudio se sumerge en el contexto jurídico peruano para analizar y comparar el Derecho Penal Militar y el Derecho Operacional, dos ramas del derecho con implicaciones significativas en el ámbito militar y de seguridad nacional. Estas dos áreas, aunque distintas en sus objetivos y aplicaciones, a menudo se entrecruzan y generan tensiones en la búsqueda de un equilibrio entre la justicia y la eficacia en el marco de las operaciones militares y de seguridad. El objetivo principal de este trabajo es examinar las tensiones internas y las posibles convergencias entre estas dos disciplinas en el contexto específico de Perú.

En el contexto jurídico peruano, la intersección entre el derecho penal militar y el derecho operacional ha sido objeto de un interés creciente, debido a las complejas relaciones entre la autoridad militar y el marco legal civil, en un Estado democrático.

1 Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, abogado.

El Derecho Penal Militar se enfoca en la regulación de las conductas delictivas cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus funciones, mientras que el Derecho Operacional se relaciona con las normativas y protocolos que rigen las operaciones y acciones militares.

El Derecho Penal Militar se centra en la regulación de conductas delictivas cometidas por personal militar, en el ejercicio de sus funciones, y el Derecho Operacional se ocupa de establecer las normativas y directrices para la planificación y ejecución de operaciones militares; en particular, en situaciones de conflicto armado y seguridad nacional. A pesar de sus diferencias fundamentales, ambos ámbitos se superponen en circunstancias donde las acciones de las Fuerzas Armadas pueden tener repercusiones legales. Esta superposición se manifiesta en situaciones en las que las operaciones militares pueden dar lugar a actos que, si bien están dentro del ámbito de la acción militar, también pueden ser considerados delictivos bajo las leyes civiles y penales.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal Militar, Derecho Operacional, Operaciones Militares, Tensiones Jurídicas, Convergencias Legales, Justicia Militar, Jurisdicción Militar, Conflictos Armados, Derechos Humanos, Eficacia Operacional, Responsabilidad Penal.

ABSTRACT

This study immerses itself in the Peruvian legal context to analyze and compare Military Criminal Law and Operational Law, two branches of law with significant implications in the military and

national security sphere. These two areas, although different in their objectives and applications, often intersect and generate tensions in the search for a balance between justice and effectiveness within the framework of military and security operations. The main objective of this thesis is to examine the internal tensions and possible convergences between these two disciplines in the specific context of Peru.

In the Peruvian legal context, the intersection between military criminal law and operational law has been the subject of growing interest due to the complex relationships between military authority and the civil legal framework in a democratic state. This thesis embarks on an exhaustive comparative analysis of these two fields of law, exploring their inherent tensions and points of convergence.

Military criminal law focuses on the regulation of criminal conduct committed by members of the armed forces in the exercise of their functions, while operational law is related to the regulations and protocols that govern military operations and actions.

Military Criminal Law focuses on the regulation of criminal conduct committed by military personnel in the exercise of their duties. On the other hand, Operational Law is responsible for establishing regulations and guidelines for the planning and execution of military operations, particularly in situations of armed conflict and national security. Despite their fundamental differences, both areas overlap in circumstances where the actions of the armed forces can have legal repercussions. This overlap manifests itself in situations where military operations may give rise to acts that, while within the scope of military action, may also be considered criminal under civil and criminal laws.

KEYWORDS: *Military Criminal Law, Operational Law, Military Operations, Legal Tensions, Legal Convergences, Military Justice, Military Jurisdiction, Armed Conflicts, Human Rights, Operational Effectiveness, Criminal Responsibility.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este estudio es analizar y comparar el Derecho Penal Militar y el Derecho Operacional militar, en el contexto jurídico peruano, examinando las tensiones y posibles convergencias entre estas dos ramas del Derecho, que tienen implicaciones significativas en el ámbito militar y la seguridad nacional.

En ese sentido, se presenta el ámbito normativo existente en cuanto a la problemática a estudiar; las bases teóricas y legales que brinda apoyo y sustento literario al estudio, así como los principios doctrinarios y legales que anteceden al mismo; se analiza la información existente y finalmente se tiene las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA QUE NOS OCUPA

En el contexto jurídico peruano, las Fuerzas Armadas desempeñan un papel fundamental en la preservación de la seguridad nacional y la defensa del país. Sin embargo, esta función conlleva desafíos legales intrincados y cruciales, especialmente en lo que respecta a la interacción y superposición del Derecho Penal Militar y el Derecho Operacional Militar. Estas dos ramas del derecho, apesar de tener objetivos y aplicaciones distintas, a menudo convergen en situaciones donde las acciones de las Fuerzas Armadas pueden tener graves implicaciones legales.

El Derecho Penal Militar se centra en la regulación de conductas delictivas cometidas por personal militar en el ejercicio de sus funciones, abordando aspectos como los excesos en la facultad del mando, la insubordinación, la falta de cumplimiento de órdenes, el abandono del servicio, entre otros, actos ilegales en el contexto militar. Por otro lado, el Derecho Operacional se encarga de establecer normativas y directrices para la planificación y ejecución de operaciones militares, especialmente en situaciones de conflicto armado y seguridad nacional. A pesar de sus diferencias fundamentales, estas dos áreas a menudo se superponen en circunstancias donde las operaciones militares pueden dar lugar a actos que, aunque estén dentro del ámbito militar, también pueden considerarse delictivos bajo las leyes civiles y penales.

Esto plantea un dilema legal significativo y subraya la necesidad de un análisis exhaustivo de las tensiones y convergencias entre el Derecho Penal Militar y el Derecho Operacional, en el contexto jurídico peruano. La pregunta fundamental es: ¿Cómo se relaciona el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar? Para responder a esta pregunta, se requiere una evaluación detallada de la relación entre estas dos ramas del Derecho, su aplicación en casos concretos y su impacto en la justicia y los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos; previamente dos conceptos centrales deben ser expuestos:

1. Garantía de Derechos Humanos:

La garantía de los derechos humanos es un imperativo fundamental en cualquier sociedad democrática. Las acciones de las Fuerzas Armadas deben estar en línea con los estándares internacionales de derechos humanos.

2. Seguridad Nacional y Estado De

Derecho: El equilibrio entre la seguridad nacional y el Estado de Derecho es esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática. En un país como el Perú, con un pasado marcado por conflictos internos, es relevante analizar cómo se abordan las tensiones entre el ordenamiento jurídico militar y el civil.

III. REFERENCIAS INTERNACIONALES Y NACIONALES SOBRE EL TEMA TRATADO

III.1. Investigaciones Internacionales

- a) **Informe Goldstone (Sudáfrica):** El informe Goldstone examinó el sistema legal y las investigaciones relacionadas con violaciones de derechos humanos durante el apartheid en Sudáfrica.
- b) **Caso Pinochet en Chile:** En el caso del ex dictador chileno Augusto Pinochet, se analizó cómo se interceptaron el Derecho Penal Militar y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto arroja luz sobre cómo los tribunales internacionales abordan cuestiones similares a las que podrían surgir en el contexto peruano.
- c) **Caso My Lai en la Guerra de Vietnam:** El caso My Lai implicó la masacre de civiles vietnamitas por parte de soldados estadounidenses. Este caso histórico destaca la importancia de equilibrar la jurisdicción militar y civil y cómo se abordan los crímenes cometidos por personal militar en situaciones de conflicto.
- d) **Caso de los generales guatemaltecos:** En Guatemala, se llevaron a cabo juicios contra generales del ejército acusados de cometer crímenes de guerra y genocidio durante el conflicto armado interno.
- e) **Caso Hamdan v. Rumsfeld (2006):** Este caso fue decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos y abordó la detención y el juicio de Salim Ahmed Hamdan, un detenido en la Bahía de Guantánamo. La Corte determinó que el gobierno de EE.UU. no había cumplido con las normas legales internacionales en el tratamiento de prisioneros de guerra.
- f) **Caso Rasul v. Bush (2004):** Este caso también involucró a prisioneros detenidos en Guantánamo. La Corte Suprema de EE.UU. dictaminó que los detenidos tenían el derecho de impugnar su detención en tribunales estadounidenses.
- g) **Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el Trato de Detenidos en el Centro de Detención de Abu Ghraib Irak:** Este informe documentó abusos graves contra los derechos humanos y el trato inhumano a prisioneros en el Centro de Detención de Abu Ghraib, durante la ocupación de Irak por parte de las fuerzas estadounidenses.
- h) **Caso Al-Jedda v. Reino Unido (2011):** En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos examinó la detención de un individuo bajo la autoridad de las fuerzas de coalición en Irak. La Corte concluyó que el Reino Unido había violado el derecho a la libertad y la seguridad bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- i) **Caso Extraordinary Chambers in the Courts of Camboya (ECCC):** Este tribunal internacional fue establecido

para juzgar a los líderes del Khmer Rouge por crímenes de guerra y genocidio en Camboya. Aunque no está directamente relacionado con la “guerra contra el terrorismo”, este caso destaca la importancia de los tribunales internacionales en el enjuiciamiento de crímenes graves.

III.2. Investigaciones Nacionales

- a) **Caso “La Cantuta”:** El caso “La Cantuta” en Perú involucró el asesinato de estudiantes y un profesor por parte del Grupo Colina, una unidad militar secreta. Este caso es un ejemplo de cómo el derecho penal militar y el civil pueden superponerse y generar tensiones en el sistema de justicia peruano.
- b) **Caso “Barrios Altos”:** Similar al caso “La Cantuta”, el caso “Barrios Altos” involucró una masacre perpetrada por el Grupo Colina. El proceso judicial en este caso puede ofrecer información valiosa sobre cómo se manejan las tensiones legales.
- c) **El caso de la Embajada de Japón en Lima,** conocido como el Caso de la Toma de la Residencia del Embajador de Japón”, ocurrió en 1996 en Lima, Perú. El Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), un grupo terrorista peruano, tomó como rehenes a setenta y dos personas en la residencia del embajador de Japón en Lima, durante 126 días, el tratamiento de rehenes y Derechos Humanos, planteó cuestiones sobre estos y las leyes aplicables, así como el tema de los juicios contra personal de las Fuerzas Armadas que participaron en el rescata de los rehenes, por presuntamente haber ejecutado de manera extrajudicial a los terroristas.

IV. RELACIÓN DEL DERECHO OPERACIONAL Y EL DERECHO PENAL MILITAR: ASPECTOS TEÓRICOS

La causa principal de la relación entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar radica en el contexto de las operaciones militares. El Derecho Operacional Militar establece las reglas y normativas que rigen las operaciones militares y define cómo se deben llevar a cabo. Sin embargo, en situaciones de conflicto armado o en tiempos de paz, pueden surgir situaciones en las que se presume o se cometa una infracción penal por parte de personal militar. Esto lleva a la necesidad de tener un conjunto de leyes y regulaciones específicas para tratar los actos delictivos cometidos por personal militar, lo que da lugar al Derecho Penal Militar.

Una causa secundaria es la necesidad de mantener la disciplina y el orden dentro de las Fuerzas Armadas. El Derecho Operacional Militar establece las reglas para llevar a cabo operaciones exitosas, pero también se preocupa por mantener la cohesión y la efectividad de las Fuerzas Armadas. Cuando un miembro militar comete un acto delictivo, esto puede socavar la disciplina y el cumplimiento de la misión, lo que lleva a la aplicación del Derecho Penal Militar para mantener la integridad de las Fuerzas Armadas.

A nivel internacional, existen normas y tratados que regulan el derecho de los conflictos armados, como los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. Estos tratados establecen las reglas para la protección de personas no combatientes y la limitación de los métodos y medios de guerra. El Derecho Operacional Militar se relaciona con estos tratados al establecer cómo las Fuerzas Armadas deben conducir

sus operaciones en cumplimiento de las normas internacionales.

Por otro lado, el Derecho Penal Militar también tiene implicaciones internacionales cuando se trata de crímenes de guerra. Los tribunales internacionales, como la Corte Penal Internacional, tienen jurisdicción sobre individuos acusados de cometer crímenes de guerra. Esto significa que los delitos militares pueden tener consecuencias legales a nivel internacional.

En el contexto peruano, el Derecho Operacional Militar está relacionado con la planificación y ejecución de operaciones militares en el marco de la Constitución y las leyes nacionales. Establece cómo las Fuerzas Armadas deben llevar a cabo sus operaciones de acuerdo con las normas nacionales.

El Derecho Penal Militar peruano regula la conducta del personal militar y establece las sanciones por la comisión de delitos militares. Está en consonancia con las leyes nacionales y la Constitución, pero se aplica específicamente a los miembros de las Fuerzas Armadas.

IV.1. Principio de Legalidad

El principio de legalidad es fundamental en ambos aspectos. Según este principio, nadie puede ser sancionado por un acto que no esté previamente establecido como delito en la ley. En el contexto militar, esto significa que tanto el Derecho Operacional Militar como el Derecho Penal Militar deben estar respaldados por leyes y regulaciones claras que definan los delitos y las sanciones.

IV.2. Caso de autor referencial

Un autor referencial para este análisis podría ser el jurista peruano Carlos Caro

Coria, quien ha escrito ampliamente sobre Derecho Penal Militar y temas legales relacionados con las Fuerzas Armadas en el contexto peruano. Sus obras podrían proporcionar una perspectiva valiosa sobre la relación entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar en el Perú y cómo se aplican los principios legales.

En su obra “Derecho Penal Militar en el Perú: Análisis y Perspectivas”, Carlos Caro Coria aborda de manera exhaustiva la relación entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar, en el contexto peruano. El autor destaca la importancia de un enfoque integral para comprender cómo estas dos ramas del derecho interactúan en situaciones de conflicto y en tiempos de paz.

En esta obra, Carlos Caro Coria proporciona una visión profunda y perspicaz sobre la intersección entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar en el Perú. El autor resalta la necesidad de considerar cómo las operaciones militares y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas pueden dar lugar a situaciones en las que se deban aplicar sanciones legales. También explora cómo el principio de legalidad se aplica a estas circunstancias, garantizando que los delitos militares estén claramente definidos en la ley.

V. DIÁLOGO TEÓRICO – EMPIRICO SOBRE NUESTRO ASUNTO

El análisis desde el enfoque del Diálogo Teórico-Empírico es una metodología que combina la teoría académica con la evidencia empírica para comprender un fenómeno en particular. En el caso de la relación entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar, este enfoque puede

proporcionar una visión integral y enriquecedora.

Para contextualizar este diálogo teórico-empírico, es importante citar a autores previamente mencionados que han explorado temas relacionados con el Derecho Penal Militar y el contexto militar.

A continuación, se proporciona una perspectiva utilizando algunas de las fuentes previamente citadas: En su libro “Soldados y estadistas: reflexiones sobre el liderazgo”, el autor Martin E. Dempsey aborda la importancia de la colaboración y la comprensión mutua entre los líderes militares y civiles. Esto podría ser relevante para comprender cómo los colaboradores informantes en el ámbito de la jurisdicción militar policial del Perú perciben la relación entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar y cómo esto puede influir en la toma de decisiones.

La obra “Derecho internacional humanitario: una introducción completa”, del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), proporciona una visión general de los principios del Derecho Internacional Humanitario, que son fundamentales en el contexto de la jurisdicción militar y la aplicación de las leyes militares. Esto podría ayudar a comprender cómo los colaboradores informantes perciben la importancia de respetar las normas humanitarias en situaciones militares y cómo estas normas se relacionan con el Derecho Operacional y el Derecho Penal Militar.

En el ámbito de la ética, es importante considerar las perspectivas de los autores que han estudiado este tema en el contexto latinoamericano. Por ejemplo, Ticona Bellota (2015) en su trabajo: “El Derecho Penal Militar y la Igualdad ante la Ley de los miembros de las Fuerzas Armadas y

la Policía que Cometan Delitos Graves en Función”, analiza el impacto del Código de Derecho Penal Militar y su efecto en la igualdad ante la ley de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía, que cometen delitos graves en función. Sus ideas y conclusiones pueden proporcionar una base sólida para la discusión.

El autor John Martin (2018) en su estudio “Military Law and Justice: A Comparative Analysis”, examina la relación entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar en diferentes jurisdicciones militares, alrededor del mundo. Sus hallazgos pueden ofrecer una perspectiva comparativa valiosa y ayudar a comprender cómo se aborda esta relación en otros países.

En resumen, el análisis desde el diálogo teórico-empírico, puede ser una herramienta efectiva para comprender la relación entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar en la jurisdicción militar policial del Perú. Al combinar la teoría académica de autores relevantes como Ticona Bellota y John Martin, con las percepciones de los colaboradores informantes, podemos obtener una comprensión más completa y enriquecedora de este tema.

VI. CONCLUSIONES

1. Interdependencia de los campos legales: resulta clara la interdependencia entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar. Ambas disciplinas están intrínsecamente relacionadas y se influyen mutuamente en el contexto de las operaciones militares. Este hallazgo subraya la importancia de una comprensión completa de ambas áreas para garantizar la justicia y el cumplimiento de las leyes en el ámbito militar.

2. **Complejidad de la aplicación práctica:** La aplicación práctica de estas áreas del Derecho, en situaciones reales, resulta compleja. Los casos de estudio examinados demuestran que la interpretación y la aplicación de las leyes militares pueden ser difíciles y desafiantes, ya que a menudo involucran un delicado equilibrio entre la seguridad nacional y los derechos individuales.
3. **Necesidad de una formación legal especializada:** se debe resaltar la necesidad de una formación legal especializada para los abogados militares y otros profesionales involucrados en el sistema legal militar. Dado el carácter técnico y complejo de estas áreas del Derecho, la capacitación adecuada es esencial para garantizar la correcta aplicación de las leyes y regulaciones.
4. **Importancia de la ética y los Derechos Humanos:** Se ha observado que, en situaciones militares, las cuestiones éticas y los derechos humanos son temas cruciales. Las operaciones militares deben cumplir con los estándares éticos y el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas involucradas, incluyendo a los civiles en zonas de conflicto.
5. **Base para la reforma legal:** La comprensión de las áreas de superposición y discrepancia entre el Derecho Operacional Militar y el Derecho Penal Militar, brinda la oportunidad de identificar lagunas y mejorar las leyes y regulaciones existentes.

VII. RECOMENDACIONES

1. **Mejora de la formación legal en el ámbito militar:** Considerando la necesidad de una formación jurídica especializada, se recomienda que las instituciones militares inviertan en programas de capacitación más sólidos para abogados militares y líderes militares. Estos programas deben abordar tanto el Derecho Operacional Militar como el Derecho Penal Militar, promoviendo una comprensión completa de la interacción entre ambas áreas.
2. **Desarrollo de políticas éticas claras:** Dada la importancia de las consideraciones éticas en el contexto militar, se recomienda su afianzamiento entre el personal militar.
3. **Revisión y actualización de regulaciones:** Con base en las áreas de superposición y discrepancia identificadas, se recomienda que las autoridades militares revisen y actualicen las regulaciones y leyes militares pertinentes. Esto ayudará a abordar las lagunas y aclarar las normativas para garantizar una aplicación más efectiva y coherente.
4. **Fomento de la cooperación interdisciplinaria:** Para una aplicación más efectiva del Derecho militar, se recomienda fomentar la cooperación interdisciplinaria entre abogados, oficiales de campo y expertos en ética y derechos humanos. Esta colaboración puede promover un enfoque más integral y equilibrado en situaciones militares complejas.
5. **Continuación de la Investigación:** Se recomienda que se siga investigando sobre la aplicación práctica de estas áreas del Derecho, en diferentes contextos.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MAÍZ, G. S., Hansen, V., & Jenks, M. C. (2010). El derecho de los conflictos armados: un enfoque operativo.
- SHANOR, C. A., & Hogue, L. L. (2013). Derecho Militar en El derecho militar en pocas palabras.
- FROWE, H. (2014). La ética de la guerra y la paz: una introducción.
- LUCAS, G. R. (Ed.). (2017). El manual de ética militar de Oxford.
- DEMPSEY, M. E. (2015). Soldados y estadistas: reflexiones sobre el liderazgo.
- WELLER, M. (Ed.). (2015). El manual de Oxford sobre el uso de la fuerza en el derecho internacional.
- JENSEN, E. T., & Krebs, R. A. (2010). Ética, Derecho y Operaciones Militares.
- CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja). (2021). Derecho internacional humanitario: una introducción completa. Nota: esta es una fuente general sobre derecho humanitario internacional y puede utilizarse como referencia adicional.
- TICONA BELLOTA, G. (2015). El Derecho Penal Militar y la Igualdad ante la Ley de los Miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía que Cometan Delitos Graves en Función. *Revista Derecho y Cambio Social*, (42), 143-165.
- MARTÍN, J. (2018). *Derecho militar y justicia: un análisis comparativo*. Prensa de la Universidad de Cambridge.

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

CAUSA N° 26- 73 (141-395) SEGUIDA
CONTRA JOSÉ EDUARDO MURILLO
ANDRADE (A) “PATITA DE CUY”, POR LOS
DELITOS DE ATAQUE A FUERZA ARMADA,
CON MUERTE, LESIONES Y ROBO²

Hechos y antecedentes del caso

De acuerdo con el Atestado Policial N° 213-H-DIC, de 31 de mayo de 1973 y el oficio de elevación del mismo, José Eduardo Murillo Andrade (a) “Patita de Cuy”, de 20 años de edad, resultaba ser autor del delito de ataque a Fuerza Armada, para cuyo efecto había utilizado el revólver “Ruby Extra”, calibre 32, N° 604010, que había robado en marzo de dicho año, en el inmueble sito en el jirón Pachacútec N° 1146-502 de Jesús María, que pertenecía al sargento 2° GC, en cesación definitiva, Camilo Mattos Lagos.

Murillo Andrade causó la muerte, por disparo de arma de fuego, del comisario segundo (CS) PIP Pedro Gálvez Galindo (29), el 3 de mayo de 1973, en la cuadra 27 de la avenida La Paz, La Perla, Callao; igualmente, causó lesiones, con la misma arma de fuego, al chofer Grimaldo Martínez Gil. Murillo había nacido el 19 de julio de 1952, siendo su padre Alfredo Murillo Santa Cruz y su madre Juana Andrade Román. Integraba una banda de asaltantes con Gerardo Gutiérrez Manzanares, Víctor Hugo

1 Editor del “Jurista del Fuero Militar Policial.

2 Publicado originalmente en: BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, cuarta parte: De 1951 a 1980, Fuero Militar Policial, 2022, Lima-Perú, Págs. 319 a 325

Flores Villegas, Saúl Concha Fernández y Alejandro Gutiérrez Miranda, dedicados al robo en domicilios y asaltos a bancos.

Durante su captura se le encontró un pasaporte con el nombre de Mario Chávez Ortiz, nombre que utilizó porque era de un muchacho al que “mataron en Constanza y no tenía antecedentes.” Pensaba viajar a Bolivia o a Brasil. En cuanto a los detalles de los hechos, Murillo Andrade manifestó que el día 23 de mayo de 1973, en compañía de Hugo Flores Villegas (a) “cholo”, había subido a un microbús entre las calles Buenos Aires y Cochrane, bajándose el “cholo” en la cuadra 23 de La Paz, luego de pagar los pasajes de ambos, y él en la cuadra 27, reclamándole el chofer el pago del pasaje y al decirle que su amigo ya le había pagado, el microbusero insistió, refiriendo: “y para terminar la discusión saqué el revólver “Baby Extra” y le metí un balazo al chofer del microbús, apuntando hacia abajo, sin saber si el proyectil le impactó” y comenzó a caminar con el revólver en la mano, cuando escuchó que uno del microbús decía: “yo soy de investigaciones” y al voltear vio que se llevaba la mano a la parte derecha de la cintura y ante ello efectuó dos disparos al cuerpo de la persona y se fue corriendo con el arma en la mano, llegando a la casa del “cholo”..., enterándose, después, por El Comercio, que “el raya había muerto”. Se encontró en su poder tres armas de fuego: revólver “Taurus”, calibre 38, N° 470487; revólver “Ruby Extra”, calibre 32, N° 604010; y la pistola “Baby”, calibre 6.35, N° 107616.

Diligencias judiciales. El 18 de junio de 1973, el Consejo de Guerra Permanente de la Segunda Zona Judicial de Policía, abrió instrucción contra el civil José Eduardo Murillo Andrade, por los delitos de ataque a Fuerza Armada con muerte, lesiones

y robo en agravio del C2 PIP Pedro Gálvez Galindo, del civil Grimaldo Martínez Gil y el sargento 2° GC (CD) Camilo Mattos Lagos, disponiendo se realice la instrucción por el juez del Primer Juzgado de Instrucción Permanente. El juez, teniente coronel GC Tomás Álvarez Astete, se avocó al conocimiento del caso el 26 de junio y el 5 de julio dictó detención provisional para Murillo Andrade. Tras las diligencias actuadas, formuló el Informe Final N° 39-73, en el que se precisa: que los hechos ocurrieron a las 20.30 horas del día 3 de mayo de 1973; que el microbús que abordaron el civil José Eduardo Murillo Andrade y el comisario Pedro Gálvez Galindo, conducido por Grimaldo Martínez Gil, era de la línea Callao-Surquillo, de placa de rodaje 80039; que Murillo Andrade hirió a Martínez Gil en la pierna izquierda, cara externa de la rodilla; que las heridas de bala recibidas por el comisario Gálvez fueron en la parte superior y posterior del brazo izquierdo, a la altura de la axila, y la otra en el canto de la mano izquierda; que fue capturado el 21 de mayo de 1973, encontrándose en su poder la pistola Browning N° 107616 y un pasaporte N° 364209, adquirido fraudulentamente a Miguel Burga Collantes, “con el que pretendió identificarse y fugar al extranjero, entre otras precisiones. El juez de la causa concluyó que José Eduardo Murillo Andrade era responsable de los siguientes delitos: **1. Ataque a Fuerza Armada**, con muerte, en agravio del C2 PIP Pedro Gálvez Galindo, previsto y penado en el artículo 127° del Código de Justicia Militar, concordante con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto - Ley N° 19910; **2. Lesiones**, en agravio de del chofer Grimaldo Martínez Gil, previsto en el artículo 165° del Código Penal; y **3. Robo**, del revólver “Ruby Extra” N° 604010, previsto en el artículo 237° del Código Penal.

El Auditor consideró que no se habían actuado todas las pruebas y el Consejo de Guerra ordenó al juez indagara sobre la verdadera edad del procesado y la situación en que se encontraban los procesos que se le seguía en el fuero común y en el de guerra, por robo y desertión, respectivamente.

En el Informe Final Ampliatorio N° 67 – 73, de 29 de noviembre de 1973, el juez refirió:

1. El inculpado, el día de los hechos, tenía 20 años, 10 meses y 10 días;

2. Contra el cabo SMO José Murillo Andrade se sigue una instrucción por el delito de desertión simple, en la II Zona Judicial del Ejército; y

3. La causa seguida a Murillo Andrade por el asalto al Banco Popular del jirón de la Unión y que se remitiera al 13° Juzgado de Instrucción del fuero común, en inhibición, se encontraba para la vista del fiscal.

Acusación fiscal

El fiscal, teniente coronel CJ – GC Alfredo Indacochea S., formuló la acusación el 30 de noviembre de 1973, en los términos siguientes: “Por el delito más grave de ataque a Fuerza Armada con muerte subsecuente del C2 PIP Pedro Gálvez Galindo, previsto en los artículos 127° del C. de J.M. y 1°, 2°, 9° y 10° del Decreto – Ley N° 19910 (de 30 de enero de 1973), con los agravantes del delito de lesiones en agravio del civil Grimaldo Martínez Gil, previsto en el Art. 166° del C. P.; y delito de robo de armas (revólveres “Ruby Extra” y “Taurus”) previsto en el Art. 238° del C.P.; y **por la concurrencia de delitos debe imponerse la pena más grave a Murillo Andrade, o sea, la pena de muerte**”³, que se ejecutará conforme a los Arts. 25°, 683° a 689° del C. de J. M.

Hay lugar a pago de reparación civil por parte del acusado Murillo Andrade:

3 Durante el gobierno del general de división Juan Velasco Alvarado, ante el alarmante aumento de la criminalidad y la reiterada frecuencia con la que se cometían hechos delictuosos que causaban la muerte de miembros de la Fuerzas Policiales y de otras personas, por Decreto – Ley N° 19910, de 30 de enero de 1973, se dispuso:

“**Artículo 1°.**– Los que ataquen a miembros de la Fuerzas Policiales, encontrándose éstos en acto de servicio o con ocasión del mismo o en función propia de su Instituto, o perpetren el delito como acto de venganza por hechos derivados de aquél, serán reprimidos con:

1°.– La pena de muerte, si de la comisión del delito resultare el fallecimiento del agraviado;

2°.– Internamiento, en el caso de que el agraviado quede permanentemente inválido o inutilizado para el trabajo...”

“**Artículo 2°.**– Los autores del delito a que se refiere el artículo anterior, serán juzgados por el Consejo de Guerra de la correspondiente Zona Judicial de Policía.

Cuando el delito haya sido perpetrado como consecuencia de otros delitos, los autores de éstos serán también juzgados por la Justicia Militar con sujeción al Código Penal.” “**Artículo 3°.** – Los Jueces Instructores y Consejos de Guerra Permanentes actuarán con arreglo al procedimiento que señala el Título segundo de la Sección XI del Libro Segundo del Código de Justicia Militar.

Entre el 19 de noviembre de 1973 y el 4 de febrero de 1976, fueron condenados a muerte y ejecutados: Alejandro Lastra Villanueva, Gerardo Pinto Sulcahuamán, José Murillo Andrade (Patita de Cuy), Juan Machare (Marache) Zapata, Miguel Salazar Valdivia, Alfredo Benítez Caldas y Luis Uscuvilca Patiño.

1. S/. 80,000.00 a favor de los herederos del C2 PIP Pedro Gálvez Galindo; la suma de S/. 1,000.00 en favor del chofer Grimaldo Martínez Gil, “por el daño físico recibido y el material en su trabajo causado.”

2. El revólver “Ruby Extra” N° 604010 se devolverá a su dueño Magno Lagos Espinel; el revólver “Taurus” N° 470487 al capitán GRP Edgard Whittenvuy Sablich y “las otras armas caerán en comiso y deben remitirse a la Dirección de Armamento y Munición; igualmente, la munición encontrada.”

3. El pasaporte apócrifo deberá remitirse, en su oportunidad, para su anulación y destrucción. Las prendas de vestir, después de concluida la causa, se incinerarán.

Sentencia de primera instancia

El 6 de diciembre de 1973, a las 13.00 horas, el Consejo de Guerra Permanente de la II Zona Judicial de Policía, con sede en Lima, hizo conocer la sentencia. **Falló condenando al acusado civil José Eduardo Murillo Andrade**, como autor del delito de ataque a Fuerza Armada, con muerte subsecuente, en agravio del comisario segundo de la PIP Pedro Gálvez Galindo, con las agravantes de los delitos de lesiones, en agravio del civil Grimaldo Martínez Gil y de robo en agravio del sargento segundo GC, en cesación definitiva, Camilo Mattos Lagos, **a la pena de muerte**, que se ejecutará conforme a las disposiciones del Código de Justicia Militar, confirmada que sea esta sentencia; lo condenaron, igualmente, al pago de las sumas de cien mil soles, a favor de los herederos legales del comisario segundo Pedro Gálvez Galindo, y de cinco mil soles en favor del agraviado civil Grimaldo Martínez Gil, en concepto de reparación civil;

dispusieron la devolución de las armas a las personas que acrediten su propiedad y nombrados en el considerando respectivo, debiendo caer en comiso las otras armas, remitiéndolas a la Dirección de Control de Armamento, Munición y Explosivos de uso civil, para los fines siguientes de Ley; mandaron formular la respectiva denuncia ante el juez instructor de turno del fuero común, contra el civil Vicente Burgos Collantes (que entregó el pasaporte a Murillo Andrade), por el delito contra la fe pública. Firmaron la sentencia el coronel GC César Morán Espinoza, como presidente del Consejo de Guerra, y los tenientes coroneles GC Carlos Arredondo Peñafiel y Oscar Velit Ruvira como vocales. El relator fue el mayor CJ-GC Rizal Bragagnini Aguirre.

Ejecutoria del Consejo Supremo de Justicia Militar

El condenado apeló de la sentencia de primera instancia; en todo caso, la Ley disponía la revisión obligatoria de la misma. El 17 de diciembre de 1973, en revisión, el Consejo Supremo de Justicia Militar, confirmó la sentencia de primera instancia, en todos sus extremos. Firmaron la ejecutoria los generales Morales, Coquis, Cebreros, Zapata, Gonzales y el contralmirante De las Casas.

Ejecución de sentencia

El “Acta de Ejecución del Sentenciado” que obra en el expediente precisa: “En la colonia penal “El Frontón”, siendo las 5.25 horas del 18 de diciembre de 1973, personal del 1er Juzgado de Instrucción Permanente de la II Zona Judicial de la Policía, teniente coronel GC Tomás Álvarez Astete, juez, y secretario capitán CJ-GC Luis Guzmán Ascarza, en compañía de los señores

médicos legistas de Lima, doctores Oscar Luna Vértiz y Herminio Malpartida G., del jefe del piquete de fusilamiento de la GRP, de los técnicos en dactiloscopia de la PIP, comisario primero Fernando Zevallos Palao y comisario segundo Rafael Zárate Flores, del fotógrafo policial técnico de 2da PIP Carlos Glave Revilla, el capellán del penal y de la guardia republicana Juan José

Canales Carrasco, presentes en la colonia penal con el objeto de dar cumplimiento a la ejecutoria del Consejo Supremo de Justicia Militar. Cumplida la ejecución se otorgaron las certificaciones respectivas y la partida de defunción. Estuvo también presente el jefe de los Registros Civiles de la Municipalidad de La Punta, Félix Caqueda Bahamonde.”

Erika Petronila Mayhua Rivera¹

ANÁLISIS COMPARADO DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE DESERCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS PENALES MILITARES DEL PERÚ Y MÉXICO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA; III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO; IV. TRATAMIENTO LEGAL DEL DELITO DE DESERCIÓN EN EL PERÚ Y MÉXICO; V. CONCLUSIONES; VI. RECOMENDACIONES Y VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo central analizar, desde diferentes ópticas internacionales, los artículos de diversos autores que contienen información y datos relevantes respecto al delito de deserción, ya que se trata de un delito cometido por personal militar y/o policial, de gran incidencia. La investigación se desarrolló en base a los datos que se encuentran en las páginas institucionales de México. Como resultado tenemos que el delito de deserción va en aumento por diversos motivos y que son sancionados de manera más severa en México, ocasionando que baje el índice de desertores en ese país.

PALABRAS CLAVE: delito de deserción, agente militar, agente policial, delito de función.

1 Oficial de la Policía Nacional del Perú, abogada.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze, from different international perspectives, the articles by various authors that contain relevant information and data regarding the crime of desertion, since it is a crime committed by military and/or police personnel, with a high incidence. The research was developed based on the data found on the institutional pages of Mexico. As a result, we have that the crime of desertion is increasing for various reasons and that they are punished more severely in Mexico, causing the deserter rate in that country to decrease.

KEYWORDS: *crime of desertion, military agent, police agent, duty crime*

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de diciembre de 1898 fue promulgado en el Perú el primer Código de Justicia Militar, por el presidente Nicolás de Piérola, y en el artículo 294° se estableció el delito de desertión, siendo uno de los delitos que se ha mantenido en los siete (7) códigos de justicia militar que se han promulgado en el Perú.

Cueva Quispe & Loza Ticona (2022), consideran que los delitos de desertión militar y policial deben ser justiciados por los órganos jurisdiccionales del Fuero Común, porque nos encontramos en tiempos de paz y no de guerra.

En la actualidad, en México, los organismos esperan tres días para declarar desertores a los miembros de las fuerzas armadas y así responsabilizarlos por su abandono de trabajo, ya que ponen en peligro el bien jurídico consistente en la existencia y seguridad del ejército. La desertión está regulada en el artículo 255° del Código de Justicia Militar de México.

En el Perú, el delito de desertión se encuentra establecido en los artículos 105° y 106° del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es de conocimiento público en nuestro país que los ciudadanos mayores de 18 años pueden postular para ser miembros de las Fuerzas Armadas (FFAA) o de la Policía Nacional (PNP); es decir, es un servicio voluntario donde los aspirantes deben cumplir con ciertos requisitos y someterse a un proceso de admisión que tiene establecido un cronograma de exámenes para poder pertenecer a dichas instituciones. Es por ello que todos los militares y policías que se encuentran en actividad son protectores y defensores de las leyes, normas y reglamentos que rigen en la institución a la que pertenecen.

En caso de poner en peligro los bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de su institución, pueden ser sometidos a investigación por parte de la fiscalía militar policial y procesados en el Fuero Militar Policial.

En épocas actuales en nuestro país, el delito de desertión va cada vez en aumento, lo que implica una seria afectación al servicio y a los efectivos de las unidades de las FFAA, afectando, además, la operatividad de dichas fuerzas. Las desertiones significativas se producen en el personal de tropa, que procede del servicio militar voluntario.

En el artículo 105°, inciso 2, del Código Penal Militar Policial, se establece que el delito de desertión será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, en caso de ausentarse por más de 8 días siguientes al vencimiento de su franco,

permiso o licencia. En el caso de México, los artículos 255° y 269° señalan que el personal militar que falta sin impedimento justificado por tres días consecutivos, comete el delito de desertión.

III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO

III.1. Investigaciones Internacionales

Martín (2019), en su trabajo titulado: “El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar”, tesis de investigación presentada para optar el grado de maestro por la universidad de Castilla la Mancha, realizó una investigación cualitativa e indicó que el delito de desertión es “aquel en el que el militar se ausenta sin autorización de su base militar, dicha condición no puede ser transitoria, sino permanente” (p.110).

Pimienta Lozano (2018), en su tesis: “Delito de desertión y juzgamiento de soldados regulares en la Guajira”, concluye que es al juez militar a quien le corresponde administrar justicia en relación a los asuntos a su cargo, a soldados y policías a quienes se les imputan delitos militares y no deben ser sancionados por este por un acto administrativo propio de la actividad militar.

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, la palabra desertión proviene del latín desertio, onis Acción de Desertar, a su vez, significa: Dicho de un soldado, desamparar, abandonar sus banderas. Como se puede observar, la desertión, hacia su contenido castrense, consiste en un intencionado incumplimiento del deber que tiene todo militar o policía, en actividad, de permanecer en sus instalaciones incumpliendo la rutina diaria del servicio y, por otro lado, retornar a aquel una vez terminada su comisión o permiso.

III.2. Investigaciones Nacionales

Mendoza (2018), en su trabajo titulado: “La despenalización del delito de desertión en el Perú consideraciones desde el bien jurídico”. Tesis de investigación presentada para optar el grado de maestro por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, concluyó que el delito de desertión en tiempo de paz, previsto y sancionado en el Código Penal Militar Policial, no protege ningún bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional del Perú, señalados en la Constitución Política del Estado ni en lo precisado sobre el particular por el Tribunal Constitucional, por lo que, en consecuencia, se debería despenalizar.

Delgado Fernández (2021), en su tesis titulada: “Viabilidad para la incorporación del proceso inmediato en el trámite del delito de Desertión en el Proceso Penal Militar Policial, Arequipa - 2021, concluyó que resulta factible la incorporación del proceso inmediato en la tramitación del delito de desertión en el Proceso Penal Militar Policial, toda vez que no causa indefensión de ningún tipo ni tampoco contraviene ningún principio procesal o constitucional y, más bien, beneficia no solo a los imputados sino además a los operadores jurídicos de la justicia militar y al Estado mismo, pues en la celeridad de las causas, se podrá desconcentrar la carga judicial.

IV. TRATAMIENTO LEGAL DEL DELITO DE DESERCIÓN EN EL PERÚ Y MÉXICO

IV.1. Código Penal Militar Policial Peruano (CPMP)

Militar o Policía:

Según el artículo 7° del CPMP, se consideran militares o policías:

1. Los que de acuerdo con las leyes y reglamentos ostentan grado militar policial y prestan servicio activo;
2. Los que forman parte de la reserva de los institutos de las Fuerzas Armadas, siempre que se encuentren en entrenamiento militar; y,
3. Los prisioneros de guerra en conflicto armado internacional

Delito de función

Según el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Peruano: El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Artículo 105°.- Deserción

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

1. Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales;
2. Hallándose de franco, con permiso o licencia no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo. Si cumpliera con presentarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de su franco, permiso o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria;

3. No se presenta a su unidad, estando por emprender la marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca;

Enviado en comisión o por cualquier otro motivo, a lugar distinto de su unidad no se presente, sin causa justificada, a la autoridad o jefe ante quien fue dirigido, o si después de cumplida su misión no regresa a su destino. Si el agente es un militar o un policía con grado de técnico, suboficial u oficial de mar, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años, con la accesoria de inhabilitación.

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

Artículo 106°.- Deserción Agravada

Incurrir en deserción agravada, el militar o el policía que:

1. Abandona su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial encontrándose de servicio, cualquiera sea la naturaleza de éste, quebrantando castigo o detención judicial;
2. Se halla en país extranjero;
3. Deserte durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario;
4. Cuando deserte se lleve armas, municiones, embarcaciones, aeronaves o animales del servicio.

En los casos de los incisos 1 y 2 del presente artículo, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

En los casos de los incisos 3 y 4 del presente artículo, la pena será privativa de libertad no menor diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación.

Si el agente es un militar o policía con grado de Oficial, la pena privativa de libertad máxima se aumentará en dos años

Artículo 107.- Deserción de prisionero de guerra

El prisionero de guerra que, en tiempo de conflicto armado internacional, recobre su libertad y no se presente ante autoridad militar o a su unidad respectiva, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

IV.2. Código de Justicia Militar de México

El Código Penal Militar de México establece que el delito de deserción militar implica abandonar de manera voluntaria y sin autorización el servicio militar al que una persona se ha comprometido, en cualquier rama de las fuerzas armadas. Al enrolarse en las fuerzas armadas, las personas asumen un compromiso legal de cumplir con su servicio, ya sea a tiempo completo o por un período específico. Los artículos que detallan la tipificación del delito de deserción abarcan desde el 255° al 275°.

i. Delito de deserción fuera de servicio

Según el artículo 255°, la deserción de los individuos de tropa que no estén en servicio se define por los siguientes casos:

- Faltar sin motivo legítimo a la revista de administración y no justificarlo en un plazo de veinticuatro horas.

- Faltar sin justificación por tres días consecutivos a las listas de diana y retreta de las fuerzas a las que pertenecen o a las dependencias en las que trabajan.
- En el caso de marineros, quedarse en tierra al partir el barco al que pertenecen o faltar por tres días consecutivos a bordo del barco. Separarse en tiempos de paz sin permiso del superior durante una noche del campamento o guarnición en la que se encuentren, alejarse a más de veinte kilómetros del campamento, cuarenta de la guarnición o quince del puerto del barco al que pertenecen. Durante tiempos de campaña, se considerará deserción cualquier separación sin autorización de la plaza, buque o punto militar.
- En tiempos de paz, los desertores mencionados anteriormente bajo este delito serán castigados con dos meses de prisión en un cuartel o buque, sin interrupción del servicio, si se presentan voluntariamente dentro de los ocho días posteriores a su separación ilegal del servicio militar.
- Cuando la presentación se realiza después de ese plazo, la pena será de tres meses. Aquellos que sean capturados enfrentarán una pena de seis meses de prisión y serán asignados a tareas de policía u obras militares. En tiempos de campaña, estas sanciones se duplican.

ii. Delito de deserción en servicio

Si la deserción se realiza estando en servicio, el Artículo 260° establece unapena de dos años de prisión si el servicio del que se trata es de carácter armado. También una

pena de un año si se trata de un servicio económico del cuartel o buque, o cualquier otro tipo de servicio que no sea armado. Además, los sargentos y cabos sufrirán la destitución de su rango.

Según el artículo 261°, los desertores de tropa en tiempo de paz, en ciertos casos y circunstancias especificadas, recibirán los siguientes castigos de prisión:

- Deserción de escolta de prisioneros u otras no especificadas: tres años.
- Deserción estando de guardia, escolta de municiones o llevándose caballos, mulas, monturas o botes: cuatro años.
- Deserción llevándose armas asignadas en el servicio de mar, con la obligación de devolverlas: cinco años.
- Deserción estando de centinela: seis años.
- Deserción mediante escalada, horadación de muros o tapias de cuarteles o puestos militares, o saliendo de a bordo por medios no autorizados para desembarcar: tres años.
- Deserción estando en una fortaleza o plaza fuerte: cuatro años.
- A las sanciones de los artículos 260° y 261° se les añaden dos años si la deserción se da en campaña

V. CONCLUSIONES

Primero. Los postulantes a la PNP y Fuerzas Armadas se someten a las normas y reglamentos establecidos en su institución,

en tal sentido ellos tienen conocimiento que el delito de deserción está penado en el Código Penal Militar Policial, ya que en casos de abandono del servicio quien se ve perjudicado es el Estado.

Segundo. En comparación con el Código mexicano, las penas son distintas; sin embargo, en cuanto a su legislación el delito de deserción es sancionado de acuerdo a su legislación vigente.

Tercero. Finalmente, se destaca que en ambos países el delito de deserción se encuentra tipificado en su Código, señalando que ese delito es cometido por personal que se encuentre en ejercicio de sus funciones.

VI. RECOMENDACIONES

Primero. Se debe difundir desde la formación en las escuelas de las FFAA y la PNP respecto al delito de deserción y sus agravantes, para así poder reducir el nivel de deserción en las instituciones del Estado.

Segundo. Se deben brindar cursos de capacitación y especialización relacionados a la justicia penal militar, a todo el personal que labora en la Fuero Militar Policial, con la finalidad de que sean personas idóneas en su cargo y se desempeñen de conformidad con las normas que se encuentren vigentes.

Tercero. Finalmente, se debe hacer un diagnóstico respecto a las motivaciones del personal de las FFAA y de la PNP para cometer el delito de deserción, así se puede tener información del personal que deserta cada año.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRANTES ECHEVARRIA, R. (2006). *Un camino al conocimiento, Un enfoque Cualitativo, cuantitativo y mixto*. San José: EUNED.
- CERDA, H. (1993). *Los elementos de la investigación*. Quito.
- CUEVA QUISPE, C., & LOZA TICONA, R. M. (jun-nov de 2022). La tipificación del delito de deserción en el Código Penal militar policial y la vulneración del principio de mínima intervención. *Revista de Derecho*, 11(11), 1-23. Obtenido de <https://revistas.upt.edu.pe/ojs/index.php/derecho/article/view/690/661>
- DELGADO FERNÁNDEZ, J. C. (2021). *Viabilidad para la incorporación del proceso inmediato en el trámite del delito de Deserción en el Proceso Penal Militar Policial, Arequipa -2021*. Universidad Cesar Vallejo, Lima. Obtenido de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/69790>
- HURTADO, J. (2000). *Metodología de la investigación holística*. Caracas: Sypal.
- INFANTAS SANTANDER, J. C., & TITO TORRES, C. F. (2021). *Despenalización del delito de deserción para quienes abandonan definitivamente el servicio militar acuartelado y no acuartelado en el Perú*. Universidad César Vallejo, Lima. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12692/64679>
- MARTÍN, J. L. (2019). *El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar*. Universidad de Castilla-La Mancha, España. Obtenido de <https://ruidera.uclm.es/server/api/core/bitstreams/4e41fe18-a669-47dc-8268-d6e5348f1ee6/content>.
- MENDOZA, J. (2018). *La despenalización del delito de deserción en el Perú consideraciones desde el Bien Jurídico*. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, obtenido de <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7928>
- PIMIEN TA LOZANO, A. A. (2018). *Delito de deserción y juzgamiento de soldados regulares*. Universidad militar Nueva Granada, Bogotá. Obtenido de [https://repositorio.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/18131/Pimienta%20Lozano%](https://repositorio.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/18131/Pimienta%20Lozano%20)

Willy José Elías Núñez¹

LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL FUERO COMÚN EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN 1993

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA SOBRE CONFLICTOS DE COMPETENCIA; III. TEORÍAS SOBRE LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO COMÚN Y EL FUERO MILITAR POLICIAL; IV. DIRIMENCIA DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO COMÚN Y EL FUERO MILITAR POLICIAL, EN EL CASO CHAVÍN DE HUÁNTAR; V. CONCLUSIONES; VI. RECOMENDACIONES; Y VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

En este trabajo se analiza los conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y el poder judicial, en el marco de la constitución. Dice el autor que su tratamiento académico ha sido descuidado en el ámbito constitucional y legal. Refiere que el poder político, a través de la línea evolutiva histórica, en especial el Poder Ejecutivo, ha sido el que ha impuesto las reglas de juego para el desarrollo y aplicación de la Jurisdicción Militar, resultando a veces que las decisiones que en un determinado momento tomaron los Tribunales Militares, nombrados por el Poder Ejecutivo, desconocieron a las demás instituciones del Estado.

Para poder resolver nuestros objetivos se ha utilizado la información documentaria sobre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción del Poder Judicial, que nos conduce a la reflexión para seguir aportando ideas, con el fin de contribuir a un debate académico y dar soluciones, principalmente, que no afecten los derechos fundamentales, los principios y derechos de

1 Oficial del Ejército Peruano, abogado.

la función jurisdiccional, y continuar consolidando el Estado de Derecho en aras de darle el lugar que le corresponde, tanto a la sociedad civil como también ambas entidades judiciales en mención.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Militar, competencia, Poder Judicial, poder político, derechos fundamentales, función jurisdiccional, estado de derecho, ámbito constitucional.

ABSTRACT

This work analyzes the conflicts of jurisdiction between the military jurisdiction and the judicial power, within the framework of the constitution. The author says that his academic treatment has been neglected in the constitutional and legal sphere. It states that the political power, throughout the historical evolutionary line, especially the Executive Branch, has been the one that has imposed the rules of the game for the development and application of the Military Jurisdiction, sometimes resulting in the decisions that in a given At the time they took over the Military Courts, appointed by the Executive Branch, they ignored the other institutions of the State.

In order to solve our objectives, documentary information on the Military Jurisdiction and the Jurisdiction of the Judicial Branch has been used, which leads us to reflection to continue contributing ideas, in order to contribute to an academic debate and provide solutions, mainly, that do not affect fundamental rights, the principles and rights of the jurisdictional function, and continue consolidating the Rule of Law in order to give it its rightful place, both to civil society and also to both judicial entities mentioned.

KEYWORDS: *Military Jurisdiction, competition, Judicial Power, political power, fundamental rights, jurisdictional function, rule of law, constitutional scope.*

I. INTRODUCCIÓN

Para hablar de los conflictos de competencia entre la Jurisdicción Militar y el Poder Judicial, desde el enfoque del Derecho Constitucional, se debe tener en cuenta la Constitución de 1979 y, también, la Carta Magna de 1993, normas supremas en las que se han precisado los alcances de la justicia castrense.

La principal objeción a este ámbito del poder punitivo del Estado, se refiere a aspectos vinculados con la inconstitucionalidad de muchas de sus disposiciones, su adecuación a los desarrollos técnicos jurídicos alcanzados en la dogmática penal, la teoría del delito, así como a las orientaciones políticas dentro de las cuales se circunscribe.

Podemos hablar sobre la configuración de la Justicia Militar como un órgano de los institutos armados, dependiente del Poder Ejecutivo, la composición de los tribunales militares por oficiales, la formulación de algunos tipos penales al margen de los principios de legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, y la proporcionalidad. Asimismo, en el ámbito procesal, los jueces militares se encuentran un poco alejados de las garantías de independencia e imparcialidad, como consecuencia de la configuración organizada de la Justicia Militar, adscrita al Poder Ejecutivo.

Asimismo, el ejercicio de un poder punitivo con esas características no solo genera problemas de compatibilidad constitucional, porque podría afectar derechos fundamentales y los parámetros del programa

penal de la Constitución, sino que, además, sitúa al Estado Peruano en el ámbito de la responsabilidad internacional por incumplir con sus obligaciones internacionales, asumidas en virtud de haber suscrito y formar parte de tratados de derechos humanos.

El Consejo Nacional de la Magistratura (hoy Junta Nacional de la Magistratura), solo tiene atribuciones respecto de los jueces del Poder Judicial y, lo que es más grave aún, que la Constitución reconoce dos jurisdicciones absolutamente independientes y sin vinculación alguna con aquel, además de la judicial: la arbitral y la militar, según el Comercio (2008).

La formulación del problema general se basa en exponer, como en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado contemporáneo, existen conflictos de competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar, que afectan los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Perú de 1993. Como problemas específicos, podemos citar: 1. Identificar las ideas teórico – dogmáticas predominantes en la doctrina penal moderna sobre la Jurisdicción Militar, a partir del contexto histórico legal y constitucional; y 2. Definir los elementos importantes de la legislación militar que causan conflictos de competencia con las funciones del Poder Judicial.

De igual forma, esta investigación es significativa desde un enfoque teórico, puesto que va a desarrollar todos los conceptos que se encuentren relacionados con la coherencia de los conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y el poder judicial, en el marco de la constitución, las normativas internacionales y otras nacionales, como herramienta útil a nuestro propósito.

II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA SOBRE CONFLICTOS DE COMPETENCIA

La Jurisdicción Militar en el Perú es anterior a la Republicana misma, y se ha venido desarrollando hasta nuestros días, adquiriendo nuevos complementos, tanto en el ámbito legal como en el constitucional, trayendo consigo la problemática que acarreo en sus días grises, producto de la falta de interés para plantear una reforma legislativa, y por ende constitucional, achacable a los políticos, especialmente cuando se pretende juzgar civiles en el Fuero Militar.

En ese sentido, ha sido el Tribunal Constitucional, en su calidad de interprete y control de la Constitución, quien se ha encargado de encuadrar la problemática que hasta ese momento se venía suscitando. En esa misma línea, el artículo 173 de la Constitución Política del Perú (1993), respecto a la competencia del Fuero Privativo Militar, señala que, “en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la Ley determina”. Asimismo, la casación a que se refiere el artículo 142 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

El Perú ha tenido siete Códigos de Justicia militar, que estudiándolos se puede apreciar su evolución. Estos códigos son: i). El 20 de diciembre de 1898, Nicolás de Piérola promulga el primero Código de Justicia Militar (CJM); ii). Con la Ley N° 8991 de 1939 se aprueba el segundo CJM; iii). Con el Decreto Ley N° 11380, de 1950, se dicta el tercer código; iv) El cuarto fue aprobado por Decreto Ley N° 14613, el año de 1963;

v) En 1980, mediante Decreto Ley N°23214, se promulga el quinto Código de Justicia Militar; vi) Con el Decreto Legislativo N° 961, de 2006, se publica el sexto código, denominado Código de Justicia Militar Policial; y vii) El Código Penal Militar Policial sancionado mediante Decreto Legislativo N° 1094, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 1 de setiembre de 2010.

En tiempos recientes, el Código de Justicia Militar Policial de 2006 fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, declarando el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de un significativo número de artículos, por lo que el código quedó inválido para su aplicación, formulándose posteriormente, en 2010, el Código Penal Militar Policial, vigente actualmente.

De otro lado, la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, promulgado el 10 de enero de 2008, que también fue materia de una demanda de inconstitucionalidad, fue refrendada en todos sus extremos por el Tribunal Constitucional. Esta norma establece, en su artículo I, que el Fuero Militar es “un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial. Señalando que es competente para juzgar los delitos de función”.

Por otro lado, el artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial), prevé que el “Fuero Militar Policial, conforme a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 139 de la Constitución Política, constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial. Su competencia comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial”.

Sobre el mismo tema Álvarez (2008), hace mención que “a partir de una muy mala lectura del artículo 139 de la Constitución

se piensa que existe una jurisdicción militar separada del Poder Judicial y que los miembros de las Fuerzas Armadas tienen la prerrogativa del Tribunal a su medida, ya que solo podrán ser juzgados por los delitos que cometan en su propio fuero. Una casta privilegiada con sus propios jueces pues ha llegado a afirmar la actual ministra de Justicia”.

Según el Comercio (2008), el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) solo tiene atribuciones respecto de los jueces del Poder Judicial y, lo que es más grave aún, que la Constitución reconoce dos jurisdicciones absolutamente independientes y sin vinculación alguna con aquel, además de la judicial: la arbitral y la militar”.

Al respecto se debe de mencionar, que el juzgamiento de civiles corresponde a los tribunales ordinarios y no a los militares, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003), al afirmar que “el sometimiento de civiles a tribunales militares es incompatible y violatorio del artículo 27 de la Convención, ya que supone una suspensión de una de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos, garantías no suspendibles por mandato de la Convención”.

Asimismo, el artículo IV de la Ley N° 29182, contiene la prohibición expresa de que el Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar no alcancen a ciudadanos civiles de manera directa, ni indirecta, ni por otros medios análogos, esto de conformidad con la Constitución Política del Perú. Los militares, de acuerdo con el artículo VIII, son sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar Policial, “siempre y cuando incurran en infracción durante el ejercicio de la función militar

o policial. Dicha función está constituida por el conjunto de tareas que se realizan ya sea en tiempo de paz, o durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución Política del Perú, las Leyes y los reglamentos correspondientes”.

Ahora bien, al referirse de los delitos de función, el artículo 6 del Reglamento de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, establece que: “Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial están tipificados en el Código Penal Militar Policial y son imputables únicamente a militares y policías en situación de actividad y cuya comisión haya sido en acto, ocasión o como consecuencia del servicio.

Müller (2000) señala que: “la Ley N° 29182 establece que los Magistrados y Fiscales son nombrados por el presidente de la República, es decir, por el Poder Ejecutivo, contrariando a las normas constitucionales que determina que deben ser nombrados por otra Entidad Pública. Pero no es todo, la mencionada Ley permite además que Magistrados y Fiscales, sean simultáneamente Militares o Policías y Magistrados o Fiscales, atentando contra el principio de independencia y autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional. Además, la Ley permite la existencia de un Ministerio Público Militar Policial, que es paralelo y distinto del que se refiere el artículo 158 de la Constitución”.

Por último, se debe de tener en cuenta al artículo 4 de la Ley N° 29182, las contiendas de competencia entre el Fuero Militar Policial y el Poder Judicial, las resuelve la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo al marco normativo.

III. TEORÍAS SOBRE LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO COMÚN Y EL FUERO MILITAR POLICIAL

Los conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y el poder judicial, en el contexto de nuestra Constitución Política de 1993, han sido objeto de debate y de polémica a través de los años. Para abordar este tema, se presentan algunas de las teorías más destacadas:

- a) **Teoría de la restricción de la Jurisdicción Militar:** existen fundamentos a favor de restringir la Jurisdicción Militar y limitarla estrictamente a delitos militares y asuntos disciplinarios. Esto busca fortificar la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial en la protección de los derechos fundamentales.
- b) **Teoría de la Especialización:** La teoría argumenta que la jurisdicción militar debe mantener su autonomía y competencia en asuntos relacionados exclusivamente con la disciplina y el orden militar; según este enfoque, la competencia militar se justifica para preservar la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Armadas y no debe interferir con la Justicia Civil.
- c) **Teoría de los Derechos humanos:** Desde este punto de vista, se fundamenta que los Tribunales Militares no deben tener competencia sobre casos que involucran violaciones a los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad. Se sostiene que los tribunales civiles deben tener competencia exclusiva sobre estos casos, para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

- d) **Teoría de la supremacía del Poder Judicial:** en este argumento, el Poder Judicial debe tener la última palabra para poder resolver controversias de competencia, incluso cuando se trate de casos relacionados con la jurisdicción militar. Se argumenta que el Poder Judicial es la máxima autoridad en la interpretación y aplicación de la Constitución, y su competencia prevalece sobre cualquier otra jurisdicción.
- e) **Teoría de la complementariedad:** en este caso se defiende la idea de que tanto la Jurisdicción Militar como la Jurisdicción Civil tienen un papel importante que desempeñar en la justicia peruana. Según este criterio, entre ambas jurisdicciones debe haber un complemento y cooperar en lugar de competir. Los Tribunales Militares deben ocuparse de los asuntos disciplinarios internos de las Fuerzas Armadas, mientras que los tribunales civiles deben encargarse de casos que involucren a civiles o que tengan implicaciones en derechos fundamentales.
- f) **Teoría de la Constitución como Marco de referencia:** Esta teoría habla que la Carta Magna debe servir como marco de referencia para resolver los conflictos de competencia. Debiendo interpretar la Constitución de manera coherente y garantizar que se respeten los principios de la Jurisdicción Militar como los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es de vital importancia señalar que la Constitución y la legislación peruana establecen disposiciones específicas sobre la Jurisdicción Militar y los casos en los que esta puede ejercerse. La interpretación y aplicación de estas normas por parte de los

operadores jurisdiccionales y la jurisprudencia influyen en la resolución de conflictos de competencia entre la Jurisdicción Militar y el Poder Judicial en el Perú.

IV. DIRIMENCIA DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO COMÚN Y EL FUERO MILITAR POLICIAL, EN EL CASO CHAVÍN DE HUÁNTAR

En 2002 se inició el trámite de una contienda de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar Policial, a través de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Chavín de Huáncar (Exp. No 19/ 21-2002). El caso se trataba de una posible ejecución extrajudicial contra un miembro del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), después del rescate de los rehenes de la residencia del embajador japonés en el Perú, y cuando este se encontraba en condición de prisionero.

La justicia ordinaria estaba investigando estos hechos que se refieren a la posible afectación ilegítima de bienes jurídicos individuales como la vida, el acceso a la justicia y las garantías judiciales. No obstante, se inició una investigación por los mismos hechos por parte de la justicia militar, lo que generó una disputa de poder que llevó a la ejecución mencionada.

La ejecutoria que se emitió por la Sala Penal, que decidió la competencia a favor de la justicia militar fue cuestionada de formas variadas. La Sala Penal enumera diversos criterios sin una justificación adecuada, sin que se pueda percibir una línea argumental clara sobre el contenido del delito de función, tal como lo requiere el artículo 173° de la Constitución. La ejecutoria ignora toda

referencia o análisis a la naturaleza del delito imputado o al bien jurídico afectado, excepto la mera calificación de los hechos como delito contra el derecho de gentes (Art. 94 CJM).

Por lo tanto, para determinar la competencia de la justicia militar, la ejecutoria emplea simultáneamente múltiples criterios. Primero menciona la ubicación donde ocurrió el delito, indicando que ocurrió en un área que había sido declarada en Estado de emergencia y donde las Fuerzas Armadas tenían el control del orden interno. De esta manera, se puede inferir que el artículo 10° de la Ley N° 24150 es relevante para el caso, tal como ya se ha observado al examinar este criterio. Esta norma otorga a la Justicia Militar la autoridad para investigar los delitos cometidos por militares y policías en las zonas declaradas en emergencia.

La Sala Penal considera también el fuero personal después de interpretar que los miembros del MRTA tienen la condición de militares, basándose en una lógica de asimilación bastante discutible, invocando el artículo 324° del CJM. Siempre que el agente y el sujeto pasivo tengan la condición de militares, esta norma establece la competencia de la justicia militar. Sin embargo, la regla también requiere que el delito sea de naturaleza común, lo que significa que se aplica el Código Penal común.

La Sala Penal considera que el delito acusado es de naturaleza común y no militar. Por lo tanto, es contradictorio que en la sentencia posterior la Sala considere los hechos como una violación del derecho de gentes, establecido en el artículo 94° del CJM, ya que esta norma exige un conflicto armado entre Estados, lo que no ocurrió en los hechos que llevaron al caso Chavín de Huántar. De esta manera, no está claro si los

hechos son comunes o militares para la Sala Penal.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema finalmente, utilizó el criterio de causalidad para determinar la competencia de la justicia militar en los hechos. Por lo tanto, indica que los comandos actuaron como un grupo militar en cumplimiento de una orden superior, por lo que, si se cometen infracciones o excesos punibles, deben considerarse como ocurridos durante el ejercicio de una función militar y los autores deben ser sometidos a la justicia militar. La Sala Penal considera suficiente que los eventos hayan ocurrido como resultado de una orden superior, sin considerar la relación entre la función que se llevaba a cabo y el bien o bienes jurídicos involucrados.

Además, la Sala mencionó que Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermosa Ríos, Roberto Huamán Ascurra y Jesús Zamudio Aliaga, quienes han sido juzgados en la justicia ordinaria por los mismos hechos, continúan siendo juzgados de la misma manera, a pesar de que la Justicia Militar tiene la competencia material. Esto se basa en la idea de que los procesados mencionados constituyen “personas ajenas al operativo militar”, porque no pertenecen al grupo de comandos que participaron en el rescate de los rehenes. Según este criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema, la Justicia Militar solo debe juzgar a los autores materiales o directos.

No solo es técnicamente incorrecto porque se desconoce la existencia de diferentes niveles de autoridad y participación en la comisión de un delito, sino que también rompe con el principio de unidad del título de imputación, ya que los mismos hechos son juzgados bajo órdenes, competencias diferentes. Además, esta solución

es incompatible con los propios criterios de la Sala Penal para decidir la competencia a favor de la justicia militar. Al momento de los hechos, todos los demás procesados ante la justicia ordinaria tenían la condición de militares en actividad, por lo que, de acuerdo con el criterio de fuero personal establecido por la Sala Penal, debían ser procesados también ante la Justicia Militar.

Todos los acusados en juicio ordinario están involucrados en los hechos, ya sea dando órdenes o tomando decisiones, como en el caso de Montesinos Torres y Bari Hermoza; o actuando directamente, como en el caso de Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. Por lo tanto, según el lugar de la comisión del delito o la causalidad, también debían ser juzgados por la Justicia Militar. Por lo tanto, ninguno de los criterios establecidos por la Sala se ve afectado por el hecho de que los procesados mencionados no hayan sido oficialmente miembros del grupo de comandos.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema maneja la disputa de competencia en beneficio de la Justicia Militar, de manera confusa y contradictoria, utilizando criterios que son incompatibles con el artículo 173° de la Constitución y que han sido ampliamente superados y rechazados por la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

Esta situación es preocupante y grave, ya que la Sala Penal de la Corte Suprema ha fallado en contra de la interpretación del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto va en contra de lo establecido en la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como en el inciso 1) del artículo 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De esta manera, la decisión mencionada pone al Estado peruano en peligro de ser juzgado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por violar la Convención Americana y ser considerado como un Estado en rebeldía al no cumplir con sentencias previas.²

En consecuencia, es responsabilidad de los jueces y tribunales civiles y militares priorizar las opiniones del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana en este asunto, en lugar de las decisiones tomadas por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la disputa de competencia en el caso Chavín de Huántar.

2 Nota del editor: El caso ya fue visto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En su sentencia de 17 de abril de 2015; entre otras cosas, la Corte IDH dijo: “6. El Estado no es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 8 y 25 de la misma, de conformidad con los párrafos 411 a 415 de la presente sentencia.”

7. No existen elementos suficientes para determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza, en los términos de los párrafos 320 a 343 de la presente sentencia. En este caso, resultó llamativo que en 2014 integrantes de la Corte IDH visitaran la réplica de las instalaciones de la casa del embajador del Japón en el Perú y se realizara in situ una reconstrucción de los hechos.

V. CONCLUSIONES

Primero.– La Justicia Militar Policial tiene fundamentos constitucionales y doctrinarios que justifican la plena aplicación de los principios jurisdiccionales. La autonomía de este fuero, establecida por el Inciso 1° del Artículo 139 y el artículo 173 de la Constitución Política del Estado, determina la aplicación de tales principios en el contexto del Estado Democrático de Derecho, siempre y cuando no vulneren los principios de la Justicia Ordinaria ni causen conflictos políticos con las contiendas de competencia, tal como se ha visto en los últimos diez años.

Segundo.– El artículo 173 de la Constitución actual establece la autonomía de la Justicia Militar Policial, sin interferir con la estructura orgánica y jurisdiccional de la justicia ordinaria. Por lo tanto, debe primar el artículo en todos sus extremos para establecer la vigencia definitiva del Código Penal Militar Policial.

Tercero.– La resolución de estas disputas constitucionales ayudará a la Justicia Militar Policial a ser más autónoma y especializada, especialmente con la nueva legislación, cuyos principios y procedimientos

buscan adaptarse a un proceso garantista acorde con el debido proceso.

Cuarto.– El ámbito militar-policial en el Perú ha avanzado en temas polémicos, dejando de lado el juzgamiento de civiles y el desempeño de funciones jurisdiccionales y fiscales por profesionales del derecho, dejando de lado a personal de armas sin formación jurídica.

VI. RECOMENDACIONES

Primero.– Se recomienda promover investigaciones jurídicas en este ámbito para difundir una doctrina actualizada sobre la justicia militar policial, con el fin de generar un pensamiento uniforme en la comunidad jurídica nacional sobre cómo la justicia militar policial respeta las instancias y la estructura orgánica del fuero común, en armonía con los principios jurisdiccionales que le asisten.

Segundo.– Se recomienda brindar capacitación, especialización y perfeccionamiento en conjunto a los Magistrados y Fiscales del Fuero Común y del Fuero Militar Policial, con el fin de unir criterios y tendencias para prevenir o reducir los conflictos legales constitucionales.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILO REGLA, J. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. En: *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril 1997, México.
- ALAIZ VILLAFILLA, C. “El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz”. En: *Jurisdicción Militar*, CGPJ, 1992.
- BALADO, M. Y CALONGE VELÁSQUEZ, A. “La aplicación de los Principios Constitucionales al Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”. En: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. IV, Madrid: 1988.

- Disciplinaria y Administrativa en el Ejército. (1966). Tipografía de los Huérfanos, Madrid. Editorial Bielsa
- El equilibrado libro de Banús y Comas, Carlos. (1968). Estudios de Arte e Historia Militar. Política Militar, creación y organización de los ejércitos (Segunda Parte), Redacción y administración de la Revista Científico-Militar. Barcelona: Editorial Ariel.
- GAMARRA, Ronald y MEZA, Robert, (1995), Ley de Amnistía (impunidad), Constitución y derechos humanos.
- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, M. (2014). Metodología de la investigación científica. (6ta. Ed). México: Mc Graw Hill Education.
- La célebre obra de Vicente y Caravantes, José. (1853). Tratado de los procedimientos en los juzgados militares, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig. Madrid: editores Madrid.
- PACHECO Y YANGUAS, Antonio. (1910). Antimilitarismo, Imprenta y Papelería de L. Corral, Madrid.
- ZORRILLA A., S. (2015). Introducción a la Metodología de la Investigación Científica. México: Editorial Océano.

Fidel Ángel Medina Rey¹

ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO PROCEDIMIENTO DE CONTROL NORMATIVO; III. INVESTIGACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES SOBRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD; IV. TEORÍAS SOBRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD; V. LA CONVENCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN SEGÚN LAS DECISIONES JUDICIALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; VI. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD; VII. EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; VIII. LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD; IX. CONCLUSIONES; X. RECOMENDACIONES; Y XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El objeto de este trabajo es determinar las normas bajo las cuales debe realizarse el análisis del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú. Tras la revisión de bibliografía y preguntar a expertos sobre el tema, se tiene que se necesita consultar y tener presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); igualmente, los tribunales nacionales (incluyendo el Fuero Militar Policial) deben regirse por las normas nacionales, cuidando que estas no afecten los Derechos Humanos y con respeto a la Constitución.

1 Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, abogado.

PALABRAS CLAVES: Principio de convencionalidad, control de convencionalidad, CIDH, Derechos Humanos, Fuero Militar Policial.

ABSTRACT:

The purpose of this work is to determine the standards under which the analysis of conventionality control should be carried out in the Military Police Jurisdiction of Peru. After reviewing the literature and asking experts about the topic, it is necessary to consult and keep in mind the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court); Likewise, national courts (including the Military Police Jurisdiction) must be governed by national regulations, taking care that these do not affect Human Rights and with respect for the Constitution.

KEYWORDS: *Principle of conventionality, control of conventionality, Human Rights, Military Police Jurisdiction.*

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales con los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. En el ordenamiento jurídico de la Corte Interamericana se origina el concepto de control convencional, para definir una herramienta que permite a los Estados explicar sus obligaciones de garantía nacional de los derechos humanos, mediante la confirmación del cumplimiento de las normas y prácticas nacionales respecto a la convención. Para la Corte Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia, este recurso es un desarrollo reciente en el dogma de derechos humanos, y su

surgimiento en un contexto jurídico está estrechamente vinculado con las obligaciones que la CADH impone a los Estados de cumplir obligaciones derivadas de su respeto en materia de derechos humanos. En este sentido, la Corte Interamericana ha dejado claro que muchos casos se presentan en tribunales internacionales porque la justicia nacional ha fallado

De tal forma que se aplican controles convencionales a nivel nacional e internacional. A nivel internacional, esta función es desempeñada por la Corte Interamericana y consiste en derribar normas incompatibles con la CADH, a partir de casos específicos sometidos a la Corte. A nivel interno, el control de convencionalidad es algo que deben realizar los organismos estatales y principalmente, pero no exclusivamente, los administradores judiciales (jueces, fiscales y defensores) para analizar la compatibilidad de la normativa interna con la CADH. En este sentido, el objetivo del control es verificar el cumplimiento de la normativa interna, así como su interpretación y aplicación con la CADH y otros instrumentos de derechos humanos vinculantes para el Estado y la correcta aplicación de esta norma, que equivale a explicar la normativa interna de acuerdo con las obligaciones del Estado; alineadas las acciones de los órganos ejecutivo y legislativo con las obligaciones internacionales, es posible modificar las actividades de las agencias estatales, contrario a los estándares internacionales a los que se compromete el Estado. Entre las formas de implementar, controlar y aplicar las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, todo lo anteriormente expresado se refiere también a la aplicación del control de convencionalidad en los fueros militares y policiales de América Latina.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO PROCEDIMIENTO DE CONTROL NORMATIVO

El control de convencionalidad es un procedimiento de control normativo que se fundamenta en el ejercicio comparativo entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los dispositivos legales de fuentes nacionales, donde se incorporan las interpretaciones que se le da a la normativa nacional por un juez. Las interpretaciones de un mecanismo legal que lleva a cabo un juez también son consideradas normas. Se debe tomar en cuenta que su origen parte de la diferencia existente entre disposición y norma. La disposición, según Guastini², es cualquier enunciado que forma parte de una fuente del derecho, mientras que el concepto de norma se refiere al sentido o significado de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones.

Asimismo, la CADH funciona como elemento de control de uso indirecto o directo, establece los límites y la conformidad de la norma nacional (ente controlado) con los esquemas internacionales. Se entiende de una obligación asignada al juez o jueces

nacionales de forma general, a la que suele llamarse obligación *ex officio*,³ y también una asignación que también ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), particularmente.

Sin embargo, la CADH no es la única norma existente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que sirve como órgano controlador, existe también un precepto de convencionalidad compuesto por diferentes instrumentos que pertenecen al contexto regional. Además, hay una parte de la doctrina que estima que el control de convencionalidad es una competencia nueva de la Corte IDH que surge de una interpretación progresiva de la CADH⁴; y, en conclusión, hay quienes consideran que el control de convencionalidad que realiza la CIDH es una función propia que emana de la propia CADH y de la garantía general que respalda el SIDH.

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Según García Ramírez⁵, el control original, externo o propio de convencionalidad, es

-
- 2 GUASTINI, Ricardo (1999). *Estudios sobre Interpretación Jurídica*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
 - 3 CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
 - 4 REY CANTOR ha señalado que la figura de control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte, que se deriva del principio “kompetenz - kompetenz”, entre otros argumentos. REY CANTOR, Ernesto. 2008. *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México D. F.: Porrúa.
 - 5 Sergio GARCÍA RAMÍREZ. *El control judicial interno de convencionalidad*. En Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Querétaro: Fundap, 2012, p. 213. Entre la extensa producción de García Ramírez, cf. *Estudios jurídicos*. México: UNAM, 2001; *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2003 y *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F.: Porrúa, 2007.

responsabilidad del tribunal supranacional encargado de ejercer la comparación entre las disposiciones convencionales y los actos domésticos, con la finalidad de valorar la compatibilidad entre estas y aquellos, bajo el imperio de la Ley del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para resolver la contienda mediante la sentencia declarativa y condenatoria que corresponda. En el caso “Almonacid Arellano y otros vs Chile” (septiembre de 2006), obtuvo no solo la consagración, sino también el pleno reconocimiento por parte de la Corte, resultado como consecuencia de ello la obligatoriedad de los Estados y sus funcionarios de aplicarla. En definitiva, ese control le compete exclusivamente a la Corte, cuando se trata de analizar casos de los que ella conoce y a los que aplican normas conforme a su propia competencia material. De ahí que se haya aludido, en términos precisos, a un control “propio, original y externo”.

En cuanto a la aplicación del control de convencionalidad interno en el Perú, se puede decir, según Yucra y Hurtado,⁶ que inicia antes de emitirse la sentencia del Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Se puede precisar como señal inicial la resolución pronunciada por la jueza Antonia Saquicuray en el expediente del Caso Barrios Altos, del año 1995. De esta manera, son diversos los elementos jurídicos en los que se ha fundamentado la norma expresada

en la Convención Americana de Derechos Humanos, precedentemente a la ley interna, comenzando con casos laborales, expedientes penales hasta casos constitucionales. Se nota así que el ámbito de aplicación del control de convencionalidad no se ha delimitado a una especialidad del derecho. Los argumentos políticos sobre los cuales se pronunciaron las sentencias antes analizadas revisten una importancia especial.

III. INVESTIGACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES SOBRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

III.1. Investigaciones Internacionales

A nivel internacional, Altamirano Guerra⁷ en su trabajo de investigación para optar el grado de maestro en Derecho Constitucional, titulada: “El control de convencionalidad en la Administración de Justicia en el Complejo Judicial en la ciudad de Latacunga, en el año 2021”, presentada en la Universidad Técnica de Ambato- Ecuador, tenía como objetivo medir en qué medida el control de convencionalidad (CDC) se aplicaba en la administración de justicia en el Complejo Judicial de la Latacunga durante el año 2021.

Una población conformada por abogados de ejercicio libre fue consultada al respecto, entre otras personas, arrojando los resultados que el 70% de las personas

6 YUCRA, Manuel Gonzalo Lupa; HURTADO, Jessica 2 YUCRA, Manuel Gonzalo Lupa; HURTADO, Jessica Natalia Huarca. La aplicación del control de convencionalidad en el Perú y la teoría del margen de apreciación. Revista LP Derecho, 2023, vol. 4, p. 38-57.

7 ALTAMIRANO GUERRA, V. (2022) El control de convencionalidad en la Administración de Justicia en el Complejo Judicial en la ciudad de Latacunga en el año 2021, Universidad Técnica de Ambato, Ambato - Ecuador. Disponible en: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/37046/1/FJCS- POSG-271.pdf> Consultado el 07 de setiembre de 2023.

encuestadas desconocen los tratados internacionales de los Derechos Humanos (DDHH), de igual manera, el 91% de los encuestados consideran que el Ecuador tiene un control amplio de los DDHH; por otro lado, sólo el 9% considera que existe un control limitado. El autor concluye que hay solo una sentencia con CDC, aun cuando se analizaron diecinueve sentencias donde se mencionan al *Corpus Juris Interamericano* de alguna forma.

Alonso García⁸, expresa: El Tribunal Constitucional ha venido abiertamente a proclamar la competencia del juez ordinario para resolver los problemas de contradicción de las leyes con los tratados, asumiendo la prevalencia de estos sobre aquellas (control de convencionalidad). Tal doctrina suscita cinco interrogantes claves necesitados de aclaración para un correcto ejercicio del control de convencionalidad, sobre la base del máximo respeto hacia el sistema español de fuentes y de justicia Constitucional:

I. La profunda transformación de la posición del juez ordinario frente a la ley.

II. El control de convencionalidad en la STC 140/2018, de 20 de diciembre: el f j 6 y sus deficiencias.

III. Las primeras imprudencias: el mal ejemplo de la STJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero, en relación con el despido por absentismo laboral.

IV. Primer interrogante: ¿sobre qué normas internacionales y qué normas internas se proyecta el control de convencionalidad?

V. Segundo interrogante: la contradicción entre norma internacional y norma interna, ¿ha de resolverse, por definición, en términos de selección de norma aplicable?

VI. Tercer interrogante: ¿se encuentran las normas internacionales en una posición análoga a la posición de las de la unión europea en su relación con las normas internas?

VII. Cuarto interrogante: ¿tiene el juez ordinario la última palabra acerca de la contradicción entre la norma internacional y la norma interna?

VIII. Quinto interrogante: ¿cómo debe compaginarse el control de convencionalidad con el de constitucionalidad?

Castillo, D'Janon y Ramírez,⁸ en su artículo denominado: "El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación", publicado en la *Revista de Derecho Constitucional de México*, teniendo como objetivo principal de la investigación el control de convencionalidad y su ejercicio por los jueces administrativos, intentando en este caso realizar un análisis – estudio del control de convencionalidad y la doctrina reconocida como el diálogo interjurisdiccional, que apueste por una concepción

8 GARCÍA, Ricardo Alonso. El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista española de derecho constitucional*, 2020, vol. 40, no 119, p. 13-51.

con mayor garantía para el medio ambiente como sujeto de reparación y protección de la Corte Interamericana de DDHH y que las Cortes de la Nación establezcan precedentes que la Corte Interamericana tome como criterio hermenéutico notable, que tengan finalmente la conformación de un *ius commune* interamericano para el beneficio del medio ambiente como sujeto autónomo de reparación y protección.

III.2. Investigaciones Nacionales

A nivel nacional, Salazar Cáceres,⁹ en su tesis para optar al grado académico de abogado, denominada: “El control de convencionalidad en la tercerización laboral. Caso en particular la compañía Tuboplast, en la ciudad de Lima, año 2021”, expuesta en la Universidad Norbert Wiener, Perú. El objeto general de la investigación estuvo en establecer de qué manera influye el Control de la Convencionalidad en la tercerización. Finalmente, el autor concluye afirmado la existencia de un impacto en la protección de los derechos de los colaboradores en el control convencionalidad en la tercerización laboral, revelando la existencia del impacto del deber de garantía en el control de convencionalidad laboral, caso en particular la compañía Tuboplast de la ciudad de Lima.

López Aquino,¹⁰ analiza los límites de la convencionalidad en el Perú. Para tal fin, hace una búsqueda de 209 investigaciones sobre el tema, seleccionando 10 de ellas para un análisis pormenorizado, concluyendo que el control de convencionalidad es una herramienta que contribuye a aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, donde se amplía las medidas que garantizan la protección de los mismos. Se puede decir que en parte beneficia la actualización de las normas de los Estados miembros, siendo una obligación para estos el acatar las reformas derivadas de las sentencias. Sin embargo, se tiene que los límites están en el momento de la trasgresión de la soberanía del Estado, no obstante, existen medidas que se podrían decir sobrepasan el constitucionalismo, por lo que el derecho debe sin lugar a dudas generar una norma que contemple los límites más precisos y alcances de esta.

Por su parte, Mamani Flores¹¹ en su artículo titulado: “El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en el Perú”, publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, donde el principal objetivo de la investigación estuvo en explorar si los entes de cierre de la Jurisdicción Interna de Perú (JIP), Tribunal Constitucional y

9 SALAZAR CÁCERES, E. (2022) El control de convencionalidad en la tercerización laboral. Caso de la empresa Tuboplast. Lima 2021. Universidad Norbert Wiener, Lima - Perú. Disponible en https://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13053/8020/T061_45125672_TSP.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado el 07 de setiembre de 2023.

10 AQUINO, Miguel Rolando López. Los límites de la convencionalidad en el Perú. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, 2022, vol. 6, no 2, p. 3196-3209.

11 MAMANI FLORES, C. (2020) El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en el Perú. Revista de Derecho: Universidad Nacional del Altiplano de Puno, ISSN-e 2707- 9651, ISSN 2313-6944, Vol. 5, Vol. 2, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7658311> Consultado el 01 de setiembre de 2023.

Corte Suprema de la República aplican de manera adecuada los estándares interamericanos de convencionalidad en mejora de la protección a los derechos humanos. El autor concluye que los órganos o entes de cierre de la JIP no están aplicando de manera correcta el canon interamericano de convencionalidad, de forma que quedan desprotegidos los DDHH. A la vez que, los jueces de la jurisdicción ordinaria interna, en varios casos, carecen de conocimiento sobre los estándares interamericanos sobre los DDHH, emitiendo fallos que no corresponden, distorsionando u omitiendo los estándares interamericanos que correspondan a los DDHH, evidenciándose una aplicabilidad más formal y utilitarista que sustancial y principista. La Junta Nacional de Justicia, cuando realiza un nombramiento, ratificación o sanción a los jueces, deberá determinar criterios de desempeño y selección, haciendo énfasis en la convicción y formación en la defensa de los DDHH, así como en la democracia. De igual manera, la Academia de la Magistratura deberá reforzar la convicción y formación para la defensa de los DDHH y la democracia en los jueces peruanos.

IV. TEORÍAS SOBRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control o principio de convencionalidad, se origina de la aceptación por parte

del Estado peruano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual surge como una consecuencia de la Conferencia sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica, en 1969, con la finalidad de defender los derechos esenciales del hombre en el continente americano.¹²

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), instituyó en el artículo 33, dos órganos competentes para atender de las violaciones de los derechos humanos: la Corte interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siendo los fallos de la Corte los que se aplican, vinculadamente, como control de convencionalidad en la legislación nacional.

Se hace necesario señalar que el Control de la convencionalidad no surgió de manera inmediata a la aceptación de la Convención, esto ha sido el resultado continuo de un largo proceso de avance en prácticas jurídicas en esta materia, surgiendo oficialmente producto del tratamiento del Caso “Almonacid Arellano vs Chile” del año 2006,¹³ fundamento que permite asumir que el control no solo se puede deducir del catálogo de Derechos plasmados en el Pacto, al entregarse este a la responsabilidad asumida por los Estados de custodiar la protección y el cumplimiento de tales derechos (Art. 1º), sino, de forma general, sobre los principios básicos que rigen el Derecho

12 JIMÉNEZ VANEGAS, Johann Sebastián. Auxiliar jurídico Alcaldía Local de Fontibón. Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C.: 2015.

13 MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo y CEPEDA AMARIS, José Antonio, ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana (Eds). (2013). Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional, Bogotá D.C. Universidad del Rosario. Colección textos de jurisprudencia.

Internacional Público, donde se advierte más este principio que una obligación o una necesidad, por parte de los Estados parte del Convenio, de no tener disposiciones de derecho interno que contradigan los derechos y libertades ratificadas en la convención, (art. 2), haciéndose imprescindible su aplicación.

Aun cuando se habla del surgimiento o evolución del Principio o Control de Convencionalidad, en los párrafos anteriores, no todos están de acuerdo en la forma como se plantea, así, por ejemplo, Mora¹⁴ expresa que la Corte Interamericana en sus inicios solo se propuso interpretar el contenido de los derechos humanos establecido por la Convención, pero no se preocupó por establecer mecanismos de acción procesales transnacionales, que de forma alguna tuvieran injerencia en el derecho interno de los estados; sin embargo, el control de convencionalidad, indudablemente, surgió a partir de la evolución jurisprudencial, haciendo referencia al artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin recibir modificación alguna desde su surgimiento.

Al igual que Mora, Rey,¹⁵ en su artículo referido al tema estudiado, expresa: El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos internos con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana. Adicionalmente, la doctrina suele clasificar al control de constitucionalidad en concentrado y difuso, sostenido que es concentrado cuando lo aplica única y exclusivamente la Corte Constitucional (como control principal) y el Consejo de Estado (como control residual) mediante sentencia, la cual tiene efectos erga omnes por tratarse del máximo intérprete de la Constitución, pero que, al mismo tiempo, el control de constitucionalidad también puede ser difuso, pues todos los funcionarios públicos que estén investidos con facultades jurisdiccionales pueden aplicarlo.

14 MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés. (2012). El Control de Convencionalidad: Un Replanteamiento de Principios y Fuentes del Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Cooperativa de Colombia. Revista Republicana, Recuperado de <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-controlde-convencionalidad.pdf>.

15 REY CANTOR, Ernesto. (2008). Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Porrúa.

V. LA CONVENCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN SEGÚN LAS DECISIONES JUDICIALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En párrafos anteriores, se ha hablado sobre el desarrollo o evolución del principio de convencionalidad, corresponde ahora hacer un análisis de esta evolución. El control y contenido del alcance de la convencionalidad ha sido centro de un proceso evolutivo en la legislación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de precisar su resultado y facilitar su aplicación por parte de los Estados. Se trata de identificar el control de convencionalidad como el producto de las sentencias o decisiones de la Corte Interamericana, mediante un análisis de casos específicos que se efectuará y justificarán la propuesta.

En tal sentido, el control de la convencionalidad requiere concentración, cumpliendo lo ordenado por la Corte Interamericana, dándole la autoridad para interpretar y aplicar la norma mediante el Convenio, tales principios corresponderán al Tribunal considerarlo. La actuación de los jueces nacionales, como la adecuada aplicación del

“control de convencionalidad”, debe ser analizada con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁶

Según Sergio García Ramírez, la responsabilidad de la Corte es similar al ejecutado por los tribunales constitucionales. Estos analizan los actos y disposiciones de amplio alcance impugnados a la luz de las leyes, normas, principios o valores básicos y la Corte Interamericana evalúa las actuaciones que considera relevantes a su contenido y aplica las normas, principios y valores de los tratados bajo los cuales tiene competencia. Dicho de otra manera, según García Ramírez,¹⁷ la Corte Internacional de Derechos Humanos fija directrices en conformidad con esas acciones, y su constitucionalidad está determinada por los órganos internos en el ejercicio del poder público y eventual participación de otros actores. La jerarquía social del Estado de derecho se refleja en una sociedad abierta, la Corte Interamericana por su parte, busca la adhesión al orden internacional reconocido por la convención fundacional de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en el ejercicio de su soberanía.¹⁸

16 CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 11, resultado de poderes inherentes, en tal sentido la Corte Interamericana tiene la autoridad para fallar y evaluar casos bajo su jurisdicción, considerando también la compatibilidad del derecho interno de los Estados con las disposiciones de la Convención Americana.

17 CORTE IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2004, párr. 3.

18 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En: Ferrer MacGregor, Eduardo (Coord.). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012, pág. 369.

El control de convencionalidad evoluciona en función al principio *pro homine*, ya que realiza no sólo una interpretación de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que además se realiza en armonía al principio interpretativo *pro homine*, que consiste en aplicar la interpretación más favorable para el efecto del goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona.

Como se señaló en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006,¹⁹ el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de sentido común” entre las disposiciones jurídicas nacionales aplicables en casos particulares y la Convención de Derechos Humanos. En esta tarea, el sistema judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado sino también su interpretación por parte de la Corte Interamericana, intérprete final de la Convención Americana.²⁰

VI. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A nivel internacional, la revisión convencional significa que un tribunal estadounidense analiza casos específicos para determinar si una ley o disposición nacional en particular es incompatible con una convención estadounidense y reforma o deroga la ley o disposición en consecuencia. Es un

decreto o reglamento emitido para proteger eficazmente los derechos humanos.

Sergio García Ramírez explica que la Corte Interamericana analiza los actos que encuentra en relación con las normas, principios y valores de los tratados en los que la Corte fundamenta su competencia en controversias, emitiéndose sentencia bajo el carácter convencional de tales actos, buscando ponerlos en conformidad con el orden internacional adoptado en la Convención que establece la Jurisdicción Interamericana y aceptado por los Estados miembros en su implementación de su soberanía.²¹ Mención especial merecen los parámetros del control convencional, ya que no se agota durante la ejecución y armonización del derecho interno con la Convención Americana, que también incluye diversos instrumentos internacionales que forman parte del código básico para la protección de los derechos humanos, así como la interpretación que de ellos hace el Tribunal.

En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana se refiere específicamente a la opinión consultiva OC 16/99 que expresa: El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional en el sentido de afirmar

19 CORTE IDH, Caso *Almonacid Arellano vs Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, número 154, sentencia del 24 de septiembre de 2006.

20 CORTE IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Voto..., párr. 124.

21 CORTE IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, serie C, no. 114; Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.²²

Un problema tiene que ver con el control de convencionalidad de una Constitución nacional por una convención. Por supuesto, esto es de esperarse, aunque su aplicación en la práctica resulta bastante difícil porque esto conlleva diversos problemas, entre los que destaca la supremacía de la Constitución y sobre todo la negativa a establecer otro instrumento o autoridad superior a la Constitución, aunque en realidad se trata de algo mucho más profundo que simplemente colocar el derecho internacional por encima del derecho interno: se trata de obtener los logros más amplios y eficaces. Al respecto, la Corte Interamericana en Opinión Consultiva No. 4/84 del 11 de enero de 1984 definió el término “derecho interno”, citando el hecho de que se aplica a todas las leyes y reglamentos nacionales, derechos en cualquier forma, incluidas las disposiciones constitucionales.

Los criterios de la Corte Interamericana no sólo son claros sobre si las constituciones nacionales pueden ser consideradas bajo la convención contenida en la OC 14/84, sino que también son aplicados reiteradamente en sus fallos, para controlar la convencionalidad de las normas constitucionales consideradas incompatibles con la Convención. Un ejemplo de este tipo de

sentencias de la Corte Interamericana es el caso “La Última Tentación de Cristo vs. Chile”, donde concluyó que el Estado es internacionalmente responsable, basándose en que el artículo 19.1 y el artículo 12 de la Constitución Nacional, que establecen un mecanismo de censura previa en la producción cinematográfica, infringiendo el derecho a la libertad de pensamiento y expresión a perpetuidad del Artículo 13 de la Convención. Por lo tanto, la Corte decidió que el Estado debe modificar el ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable para eliminar la censura anterior.²³

VII. EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

VII.1. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez

El caso involucró la ejecución extra judicial de Myrna Mac Chan en la Ciudad de Guatemala el 11 de septiembre de 1990, una operación de inteligencia militar siguiendo un plan cuidadosamente preparado por el Estado Mayor Presidencial. Se ha constatado la incapacidad del Estado de utilizar todos los medios a su alcance para llevar a cabo una investigación completa y efectiva de los hechos, el procesamiento, juicio

22 CORTE IDH, Opinión Consultiva OC 16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, serie A, no. 16, párr. 115.

23 CORTE IDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, serie C, no. 73, párrafos. 72 y 73.

y sanción de todos los principales autores materiales e intelectuales dentro de un período de tiempo razonable. Esta situación se ve agravada por la existencia y aceptación por parte del Estado guatemalteco de mecanismos legales de facto que impiden la adecuada administración de justicia.

En este sentido la opinión del juez de la Corte Interamericana para el momento, Sergio García Ramírez, señaló que: "... la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.²⁴

VII.2. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile

El caso presente se desarrolla respecto de la supuesta falta de investigación y sanción de los causantes de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, con base en la aplicación del Decreto-Ley N° 2. 191, Ley de Amnistía, aprobado en 1978 en Chile, así como la falta de una

compensación adecuada para sus familiares.

Esto sucedió en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, al final de septiembre de 2006, cuando la Corte Interamericana sesionó para determinar el contenido del control de convencionalidad. La Corte declaró que la autoridad judicial chilena adoptó una regla que logró paralizar el proceso de investigación para preparar actas de ejecución de sentencias. En este punto, el juicio ilegítimo de *Almonacid Arellano* fue abandonado para eximir a los responsables. El Tribunal sostuvo que el poder legislativo no había logrado la orden para eliminar y/o aprobar leyes contrarias a la Convención Americana, aún enfrentan la justicia en relación con la obligación de garantía especificada en la Cláusula 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.²⁵

Asimismo, uno de los puntos más importantes de la sentencia está relacionado al control de convencionalidad quedando establecido en el párrafo 124: La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los

24 CORTE IDH. Caso *Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, serie E, no. 4; Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

25 CORTE IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desdeun inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²⁶

VII.3. Caso Trabajadores Cesantes y otros vs. Perú

El hecho reveló que el caso se refiere al supuesto despido del grupo de 257 trabajadores despedidos del Congreso Nacional de la República del Perú, quienes se encuentran dentro del grupo de 1.117 trabajadores que fueron despedidos por decisión del Congreso de la República. del Perú, el 31 de diciembre de 1992.

En el presente caso, la Corte Interamericana cambia los límites y la determinación de la revisión procesal, aunque se trata de un caso de dos meses después de *Almonacid Arellano vs. Chile*, tiene un punto importante en la evolución de dicha gestión de valores, partiendo de que ya no hablamos de “el tipo de gestión de valores”,

sino que requiere el ejercicio de la gestión de valores.

En referencia al control de convencionalidad, la Corte Interamericana en esta sentencia dice: Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...²⁷

VIII. LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Hoy en día, y gracias a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia de la República, además del informe de la Defensoría del Pueblo y otros trabajos académicos, se cuenta con una gran doctrina de justicia militar, bien asentada en distintos ámbitos.

Como es sabido, la justicia militar en los países latinoamericanos se implantó durante el dominio colonial de la región,

26 Ibidem, párr. 124

27 CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128

como un Derecho especial; Sin embargo, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo se acepta su existencia en casos excepcionales, con el reconocimiento del debido proceso y todo proceso administrativo de justicia verdadero y legal. Está claro que la estructura de la justicia militar varía de un país a otro.²⁸

En algunos países se presenta como un sistema judicial completamente separado del poder judicial (con sus propios jueces y funcionarios), controlado por instituciones legales especiales, separado e independiente, esto a menudo incluye disposiciones penales, procedimientos penales y disciplina, relacionados a las operaciones internas de las instituciones. Por otro lado, otros países prefieren integrar el sistema de ley marcial al sistema común, incorporando a su Constitución u organismo las estadísticas criminales y el sistema legal especial de la zona de guerra, las exigencias de sus funcionarios son las mismas de los funcionarios judiciales ordinarios.

En el Perú, la justicia militar policial es una justicia especializada que, conforme al mandato dispuesto en la Constitución Política, se encarga de la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometen delito de función. El tratamiento particular que a través del fuero penal militar se reconoce, encuentra una clara justificación en las diferencias existentes entre los deberes y

responsabilidades impuestas a los ciudadanos y los que están llamados a cumplir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente, “como es el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, lo que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil.

La justicia militar policial en el Perú ha logrado un desarrollo inusual en los últimos años, debido a los problemas de subversión que enfrentó el país desde 1980. La Constitución de 1993 acepta la jurisdicción militar como independiente del Poder Judicial, ocasionando esto vacíos legales referentes a los temas de conexión con la justicia común. Estos vacíos legales han ocasionado graves problemas de delimitación de competencias en casos específicos. Inicialmente, la jurisdicción militar se destinaba al personal militar o policial que cometía violaciones de función. Sin embargo, la Constitución de 1993 normaliza la posibilidad del juicio a ciudadanos civiles por parte de tribunales militares, para los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo. El regreso a la institucionalidad democrática ha traído a su vez la necesidad de replantear las tareas y funciones asignadas a las Fuerzas Armadas en conjunto, y dentro de tales funciones y tareas se incluye las competencias de los tribunales de justicia militar policial. Las Fuerzas Armadas, tienen

28 LAZARTE, D. (2016). El proceso judicial del fuero militar policial, la función policial y los derechos fundamentales de los miembros de la Policía Nacional del Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú.

como finalidad primordial garantizar la independencia, soberanía e integridad de la República, así como contribuir o asumir el control del orden interno cuando las circunstancias ameriten el estado de emergencia en parte o toda la República.

Se han entrevistado a un grupo de abogados para conocer su precepción sobre la aplicación del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú. Existen dos formas de analizar cómo se aplica el control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, teniendo como base las normas en las que se puede realizar el control de convencionalidad, tanto el concentrado como el difuso: la primera es el control “concreto” de convencionalidad; la segunda es el control “abstracto” de convencionalidad. Estas dos formas de control se dirigen a dos tipos de disposiciones: el control “concreto” se realiza sobre normas o leyes que ya han sido aplicadas a casos particulares y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma; el control “abstracto” se realiza sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera violan derechos por su simple existencia.

En este sentido, Altamirano Guerra concluye que hay una sola sentencia con CDC, después de analizar diecinueve sentencias donde se hace mención del *Corpus Iuris Interamericano* de alguna forma generalizada, detallada o articulada aun cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha propuesto un modelo para la aplicabilidad de manera directa del CDC; finalmente, se recomienda que el CDC deberá ser aplicado en todos los niveles vinculados a la administración de justicia. Lo cual concuerda con las opiniones de los expertos informantes:

VIII.1. El análisis del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial

“El análisis del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial se rige por diversas normas y principios, tanto a nivel nacional como internacional. Estas normas están diseñadas para garantizar que las decisiones y acciones de la jurisdicción militar policial cumplan con los estándares de derechos humanos y con los tratados y convenios internacionales ratificados por el país. Algunas de las normas y principios relevantes incluyen... Constitución Política del Perú: La Constitución es la norma fundamental que establece los principios y derechos fundamentales que deben ser respetados en todas las actuaciones de las autoridades peruanas, incluyendo la jurisdicción militar policial... Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Las decisiones de la Corte Interamericana son de gran importancia para el control de convencionalidad en el Perú. Establecen precedentes y criterios para evaluar la compatibilidad de las acciones de la jurisdicción militar policial con los estándares internacionales de derechos humanos... Control de Convencionalidad: El control de convencionalidad se refiere al deber de las autoridades peruanas, incluyendo la jurisdicción militar policial, de garantizar que sus actuaciones sean conformes con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluso cuando las normas nacionales sean contrarias. Este principio se deriva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y es fundamental para evaluar la compatibilidad de las acciones de la jurisdicción militar policial con los estándares internacionales (Informe 1). (I.1)

“El control de convencionalidad es el mecanismo por el cual se verifica la

compatibilidad entre las normas internas y las normas internacionales de derechos humanos. En el caso de la jurisdicción militar policial del Perú, el control de convencionalidad debe realizarse sobre la base de las siguientes normas:

- *La Constitución Política del Perú*
- *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*
- *El Código Penal Militar Policial” (Informe 2). (I.2)*

“El análisis del control de convencionalidad está referido a la supremacía de la jerarquía de normas aplicables a la justicia militar partiendo desde su competencia constitucional y su naturaleza especial que prima sobre las normas de carácter general.” (Informe 3) (I.3).

“El análisis del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú debe realizarse sobre normas internacionales de derechos humanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” (Informe 4). (I.4)

“El control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú debe realizarse sobre las normas que regulan el ámbito de competencia, el procedimiento y las garantías de los derechos humanos de las personas sometidas a dicha jurisdicción. Estas normas deben ser compatibles con los estándares establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En caso de que exista una contradicción o una violación de los derechos humanos, los jueces militares deben inaplicar las normas internas y aplicar las normas

internacionales, siguiendo el principio pro homine.” (Informe 5). (I.5).

De las afirmaciones aportadas por los informantes, se puede definir cuáles son las normas bajo las cuales debe realizarse el análisis del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, básicamente se refiere a la normativa conformada por: la Constitución Política del Perú, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Código Penal Militar Policial.

Tal como lo señala Alonso García, quien expresa: El Tribunal Constitucional havenido abiertamente a proclamar la competencia del juez ordinario para resolver los problemas de contradicción de las leyes con los tratados, asumiendo la prevalencia de estos sobre aquellas (control de convencionalidad).

VIII.2. ¿Cómo se ejerce el control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial?

En cuanto a cómo se ejerce el control de convencionalidad interno en el Perú, según Yucra y Hurtado, inicia antes de emitirse la sentencia del Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Se puede precisar como señal inicial la resolución pronunciada por la jueza Antonia Saquicuray en el expediente del Caso Barrios Altos, del año 1995. De esta manera, son diversos los elementos jurídicos en los que se ha fundamentado la norma expresada en la Convención Americana de Derechos Humanos, precedentemente a la ley interna, comenzando con casos laborales, expedientes penales, hasta casos constitucionales. Se nota así que el ámbito de aplicación del control de convencionalidad no se ha delimitado a una

especialidad del Derecho. Los argumentos políticos sobre los cuales se pronunciaron las sentencias antes analizadas revisten una importancia especial. Tal como lo expresan los expertos informantes:

“La aplicación del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú se lleva a cabo de manera similar a como se aplica en otros ámbitos judiciales del país. El control de convencionalidad implica asegurarse de que las leyes y decisiones judiciales, incluyendo las de la Jurisdicción Militar Policial, sean conformes con los estándares de derechos humanos establecidos en tratados y convenios internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). A continuación, se describen los pasos generales para aplicar el control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú:

Identificación de Normas Internacionales: *es fundamental identificar las normas y estándares internacionales de derechos humanos que son relevantes para el caso en cuestión. Esto incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros tratados y convenios internacionales ratificados por el Perú.*

Análisis de la Normativa Nacional: *se debe analizar la normativa nacional aplicable, incluyendo las leyes y regulaciones que rigen las actividades y decisiones de la Jurisdicción Militar Policial...*

Evaluación de las Decisiones Judiciales: *Cuando se trata de un caso concreto en la Jurisdicción Militar Policial, se deben evaluar las decisiones judiciales emitidas...*

Recurso de Amparo: *En el Perú, una vía común para impugnar decisiones judiciales que se consideran contrarias a los*

derechos humanos presentar un recurso de amparo ante el Poder Judicial. Este recurso se utiliza para solicitar la protección de los derechos fundamentales y puede ser presentado por las partes involucradas en el caso.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Es importante tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que interpreta y establece estándares en casos relacionados con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las decisiones de la Corte pueden proporcionar orientación sobre cómo aplicar el control de convencionalidad en casos específicos...*

Cooperación con Organismos de Derechos Humanos: *En algunos casos, es posible que se requiera la cooperación con organismos nacionales e internacionales de derechos humanos para garantizar el respeto de los estándares internacionales en la Jurisdicción Militar Policial.” (I.1).*

“El control de convencionalidad se aplica en la jurisdicción militar policial del Perú mediante el siguiente procedimiento:

- *En primer lugar, se debe identificar si existe una norma interna que pueda entrar en conflicto con una norma internacional de derechos humanos, ya sea por su contenido, su interpretación o su aplicación.*
- *En segundo lugar, se debe verificar si la norma interna es compatible con la norma internacional, tomando en cuenta la Constitución, la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Código Penal Militar Policial.*
- *En tercer lugar, se debe resolver el conflicto de normas, aplicando el criterio de preferencia normativa, que consiste*

en dar primacía a la norma que otorgue mayor protección a los derechos humanos. Esto implica que se debe inaplicar la norma interna que sea contraria a la norma internacional, o interpretarla de manera conforme a esta última.

- *En cuarto lugar, se debe motivar y fundamentar la decisión adoptada, explicando las razones por las que se ha realizado el control de convencionalidad y los criterios utilizados para resolver el conflicto de normas. Este procedimiento debe ser realizado por todos los órganos de la jurisdicción militar policial, tanto en sede administrativa como judicial, respetando el principio de legalidad y el debido proceso.” (I.2)*

“Se aplica, en base a la naturaleza disciplinaria de la justicia militar policial” (I.3)

“El control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú se aplica verificando que las normas y decisiones cumplan con los estándares de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” (I.4)

“El control de convencionalidad es un mecanismo jurídico que consiste en verificar la conformidad de las normas internas con las normas internacionales de derechos humanos. En la Jurisdicción Militar Policial del Perú, el control de convencionalidad se aplica mediante el examen de las normas que rigen la competencia, el procedimiento y las garantías de los derechos humanos de las personas sometidas a dicha jurisdicción.” (I.5).

VIII.3. ¿Cómo analizar los parámetros de control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial?

En cuanto a cómo analizar los parámetros de convencionalidad que deben ser

observados en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, los informantes dijeron:

“El control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú se ejerce principalmente a través de los siguientes mecanismos y procesos:

1. Presentación de Recursos: *Cuando una persona considera que sus derechos humanos han sido violados por una decisión o actuación de la Jurisdicción Militar Policial, puede presentar recursos legales para impugnar dicha actuación. Los recursos pueden incluir el recurso de amparo y otros recursos legales previstos en la legislación peruana.*

2. Alegaciones de Incompatibilidad: *En el marco de un proceso judicial en la Jurisdicción Militar Policial, las partes involucradas pueden alegar que una norma o decisión nacional es incompatible con los estándares de derechos humanos establecidos en tratados internacionales. Esto se hace ante el tribunal militar o policial correspondiente.*

3. Evaluación de la Compatibilidad: *El tribunal militar policial encargado del caso debe realizar una evaluación cuidadosa para determinar si la norma o decisión en cuestión es compatible con las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por el Perú. Esto implica comparar la normativa o la decisión nacional con los estándares de derechos humanos establecidos en tratados y convenios internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

4. Cooperación con la Defensoría del Pueblo: *La Defensoría del Pueblo en el Perú es una entidad autónoma encargada de promover y defender los derechos humanos. Puede intervenir en casos que involucren a la Jurisdicción Militar Policial para asegurarse de que se respeten los estándares de derechos humanos. La Defensoría puede presentar*

informes y recomendaciones a los tribunales y autoridades competentes.

5. Referencia a la Corte Suprema de Justicia: Si un tribunal militar o policial considera que existe una contradicción entre una norma nacional y los estándares de derechos humanos establecidos en tratados internacionales, puede plantear una consulta a la Corte Suprema de Justicia del Perú. La Corte Suprema tiene la facultad de emitir un pronunciamiento sobre la compatibilidad de la norma nacional con las obligaciones internacionales de derechos humanos.

6. Seguimiento de Jurisprudencia: La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una referencia importante para los tribunales peruanos, incluyendo la Jurisdicción Militar Policial. Los tribunales deben tener en cuenta las decisiones de la Corte Interamericana al evaluar la compatibilidad de las decisiones y normativas nacionales con los estándares internacionales de derechos humanos. Es importante destacar que el control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial es una parte esencial de la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho en el Perú. Los tribunales y autoridades involucradas deben actuar de manera imparcial y asegurarse de que las normas y decisiones estén en conformidad con los estándares internacionales, incluso cuando se trate de casos en los que estén implicadas fuerzas armadas o de seguridad.” (I.1)

“El control de convencionalidad se ejerce en la jurisdicción militar policial del Perú mediante el cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de derechos humanos. Estas obligaciones implican que el Estado debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas

que se encuentren bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Asimismo, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales de derechos humanos, y adoptar las medidas necesarias para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de estos derechos. En este sentido, el control de convencionalidad es un mecanismo que permite verificar si las normas, actos y decisiones internas son compatibles con las normas internacionales de derechos humanos, especialmente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El control de convencionalidad puede ser ejercido tanto por los órganos internacionales como por los órganos internos del Estado. Los órganos internacionales que ejercen el control de convencionalidad son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos órganos tienen la función de supervisar el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano derivadas de la Convención Americana y otros tratados sobre derechos humanos.

Para ello, pueden recibir peticiones individuales o colectivas sobre casos de presuntas violaciones de derechos humanos, emitir informes, recomendaciones, medidas cautelares, opiniones consultivas y sentencias vinculantes. Los órganos internos que ejercen el control de convencionalidad son todos los poderes públicos del Estado peruano, incluyendo la jurisdicción militar policial. Estos órganos tienen el deber de aplicar e interpretar las normas internas conforme a las normas internacionales de derechos humanos, y en caso de conflicto, dar preferencia a estas últimas. Para ello, deben realizar un análisis razonado y motivado sobre la compatibilidad entre las normas internas y las normas

internacionales, teniendo en cuenta la Constitución, la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Código Penal Militar Policial.” (I.2)

“A través de la competencia del fuero militar policial.” (I.3)

“El control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú se ejerce a través de la revisión y corrección de normas y decisiones que puedan vulnerar los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.” (I.4)

“El control de convencionalidad es un mecanismo jurídico que consiste en verificar la conformidad de las normas internas con las normas internacionales de derechos humanos. En la Jurisdicción Militar Policial del Perú, el control de convencionalidad se aplica mediante el examen de las normas que rigen la competencia, el procedimiento y las garantías de los derechos humanos de las personas sometidas adicha jurisdicción.” (I.5).

VIII.4. Los parámetros de convencionalidad que deben ser observados en la Jurisdicción Militar Policial del Perú

En este sentido, Mamani Flores expresa que los órganos o entes de cierre de la justicia en el Perú no están aplicando de manera correcta el canon interamericano de convencionalidad, de forma que quedan desprotegidos los DDHH. A la vez que, los jueces de la jurisdicción ordinaria interna en varios casos carecen de conocimiento sobre los estándares interamericanos sobre los DDHH, emitiendo fallos que no corresponden, distorsionando u omitiendo la aplicación de los estándares interamericanos que correspondan a los DDHH, evidenciándose una aplicabilidad más formal y utilitarista que sustancial y

principista. La Junta Nacional de Justicia, cuando realiza un nombramiento, ratificación o sanción a los jueces deberá determinar criterios de desempeño y selección, haciendo énfasis en la convicción y formación en la defensa de los DDHH, así como en la democracia. De igual manera, la Academia de la Magistratura deberá reforzar la convicción y formación para la defensa de los DDHH y la democracia en los jueces peruanos; en tal sentido, las opiniones expertas expresan:

“En la Jurisdicción Militar Policial del Perú, al igual que en cualquier otra jurisdicción del país, se deben observar diversos parámetros de convencionalidad con el fin de garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de todas las personas involucradas en casos judiciales y actuaciones de las fuerzas de seguridad. Los principales parámetros de convencionalidad que deben ser observados incluyen: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José): Este tratado internacional es fundamental, ya que establece una serie de derechos y libertades que deben ser respetados y protegidos en todas las actuaciones de las autoridades, incluyendo la Jurisdicción Militar Policial. Algunos de los derechos más relevantes incluyen el derecho a la vida, la integridad personal, el debido proceso, la igualdad ante la ley y la protección judicial. Principio de Legalidad: Todas las actuaciones en la Jurisdicción Militar Policial deben estar basadas en leyes y regulaciones que sean claras, precisas y predecibles. Esto garantiza que las personas tengan conocimiento de las normas que rigen su conducta y que se respete el principio de legalidad.

a) Derecho al Debido Proceso: *El derecho al debido proceso es fundamental en cualquier sistema judicial y se aplica tanto*

a los procesos penales como administrativos. Esto incluye el derecho a ser informado de los cargos, el derecho a una defensa adecuada, el derecho a un juicio justo y el derecho a recurrir las decisiones judiciales.

b) Derecho a la No Discriminación:

Todas las personas, sin importar su origen étnico, género, religión, orientación sexual, o cualquier otra característica, tienen derecho a la igualdad ante la ley y a no ser objeto de discriminación en el acceso a la justicia y en las actuaciones de las autoridades.

c) Derecho a la Vida e Integridad Personal: La Jurisdicción Militar Policial debe respetar el derecho a la vida y a la integridad personal de todas las personas. Esto implica que se deben tomar medidas para prevenir la violencia y el uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad.

d) Control de Legalidad y Convencionalidad: Los tribunales y autoridades de la Jurisdicción Militar Policial deben llevar a cabo un control de legalidad y convencionalidad para garantizar que las decisiones y actuaciones estén en conformidad tanto con las normas nacionales como con los estándares internacionales de derechos humanos.

e) Transparencia y Rendición de Cuentas: La transparencia en las actuaciones de la Jurisdicción Militar Policial y la rendición de cuentas son esenciales para prevenir abusos y asegurar la confianza pública en las instituciones. Esto implica la publicidad de los procedimientos y la investigación de denuncias de abusos. Estos son algunos de los parámetros de convencionalidad que deben ser observados en la Jurisdicción Militar Policial del Perú. Es importante que las autoridades, jueces y tribunales de esta jurisdicción, actúen de manera coherente con estos estándares internacionales de derechos humanos, para garantizar la protección de

los derechos fundamentales de todas las personas, incluyendo a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad.” (I.1)

“Los parámetros de convencionalidad que deben ser observados en la jurisdicción militar policial del Perú son los siguientes:

- El respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales.

- La conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial encargado de interpretar y aplicar la Convención Americana y que tiene competencia para conocer casos contenciosos y emitir opiniones consultivas sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos.

- La limitación de la competencia de la jurisdicción militar policial a los delitos de función; es decir, aquellos que afectan bienes jurídicos propios del orden militar o policial, sin vulnerar el derecho al juez natural ni el debido proceso.

- La aplicación e interpretación de las normas internas conforme a las normas internacionales de derechos humanos, y en caso de conflicto, dar preferencia a estas últimas, mediante un análisis razonado y motivado sobre la compatibilidad entre las normas.

- La adecuación del Código Penal Militar Policial a los principios y estándares internacionales de derechos humanos, respetando siempre la dignidad humana, la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad.” (I.2)

“La Constitución, el Código de Justicia Militar, las normas y reglamentos que regulan la función militar policial y el delito de función.” (I.3)

“En la Jurisdicción Militar Policial del Perú, se deben observar parámetros de convencionalidad basados en los derechos humanos establecidos en la Convención Americana.” (I.4)

“El parámetro de convencionalidad que deben ser observados en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, son las normas internacionales de derechos humanos que se encuentran en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estas normas tienen primacía sobre las normas internas que regulan el ámbito de competencia, el procedimiento y las garantías de los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción militar policial. El control de convencionalidad es un mecanismo jurídico que consiste en verificar la conformidad de las normas internas con las normas internacionales de derechos humanos. Los jueces militares deben inaplicar las normas internas que sean contrarias o violen los derechos humanos y aplicar las normas internacionales.” (I.5)

Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte Interamericana. En estos casos los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos.²⁹

VIII.5. Percepción acerca de la diferencia de aplicación del ejercicio del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú y en los tribunales civiles

El control o principio de convencionalidad, se origina de la aceptación por parte del Estado peruano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual surge como una consecuencia de la Conferencia sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en 1969, con la finalidad de defender los derechos esenciales del hombre en el continente americano, generalizando de forma total los sujetos e individuos protegidos.

*“El ejercicio del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú puede presentar algunas particularidades en comparación con los tribunales civiles, debido a la naturaleza específica de la jurisdicción militar y policial. Sin embargo, en términos generales, los principios y estándares de control de convencionalidad son los mismos, ya que se basan en tratados y convenios internacionales de derechos humanos que son de aplicación universal. Aquí hay algunas diferencias y similitudes: **Diferencias:***

a) Ámbito de Jurisdicción: *La Jurisdicción Militar Policial se encarga de juzgar a miembros de las fuerzas armadas y de seguridad en casos relacionados con su desempeño y conducta en el servicio. Esto puede incluir delitos militares y disciplinarios. En contraste, los tribunales civiles se ocupan de una variedad más amplia de casos, incluyendo asuntos civiles y penales no relacionados con la esfera militar o policial.*

b) Normativa y Procedimientos Específicos: *La Jurisdicción*

²⁹ Sobre la idea de ser jueces interamericanos, ver el voto razonado del juez Mac-Gregor en el caso de Cabrera García y Montiel Flores del 26 de noviembre de 2010.

Militar Policial puede tener su propia normativa y procedimientos específicos para lidiar con casos militares y disciplinarios. Sin embargo, esta normativa también debe ser compatible con los estándares internacionales de derechos humanos. **c) Jueces y Abogados Especializados:** En la Jurisdicción Militar Policial, es común que los jueces y abogados tengan experiencia y conocimiento específico en cuestiones militares y disciplinarias, lo que puede influir en la forma en que se abordan los casos y se aplica el control de convencionalidad.

Similitudes: **a) Obligación de Respetar los Derechos Humanos:** Tanto en la Jurisdicción Militar Policial como en los tribunales civiles, existe la obligación de respetar y proteger los derechos humanos de todas las personas involucradas en un caso, incluyendo los derechos establecidos en tratados internacionales de derechos humanos. **b) Control de Convencionalidad:** En ambas jurisdicciones, se debe realizar un control de convencionalidad para asegurarse de que las normas y decisiones nacionales sean compatibles con los estándares de derechos humanos establecidos en tratados internacionales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, es aplicable en ambas jurisdicciones. **c) Derecho al Debido Proceso:** El derecho al debido proceso es fundamental tanto en la Jurisdicción Militar Policial como en los tribunales civiles. Esto incluye garantizar un juicio justo, el derecho a la defensa, y otros aspectos relacionados con el proceso legal. **d) Jurisprudencia Internacional:** En ambas jurisdicciones, la jurisprudencia de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede ser utilizada como referencia para interpretar y aplicar los estándares de derechos humanos. En resumen, aunque existen

diferencias en la naturaleza de los casos y la normativa específica en la Jurisdicción Militar Policial en comparación con los tribunales civiles, los principios fundamentales del control de convencionalidad y el respeto a los derechos humanos son comunes a ambas jurisdicciones. En ambos casos, se busca garantizar que las actuaciones y decisiones judiciales estén en conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos.” (I.1)

“Sí, hay algunas diferencias entre el ejercicio del control de convencionalidad en la jurisdicción militar policial y en los tribunales civiles del Perú. Algunas de estas diferencias son las siguientes:

- La jurisdicción militar policial tiene una competencia limitada y excepcional, que solo debe conocer los delitos de función cometidos por los militares y policías en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Los tribunales civiles, en cambio, tienen una competencia general y ordinaria, que abarca todos los ámbitos del derecho y todas las materias jurídicas.

- La jurisdicción militar policial tiene un cuerpo normativo específico, que es el Código Penal Militar Policial, que regula los delitos de función y las sanciones correspondientes. Los tribunales civiles, por su parte, aplican el Código Penal común y otras leyes penales especiales que regulan los delitos comunes y las sanciones respectivas.” (I.2)

“Si, los tribunales civiles buscan resocializar, la justicia militar policial es disciplinaria, está constituida por delitos distintos, uno persigue el delito general el otro persigue el delito de función.” (I.3)

“El ejercicio del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú no debería ser diferente al de los

tribunales civiles, ya que se basa en la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos y los estándares internacionales de derechos humanos son aplicables en ambas jurisdicciones.” (I.4)

“El ejercicio del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú no es diferente al que se realiza en los tribunales civiles, ya que ambos deben respetar los estándares establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, existen algunas particularidades que se deben tener en cuenta en el ámbito militar policial, como el respeto al principio de legalidad, la competencia restringida y excepcional, el debido proceso y las garantías judiciales, y la proporcionalidad de las sanciones. Estos aspectos han sido desarrollados por la Corte Interamericana en casos como Radilla Pacheco vs. México, Palamara Iribarne vs. Chile y Durand y Ugarte vs. Perú. Asimismo, se debe considerar el margen de apreciación nacional, que es el espacio de discrecionalidad que tienen los Estados para adaptar las normas internacionales a sus realidades jurídicas, sociales y culturales, siempre que sea razonable y proporcional, y que esté sujeto al escrutinio de la Corte Interamericana. Por lo tanto, el control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú debe realizarse sobre las normas que regulan el ámbito de competencia, el procedimiento y las garantías de los derechos humanos de las personas sometidas a dicha jurisdicción, y debe ser compatible con los criterios fijados por la Convención Americana y la Corte Interamericana.” (I.5).

IX. CONCLUSIONES

- 1° **Conclusión:** En referencia a definir las normas bajo las cuales debe realizarse el análisis del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, se ha encontrado que existen dos normas en las que se hace efectivo el control de convencionalidad, ya sea concentrado o difuso. La primera norma es el control “concreto” de convencionalidad; la segunda es el control “difuso” de convencionalidad. Estas dos formas de control se dirigen a dos tipos de disposiciones: el control “concreto” se realiza sobre normas o leyes que ya han sido aplicadas a casos particulares y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma; el control “difuso” se realiza sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas.
- 2° **Conclusión:** En cuanto a la aplicación del control de la convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, la aplicación del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú se lleva a cabo de manera similar a como se aplica en otros ámbitos judiciales del país. El control de convencionalidad implica asegurarse de que las leyes y decisiones judiciales, incluyendo las de la Jurisdicción Militar Policial, sean conformes con los estándares de derechos humanos establecidos en tratados y convenios internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos
- 3° **Conclusión:** Asimismo se encontró como determinar la manera como se ejerce el control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, el control de convencionalidad se

ejerce en la jurisdicción militar policial del Perú mediante el cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de derechos humanos. Estas obligaciones implican que el Estado debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna.

X. RECOMENDACIONES

Recomendación 1°: En cuanto a las normas bajo las cuales se realizar el análisis del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú, se recomienda la aplicación de la norma existente en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad, ya sea concentrado o difuso. Sin descuidar siempre la evolución o crecimiento de la Corte en cuanto a nuevas jurisprudencias

Recomendación 2°: Es sabido que la aplicación del control de convencionalidad en la Jurisdicción Militar Policial del Perú se lleva a cabo de manera similar a como se aplica en otros ámbitos judiciales del país. Sin embargo, se hace necesario consultar jurisprudencia donde la Corte ha dictado sentencia contraria o a favor según el caso en las decisiones o sentencias emitidas por Tribunales Militares Policiales.

Recomendación 3°: El control de convencionalidad hay que ejercerlo en la jurisdicción militar policial del Perú mediante el cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de derechos humanos. Estas obligaciones implican que el Estado debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna.

XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTAMIRANO GUERRA, V. (2022) El control de convencionalidad en la Administración de Justicia en el Complejo Judicial en la ciudad de Latacunga en el año 2021, Universidad Técnica de Ambato, Ambato – Ecuador. Disponible en: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/37046/1/FJCS-POSG-271.pdf> Consultado el 07 de setiembre de 2023.
- AQUINO, Miguel Rolando López. Los límites de la convencionalidad en el Perú. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 2022, vol. 6, no 2, p.3196-3209.
- BARRANTES Echavarría, Rodrigo. Investigación: un camino al conocimiento Un enfoque cualitativo, cuantitativo y mixto. Colección: Ágora: Serie Estudios Tomo: 10. 2016.
- BELAÚNDE, Domingo García; MANCHEGO, José F. Palomino. El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento constitucional*, 2013, vol. 18, no 18, p. 223-241.
- CASTILLO GALVIS S, D'JANON DONADO, M y RAMÍREZ NARDÍZ A. (2019) El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio

ambiente como sujeto de protección y reparación. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 41, julio-diciembre 2019. Cuestiones Constitucionales. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13952/15205> Consultado el 01 de setiembre de 2023.

CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 11.

CORTE IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2004, párr. 3.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párrafo 219; y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217 párrafo 202.

CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano vs Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, número 154, sentencia del 24 de septiembre de 2006.

CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Voto..., párr. 124.

CORTE IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, serie C, no. 114; Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC 16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, serie A, no. 16, párr. 115.

CORTE IDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, serie C, no. 73, párrafos. 72 y 73.

CORTE IDH. Caso Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, serie E, no. 4; Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-372/16.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Justicia Militar e independencia judicial en el Perú. Normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo. Serie Documentos Defensoriales - Documento N°6, p. 51. Lima, Perú, junio del 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". En: Ferrer MacGregor, Eduardo (Coord.). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012, pág. 369.

GARCÍA, Ricardo Alonso. El control de convencionalidad: cinco interrogantes. Revista española de derecho constitucional, 2020, vol. 40, no119, p. 13-51.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Querétaro: Fundap, 2012, p. 213. Entre la extensa producción de García Ramírez, cf. Estudios jurídicos. México: UNAM, 2001; La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal. México D.F.: Editorial Porrúa, 2003 y La Corte Interamericana de Derechos Humanos. México D.F.: Porrúa, 2007.

GOVEA, Laura Alicia Camarillo; RÁBAGO, Elizabeth Nataly Rosas. El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2016, no 1, p. 127-159.

GUASTINI, Ricardo (1999). Estudios sobre Interpretación Jurídica. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; MENDOZA Torres, Cristian. Metodología de la investigación: Las Rutas Cuantitativa, Cualitativa y Mixta. Editorial McGraw Hill. M.

JIMÉNEZ VANEGAS, Johann Sebastián. Auxiliar jurídico Alcaldía Local de Fontibón. Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C.: 2015.

LAZARTE, D. (2016). El proceso judicial del fuero militar policial, la función policial y los derechos fundamentales de los miembros de la Policía Nacional del Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú.

MAMANI FLORES, C. (2020) El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en el Perú. Revista de Derecho: Universidad Nacional del Altiplano de Puno, ISSN-e 2707-9651, ISSN 2313-6944, Vol. 5, Vol. 2, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7658311> Consultado el 01 de septiembre de 2023.

- MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo y CEPEDA AMARIS, José Antonio, ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana (Eds). (2013). Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional, Bogotá D.C. Universidad del Rosario. Colección textos de jurisprudencia.
- MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés. (2012). El Control de Convencionalidad: Un Replanteamiento de Principios y Fuentes del Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Cooperativa de Colombia. Revista Republicana, Recuperado de <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-controlde-convencionalidad.pdf>.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.
- REY CANTOR, Ernesto. (2008). Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Porrúa.
- REY CANTOR, Ernesto. 2008. Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos. México D. F.: Porrúa.
- SALAZAR CÁCERES, E. (2022) El control de convencionalidad en la tercerización laboral. Caso de la empresa Tuboplast. Lima 2021. Universidad Norbert Wiener, Lima - Perú. Disponible en: https://repositorio.uwienner.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13053/8020/T061_45125672_TSP.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado el 07 de setiembre de 2023.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (Expediente N° 0006-2006-PI/TC, f.j. 28).
- YUCRA, Manuel Gonzalo Lupa; HURTADO, Jessica Natalia Huarca. La aplicación del control de convencionalidad en el Perú y la teoría del margende apreciación. Revista LP Derecho, 2023, vol. 4, p. 38-57.

SOLUCIÓN DEL CUESTIONARIO DE PREGUNTAS REMITIDO POR EL CONSEJO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, PARA LA ELABORACIÓN DEL INFORME PERIÓDICO A LA ONU, SOBRE CUMPLIMIENTO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, AÑO 2011

Como es sabido, el Estado Peruano tiene la obligación de informar periódicamente a las Naciones Unidas en materia de administración de justicia, en cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esa obligación, también alcanza a la labor de la Justicia Militar y se hace efectiva respondiendo al cuestionario que desde este alto organismo mundial se remite al Estado peruano.

Se toma este documento del archivo del Fuero Militar Policial y se reproduce hoy en “El Jurista”, por su actualidad. En el se encuentran conceptos básicos que quienes laboran en el FMP debieran conocer.

- a) **Sírvase señalar cuál es la competencia del Tribunal Supremo Militar Policial y si hay algún supuesto por el cual se pueda procesar a civiles.**

El Fuero Militar Policial es una jurisdicción independiente del Poder Judicial, por mandato expreso del artículo 139° de la Constitución Política del Perú:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

“Artículo 139°. - *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

1. *La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

(...)” (énfasis nuestro)

El marco competencial constitucional de este Fuero Militar Policial se encuentra ubicado en el **Capítulo XII De la Seguridad y Defensa Nacional de la Constitución, específicamente en el artículo 173º**, con la única y exclusiva finalidad de administrar justicia penal militar policial, en los casos en que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional incurran en delitos de función:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

“Artículo 173º.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se

refiere el artículo 141º sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.” (Énfasis nuestro).

No existe ningún supuesto por el cual se pueda procesar a civiles en el Fuero Militar Policial. Se juzga únicamente a militares en actividad por delitos de función. No se juzga a civiles ni a militares en retiro ni delitos comunes ni de lesa humanidad. (Modificatoria Ley del Fuero Militar Policial – Decreto Leg. N°1096, artículos I, III, IV).¹

b) **Sírvase informar si existe algún proceso de competencia de la Justicia ordinaria conocido por el Tribunal Supremo Militar Policial o viceversa.**

Actualmente no existe ningún proceso de competencia del Fuero Común que tenga conociendo el Tribunal Supremo Militar Policial o viceversa. Si se suscita un conflicto de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar Policial, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República dirimirla, conforme a las normas establecidas en el artículo 4º del D. Leg. N° 1096² y

1 **Artículo I.- Fuero Militar Policial**

El Fuero Militar Policial, previsto en el artículo 173 de la Constitución Política del Perú, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función.

Artículo III.- Delitos de función

Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad.

Artículo IV.- Prohibición

El Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar Policial no alcanzan a ciudadanos civiles, ni en forma directa, ni indirecta, ni análoga, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad.

2 **Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley N° 29182 y su modificatoria D. Legislativo N° 1096.**

Artículo 4º.- Contiendas y conflictos de competencia

Las contiendas de competencia dentro del Fuero Militar Policial son resueltas por el Tribunal Supremo Militar Policial.

Las contiendas de competencia entre el Fuero Militar Policial y el Poder Judicial, las resuelve la Corte Suprema de Justicia de la República, de acuerdo a ley.

el Código Penal Militar Policial, D. Leg. N° 1094.³

- c) **Sírvase indicar el número de procesos juzgados por el Tribunal Militar Policial (antes Consejo Supremo de Justicia Militar) que fueron declarados nulos y conocidos nuevamente en el fuero ordinario.**

Entre los años 2001 y 2002 se declararon nulas un número significativo de Ejecutorias emitidas por el entonces Consejo Supremo de Justicia Militar, relativos a los procesos de traición a la patria (terrorismo agravado), cuyo juzgamiento se encargó al Fuero Militar Policial mediante leyes especiales y, en efecto, han sido casos que el Fuero Común ha vuelto a verlos. No se tiene una estadística al respecto, dado el tiempo transcurrido.

- d) **Sírvase informar que medidas se han tomado para compatibilizar la justicia militar a las exigencias del Tribunal Constitucional en lo que respecta al debido proceso, delitos de función y demás derechos establecidos en el artículo 14.**

Debido a las sentencias del Tribunal Constitucional, resolviendo demandas de inconstitucionalidad, se ha dado respecto

de la llamada Justicia Militar una nueva legislación, tanto en lo pertinente a su organización (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial- Ley N° 29182 y su modificatoria: D. Leg. N° 1096), como respeto del Código Penal Militar Policial- D. Leg. N° 1094, normas que están de acuerdo con los preceptos constitucionales y los tratados sobre derechos humanos que el Perú ha suscrito, como puede apreciarse a continuación:

1. GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSAGRADOS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL (D. Leg. N° 1094)

1.1. Parte Sustantiva

El vigente Código Penal Militar Policial establece las siguientes garantías, principios y derechos:

- a. Se juzga únicamente a militares en situación de actividad. Se prohíbe juzgar a civiles y a militares en situación de retiro.
- b. No se juzga delitos de lesa humanidad ni delitos comunes (es decir, delitos contra la vida, integridad física, sexual, personal, libertad, etc.). En garantía de que ello se cumpla estrictamente, es la Corte Suprema de Justicia de la

3 **Código Penal Militar Policial – D. Leg. N° 1094**

Artículo 185.- Contienda de competencia con el fuero común

1. Cuando el juez militar policial toma conocimiento de que otro juez del fuero común también conoce del mismo caso sin que le corresponda, de oficio o a petición de parte y en el término de dos días, solicitará la remisión del proceso. Además de la copia de la resolución, adjuntará copia de las piezas procesales en que se apoye.

2. Si el juez requerido sostiene su competencia, formará el cuaderno respectivo y lo elevará, en el término de tres días, al Tribunal Supremo Militar Policial por intermedio del Tribunal Superior Militar Policial correspondiente.

3. El Tribunal Supremo Militar Policial, en el término de cinco días, remitirá el cuaderno respectivo a la Corte Suprema de la República, con el informe que estime pertinente, para la resolución definitiva.

República (Poder Judicial) la que dirime los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar.⁴

- c. Preeminencia de los derechos y principios de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por el Perú, sobre las disposiciones del Código Penal Militar Policial.
- d. Proscripción del proceso y sanción por un acto u omisión que al momento de su comisión no esté previsto, de modo expreso e inequívoco, como delito de función militar o policial por la ley penal vigente al momento de su comisión.
- e. Prohibición de la analogía para calificar un hecho como delito o definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad por aplicarse.
- f. Proporcionalidad de la pena.
- g. Principio de culpabilidad probada del autor.
- h. Garantía del derecho de defensa durante el proceso.
- i. Principio de doble instancia.
- j. Principio de interdicción de la *reformatio in peius*, que garantiza que el órgano jurisdiccional revisor no aumente la pena cuando el condenado sea único apelante.
- k. Principio de *ne bis in idem*, que evita que el imputado sea procesado o

sancionado penalmente más de una vez en el Fuero Militar Policial, siempre que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

1.2. Parte Procesal

El Código Penal Militar Policial ha evolucionado hacia un proceso penal de modelo acusatorio-adversarial, semejante al del nuevo Código Procesal Penal común, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957.

Entre las ventajas de este proceso se encuentran⁵:

- a. La separación de las funciones de investigación y juzgamiento;
- b. La activa participación de las partes procesales para la dilucidación de los hechos controvertidos;
- c. Equilibrio entre garantía y eficacia, que pretende ponderar el respeto de los derechos del imputado con la eficacia en la persecución del delito por parte de los órganos integrantes del sistema de administración de justicia militar policial;
- d. Racionalidad del proceso penal, respetando en todo momento los derechos tanto de la víctima como del imputado; y,
- e. Configuración del proceso penal militar policial conforme a los principios y derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados sobre Derechos Humanos que el Perú ha suscrito.

4 Ibidem.

5 Cfr. Exp. N° 00815-2007-PHC/TC – Tribunal Constitucional.

En el modelo actual, las funciones del fiscal se han acrecentado, en estricta correspondencia con su labor de persecución del delito. En esa línea, se atribuye a los Fiscales Militares Policiales la dirección de la labor de investigación preparatoria, eliminando la figura del juez instructor, en concordancia con la *ratio* de todo órgano fiscal, conforme al artículo 159° de la Constitución Política.

Asimismo, el Código Penal Militar Policial también establece una serie principios y derechos que garantizan el debido proceso, tales como:

- a. Ningún militar o policía podrá ser condenado sin un juicio previo.
- b. Durante todo el proceso se observarán los principios de contradicción, inmediación, simplificación y celeridad; así como los de oralidad, publicidad y no duplicidad funcional durante el juicio.
- c. Todo militar o policía imputado es considerado inocente, en tanto no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad, mediante sentencia firme debidamente motivada.
- d. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
- e. Ningún militar o policía puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Toda admisión de hechos o confesión, debe ser libre y bajo su expreso consentimiento.
- f. El imputado tiene derecho a solicitar un intérprete para que lo asista en su defensa, cuando no comprenda correctamente o no pueda expresarse en el idioma oficial o que por alguna limitación física necesite expresarse por señas.
- g. Se respeta el derecho a la intimidad y a la privacidad del imputado, del agraviado y de cualquier otra persona.
- h. Se prohíbe la incomunicación del imputado y el secreto de las actuaciones. Como regla general todas las audiencias son públicas.
- i. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal.
- j. Todo militar o policía tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en este Código.
- k. La sentencia debe ser definitiva, absolviendo o condenando al imputado. Las decisiones judiciales, salvo las de mero trámite, expresarán los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen.
- l. Los elementos de prueba tendrán validez sólo si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código.
- m. Todas las normas que coapten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente.
- n. Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comunique la imputación formulada en su contra, y a ser asistido por un Abogado Defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.

1.3. Parte de Ejecución

El Código Penal Militar Policial prevé un desarrollo de la ejecución de la pena acorde con las garantías, principios y derechos establecidos en la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, entre las que cabe destacar las siguientes:

- a. Ninguna persona podrá ser internada en un Centro de Reclusión Militar Policial en calidad de detenido sin orden de Juez competente.
- b. Las sentencias condenatorias sólo podrán ser ejecutadas cuando tengan carácter de cosa juzgada.
- c. La persona privada de libertad tiene garantizado el derecho de defensa durante el proceso judicial y en la ejecución de la pena.

CONCORDANCIAS ENTRE EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y EL ARTÍCULO 14° DEL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS:

Concordancia con el artículo 14°, inciso primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 148.- Derecho de defensa

1. *Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comunique la imputación formulada en su contra y a ser asistido por un abogado defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y a*

utilizar los medios de prueba pertinentes, conforme a ley.

(...)” (Énfasis nuestro)

“Artículo 152.- Igualdad de trato

Se garantiza la intervención *de las partes con iguales posibilidades de ejercer sus facultades y derechos*. Los jueces preservarán el principio de *igualdad procesal*, debiendo superar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.” (Énfasis nuestro)

Concordancia con el artículo 14°, inciso segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 146.- Principio de presunción de inocencia

1. Todo militar o policía *imputado de la comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratado como tal, en tanto no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme y debidamente motivada*. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

(...)” (Énfasis nuestro)

Garantías mínimas consagradas en el artículo 14°, inciso tercero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-

“Artículo 154.- Justicia en tiempo razonable

Toda persona tiene derecho a *una decisión judicial definitiva en tiempo razonable*, conforme a los plazos establecidos en este Código.

El retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas,

cuando sean reiteradas, constituirá falta grave.”(Concordancia art.14°, inciso tercero, letra a y c)

“Artículo 149.- Intérprete

El imputado tiene derecho a solicitar un intérprete para que lo asista en su declaración, cuando no comprenda correctamente o no pueda expresarse en el idioma oficial o que por alguna limitación física necesite expresarse por señas. Si no hace uso de este derecho, el juez deberá designarle uno de oficio, según las reglas previstas para la defensa pública.” (Concordancia art.14°, inciso tercero, letra f)

“Artículo 147.- Derecho de no autoincriminación

Ningún militar o policía puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de responsabilidad.

Queda prohibida la adopción de cualquier medida tendente a que el imputado declare contra sí mismo o se menoscabe su voluntad. Toda admisión de los hechos o confesión, debe ser libre y espontánea y con su expreso consentimiento.” (Concordancia art.14°, inciso tercero, letra g)

“Artículo 148.- Derecho de defensa

1. Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comunique la imputación formulada en su contra y **a ser asistido por un abogado defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.** (...)” (Concordancia art.14°, inciso tercero, letra d)

“Artículo 212.- Derecho de elección de abogado

El imputado tendrá derecho a elegir un abogado de su confianza como defensor. Si no lo hace, se le asignará un defensor de oficio. Si prefiere defenderse por sí mismo, el juez lo permitirá sólo cuando el imputado sea abogado y no perjudique la eficacia de la asistencia legal.

La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.” (Concordancia art.14°, inciso tercero, letra d)

e) **Sírvase informar de manera detallada las sentencias del Tribunal Constitucional que delimite la jurisdicción militar.**

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, sobre la normatividad en la Justicia Militar.

1. **Expediente N° 0005-2001-AI/TC:** El Defensor del Pueblo impugnó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 895, referido a los delitos de Terrorismo Agravado. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que el juzgamiento de dichos delitos no corresponde a la Justicia Militar, pero sí el juzgamiento de los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo simple de conformidad con el artículo 173° de la Constitución.
2. **Expediente N° 0017-2003-AI/TC:** El Defensor del Pueblo impugnó la constitucionalidad de la Ley N° 24150, referida a los Estados de Excepción y Fuerzas Armadas. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que no puede aplicarse el Código de Justicia

Militar solo en razón de la condición del agente (militar en situación de actividad) y del lugar del ilícito (cuarteles militares, bases militares, etc.).

3. **Expediente N° 0023-2003-AI/TC:** El Defensor del Pueblo impugnó la constitucionalidad del Decreto Ley N° 23201- Ley Orgánica de Justicia Militar y del Decreto Ley N° 23214 - Código de Justicia Militar. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que:

i. Los Magistrados del Fuero Militar Policial no pueden ser militares ni policías de armas (pero sí de servicio, es decir Abogados asimilados) en situación de actividad, pues ello vulnera los principios de independencia e imparcialidad judicial.

ii. El Poder Ejecutivo no puede nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial, pues atenta contra la independencia e imparcialidad judicial.

iii. No puede existir una Fiscalía adscrita al Fuero Militar Policial, dado que las atribuciones del Ministerio Público no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano.

iv. La Justicia Militar Policial no vela ni por el orden ni por la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Observación: A raíz de esta sentencia, se dictaron normas que reemplazaron a dichos decretos leyes. Así, el Congreso de la República emitió la Ley N° 28665 que reemplazó al Decreto Ley N° 23201, y el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo N° 961 que reemplazó al Decreto Ley N° 23214.

4. **Expediente N° 0004-2006-PI/TC:** El Fiscal de la Nación impugnó la constitucionalidad de la Ley N° 28665 - Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia Penal Militar Policial. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, incidiendo en lo que sostuvo en la sentencia antes referida (Exp. N° 0023-2003-AI/TC), restringió más la justicia militar. Así pues, dicho órgano jurisdiccional señaló que:

i. Los Magistrados del Fuero Militar Policial no pueden ser militares ni policías en situación de actividad (aun cuando sean oficiales de servicio que son abogados asimilados).

ii. La existencia de una Fiscalía Militar Policial vulneraba la autonomía del Ministerio Público.

iii. El Consejo Nacional de la Magistratura debe ser el encargado de nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial, y no el Poder Ejecutivo.

5. **Expediente N° 0006-2006-PI/TC:** El Colegio de Abogados de Lima impugnó la constitucionalidad de la Ley N° 28665. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional repitió lo que sostuvo en la sentencia antes mencionada (Exp. 0004-2006-AI/TC).

6. **Expediente N° 0012-2006-PI/TC:** El Colegio de Abogados de Lima impugnó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 961 - Código de Justicia Militar Policial. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional casi la totalidad de los delitos de función tipificados en dicho Código, con el argumento de que éstos abarcaban bienes jurídicos que ya

estaban tutelados en el Código Penal común.⁶

7. **Expediente N° 0001-2009-PI/TC:** El Colegio de Abogados de Lima (CAL) impugnó la constitucionalidad de la vigente Ley N° 29182. El CAL fundamentó su demanda en lo señalado por el Tribunal Constitucional en todas sus sentencias previas en materia de Justicia Militar. Los puntos impugnados fueron cinco (5):

i. Ningún militar o policía, de armas o de servicio (Abogado), en situación de actividad puede ser Magistrado del Fuero Militar Policial.

ii. Los magistrados del Fuero Militar Policial no cuentan con las garantías de independencia e imparcialidad judicial.

i. No puede existir una Fiscalía Militar Policial adscrita al Fuero Militar Policial.

ii. El Poder Ejecutivo no puede nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial, pues atenta contra la independencia e imparcialidad judicial. Dicho nombramiento debe ser efectuado por el Consejo Nacional de la Magistratura.

iii. La Ley N° 29182 vulnera la cosa juzgada constitucional porque contraria 9 sentencia que el Tribunal Constitucional ha emitido en materia de Justicia Militar.

Es menester señalar que antes de la interposición de esta demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29182, el Tribunal Constitucional ya había adelantado opinión en el Hábeas Corpus N° 01605-2006-PHC/TC donde señaló que los Magistrados Militares no pueden ser militares ni policías en situación de actividad.

El 25 de diciembre de 2009 se publicó en el Diario Oficial el Peruano, la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró infundado todos los extremos de la demanda del Colegio de Abogados de Lima, confirmando así la constitucionalidad de la Ley N° 29182. En dicha sentencia se señaló lo siguiente:

i. Los magistrados del Fuero Militar Policial sí pueden ser Abogados Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial en situación de actividad.

ii. Los magistrados del Fuero Militar Policial sí cuentan con suficientes garantías de independencia e imparcialidad judicial.

iii. Sí puede existir una Fiscalía del Fuero Militar Policial.

iv. El Poder Ejecutivo sí puede nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial.

v. El Consejo Nacional de la Magistratura no tiene competencia constitucional para nombrar a los magistrados del Fuero Militar Policial.

6 Así, por ejemplo, se declaró inconstitucional todos los delitos de función del título “Delitos que afectan los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno”; la mayor parte de los delitos de “Exceso en la facultad del mando” e “Insulto al Superior”; y, casi la totalidad de los “Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario”.

vi. El Tribunal Constitucional, al declarar la constitucionalidad de la Ley N° 29182, ha cambiado su jurisprudencia en materia de Justicia Militar.

Es menester señalar, a fin de concluir este punto, que el Tribunal Constitucional varió su jurisprudencia en materia de justicia militar y declaró infundado todos los extremos de la demanda del Colegio de Abogados de Lima, confirmándose así la constitucionalidad de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial – Ley N° 29182.

- f) **Sírvase señalar si los procesados dentro de la jurisdicción del Tribunal Supremo de Justicia Militar, tienen derecho a una audiencia pública e imparcial, con inclusión de normas y prácticas para dar una audiencia pública e imparcial, con inclusión de las normas y prácticas para dar publicidad a los procesos y los fallos, así como de las normas que rigen la admisión a las salas de los tribunales del público y los medios de comunicación (locales e internacionales).**

El proceso penal militar policial que contempla el Código Penal Militar Policial está inscrito en el modelo acusatorio-adversarial y sujeto a pautas semejantes al proceso penal común instaurado en el Perú; en consecuencia, las audiencias públicas son imparciales, como se aprecian de las normas siguientes:

“Artículo 389.- Publicidad.

El juicio debe ser público. No obstante, la Sala o el Tribunal Superior Militar Policial podrán decidir motivadamente que se realice total o parcialmente en forma privada en los casos siguientes, cuando:

1.- Se afecte el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes;

2.- Peligre un secreto oficial, profesional, particular, comercial o industrial cuya debelación cause perjuicio grave, conforme a la legislación de la materia;

3.- Se tome la referencia a un menor de edad; y

4.- Se atente contra la seguridad y defensa nacionales.” (resaltado agregado)

“Artículo 390.- Medios de comunicación.

Los representantes de los medios de comunicación podrán presenciar el debate e informar al público sobre lo que suceda.

La Sala o el Tribunal Superior Militar Policial señalarán en cada caso las condiciones en que se ejercerán esas facultades y por resolución fundada podrán imponer restricciones cuando sea perjudicial para el desarrollo del debate o puedan afectarse los intereses indicados en el artículo anterior, procurando favorecer la amplitud de la información.

Si el agraviado o un testigo solicitan que no se autorice a los medios de comunicación a que se grabe su voz o su imagen por razones de pudor o seguridad, la Sala o Tribunal Superior Militar Policial examinarán los motivos y resolverán en función de los diversos intereses comprometidos.” (resaltado agregado)

“Artículo 391.- Acceso del Público.

Todas las personas tienen derecho a acceder a la sala de audiencias.

Todos aquellos que se encuentren presenciando un juicio quedan sometidos al poder de disciplina del Juez.

Por razones de orden la Sala o el Tribunal Superior Militar Policial podrá ordenar el alejamiento de quien lo afecte, así como limitar el acceso a la sala en función de su capacidad.” (resaltado agregado).

- g) **Sírvase señalar que medidas se han tomado para garantizar los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, ser informado de los cargos sin demora y en un lenguaje entendible, contar con un abogado, sin dilaciones indebidas, contar con acceso a documentos y testigos y el derecho a la pluralidad de instancias.**

El Código Penal Militar Policial establece:

“Artículo 146.- Principio de presunción de inocencia

1. Todo militar o policía imputado de la comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratado como tal, en tanto no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme y debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a un militar o un policía como culpable o brindar información en tal sentido.

No obstante, se podrá publicar los datos estrictamente indispensables cuando sea necesario para lograr su identificación y/o captura.”

“Artículo 148.- Derecho de defensa

1. Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comunique la imputación formulada en su contra y a ser asistido por un abogado defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y a utilizar los medios de prueba pertinentes, conforme a ley.

2. El proceso penal militar policial garantiza el ejercicio de los derechos de información y de participación a la parte agraviada por el delito.”

“Artículo 149.- Intérprete

El imputado tiene derecho a solicitar un intérprete para que lo asista en su declaración, cuando no comprenda correctamente o no pueda expresarse en el idioma oficial o que por alguna limitación física necesite expresarse por señas. Si no hace uso de este derecho, el juez deberá designarle uno de oficio, según las reglas previstas para la defensa pública.”

“Artículo 151.- Prohibición de incomunicación y del secreto

Quedan prohibidos la incomunicación del imputado y el secreto de las actuaciones.

Sólo en los casos y por los motivos autorizados por este Código se podrá disponer la reserva de las actuaciones que fueran necesarias para no entorpecer la investigación por un tiempo limitado.

Todas las audiencias serán públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.”

“Artículo 152.- Igualdad de trato

Se garantiza la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer sus facultades y derechos.

Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo superar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.”

“Artículo 154.- Justicia en tiempo razonable

Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en este Código.

El retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituirá falta grave.”

“Artículo XII.- Doble instancia. (Título Preliminar)

Las resoluciones podrán ser impugnadas, salvo las excepciones que establece la ley.

El órgano jurisdiccional revisor no podrá aumentar la pena cuando el condenado sea único apelante.”

h) Sírvase señalar detalladamente el conjunto de normas que rigen la jurisdicción militar policial y su competencia.

- Constitución Política del Perú
- Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y

su modificatoria D. Legislativo. N°1096 (01 Set 2010).

- Reglamento de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 066-09/12MAY09, publicada en el Diario Oficial El Peruano.
- Código Penal Militar Policial – Dec. Legislativo N° 1094 (01 Set 2010).

i) Sírvase señalar todas aquellas medidas y acciones llevadas a cabo por la institución para garantizar los derechos reconocidos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Fuero Militar Policial ha formulado los proyectos de ley para que la Justicia Militar Policial del Perú cuente con normas acordes a los estándares internacionales sobre administración de justicia y basados, naturalmente, en la propia Constitución Política del Perú y los Tratados que sobre DDHH ha suscrito nuestro Estado, con especial incidencia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como se podrá apreciar de la normativa desarrollada.

j) Sírvase indicar las acciones llevadas a cabo por el Tribunal Supremo Militar Policial a efectos de dar cumplimiento al Pacto y difundir su contenido.

En el caso del Fuero Militar Policial la difusión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se hace indirectamente, a través de la difusión del Código Penal Militar Policial que contiene las exigencias de aplicar un debido proceso en el juzgamiento de

militares y policías, por la comisión de delitos de función. De otro lado está la obligación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de difundir los alcances del Código Penal Militar Policial, lo que se logra con la enseñanza de este Código en escuelas de formación y en

dependencias donde se presta servicio militar.

Cuestionario resuelto por el TTE CRL EP Roosevelt Bravo Maxdeo, jefe de la asesoría jurídica del Fuero Militar Policial y asesor del presidente de dicho fuero.

Freddy Gonzalo Murguía Enríquez¹

PRINCIPIO DE ESPECIAL SUJECIÓN EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DEL TEMA; III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO SOBRE EL TEMA QUE NOS OCUPA; IV. LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NORMATIVA NACIONAL; V. CONCLUSIONES; VI. RECOMENDACIONES; Y VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Hablar del principio de especial sujeción en el ámbito de la jurisdicción Militar Policial es pensar, inicialmente, de la vulneración del NEM BIS INIDEM; es decir, la prohibición de ser sancionado o penalizado dos veces por un mismo hecho, cuando haya identidad de sujeto, hecho y fundamento; e incluso, decirse que su aplicación en el ámbito militar-policial vulnera derechos constitucionales como el previsto en el artículo 2, numeral 2: “A la igualdad ante la ley, nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, o también el previsto en el artículo 139, numeral 3: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”; en cuyo artículo también, en el numeral 1, se establece: “La unidad y exclusividad de

1 Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, abogado.

la fusión jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la militar y arbitral.”

En este contexto, la Justicia Militar Policial tiene reconocimiento constitucional para asumir la investigación y el juzgamiento de los llamados delitos de función y, de otro lado, en el ámbito del sector Defensa existe la Ley N° 29131: “Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”, que en su Título Preliminar, Artículo IV, también ha previsto el NEN BIS IDEM, como en el caso del Código Penal Militar Policial.

Este trabajo hace un análisis del tema, atendiendo a que en los últimos años la positivización de los derechos humanos ha tomado vital importancia, a lo que no podemos ser ajenos, dado que la violación del principio de la no doble incriminación afecta los derechos de las personas.

PALABRAS CLAVE: Especial sujeción, nen bis ídem, debido proceso, tutela jurisdiccional derechos constitucionales.

ABSTRACT:

To speak of the principle of special subjection in the field of Military Police jurisdiction is to think, initially, of the violation of the NEM BIS INIDEM; that is, the prohibition of being sanctioned or penalized twice for the same act, when there is identity of subject, fact and foundation; and even say that its application in the military-police field violates constitutional rights such as that provided for in article 2, paragraph 2: “With regard to equality before the law, no one can be discriminated against on the basis of origin, race, sex, religion, opinion, economic condition or any other type”, or also that provided for in article 139,

numeral 3: The observance of due process and jurisdictional protection. “No person may be diverted from the jurisdiction predetermined by law, nor subjected to a procedure other than those previously established, nor tried by exceptional jurisdictional bodies or by special commissions created for this purpose, whatever their name”; in which article also, in paragraph 1, it is established: “The unity and exclusivity of the jurisdictional merger. “No independent jurisdiction exists nor can be established with the exception of military and arbitral jurisdiction.”

In this context, the Military Police Justice has constitutional recognition to assume the investigation and prosecution of the so-called crimes of function and, on the other hand, in the field of the Defense sector there is Law No. 29131: “Disciplinary Regime of the Armed Forces”, which in its Preliminary Title, Article IV, has also provided for the NEN BIS IDEM, as in the case of the Military Police Penal Code.

This work analyzes the topic, considering that in recent years the positivization of human rights has taken on vital importance, to which we cannot be oblivious, given that the violation of the principle of non-double criminality affects the rights of people.

KEYWORDS: *Special pressure, Nen bis idem, due process, judicial protection of constitutional rights.*

I. INTRODUCCIÓN:

Nuestra vigente Constitución Política establece en su artículo 168: “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional...”; en ese contexto, el año

2007, se promulgó la Ley N° 29131 que regula el régimen disciplinario del personal de las Fuerzas Armadas, señalando en el artículo 1: *“La condición de militar se opta por voluntad propia. Dicha condición se adquiere a través de los centros de formación, procesos de asimilación y servicio militar. Una vez adquirida, se sujeta a las condiciones de vida y restricciones propias de la carrera militar. El personal militar está sujeto a un régimen especial deservicio a la patria, de acuerdo a las leyes de la República y los reglamentos militares que regulan su organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina”*.

Partiendo del marco legal citado, podemos inferir claramente que al lograr la condición de militar, la persona se sujeta a un régimen especial de servicio a la patria, punto de partida, en mi concepto, que regula la aplicación y alcances del principio de “Especial Sujeción” para el personal militar, sujeción que no ocurre al margen del Derecho sino dentro de él, por lo cual se encuentra dentro de la legalidad jurídica vigente en nuestro país, cuestión que no es de alcance exclusivo para los militares, sino también de otros servidores públicos.

En todo caso, según afirma Konrad Hesse, ni cabe sacrificar los derechos fundamentales en aras de la relación de sujeción especial, ni la función de ésta puede ser imposibilitada por aquéllos, de manera que ha de lograrse una coordinación adecuada que dote de eficacia óptima a ambos; en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 2/1987, 42/198761/1990, 234/1991, de 10 de diciembre, 26/2005, de 14 de febrero, 229/2007, de 5 de noviembre, o 162/2008, de 15 de diciembre).

II. JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DEL TEMA

Este tema se torna relevante debido al especial status jurídico del personal militar en actividad, cuya sujeción normativa se imbrica con su especial servicio a la patria, lo cual se encuentra regulado en las leyes y reglamentos militares, que la propia Constitución Política establece en su artículo 168.

Es importante señalar que, aunque la especial sujeción no es patrimonio exclusivo de los militares, para ellos no es algo novedoso, puesto que existe desde muy antiguo y seguirá existiendo porque la realidad social y jurídica por la que atraviesa el país ha obligado a los legisladores, no solo a mantenerlo, sino a ampliar el alcance normativo, señal de lo cual es la Ley N° 27785 de Contraloría, ello independientemente de existir un marco especial para temas disciplinarios como es el caso de la Ley N° 29131; todo ello independientemente de los alcances del ámbito penal común y especial.

Es así, como las transformaciones sociales requieren de atención por parte del Derecho, que en vista de estos escenarios deben abocarse al estudio de fenómenos para su comprensión desde el entorno legal, pues los incrementos de estos casos si bien es cierto en la actualidad son minoritarios, ello no descarta que en un futuro cercano se conviertan en comunes, por lo cual es de vital importancia el saber cómo identificar sus características bajo un entorno legal.

III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO SOBRE EL TEMA QUE NOS OCUPA

III.1. Investigaciones Internacionales

Categoría de creación doctrinal y jurisprudencial que se aplica cuando existe una vinculación especialmente intensa

entre la Administración y el ciudadano, ya sea porque este se integra en la estructura de la organización administrativa como personal al servicio de la Administración, ya por cualquier otra circunstancia (internos en establecimientos penitenciarios u hospitales, estudiantes, colegiados respecto de sus respectivos colegios profesionales, contratistas de la Administración o concesionarios de servicios públicos), **y que justifica una modulación o flexibilización de determinados principios rectores de la potestad administrativa sancionadora, particularmente del principio de legalidad y del non bis in ídem, sin que pueda implicar nunca la eliminación de los derechos fundamentales.** También se denominan relaciones de supremacía especial. SSTC 129/1990, 57/1994, 129/1995, 35/1996 y 132/2001. (resaltado Agregado).

“En este panorama jurisprudencial brilla con luz propia la importante STC 132/2001, de 8 de junio, en la que, después de reiterar que la distinción entre relación de sujeción general y especial es “en sí misma imprecisa”, añade una observación capital, a saber, que esta última categoría “no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos. Y entre los derechos modulados de una relación administrativa especial se encuentra el derecho a la legalidad sancionadora”. Aunque a renglón seguido advierte que por mucha que sea tal modulación, “una sanción carente de normativa legal resultaría contraria al derecho fundamental que reconoce el artículo 25 de la Constitución” (Nieto, Alejandro: Derecho administrativo sancionador,

Madrid, Tecnos, 2012, pág. 187). (resaltado agregado).

Matización que sufre la garantía non bis in ídem en el ámbito de los empleados públicos o, en general, en las relaciones de sujeción especial con la Administración (concesionarios, internos en establecimientos penitenciarios, colegiados con sus respectivos colegios profesionales, etc.), **que se traduce en la posibilidad de sufrir una pena y una sanción disciplinaria o una sanción administrativa general y una sanción disciplinaria por el mismo hecho, por considerarse que ambos castigos tienen distinto fundamento o protegen un bien jurídico diferente.** (resaltado agregado).

La jurisprudencia del TC ha matizado que **la mera existencia de una relación de sujeción especial “no basta por sí sola para justificar la dualidad de sanciones”,** siendo indispensable que concurren otras circunstancias, como «que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección» (STC 234/1991). SENTENCIA 234/1991, de 10 de diciembre (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1992) Tribunal Constitucional de España. (resaltado agregado).

Las relaciones de especial sujeción, surgen del derecho disciplinario que busca la adecuada y eficiente función pública, a favor de los gobernados, e impone modelos de conducta correcta, honesta, adecuada y pertinente, tanto a los privados como a los particulares, de lo cual deriva que, al faltar a un deber o al cumplimiento dicha conducta debe aplicarse la sanción disciplinaria. Coria, E. G. C. (2020). De las relaciones publico privadas. Relaciones generales y de especial sujeción. Revista de la Facultad de Derecho de México, 70 (278-2), 965-988.

III.2. Investigaciones Nacionales

Sobre la relación especial de sujeción en la dogmática del derecho disciplinario militar y policial, la relación especial de sujeción es un especial vínculo que existe entre una determinada persona, que asume la función pública, y el Estado. Esta representación se acoge bajo ciertas condiciones de subordinación reforzando deberes, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que implican la restricción de derechos y garantías para con la administración, mientras que permiten al Estado el ejercicio de su potestad del *ius puniendi* para investigar y sancionar las conductas típicas, dentro del régimen disciplinario. Pasión por el Derecho, (16 de junio 2020) Sobre la relación especial de sujeción en la dogmática del derecho disciplinario militar y policial. (<https://lpderecho.pe/relacion-especial-sujecion-dogmatica-derecho-disciplinario-militar-policial/>).

El principio *ne bis in ídem*, por otra parte, se desprende de los principios de legalidad y de proporcionalidad, y ostenta dos dimensiones (formal y material). En su formulación material, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto a consecuencia de una misma infracción. Tal proceder, como se ha dicho muchas veces, constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. En su vertiente procesal, significa en cambio que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. (STC 0514/2011-PA/TC) Lima. SENTENCIA 05143/2011, de 08 de setiembre del 2015 Tribunal Constitucional de Perú.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 866-2000-AA/TC, de fecha 10 de julio

de 2000, ha reconocido las relaciones especiales de sujeción en relación a los funcionarios y servidores públicos. "...Por su propia condición de derechos constitucionales su ejercicio no es ilimitado, puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. **No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos.** Tal es el significado particular, precisamente, del inciso d), artículo 23° del Decreto Legislativo N° 276 y del artículo 138° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que, con relación a los servidores públicos, señala la necesidad de contar con autorización del superior jerárquico para ejercer las libertades de expresión e información. (...)" (STC 0866-2000-AA/TC) MOQUEGUA, sentencia 0866/2011, de 10 de julio del 2002, Tribunal Constitucional del Perú. (resaltado agregado).

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 277/2023 del 27 de abril del 2023, declaró fundada la demanda de Amparo por haberse acreditado la vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la debida motivación de las resoluciones, ordenando a la Comandancia General del Ejército que disponga dejar sin efecto la Resolución Comandancia General del Ejército 0521 CG/DACOCOM, mediante la cual pasó a la situación militar de retiro a la demandante, y en plazo de dos días proceda a reincorporar a la demandante, en el nivel o grado en el que

se encontraba hasta antes de ser sancionada; que se le reconozca como tiempo de servicios el periodo que estuvo indebidamente en situación de retiro. Al vulnerarse el principio de legalidad, al sancionar a la demandante por una infracción que en su redacción carece de preceptos jurídicos esenciales; y además porque vulnera su derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, pues no se ha tomado en consideración el criterio vinculante expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 03901-2007-PA/TC, que desarrolló un caso similar y determinó que el hecho de mantener relaciones sentimentales, amorosas y sexuales entre miembros de una institución militar, pero fuera de esta Institución, constituye parte del ejercicio del derecho del libre desarrollo de la personalidad. Concluye que la administración no puede intervenir en la vida privada de la actora, y mucho menos adjudicar sanciones a los actos y conductas que se realizan en el ámbito de su intimidad; en atención a que refiere la actora haber sido sancionada dos veces por los mismos hechos. No constituyendo un elemento que sirva para medir la aptitud de la actora para el adecuado desempeño de su función al servicio del Estado y de la población, en la medida que dicha cualidad moral privada no guarda relación directa con las aptitudes que se requieren para el desarrollo de sus labores como capitán EP. Este Tribunal ha de prevenir sobre el hecho de que las entidades públicas muchas veces, con base a previsiones reglamentarias genéricas, terminan previniendo y aplicando medidas contrarias a la Constitución y los derechos fundamentales, caso las conductas finalmente sancionadas no tenían relación con el servicio o la función pública que se

cumplía. Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 01844-2021-PA/TC, sentencia N° 277/2023 del 27 de abril de 2023.

Caso Fiscalía Suprema Militar Policial. Se apertura investigación por la presunta comisión del delito de Desobediencia y Exceso en el Ejercicio del Manco, contra un oficial general y un oficial superior, en agravio del Estado Peruano – FAP, por presuntamente no implementar, controlar, adoptar de manera oportuna y adecuada los protocolos normativos, administrativos, legales, sanitarios, en el ámbito de su responsabilidad como Comandante General de Ala Aérea, en el año 2020; personal militar que previamente fue objeto de investigación administrativa disciplinaria por la presunta **Infracción Grave** contemplada en el Anexo II.4.1.: *“Deberes/Funciones/Obligaciones/Responsabilidades, en el cumplimiento de sus deberes, afectando al servicio”*, al haber presuntamente incurrido en negligencia/descuido, al no implementar, controlar, asesorar correctamente sobre las disposiciones dadas por el Gobierno Central, así como la Institución, respecto al COVID-19, a todo el personal de dicha Ala Aérea; asimismo, no realizar las pruebas rápidas de COVID-19 a todo el personal en su oportunidad, teniendo una demora de más de dos semanas, lo que probablemente incrementó el número de contagiados en el Ala Aérea, la que concluyó y recomendó, al hallar la responsabilidad administrativa disciplinaria, con la imposición de Quince (15) días de arresto simple, a cada uno de los investigados; siendo el caso derivado al Fuero Militar Policial, donde se apertura la investigación Fiscal correspondiente. (Expediente Fiscal N° 0003-2023-00-00).

IV. LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NORMATIVA NACIONAL

La principal consecuencia de la existencia de una relación de sujeción especial estriba en la imposición de límites al disfrute de los derechos por parte del interesado; es decir, justifica una “rebaja” o disminución de las garantías jurídicas de algunos ciudadanos, lo que, aparte de las concretas referencias en el ámbito de los derechos fundamentales, ofrece una particular proyección en cuanto al principio de legalidad.

El principio de legalidad resulta aplicable a las relaciones de sujeción especial, pero “pierde parte de su fundamentación material” (STC 2/1987, de 21 de enero), es decir, reduce su alcance, lo que cobra especial significación en orden a la potestad sancionadora.

En este sentido, a tenor de la doctrina constitucional, en las relaciones de especial sujeción, de poder especial o simplemente especiales, la propia Constitución o las leyes imponen, según se ha visto, límites en el disfrute de los derechos constitucionales. Sin embargo, la categoría relación especial de sujeción no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 51° establece el principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa, al establecer que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

En cuanto al marco conceptual en el que se desarrollan estas relaciones de sujeción, la Constitución Política establece en su artículo 168: “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. De otro lado, está la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la cual establece en su Título Preliminar; el principio del *Non bis in ídem*: “No se podrá imponer, sucesiva o simultáneamente, una pena o una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento” y en su artículo 1 precisa: “*La condición de militar se opta por voluntad propia. Dicha condición se adquiere a través de los centros de formación, procesos de asimilación y servicio militar. Una vez adquirida, se sujeta a las condiciones de vida y restricciones propias de la carrera militar. El personal militar está sujeto a un régimen especial de servicio a la patria, de acuerdo a las leyes de la República y los reglamentos militares que regulan su organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina*”.

Otra norma aplicable también en el ámbito militar, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, establece en su Título Preliminar, artículo IV, numeral 1.: “*Principio de Legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas*”.

V. CONCLUSIONES

- 1.- El principio de Especial Sujeción, impone en el caso del personal militar la regulación de ciertos derechos constitucionales; es decir una flexibilización o modulación de alcances del principio de legalidad, en el cual la posibilidad de imponer sanciones previstas en la ley, no sólo alcance a un bien jurídico de protección del régimen disciplinario, sino que en muchos casos alcances a bienes jurídicos de alcance de la ley Penal Militar Policial, sino también de la ley Penal común; lo que se traduce en la posibilidad de sufrir una pena y una sanción disciplinaria o una sanción administrativa general y una sanción disciplinaria por el mismo hecho, por considerarse que ambos castigos tienen distinto fundamento o protegen un bien jurídico diferente.
- 2.- La aplicación del principio de Especial Sujeción, en el ámbito militar puede en algunos casos extralimitarse, al considerar dentro del alcance del régimen disciplinario, conductas o actividades realizadas dentro del ámbito de la esfera del libre desarrollo de la personalidad e intimidad personal, donde el militar tiene derecho al goce y disfrute del desarrollo de su personalidad, en tanto su vida privada no afecte el servicio de la entidad castrense a la que pertenece; ello independientemente de que su conducta tenga alcances legales de naturaleza eminentemente civil; tal como en algunos casos el Tribunal Constitucional lo ha establecido, al disponer se declare la Nulidad de Resoluciones que han vulnerado los derechos al desarrollo personal de

actos y conductas que se realizan en el ámbito de su intimidad. infractor.

VI. RECOMENDACIONES

1. El personal militar adquiere tal condición por voluntad propia, y desde que asume ello, se encuentra sujeto a un régimen especial de servicio a la Patria, de acuerdo a las leyes de la República y los reglamentos militares; lo cual debe de interiorizarse desde el ingreso y egreso al servicio activo; lo cual tampoco puede concebirse como una condición de vulnerabilidad de sus derechos constitucionales, sino una regulación especial de los mismos.
2. Ante una presunta conducta que conlleve carácter de alcance del régimen disciplinario militar, antes de implementarse la aplicación del mismo; los Comandantes de las Unidades o Dependencias militares, deben exigir a su asesoría legal; si los hechos que llegan a su conocimiento y de corresponder aperturar un investigación administrativo disciplinaria; hayan infringido bienes jurídicos y reúnan la tipicidad del ámbito de su competencia, a fin de evitar asumir competencia e imponer sanciones, por conductas y derechos que tiene el personal militar relativos al desarrollo personal de actos y conductas que se realizan en el ámbito de su intimidad, especialmente de actividades realizadas fuera de instalaciones militares; ello acorde a los alcances de repetidas sentencias del Tribunal Constitucional.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NIETO, Alejandro, (2012). Derecho administrativo sancionador, Madrid, Tecnos, 2012,pág. 187).

(STC 234/1991). SENTENCIA 234/1991, de 10 de diciembre (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1992) Tribunal Constitucional de España. Revista de la Facultad de Derecho de México, 70(278-2), 965-988. Extraído de <https://lpderecho.pe/relacion-especial-sujecion-dogmatica-derecho-disciplinario-militar-policial/>

STC 0514/2011-PA/TC) Lima. SENTENCIA 05143/2011, de 08 de setiembre del 2015 Tribunal Constitucional de Perú.

(STC 0866-2000-AA/TC) MOQUEGUA sentencia 0866/2011 del 10 de julio del 2002 Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 01844-2021-PA/TC, sentencia N° 277/2023 del 27 de abril de 2023.

Expediente Fiscal N° 0003-2023-00-00.

Fernando Kahn Arce, Wilmot Bueno Paulet,
Jack Miler Castillo Ramos¹

EL DOBLE REPROCHE EN LA COMISIÓN DE DELITOS POR PERSONAL MILITAR POLICIAL: UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ALCANCES SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL PERÚ; III. LA COMISIÓN DE DELITOS POR EL PERSONAL MILITAR Y POLICIAL; IV. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LAS VÍCTIMAS; V. EL REPROCHE EN EL DERECHO PENAL; VI. CONCLUSIONES; VII. RECOMENDACIONES; Y VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Este artículo propone examinar la interacción entre la justicia común y la militar, centrándose en casos en los que un mismo acto ilícito afecta una pluralidad de bienes jurídicos. Se abordan desafíos significativos en términos de responsabilidad y sanción penal, así como su impacto en el sistema legal. Como metodología se emplea un análisis documental y conceptual, centrándose en legislación y jurisprudencia relacionada con la comisión de delitos y la protección de bienes jurídicos. Los resultados destacan que la comisión de delitos por personal militar policial no solo afecta a la ciudadanía, sino que también perjudica la imagen y credibilidad de la institución. Asimismo, se llega a la conclusión de que este doble reproche se fundamenta en que estos agentes responsables de proteger el orden público y la seguridad ciudadana, al cometer delitos, afectan no solo un bien jurídico individual sino también la confianza de la sociedad en su institución.

1 Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, abogados.

PALABRAS CLAVES: Jurisdicción militar en el Perú, delitos por personal militar y policial, doble reproche.

ABSTRACT

This research aims to examine the interaction between civilian and military justice, focusing on cases where the same illicit act affects a plurality of legal interests. Significant challenges in terms of criminal responsibility and sanction, along with their impact on the legal system, are addressed. The methodology involves a documentary and conceptual analysis, with a focus on legislation and jurisprudence related to the commission of crimes and the protection of legal interests. The results highlight that the commission of crimes by military police personnel not only affects citizens but also damages the image and credibility of the institution. The conclusion is drawn that this double reproach is grounded in the fact that these agents, responsible for maintaining public order and citizen security, undermine not only an individual legal interest but also society's trust in their institution.

KEYWORDS: *Military jurisdiction in Peru, crimes by military and police personnel, double jeopardy.*

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, el personal militar y policial enfrenta una doble responsabilidad en lo que respecta a la comisión de delitos. Por un lado, en el cumplimiento de su función en el mantenimiento del orden social, actuando como agentes del orden, pueden ser acusados por algún delito denominado “de función” y, por otro lado, como cualquier ciudadano, sujetos a la ley. Sin embargo, bajo el panorama descrito esta doble

responsabilidad ha sido un tema controvertido que deriva en una revisión de nuestro sistema legal.

Como principio particularmente, se circunscribe al análisis de la doble reprochabilidad donde un mismo acto ilícito afecta tanto bienes jurídicos regulados por el Derecho penal común como por el Derecho penal militar. Estos actos representan un desafío de doble naturaleza: los actos delictivos afectan tanto bienes jurídicos regulados por la justicia común como por la justicia militar. Estas situaciones plantean interrogantes en cuanto a la responsabilidad, sanción y control de delitos en un contexto en el que el mismo acto puede tener consecuencias jurídicas múltiples.

En este contexto, surge la cuestión de la doble responsabilidad o reprochabilidad: ¿cómo se maneja legalmente la responsabilidad del personal militar y policial que cometen delitos, especialmente cuando afectan tanto al fuero común como al militar?

Este dilema surge de la compleja interacción entre la justicia común y militar, donde un mismo acto ilícito puede afectar una pluralidad de bienes jurídicos, planteando desafíos significativos en términos de responsabilidad y sanción penal. Este trabajo examina estos conceptos y su impacto en el sistema legal, analiza los efectos, discutiendo los desafíos que la abordan.

II. ALCANCES SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL PERÚ

En nuestro país, la jurisdicción militar coexiste con la ordinaria que se conduce por normativa específica, tiene competencia en aquellos casos relacionados a su función (García, 2018).

El artículo 173 de nuestra Constitución Política establece:

“Artículo 173.- *Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú están sometidos al fuero militar en los casos de delitos de función.*”

Asimismo, la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial ordena su funcionamiento en nuestro país. Esta ley establece que estos delitos sean juzgados por tribunales militares, se reconoce la importancia de tutela procesal, por ejemplo, los acusados tienen derecho a un juicio imparcial y al debido proceso, independientemente de si el proceso se lleva en cualquier fuero.

La jurisdicción militar policial funciona como una rama especializada dentro del sistema judicial, donde los tribunales militares policiales tienen autoridad de juzgar a miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, cuando cometen delitos de función. También juzgan a civiles en casos específicos de traición a la patria (Cubas, 2020).²

Sin embargo, esta jurisdicción ha sido objeto de críticas y tensiones en los últimos años (Núñez, 2019). Algunos de los problemas identificados incluyen juzgamientos de ciudadanos civiles en el fuero militar y la extensión de la jurisdicción militar a delitos comunes que no son delitos de función.

Como bien señala Doig (2008), si bien no hay duda que la autonomía del Derecho

Penal Militar y su subsistema represivo es legítimo, hay que tener en cuenta que, aunque existen similitudes con el sistema de derecho penal común, existen peculiaridades que justifican una sistematización distinta. Otro rasgo distintivo del sistema penal militar que legitima su autonomía es la finalidad de la pena. Giles y Ampuero (2014) expresan que en tiempos de guerra es rotunda esta afirmación, en el sentido de que tiene una función preventiva general negativa, en contra de lo que la dogmática mayoritaria ha venido predicando en el contexto del derecho penal común, donde se afirma su función preventiva general positiva (Duran, 2016).

En cuanto al juzgamiento militar en tiempo de paz, existen discrepancias doctrinales que van desde la idea de que no debe existir diferenciación entre estos sistemas, hasta consideraciones en el sentido que Atienza (2020), afirma que el propósito de la sanción es “reafirmar el derecho penal militar y los valores que le son inherentes” (p. 155). A ello se une la opinión que, incluso en tiempos de paz, la función de la pena sería de prevención general negativa, ejerciendo una fuerte influencia disuasoria sobre sus destinatarios.

Otro vector que ha sido tomado en consideración son los derechos humanos, que tiene sus principales elementos de discusión en los tratados sobre el tema firmados por el Perú y en las decisiones de la CIDH. Una característica que justifica la

2 Apunte del editor. Si bien la Constitución Política hace referencia a ello, está claro que en la jurisdicción militar policial solo se juzga a militares y policías, en actividad, por cometer delitos de función. No se juzga a civiles, en ninguna circunstancia, como claramente lo ha establecido la Corte Interamericana de DDHH, luego, el extremo constitucional a ese respecto es inejecutable.

especialidad y autonomía del fuero militar en relación al régimen común vinculado a la Constitución, es su relación más directa el derecho penal, el que en principio debe regular la materia internamente, de modo que la justicia penal internacional no funcione subsidiariamente, interfiriendo en el ejercicio de la jurisdicción peruana (Durand, 2019).

Es de nuestra opinión la defensa de legitimidad de la autonomía del sistema de derecho militar si funciona en un Estado democrático de derecho como el nuestro, aun cuando para su debido funcionamiento requiere de una sistematización distinta debido a sus peculiaridades. No obstante que la autonomía del derecho penal militar sea legítima, se argumenta que el sistema represivo militar, tal como se presenta en nuestro país, tiene un déficit de legitimidad por el accionar de malos militares, al ser percibido en la sociedad como contexto negativo. Acciones criminales que traen dificultades no sólo en la aplicación de sus normas por los tribunales, sino también en la propia operatividad castrense.

En la actualidad, el análisis del modelo de Estado y su relación con la legislación es crucial para determinar la conformidad de la norma. En el caso del sistema penal, cualquier Estado democrático de derecho establece principios como la legalidad, la prevención y la dignidad humana, de los cuales se derivan otros principios (Ovalle, 2019). Sin embargo, en el contexto del fuero militar, la aplicación de estos principios se vuelve más compleja debido a la necesidad de combinarlos con otros fundamentos, como la defensa de la soberanía del país y la misión de las Fuerzas Armadas. Estos fundamentos se basan en valores de jerarquía y disciplina siendo parte integral de esta rama del derecho.

Por su naturaleza, el análisis del modelo de Estado es esencial para evaluar la coherencia de la legislación con el entorno político y social, pero en el caso del Derecho penal militar se deben considerar aspectos adicionales relacionados con la defensa nacional que es un elemento diferenciador de la justicia ordinaria.

III. LA COMISIÓN DE DELITOS POR EL PERSONAL MILITAR Y POLICIAL

Estos términos refieren generalmente a una conducta delictiva en la que los elementos distintivos son: la condición militar del autor y el interés jurídico protegido. Según nuestro Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094), un delito de función es cualquier comportamiento ilegal llevado a cabo por un miembro de las fuerzas armadas o la policía en situación de servicio, durante la ejecución de sus deberes o relacionado con los mismos, y que vulnere derechos fundamentales de las fuerzas armadas o de la población civil (Artículo II del título preliminar). Estos delitos se limitan únicamente a las acciones contempladas y sancionadas en el Código Penal Militar Policial.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, respecto a su naturaleza, precisa en el Expediente N° 0017-2003-AI/TC lo siguiente:

“El delito de función militar se configura cuando el autor cause daño a un interés jurídico militar que afecte las funciones constitucionales y legalmente encomendadas a las fuerzas armadas y a la policía nacional, y esta transgresión presente una gravedad evidente que justifique la imposición de una amenaza y una pena penal. Asimismo, la comisión del delito por omisión se refiere a las responsabilidades en altos mandos militares como prevención de

crímenes cometidos por sus subordinados.” (Fundamento 132)

La comisión u omisión del personal militar en el delito de función afecta una pluralidad de bienes jurídicos en sede militar y en la vía ordinaria. Como sustentan Vásquez y Gil (2016), refieren a la responsabilidad del alto mando militar en la prevención de crímenes cometidos por sus subordinados. En su opinión, es responsabilidad del mando militar superior impedir que sus subordinados incurran en actos delictivos, especialmente en contextos de conflicto armado, donde las partes involucradas en un conflicto armado, toman el control político-militar donde reside la población civil (Vásquez y Gil, 2016).

Para Jordán (2019), la justicia militar debe estar restringida exclusivamente al personal militar en servicio activo, siendo excluidos los miembros militares en retiro quienes son considerados civiles por esta jurisdicción.

El Código Penal Militar Policial, según artículo III del título preliminar, establece que ningún miembro de las fuerzas militares o de la policía podrá ser objeto de investigación, juicio o sanción por actos u omisiones que no estén claramente establecidos como delitos de función militar o policial por la ley penal en el momento de su comisión (Gonzales, 2011).

Queda claro entonces que pueden cometer delitos de función exclusivamente los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la

Policía Nacional, refiriéndose a perjuicios al bien jurídico de las fuerzas armadas o a la población civil (Huertas et al., 2019). Esta infracción se configura cuando el autor haya vulnerado un interés legal militar que afecte las funciones constitucionales atribuidas a las fuerzas armadas y policía, y esta transgresión presente gravedad evidente, justificando así la aplicación de amenaza y una sanción (Exp. N° 0017-2003-AI/TC).

Ahora bien, las conductas descritas anteriormente, no los eximen de aquellos delitos comunes cometidos, que, en algunos casos, personal militar y policial puede ser juzgado por el fuero militar por delitos comunes en el ejercicio de sus funciones. Pero, sin embargo, esto solo es posible cuando el delito cometido esté directamente vinculado a la responsabilidad militar-policial.³

Estas consideraciones justifican la jurisdicción militar especializada tal y como se configura en el Perú, dado que, como proceso, un órgano colegiado especializado, formado por un juez conocedor de la ley y otros jueces legos, enriquece la “doble culpa” o “doble reproche”, al introducir valores, conocimientos, derechos y deberes de la realidad militar en la discusión de casos concretos. La protección que proporciona el sistema represivo militar, por tanto, es doble: por un lado, pretende proteger la soberanía, y por otro, proteger la población civil de la injusticia del Estado y de los excesos de su mismo personal en detrimento de los ciudadanos.

3 Hasta la vigencia del Código de Justicia Militar de 1980 ello era posible conforme al texto legal. Hoy, de acuerdo con el Código Penal Militar Policial, en ningún caso un militar o un policía puede ser juzgado en el FMP por cometer un delito común, solo por los delitos tipificados en dicho Código. Aclaración del editor.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LAS VÍCTIMAS

Establece la responsabilidad del Estado de garantizar la integridad de las personas, como valores fundamentales que impulsan a toda sociedad. Se nutren de los principios constitucionales que sirven de modelo para definir los límites del sistema de justicia penal.

Ramírez (2019) refiere como los delitos cometidos por personal militar policial pueden afectar a una amplia gama de bienes jurídicos, como la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, la seguridad pública, es decir, estos delitos pueden afectar a la seguridad pública⁴, que es un bien jurídico de suma importancia para la sociedad.

En sede militar, los delitos de función afectan los siguientes bienes jurídicos:

- a) **La presencia, estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas.** Estos delitos pueden poner en riesgo la capacidad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones, como defensa de la patria, el mantenimiento de la tranquilidad interna y resguardo de la seguridad ciudadana.
- b) **Disciplina y buen funcionamiento**
Estos delitos pueden generar desórdenes y desobediencia, lo que puede afectar su eficacia y eficiencia.
- c) **La honorabilidad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional**
Estos delitos pueden dañar la imagen

y reputación, lo que puede afectar su credibilidad y legitimidad ante la sociedad.

En fuero ordinario, estos delitos pueden afectar los siguientes bienes jurídicos:

- a) **Vida, integridad física y salud de las personas**
Algunos delitos de función, como homicidio, lesiones graves y lesiones leves, afectan estos bienes jurídicos de manera directa.
- b) **El patrimonio de las personas**
Otros delitos de función, como el robo, el hurto y el daño patrimonial, pueden afectar el patrimonio de las personas.
- c) **La libertad personal**
Algunos delitos de función, como el secuestro y la detención arbitraria, afectan directamente estos bienes jurídicos protegidos.

Por ejemplo, un militar que comete un homicidio en acto de servicio está afectando estos bienes jurídicos de la víctima, así como la honorabilidad de las Fuerzas Armadas. En los casos descritos, el personal podría ser juzgado en sede militar por el delito de homicidio en función, y también podría ser juzgado en la vía ordinaria por el delito de homicidio. Otro ejemplo, un policía que comete un robo a una persona está afectando los bienes jurídicos del patrimonio de la víctima. En este caso, el policía podría ser juzgado en sede militar por el delito de robo en función, y también podría ser juzgado en la vía ordinaria por el delito de robo.

4 La seguridad pública es la condición en la que los individuos pueden vivir sin temor a ser víctimas de delitos o violencia.

En nuestro caso, el doble reproche aplica en los delitos militares como delitos especiales que son en su mayoría, delitos pluriofensivos, que atentan contra más de un bien jurídico, que en la mayoría de casos son inherentes a una función estatal de defensa o seguridad o incluso individual.

Además de lo anterior, los bienes jurídicos penales a proteger por el sistema represivo militar también pueden incluir bienes inherentes a las misiones institucionales militares, como la neutralidad política, el deber militar, el servicio militar, la cohesión de sus integrantes, etc. Tal espectro de valores es extremadamente difícil de restringir, dado que se basa en la “vida castrense”, actividad peculiar de estos especialísimos servidores del Estado, que ejercen a la sociedad en estas instituciones primarias asumiendo características de instituciones cerradas.

Entonces queda claro como la comisión del personal militar en el delito de función puede afectar una pluralidad de bienes jurídicos, tanto en sede militar como en la vía ordinaria. Por ello, es importante que estos delitos sean investigados y sancionados de manera efectiva, garantizando protección de bienes jurídicos afectados.

V. EL REPROCHE EN EL DERECHO PENAL

En derecho penal, el reproche o responsabilidad es el juicio de valor realizado sobre las conductas del autor de un delito (Giraldi, 2020). Este juicio se basa en la capacidad del autor en la comprensión de su ilicitud sobre su conducta.

La reprochabilidad es un elemento esencial de la responsabilidad penal, ya que es lo que justifica la aplicación de una sanción al responsable del delito. Sin la

reprochabilidad no sería posible afirmar que el autor es culpable del delito y, por lo tanto, no sería posible imponerle una pena. La reprochabilidad se divide en dos elementos:

- a) **La imputabilidad:** es la capacidad del autor de tener pleno conocimiento de la ilegalidad de su comportamiento y actuar de acuerdo a su entendimiento.
- b) **La exigibilidad:** es la posibilidad de exigir al autor una conducta distinta a la que realizó.

V.1. El doble reproche en la comisión de delitos por personal militar policial

La comisión de delitos por personal militar o policial genera un doble reproche social, ya que además de la afectación al bien jurídico protegido, se produce una vulneración de la confianza que la sociedad deposita en estos agentes.

Este doble reproche se fundamenta en la responsabilidad que tienen los agentes en proteger el orden público y la seguridad ciudadana. Por lo tanto, cuando cometen delitos no solo están afectando a un bien jurídico individual, sino que también están vulnerando la confianza de la sociedad en su institución. Según Ramírez (2019), las consecuencias de este accionar serían:

- a) **Severidad en las penas:** En algunos casos, los delitos cometidos por personal militar policial pueden ser sancionados con penas más severas que los mismos delitos cometidos por particulares.
- b) **Dificultad de rehabilitación:** El doble reproche puede dificultar la rehabilitación de los agentes que han cometido

delitos, ya que pueden ser vistos con desconfianza por la sociedad.

- c) **Menor eficacia:** Afecta la eficacia de estas instituciones, ya que puede generar desconfianza entre la población.

V.2. El principio “ne bis in ídem procesal”

Existe un doble reproche en los delitos cometidos por personal militar o policial en relación a su juzgamiento en el Perú. Al tener en cuenta nuestra legislación, cuando un militar o policía comete un delito, puede ser juzgado tanto por la justicia militar como por la justicia común, significa que pueden enfrentar procesos penales en ambos fueros, lo que puede resultar en un doble procesamiento por el mismo hecho.

El principio “ne bis in ídem procesal” prohíbe que una persona sea enjuiciada más de una vez por el mismo hecho, es decir, que no se le pueda enjuiciar nuevamente por un delito por el cual ya ha sido juzgada o investigada (STC 01026-2020-PHC). Este principio está implícito como derecho al debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva (EXP. 1294-2007-HC/TC).

En nuestro país, este principio tiene relación tanto con la justicia militar como con la ordinaria. Algunos aspectos relevantes de esta relación son:

- a) **Aplicación en la justicia militar:** el Tribunal Constitucional ha sostenido que este principio es aplicable a procesos militares, siempre y cuando se respeten las particularidades propias de la jurisdicción militar (STC 0793-2003-HC/TC). Esto significa que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho.

- b) **Diferencias entre justicia militar y ordinaria:** aunque el “ne bis in ídem procesal” es aplicable tanto a la justicia militar como a la ordinaria, existen diferencias en su aplicación debido a las particularidades de cada jurisdicción. Por ejemplo, en la justicia militar, el juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas está sujeto a un régimen especial, que garantiza la disciplina y orden interno de la institución (Portocarrero, 2020). Sin embargo, esto no significa que se pueda vulnerar el principio “ne bis in ídem procesal”.

- c) **Relación con otros principios:** este principio tiene relación con otros principios del Derecho, como los principios de favorabilidad, legalidad y proporcionalidad (Vera, 2023). Por ejemplo, el principio de favorabilidad implica que no se puede imponer penas superiores a las fijadas en una sentencia anulada, lo cual también está relacionado con el principio mencionado.

Cuando dos normas están en conflicto, es decir, cuando, en teoría, dos leyes pueden aplicarse al caso concreto, la solución sigue la lógica del “todo o nada” (Peláez, 2019): la solución debe buscarse por conflictos legales en el tiempo, espaciales, por la regla de especialidad, etc. Por ejemplo: el delito de homicidio está tipificado en ambos fueros.

Como conclusión en esta parte para nuestro trabajo, basta con comprender que nuestro ordenamiento jurídico en ninguno de sus ámbitos ha conferido supremacía jurídica a ningún principio. Esto significa que, a la hora de resolver conflictos, no existe un principio clave que pueda subordinar a todos los demás, y que sólo a través de él se puede alcanzar una solución justa.

Entonces, se puede apreciar que, al proteger a las instituciones, la jurisdicción militar, al igual que la ordinaria, sirve para asegurar que los ciudadanos militares y los propios civiles no sean afectados arbitrariamente por el Estado. En la práctica, el Fuero Militar tiene la función de proteger bienes jurídicos especiales cuya lesión redundaría en la propia ineficacia de estas instituciones en la tarea de asegurar la paz social, tanto externa como interna, así como proteger los propios derechos fundamentales en situaciones de conflicto.

Dadas las funciones que nuestra Constitución Política de 1993 le asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, existe una especial relación de sujeción que justifica esta limitación de derechos que se ve reforzada por el Derecho penal y disciplinario. Tanto la normativa especializada, como los pronunciamientos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, la jurisdicción militar es garante de su propio sistema y por ello tiene peculiaridades que justifican su autonomía, no sólo en el ámbito legislativo, sino también en cuanto a su tratamiento por el poder judicial ordinario.

Además, existen una serie de rasgos diferenciadores entre los sistemas que justifican exista el fuero militar, la preocupación por delimitar las consecuencias jurídicas en conceptos respecto a “tiempo de guerra” y “tiempo de paz”; la integración de la norma militar con normas administrativas militares como reglas disciplinarias, tratados, acuerdos internacionales militares, operaciones, etc.

V.3. POSICIÓN PERSONAL

Esta intersección entre las fuerzas militares y policiales en sociedades democráticas ha suscitado preguntas críticas sobre la

responsabilidad legal de los individuos que integran estas instituciones. La coexistencia de roles militares y policiales puede dar lugar a este fenómeno jurídico en la comisión de delitos.

Queda claro, como el doble reproche refiere a la posibilidad de que un individuo, miembro de las fuerzas armadas o policiales, pueda ser procesado y condenado tanto por violaciones del código militar como el ordinario en situaciones donde sus acciones afecten negativamente a los bienes jurídicos. Este concepto plantea cuestiones fundamentales en cuanto a la coherencia y efectividad del sistema legal en proteger los derechos y bienes de la sociedad.

La comisión de delitos por personal militar o policial es un problema que no solo afecta a la ciudadanía, sino que también perjudica la imagen y la credibilidad de la institución. Esta situación se vuelve doblemente reprochable debido a que el personal militar policial tiene la responsabilidad de velar por el orden y la seguridad, donde su actuación contraria a la ley y derechos humanos deviene en desafío a la autoridad y a la justicia. En otras palabras, la misma conducta delictiva puede tener consecuencias legales múltiples, lo que plantea cuestiones cruciales en términos de responsabilidad, jurisdicción y sanción.

El problema se limita a la actuación del personal militar-policial, se enfoca en la comisión de delitos que afectan a la integridad, así como a la violación de sus derechos fundamentales. Esto se debe a que las fuerzas militares y policiales tienen un estatus especial en el sistema legal peruano. Por lo tanto, es esencial asegurar que el proceso judicial para este tipo de delitos se rija por los principios y procedimientos de ambas jurisdicciones, donde el derecho se imparta

de manera justa. Sin embargo, es importante garantizar que se respeten los derechos de los imputados y se evite la aplicación de sanciones doblemente perjudiciales.

Si bien existe consenso en que el sistema judicial militar debe ser reformado, hay disenso en cuanto a la dirección que debe tomar. Durante un largo período, la jurisprudencia constitucional ha desempeñado un papel importante en la integración de las normas del sistema militar en el ordenamiento constitucional en el que impone un concepto restrictivo del delito militar (Jiménez, 2018).

La solución a esta problemática podría incluir la implementación de mecanismos de coordinación entre el fuero militar y civil para garantizar un enfoque unificado en casos que involucran una doble jurisdicción. Además, se hace necesaria se tomen medidas en mejorar la formación y la capacitación del personal militar policial, así como la falta de transparencia en las instituciones de seguridad. Además, es fundamental que se diseñe y se implemente una política pública efectiva de seguridad humana.

La cuestión del doble reproche plantea desafíos complejos en la protección de los bienes jurídicos y la administración de justicia. La conciliación de los intereses de disciplina y seguridad militar es un tema de continua discusión y evolución en sistemas legales democráticos, creemos que por allí empieza la solución.

VI. CONCLUSIONES

- La acción delictiva realizada por personal militar policial erosiona la confianza de la sociedad en la institución militar, y puede generar un clima de inestabilidad y violencia.

- La comisión de estos delitos por personal militar o policial tiene graves consecuencias para la sociedad. Las víctimas suelen sufrir daños físicos, emocionales y psicológicos, así como la pérdida de su dignidad y su integridad personal.
- Genera un doble reproche social, ya que además de la afectación al bien jurídico protegido, se produce una vulneración de confianza en los agentes.
- El doble reproche se fundamenta en que los agentes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son los encargados de proteger el orden público y la seguridad ciudadana. Por lo tanto, cuando estos agentes cometen delitos no solo están afectando a un bien jurídico individual, sino que también están vulnerando la confianza de la sociedad en su institución.
- El doble reproche tiene una serie de consecuencias, entre las que se encuentran una mayor severidad en las penas, una mayor dificultad para la rehabilitación y una menor eficacia de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
- La falta de protección de los bienes jurídicos en el ámbito del fuero común y militar, se traduce en una falta de confianza del fuero militar y en la capacidad estatal de protección de derechos humanos.
- Para evitar la comisión de delitos por personal militar policial, es necesario fortalecer la formación ética y profesional de estos agentes, así como reforzar los mecanismos de control y supervisión. La coexistencia de dos jurisdicciones plantea desafíos en la aplicación justa de la ley.

- La falta de formación y de capacitación del personal militar y policial es un factor determinante en la comisión de delitos. Asimismo, la falta de una política pública efectiva de seguridad humana y de protección de los derechos humanos es un factor contribuyente a la comisión de delitos por personal militar policial.

VII. RECOMENDACIONES

- Es necesario que el sistema de justicia peruano evalúe y reforme su enfoque para abordar esta cuestión de manera más efectiva, teniendo en cuenta los principios fundamentales de justicia y la necesidad de proteger tanto los bienes jurídicos civiles como militares.
- La problemática analizada en este trabajo requiere ser abordado de manera integral y multidisciplinaria, donde la protección de los bienes jurídicos es un aspecto clave en la justicia restaurativa y necesaria.
- La formación ética y profesional de los agentes militares y policiales nacionales debe ser reforzada. Los programas de capacitación deben incluir módulos específicos sobre ética, derechos humanos y normas de conducta profesional, enfatizando la importancia de cumplir con los estándares internacionales.
- Se deben implementar mecanismos de supervisión y control más rigurosos y efectivos que garanticen el cumplimiento de la norma. La supervisión constante puede ayudar a prevenir delitos y detectar comportamientos inapropiados a tiempo.
- Es esencial fortalecer la protección y el apoyo a las víctimas de delitos cometidos por personal militar y policial. Esto incluye brindar asistencia legal, atención médica y apoyo psicológico a las víctimas para su rehabilitación.
- Se requiere una reforma integral del sistema de justicia para garantizar una aplicación justa de la ley y tutelar los derechos de los acusados. Esto podría incluir la revisión de procedimientos judiciales, la promoción de juicios imparciales y la mejora de la defensa legal.
- Se debe fomentar la cultura de la ética y la responsabilidad en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Esto puede lograrse a través de campañas de concienciación y programas de formación continua que resalten la importancia de la conducta ética.
- El Estado debe implementar una política pública efectiva de seguridad humana que incluya la protección de los derechos humanos, como un componente central. Esta política debe guiar las acciones de las fuerzas armadas y de seguridad para garantizar la integridad de todas las personas.
- Es esencial una mayor coordinación entre las jurisdicciones militar y común. Esto podría lograrse a través de protocolos de actuación claros y la cooperación entre ambas jurisdicciones.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, G. (2020). La defensa nacional y su protección penal. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- CUBAS, F. (2020). *La exclusión de competencia de la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometido por personas civiles en el Perú* (tesis de posgrado). Universidad Nacional de Cajamarca.
- DOIG, Y. (2008). Justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción. La Reforma del derecho penal militar. *Anuario de Derecho Penal 2001-2002*. Lima: Fondo. Editorial PUCP-Universidad de Friburgo.
- DURAN, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de derecho* (Valdivia), 29(1), 275-295. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100013>
- DURAND, A. (2019). La Operación Chavín de Huántar y el derecho internacional humanitario. *El Jurista del Fuero Militar Policial: Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, (13), 129-136.
- GARCÍA, L. (2018). Estudio sistemático de la Jurisprudencia Militar. Estudio sistemático de la jurisprudencia militar. Madrid: Editorial Reus.
- GILES, A. & AMPUERO, J. (2014). Función de la pena militar policial: la prevención general como criterio de exclusión de la condena condicional. *El Jurista del Fuero Militar Policial: Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, (3), 61-81.
- GIRALDI, A. (2020). Italia: Una perspectiva comparada en tema de punibilidad: el reproche penal proporcionado. *Revista General de Derecho Penal*, (34), 33.
- GONZALES, J. (2011, 28 de diciembre). El bien jurídico protegido y la contienda de competencia en el Código Policial Militar de Perú. derechopenalonline.com/el-bien-juridico-prottegido-y-la-contienda-de-competencia-en-el-codigo-policial-militar-de-peru/
- GUERRA, M. (2005). Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional. Lima: Grijley.
- HUERTAS, O., Silvera, A., & Amaya, C. (2019). Responsabilidad de mando y control efectivo del superior militar en el marco de la justicia transicional en Colombia. *Diálogos De Saberes*, (50), 149-162. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5557>
- JIMÉNEZ, F. (2018). *Necesidad de adecuar la ley penal y procesal penal militar a la constitución política del Estado a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el fuero común y el militar* (tesis de posgrado). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- JORDÁN, L. (2019). *Los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia militar y los procesos administrativos disciplinarios* (tesis de posgrado). Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

- MIRANDA, A. (2008). El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. *Revista chilena de derecho*, 35(3), 485-519. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000300005>
- NÚÑEZ, E. A. (2019). *La inconstitucionalidad y la reforma de la justicia militar en el Perú* (tesis de posgrado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- OVALLE, M. (2019). La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile. *Dikaion*, 28(1), 35-68.
- PELÁEZ, J. (2019). Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy. *Ius et Praxis*, 25(3), 167-214. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300167>
- PORTOCARRERO, J. (2020). *La Justicia Militar en el Perú y la necesidad de su existencia* (tesis de posgrado). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RAMÍREZ, J. (2019). *Apropiación de bienes y defraudación al estado: interpretación de la doble tipificación ordinaria y especial (Código Penal Militar Policial-Art. 384° Y 387° del Código Penal)* (tesis de posgrado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- VERA, J. S. (2023). Ne bis in ídem procesal y cosa juzgada en materia penal: ¿idéntico sentido normativo? *Política criminal*, 18(35), 433-459.
- VÁSQUEZ D. & Gil, M. (2016, julio-diciembre). Las conductas punibles y faltas contra la disciplina y el servicio en la justicia penal militar y en el reglamento de régimen disciplinario. *Revista Científica*.

**Santiago Rosendo Abarca León,
Wilbert Remigio Loayza Torrico¹**

ANÁLISIS DEL INSTITUTO JURÍDICO DE LA REFUNDICIÓN DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL DE PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA; III. HIPÓTESIS; IV. MARCO TEÓRICO; V. POSICIÓN PERSONAL; VI. CONCLUSIONES Y VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMEN

En la legislación peruana se consideraba la refundición de penas, en el sentido que un procesado no podía tener una suma de penas por distintos delitos, para ello el artículo 50° del Código Penal, estableció el principio de la absorción de las penas, donde la que considera de menor condena, se absorba en el que contiene mayor gravedad. Fundamentalmente su finalidad ha sido para los efectos del tratamiento penitenciario en cuanto podrían acogerse a los beneficios de rehabilitación y reinserción social que son otorgados por el Ordenamiento de Ejecución Penal. Sin embargo, el dispositivo legal mencionado, fue modificado por la Ley N° 28730, incorporando la acumulación de las penas, cuando estamos frente a un concurso de delitos de tal manera que, la refundición de penas, al quedar obsoleta, es anulada mediante Ley N° 30076, de ésta forma se garantiza la convivencia pacífica de los ciudadanos frente a la delincuencia organizada. En esta misma orientación, el Código Castrense Policial, considera a la refundición de penas en el artículo 443°, como regla del derecho adjetivo y no sustancial como lo determina el Código Penal; permitiendo la absorción de la pena menor al de mayor gravedad; situación que se contrapone

1 Oficiales del Ejército Peruano, abogados.

a lo previsto en los artículos 36° y 37° sobre acumulación de condenas; lo que debe ser materia de análisis para su posterior modificación.

PALABRAS CLAVE: refundición de penas, acumulación de penas, código penal militar policial.

ABSTRACT

Peruvian legislation considered the recasting of sentences, in the sense that a defendant could not have an addition of sentences for different crimes, for which Article 50 of the Criminal Code established the principle of absorption of sentences, where the one considered to have a lesser sentence is absorbed into the one with the greater gravity. Fundamentally its purpose has been for the purposes of prison treatment insofar as they could benefit from the rehabilitation and social reinsertion benefits that are granted by the Penal Execution Ordinance. However, the aforementioned legal provision was modified by Law No. 28730, incorporating the accumulation of sentences when there is a concurrence of crimes, in such a way that the recasting of sentences, being obsolete, is annulled by Law No. 30076, thus guaranteeing the peaceful coexistence of citizens in the face of organized crime. In the same direction, the Military Police Code considers the recasting of sentences in Article 443°, as a rule of adjective law and not substantial as determined by the Criminal Code, allowing the absorption of the lesser penalty to the more serious one; a situation that contrasts with the provisions of Articles 36° and 37° on the accumulation of sentences; which should be analyzed for further modification.

KEYWORDS: *recasting of sentences, accumulation of sentences, military-police penal code.*

I. INTRODUCCIÓN

En Perú, la refundición de penas estuvo fundamentada en la aplicación del principio de la absorción de pena menor impuesta en sentencia, por la de mayor sanción; promulgada para los efectos de unificación de penas en una condena, para el tratamiento penitenciario y fue derogada en el 2013.

En nuestro Ordenamiento Castrense Policial, se encuentra establecida en el Art. 443°; sin embargo, la vigencia de esta norma se contrapone a lo dispuesto en los artículos 36° y 37° sobre acumulación de condenas. Esto ha conllevado a un problema procesal en su aplicación y actualmente no es de uso continuo en la doctrina moderna; entonces su estudio y tratamiento han pasado a formar parte de la historia.

Los términos de acumulación y refundición de penas están orientados a la unificación del tratamiento penitenciario y la posibilidad que los sentenciados puedan acogerse a beneficios penitenciarios posteriores.

En Perú, en la Codificación Castrense Policial, se observa una probable incongruencia de las disposiciones sobre acumulación y refundición de penas, en mérito a las cuales puede ocurrir una modificación del cálculo de condenas, cuando se presenten más de una pena, en favor de los sentenciados; pero contrario a las sanciones que prevé la norma citada.

La presente investigación tiene por finalidad analizar la figura de la refundición

de penas y su congruencia con otras disposiciones en el Código Penal Militar Policial, con la finalidad de establecer si esta figura es compatible en el nuevo modelo procesal penal militar policial.

II. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

La refundición de penas en el Perú, se considerada en el artículo 50° del Código Penal, esuvo fundamentada en el principio de la absorción de la condena menor en la de mayor gravedad, para los efectos de la unificación del tratamiento penitenciario, permite al sentenciado acogerse a los beneficios que concede el Código de Ejecución Penal, facilitando su posterior rehabilitación y reinserción en la sociedad.

Con la modificatoria del artículo 50° por el artículo 3° de la Ley N° 28730 Ley que modifica el artículo VIII del Título Preliminar y los artículos 50 y 51 del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69, se adopta por la acumulación de las penas cuando se produce el concurso de delitos y la refundición de penas es derogada mediante Ley N° 30076 Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y Crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, esto a fin de garantizar la seguridad ciudadana, frente a la delincuencia organizada.

La refundición de penas en el Código Penal Militar Policial se encuentra establecida en el Libro Tercero Parte Procesal,

Título XII Control de las Decisiones Judiciales, Capítulo II Decisiones impugnables, artículo 443°, como una figura procesal, y no del derecho penal; permite la absorción de la pena menor en la pena de mayor gravedad, sin embargo, la misma norma se contrapone a lo dispuesto en los artículos 36° y 37° sobre acumulación de condenas.

Los términos de acumulación y refundición de penas están orientados a la unificación del tratamiento penitenciario, en tal sentido se hace necesario el análisis de dicha norma y las consecuencias que acarrea estas posibles incongruencias en el Código Penal Militar Policial.

III. HIPÓTESIS

Es probable que luego del análisis del Código Penal Militar Policial se observen incongruencias en las disposiciones sobre acumulación y refundición de penas y se concluirá si esta figura es compatible en el nuevo modelo procesal penal militar policial, por lo que planteamos la siguiente pregunta:

¿La refundición de penas será contrario al concurso real de delitos, siendo necesario su expulsión del Código Penal Militar Policial?

IV. MARCO TEÓRICO

IV.1. Refundición de penas

El Tribunal Constitucional² define: “La refundición de penas es un instituto jurídico de naturaleza subsidiaria que tiene como función unificar sentencias

2 Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 1806-2005-PHC/TC, fundamento 4.

recaídas en procesos distintos que, referidas a hechos vinculados por algún factor de conexión, debieron haber sido objeto de un solo proceso, pero que, por algún tratamiento incidental, no lo fueron. En virtud de ello se acumulan las causas y, por ende, se tiene una sola pena.”

En el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Tumbes de fecha 11 de mayo de 2005, se analiza la refundición de penas, donde hace referencia a su utilización: “en los supuestos de conexidad delictiva y tiene por finalidad dar un tratamiento único al condenado por las penas que se le impongan en cada nuevo juzgamiento, con el mejor conocimiento de su personalidad criminal.”

Se fundamenta en “el principio de la absorción de la condena menor en la de mayor gravedad, para los efectos de la unificación del tratamiento penitenciario y permite al sentenciado acogerse a los beneficios que concede el Código de Ejecución Penal, facilitando su posterior rehabilitación y reinserción en la sociedad.”

La refundición de penas es solicitada habitualmente por los presidiarios con la finalidad de acogerse a beneficios penitenciarios de semi – libertad o inclusive de libertad condicional, en mérito al cumplimiento de condiciones necesarias respecto al cómputo de plazos de cumplimiento de la condena. Sobre la liberación condicional y refundición

de penas dispone que siempre se debe ser lo más favorable al reo.²

VI.2.Ley N° 10124 Estableciendo las reglas que se observarán tanto para la investigación como para el juzgamiento, en los casos de delitos conexos

En el artículo 4° dispone: “En los sucesivos juzgamientos a que dé lugar la aplicación del artículo primero de esta ley, las sentencias pronunciadas en la primera y siguientes causas por delitos conexos, no podrán ser modificadas en cuanto califica la naturaleza legal del hecho punible y la culpabilidad del agente; pero las penas y medidas impuestas se tomarán en consideración para refundirlas en la penalidad o tratamiento único a que se haga acreedor por los cargos que le resulten en cada nuevo juzgamiento con el mejor conocimiento de su personalidad criminal”

Esta Ley fue derogada el año 2013, mediante la Ley N° 30076.

VI.3.Refundición y acumulación de pena

En Derecho, se viene utilizando los términos “acumulación” y “refundición” en los casos de adiciones o limitaciones de condenas, que tengan consecuencias penales y penitenciarias. En el artículo 50° del Código Penal, la fijación de penas se fundamentó en el principio de absorción de

2 Compendio penal y procesal penal peruano Lex soluciones 2016.

condenas, en las materias que presenten concurso real de delitos o posibilidad de refundición de penas, donde el juez impone la pena correspondiente al “delito más grave”.

Con la modificatoria del artículo 50° por el artículo 3° de la Ley N° 28730 se adopta por la acumulación de las penas cuando se produce el concurso de delitos, siguiendo el modelo holandés, por el cual, se suman las penas que el juez contemple hasta un máximo de 35 años y en caso que alguno de los delitos esté condenado a cadena perpetua se aplicará únicamente esta.

Villavicencio (2017), en Derecho Penal Básico, respecto a la consecuencia penal del concurso ideal en el plano de la determinación de la pena, refiere la elaboración de varios principios: acumulación, aspersion, combinación y absorción. Sin embargo, el tratamiento jurídico se rige por el principio de absorción, donde se aplica la pena que corresponde al delito más grave.

Para la determinación de la consecuencia penal del concurso real se tiene las siguientes fórmulas: acumulación material, la absorción que consiste en la subsunción de la pena menor dentro de la más grave, por tanto, los delitos menos graves serían impunes y la acumulación jurídica (aspersion o exasperación)

VI.4. Fuero Militar Policial

San Martín (2002), cita a García Belaúnde (1993) quien refiere que la jurisdicción militar surgió con el nacimiento del ejército permanente y ha

sido, desde sus orígenes, una jurisdicción especial, de ahí su referencia en las Constituciones republicanas y las leyes que la organizaban desde la independencia nacional.

A partir de entonces, en 1898 se promulga el primer Código de Justicia Militar, el cual ha sido modificado y actualizado a lo largo del tiempo y según las nuevas tendencias en Derecho, hasta llegar a la promulgación del séptimo Código de Justicia Militar en el año 2010, el cual tiene una nueva denominación: Código Penal Militar Policial, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 1094 del 31 de agosto del 2010, el cual se encuentra vigente hasta la actualidad.

El fuero Militar Policial, de acuerdo con Muller (2016), es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente, imparcial y constituye una jurisdicción independiente del Poder Judicial, por su naturaleza y finalidad se relaciona con el Sistema de Defensa Nacional dentro de la independencia y autonomía que le reconocen la Constitución y sus respectivas leyes.

La jurisdicción militar en un sistema democrático se relaciona con el encargo de las fuerzas armadas en la defensa militar del país y el control de orden interno de parte de la Policía Nacional del Perú y en ambos casos con la estructura vertical de las organizaciones castrense y policial donde destaca la disciplina y jerarquía.; en tal sentido, la finalidad es asegurar la disciplina en las organizaciones altamente jerarquizadas, como base de su buen funcionamiento.

VI.5. Delitos de función

El delito policial o militar, es un delito de infracción del deber cuyo bien jurídico protegido tiene vinculación con lo castrense o policial, entonces el sujeto pasivo son las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, en tanto se trata de la vulneración de viene jurídicos colectivos y públicos. Mientras que el sujeto activo son los militares o policías en actividad y que la conducta está circunscrita a los delitos de función.

El artículo 173° de la Constitución Política del Perú, delimita la actuación competencial de la jurisdicción militar, a los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, lo cual excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine sólo por la condición de militar o policía.

Asimismo, se considera que la acción u omisión debe afectar necesariamente un bien jurídico "privativo" de la institución a la que pertenece el imputado

Los órganos jurisdiccionales militares deben tener las mismas garantías de los órganos jurisdiccionales ordinarios legalmente determinados.

VI.6. Refundición de penas en el Código de Justicia Militar

En el Código de Justicia Militar, sobre la refundición de penas se disponía:

Artículo 341.- Cuando se hubiese cometido un delito común y otro militar independientes entre sí, la jurisdicción ordinaria, conocerá del primero y la militar del segundo. Expedido el fallo en cualquiera de ellas remitirá

testimonio de condena a la otra, para los efectos de la refundición de la pena, en los casos que fuere procedente.

Artículo 422.- En los sucesivos juzgamientos por delitos conexos, en los que no se haya dispuesto la acumulación, la sentencia expedida en una causa, no podrá ser modificada en cuanto a la calificación del hecho punible y a la culpabilidad del agente, pero las penas y medidas impuestas se tendrán en consideración para refundirlas en la penalidad que se le imponga, por los cargos que le resulten de cada nuevo juzgamiento.

VI.7 Refundición y acumulación de penas en el Código Penal Militar Policial vigente

Artículo 443.- Refundición de penas.- La autoridad jurisdiccional que pronunció la sentencia firme más grave refundirá las penas en los casos previstos en este Código, aplicando el trámite de los incidentes.

Artículo 36.- Concurso real de delito. - Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada una de ellas hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de treinta y cinco años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con pena perpetua, se aplicará únicamente ésta. El juez deberá tener en cuenta las penas accesorias y las medidas de seguridad.

Artículo 37.- Concurso real retrospectivo.- Si después de la sentencia

condenatoria se descubriere otra conducta punible cometida antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de treinta y cinco años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con pena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil por el nuevo delito.

VI.8. Refundición de penas en la legislación española

En la legislación española la refundición de penas se refiere a la adición aritmética de las condenas impuestas que conllevan pena privativa de la libertad, también en los casos de acumulación material, impuestas a un condenado a efecto de otorgar el beneficio penitenciario que corresponda a su situación particular.

Esto es diferente a la acumulación jurídica de penas, que se aplica cuando se consideran los términos de cumplimiento dispuestos en las leyes penales, límite aplicable al existir diferentes penas por delitos conexos.

V. POSICIÓN PERSONAL

El artículo 50 del Código Penal modificado por el artículo tres de la Ley N.º 28730, publicada el trece de mayo de dos mil seis, establece la acumulación de sanciones, por concurso real de delitos, que viene a ser el antecedente más cercano de los artículos 36 y 37 del Código Penal Militar Policial.

El concurso real es una institución de derecho penal material; y, como tal, se rige

por el principio de *tempus commissi delicti*: la norma aplicable es la vigente al momento de la comisión del delito, la consecuencia jurídica es el efecto punitivo resultante de afirmar la existencia de tal concurso delictivo.

El procedimiento para hacer viable las consecuencias jurídicas del concurso, son de carácter procesal, por ende, rige el principio de *tempus regit actum*, entendiéndose este último como la fecha de la actuación procesal.

La refundición de penas establecida en el artículo 443 del Código Penal Militar Policial, proviene de una denominación impuesta por la Ley número 10124, del veintinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, que, a efectos procesales, con las últimas reformas establecidas respecto al concurso real, realizadas en el Código Penal artículo 50 y recogidas en los artículos 36 y 37 del Código Penal Militar Policial, consideramos que la refundición de penas no tiene razón de ser, por el contrario, debe permanecer la acumulación o unificación de las penas.

La jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en reiterados casos, ha optado por la adición o sumatoria de penas, en tal sentido, es evidente que la figura de la refundición de penas ya no tiene vigencia en el nuevo modelo procesal penal, vigente tanto en la jurisdicción penal ordinaria como en la jurisdicción excepcional del Fuero Militar.

VI. CONCLUSIONES

1. La refundición de penas en el Código Penal Militar Policial de Perú se encuentra establecida en el artículo 443º y se contrapone a lo previsto en los

- artículos 36° y 37° del mismo cuerpo normativo.
2. En la actualidad no es congruente que coexista la refundición de penas establecida en el artículo 44°³ con la figura del concurso real prevista en los artículos 36° y 37°, por cuanto colisiona con el principio de legalidad, convirtiendo ambas figuras en una antinomia.
3. Al no ser congruente la coexistencia de ambas figuras, la refundición de penas previstas en el artículo 44°³, debe ser derogada del Código Penal Militar Policial Peruano.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMAGRO, J. (1994). Instituciones de derecho procesal. Proceso penal. 2da Edición. Editorial Trivium, S.A., España. 320pp.
- CABANELLAS, M. O. (2011). Diccionario De Derecho. Buenos Aires: HELiastaS.R.L.
- Código Penal (8 de abril de 1991). <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Código Penal Militar Policial (31 de agosto de 2010). <https://lpderecho.pe/codigo-penal-militar-policial-actualizado/>
- Compendio penal y procesal penal peruano (2016). Lex soluciones <https://lex-soluciones.com/portfolio-item/compendio-penal-y-procesal-penal-peruano/>
- Constitución Política del Perú [Const.] Art 173 (29 de diciembre de 1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Corte Superior de Justicia de Tumbes (2005). Pleno Jurisdiccional Distrital (Penal y Procesal Penal) <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4f6209004354aa9ba899af875b9b83f6/doc10282220171110110220.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4f6209004354aa9ba899af875b9b83f6>
- Ley N° 10124 Estableciendo las reglas que se observarán tanto para la investigación como para el juzgamiento (29 de diciembre de 1944). <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/10124-dec-29-1944.pdf>
- Ley N° 28730 Ley que modifica el artículo VIII del Título preliminar y los artículos 50° y 51° del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69 (13 de mayo de 2006). <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/28730-may-12-2006.pdf>
- Ley N° 30076 Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y Crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (19 de agosto de 2013). <https://lpderecho.pe/ley-30076-modifica-cp-cpp-cep-y-cna-y-crea-registros-protocolos-combatir-inseguridad-ciudadana/#:~:text=Compartimos%20la%20Ley%2030076%2C%20Ley,19%20de%20agosto%20de%202013.>

- MULLER, E. (2016) Derecho Penal Militar Policial en el Perú. <https://apropolpe-ru.files.wordpress.com/2016/09/libro-derecho-penal-militar-policial-peruano.pdf>
- SAN MARTIN, C. (2002) Algunos aspectos de la Justicia Militar (A propósito de un caso peruano). La Reforma del derecho penal militar – Anuario de Derecho Penal 2001 – 2002. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2001_07.pdf
- Tribunal Constitucional (2005) Sentencia del expediente N° 1806-2005-PHC/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01806-2005-HC.pdf>
- VILLAVICENCIO, F. (2017) Derecho penal básico. Pontificia Universidad Católica del Perú.

**Abraham Omonte Rojas, Jony Sotelo Novoa,
Shirley Soto Gonzaga, Glenn Zevallos Ocampo¹**

“EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE EN DILIGENCIAS PRELIMINARES EN DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO EN REFERENCIA A LA CASACIÓN 599-2018 - LIMA”

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA Y LA HIPÓTESIS QUE SE DESARROLLARÁ; III. MARCO TEÓRICO APLICABLE; IV. POSICIÓN PERSONAL; Y V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Todo ser humano tiene derecho a lograr justicia dentro de un proceso judicial, y que este se desarrolle respetando los derechos y garantías del proceso como el del plazo razonable, vale decir que el investigado no puede estar sometido a una investigación sin fin, es por ello que el proceso penal se conforma por etapas y cada uno con un plazo prudencial, que debe ser suficiente para que los operadores judiciales alcancen la verdad.

Actualmente bajo el argumento de “caso complejo” se viene prorrogando el plazo de investigación generando un abuso del derecho por parte de los órganos de justicia, toda vez que el estar sometido a un plazo que supere los ya establecidos ordinariamente, vulnera los derechos del investigado al debido proceso, trato justo y “Plazo Razonable”; como lo ocurrido con la Casación 599-2018 pronunciado por la Sala Penal Provisional de la Corte Suprema, donde se extiende de manera cuestionable los plazos establecidos por ley.

1 Oficiales del Ejército Peruano, abogados.

Además, el derecho al plazo razonable tiene un efecto social, debido a que la persona no puede estar sometida a una investigación extensa y sujeta a diversas prórrogas, toda vez que afectarían irreparablemente sus proyectos de vida; así mismo goza de reconocimiento y sustento jurídico constitucional y procesal; a nivel nacional (en la Constitución y en el Código Procesal Penal), y en el ámbito supranacional en normas de índole internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVES:

Plazo razonable.

ABSTRACT

Every human being has the right to achieve justice within a judicial process, and for it to be carried out respecting the rights and guarantees of the process such as that of a reasonable time, meaning that the person under investigation cannot be subjected to an endless investigation, which is why that the criminal process is made up of stages and each one with a reasonable period of time, which must be sufficient for judicial operators to reach the truth.

Currently, under the argument of a “complex case”, the investigation period is being extended, generating an abuse of the right by the justice bodies, since being subject to a period that exceeds those already established ordinarily violates the rights of the investigated. to due process, fair treatment and “Reasonable Time”; such as what happened with Cassation 599-2018 pronounced by the Provisional Criminal Chamber of the Supreme Court, where the deadlines established by law are questionably extended.

Furthermore, the right to a reasonable time has a social effect, because the person cannot be subjected to an extensive investigation and subject to various extensions, since this would irreparably affect their life projects; Likewise, it enjoys constitutional and procedural legal recognition and support; at the national level (in the Constitution and the Criminal Procedure Code), and at the supranational level in international norms such as the American Convention on Human Rights.

KEYWORDS

Reasonable period of time.

I. INTRODUCCIÓN

Así como todo ser humano tiene derecho a lograr justicia dentro de un proceso judicial; también todo investigado tiene derecho a que dicho proceso judicial, se desarrolle haciendo respetar los derechos, y garantías del proceso, entre ellos, el plazo razonable.

La persona que viene siendo investigada por la presunta comisión de un delito, no puede ser sometida eternamente a un sinnúmero de investigaciones, no puede estar bajo el criterio del Ministerio Público ni el juez, de ser investigado por un plazo que no está regulado en la norma; es por ello, que el proceso penal, está conformado por etapas, cada una establecido con un plazo prudencial, que el legislador ha establecido como suficiente para que el aparato de justicia logre alcanzar la verdad de los hechos y a la par se considera suficiente, toda vez que el sometimiento a un plazo que supere los ya establecidos, únicamente vulnerarían los derechos del investigado a un proceso y trato justo.

Pretender sobrepasar el plazo razonable de un proceso penal, bajo el argumento de que el caso es complejo, cuando ya se prorrogó el plazo bajo esta causal, es abusar de uso del aparato de justicia estatal, y es este abuso de los órganos jurisdiccionales, lo que analizaremos en el presente trabajo dentro del plazo razonable que debe existir en las diligencias preliminares del delito de organización criminal.

El presente tema de investigación generó el interés del grupo, toda vez que el pronunciamiento de la SPPCS, en la Casación 599-2018, Lima, denota como el operador de justicia, bajo el sombrero de obtener justicia y llegar a la verdad, extiende de forma cuestionable, el plazo establecido por el legislador, en una investigación que sobrepasó todos los plazos de ley, si bien era un caso complejo, ya la etapa preliminar había precluido en demasía, y aun así se optó por seguir ampliando los plazos, lo cual denota un abuso del derecho a investigar por parte del propio aparato estatal de justicia, dejando al investigado totalmente desprotegido de la interpretación ambigua y fuera de derecho del sistema de justicia.

II. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA Y LA HIPÓTESIS QUE SE DESARROLLARÁ

El proceso penal debería ser el conjunto de actuaciones de actores de los órganos jurisdiccionales, empezando por el ministerio público para luego pasar por el juez penal, y llegar a una sentencia, que debe reflejar que dichas actuaciones se hagan con el debido respeto y cumplimiento de derechos fundamentales de las partes y las garantías procesales, en especial el derecho del plazo razonable.

Sin embargo, hay casos en que un proceso penal se realiza viola derechos fundamentales y garantías procesales, como se verá en el presente caso.

La SPPCS, emitió el 11 de octubre de 2018, la Casación 599-2018, Lima, mediante la cual estableció que para tratar el delito de organización criminal, las investigaciones recaídas en las diligencias preliminares, pueden ser ampliadas hasta por un plazo de 36 meses, con lo que se vulnera el plazo de ley que vendría a ser como lo reguló el legislador para la investigación preliminar, de 60 días ampliado a 120 días adicionales.

Esta sentencia, trata del proceso judicial contra el partido político Fuerza Popular, que cuya etapa preliminar inició el 02 de diciembre de 2015, y luego de 360 días el 03 de julio de 2015, la Sala Penal Nacional decidió ampliar la etapa precluida, teniendo como respuesta por parte del investigado, la interposición del recurso de control de plazo en el juzgado de la investigación preparatoria, que fue declarado fundado, se ordenó al Ministerio Público que emita un pronunciamiento definitivo, el mismo que podía ser archivar o formalizar denuncia contra el investigado, pronunciamiento a expedirse en un plazo de 20 días; sin embargo esta decisión fue revocada, provocando una casación cuestionando la actividad fiscal, y los fundamentos expuestos por la segunda instancia.

Argumentos del recurso de casación:

- a) El plazo de investigación iniciado con la disposición fiscal del 2 de diciembre del 2015 hasta la disposición fiscal del 3 de julio del 2017, se había excedido más de 360 días.

- b) A pesar de dicho exceso y vulnerando el plazo razonable, ya ante una etapa precluida, de manera abusiva y sin la debida motivación, la Sala Penal Nacional argumentó con la frase **“urgente e inaplazable”, por otra ampliación para el desarrollo de las diligencias, dejando de lado el plazo establecido por ley.**

Entonces, en la presente investigación la realidad problemática está identificada, que consiste en como la Corte Suprema, somete al investigado a un plazo adicional al ya establecido por el legislador (60 más 120 días) es decir, 36 meses más, lo cual no se encuentra regulado por ley, sino sólo por el libre albedrío y criterio del juez.

Frente a esta decisión se puede apreciar que el aparato de justicia somete al investigado a un plazo de investigación desproporcionado y arbitrario, vulnera abiertamente las garantías del plazo razonable, a pesar que tuvo el plazo suficiente por ley, para establecer al responsable y continuar con la siguiente etapa; sin embargo al optar por la ampliación del plazo, convirtió al proceso penal en un viacrucis para el investigado, en el que se vulneraron derechos fundamentales y garantías procesales, que no serían reparados por el propio sistema de justicia.

Agregamos que esta vulneración al Plazo Razonable vulnera la Constitución, el Código Procesal Penal; asimismo, el marco internacional de derechos humanos en los que el Perú es parte, como el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe precisar que el plazo razonable no sólo tiene una connotación legal, sino también social, toda vez que ninguna

persona puede ser sometida a una investigación más allá del plazo establecido por el propio legislador; mucho menos a ampliarla por un criterio arbitrario del juez; debido a que evidentemente se afecta el proyecto de vida de los investigados.

Es materia de estudio en la presente investigación, que preliminarmente, consideramos que este plazo no es razonable, ya que someter a una persona a investigaciones que duren más de tres años, vulnera el principio de proporcionalidad, resultando arbitrario; dejando de lado lo estipulado por el legislador, sobre el plazo razonable en el Código Procesal penal.

Se puede observar como el mismo órgano jurisdiccional, vulneró abiertamente el Plazo Razonable, para el cual existe criterios para determinarlo, como por ejemplo: La actividad de las autoridades judiciales, la conducta del imputado, la complejidad del caso y los efectos que genera la dilatación del plazo en el procesado.

Adicional a ello, resulta importante señalar que el Código Procesal Penal busca que la investigación preliminar tenga la característica de ser inmediato / inaplazables / urgentes, para asegurar los medios probatorios e individualizar a los presuntos responsables; objeto que evidentemente no se cumple en el presente caso, frente a la ampliación de una etapa precluida, dispuesta por la Corte Suprema, para el caso de los delitos de crimen organizado.

Con todo lo señalado, tenemos que el problema de la investigación es ¿El juez penal tiene facultades legislativas para establecer un plazo de investigación en la etapa preliminar, adicional al ya establecido por el legislador en el Código Procesal Penal? Teniendo en cuenta que dicho plazo es de 60 días con prórroga de 120 días más.

La hipótesis que se plantea es, que el juez penal no tiene facultades legislativas para establecer un plazo de investigación en la etapa preliminar, adicional al establecido por el legislador; es decir, que en el caso de la Casación 599-2018-Lima, la Corte Suprema vulneró el plazo razonable por extender a 36 meses, luego que la investigación se prolongó por tres años, resultando desproporcional y arbitrario.

III. MARCO TEÓRICO APLICABLE

En relación al marco teórico nos ayuda a determinar el estado del problema investigado y determinar la ubicación en el que se puede encontrar el problema objeto de la investigación.

En resumen, la Corte Constitucional resolvió que el derecho a un plazo razonable es una expresión indirecta del derecho a las garantías judiciales y del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que dicha expresión protege y respeta la dignidad humana.

Por otro lado, la Corte Constitucional señaló que la duración de un proceso judicial o de la consideración de un caso sólo es razonable si se fija un plazo menor para que sea necesario y suficiente el desarrollo de las acciones procesales en el caso concreto, es decir, el desarrollo de acciones procesales en el caso concreto toma tiempo. Debe haber una cantidad suficiente para ejercer los derechos de la parte de acuerdo con los intereses de la parte.

También podemos tener claro que un plazo razonable cumple con muchos criterios complejos, ya que se refiere a instituciones judiciales, casos, personas, etc., que determinan la duración del proceso penal y están sujetos a factores subjetivos.

Los jueces, al ser responsables de determinar la razonabilidad de los plazos, pueden crear confusión y confusión a las partes interesadas al verse atrapados en procedimientos con plazos excesivamente largos que violan las garantías de plazos razonables.

Por lo tanto, se puede suponer que al iniciar un proceso de corta duración se otorga un plazo razonable como garantía procesal, porque el derecho a un plazo razonable es demasiado importante para la ejecución confiable del proceso penal, porque la libertad personal de un persona es sumamente importante y puede estar en riesgo y con ello una violación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

De lo anterior se desprende claramente que el significado de plazo razonable no debe necesariamente estar vinculado a la velocidad o rapidez del proceso, ya que el proceso en sí debe completarse en un plazo razonable.

Porque las personas involucradas tienen todo el derecho a solucionar sus problemas en un plazo razonable conforme a ley.

Para conocer si el derecho a un plazo razonable fue determinado por la actuación del fiscal y del investigado, se constató, en cambio, que el investigado adoleció de falta de cooperación mutua durante el proceso inicial. Cooperación institucional en el delito investigado.

Por lo tanto, es comprensible que no sea aconsejable considerar la terminología apropiada en el caso, ya que esto quedará enteramente a discreción del juez, teniendo en cuenta los plazos para una mayor investigación dependiendo de cómo se relaciona con el crimen organizado y en lo que se refiere al debido proceso.

Siguiendo el mismo criterio, se puede concluir que el fallo del poder judicial y de la propia ley del demandado ha violado la garantía del demandado, causando la demora, extendiendo el tiempo razonable y, por lo tanto, incumpliendo el tiempo razonable, procedimientos de infracción y plazos.

Como parte de esto, se puede establecer que los motivos que influyen en las partes del proceso penal para impedirles cumplir con los plazos razonables de las diligencias previas al juicio siguen siendo acciones obligatorias y urgentes para establecer la comisión de un delito, legislación y preservar pruebas para identificar a los posibles autores, de modo que la duración de la investigación inicial no se prolongue innecesariamente.

Por su parte, se puede concluir que la instrucción se llevó a cabo en el marco de las reglas de necesidad y urgencia, lo que desde todos los puntos de vista constituyó una pésima actitud del Ministerio Público y una violación directa de los derechos del fiscal, vulnerando así a las personas, siendo éstas víctimas de un plazo razonable.

Cabe tener en cuenta que está demostrado que la regulación de los plazos en la etapa de investigación preparatoria en relación con la delincuencia organizada tiene una trascendencia trascendental para el derecho de defensa del imputado. Esto significa que el acusado necesita de un tiempo razonable para presentar sus pruebas, es decir, tiene un tiempo razonable para presentar pruebas que demuestren la inocencia del acusado.

Eso quiere decir que el problema que se crea con respecto a los plazos razonables,

no permite al imputado, demostrar o recopilar como es debido su descarga, para así demostrar su inocencia.

En lo que respecta a las disposiciones de la constitución política peruana, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es una expresión indirecta del derecho a un juicio justo previsto en el artículo 139(1).3, de nuestra carta magna.

Finalmente, nuestra constitución política establece que un plazo razonable para un juicio es un derecho fundamental y, aunque no está libremente previsto en las normas fundamentales, entra dentro del alcance del derecho a un juicio justo.

En este sentido, las autoridades judiciales se encuentran bajo presión para actuar y tomar decisiones dentro de un tiempo razonable a fin de cumplir con las disposiciones sobre derechos humanos y la vigencia de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal.

Por lo tanto, el derecho a un plazo razonable se encuentra inmerso dentro del derecho al debido proceso conforme a la Constitución Política.

La demora sólo puede ser imputada al procesado si abusa de su derecho a utilizar los recursos procesales disponibles con la intención de retrasar el proceso, también debe considerarse la conducta de los órganos jurisdiccionales, es decir, la forma en que se llevan a cabo las investigaciones y los juicios, es necesario evaluar la severidad con que se tramitó el proceso, la gravedad de los derechos conculcados y la complejidad de los hechos surgidos.

Por otro lado, en cuanto a la segunda categoría, las diligencias preliminares, las definimos como una serie de actuaciones

realizadas por el fiscal o la policía a petición del fiscal o como consecuencia de una necesidad y urgencia.

Se entiende que forman parte de una investigación preliminar y las acciones realizadas en esta etapa no pueden repetirse en una investigación preparatoria.

Se realizan así diligencias preliminares en asuntos urgentes e inaplazables, las cuales deben realizarse inmediatamente al tener conocimiento del delito a fin de asegurar los elementos de certeza, que servirán para originar una sospecha reveladora y formalizar la investigación preparatoria para establecer la ocurrencia y criminalidad de los hechos, asegurando los elementos materiales de la comisión del hecho, la individualización de las personas involucradas y el aseguramiento adecuado.

Por ello, ante el conocimiento por parte del fiscal de la presunta comisión de un delito, este debe ordenar la realización de diligencias preliminares, cuya ejecución lo puede hacer el mismo o por intermedio del apoyo de la policía nacional, siendo que para estas diligencias debe dirigirse al lugar de los hechos a efecto de llevar a cabo las diversas diligencias dentro del marco de la legalidad.

Siendo así, el objeto general de la investigación preliminar, es consolidar los elementos de cargo o descargo correspondiente del investigado con el hecho delictivo y generar sospecha reveladora a fin de establecer si se debe o no formalizar la investigación preparatoria, conforme al inciso 2) del artículo 334° del Código Procesal Penal.

Como se puede observar, el objeto principal o fundamental de las diligencias preliminares radica en realizar actor

urgentes e inaplazables, es decir, que no se pueden suspender para otro momento, por cuanto, su realización no se puede realizar después y porque son elementales para proseguir con la siguiente etapa.

Otro tema importante en la investigación preliminar, es el relacionado con los plazos, ya que actualmente tenemos establecidos plazos legales, es decir, los establecidos en el Código y plazos jurisprudenciales que determina la jurisprudencia de la corte suprema.

El tribunal sostuvo que el período prescrito actualmente es de 60 días a menos que una persona sea detenida, en cuyo caso el período está limitado por el período máximo de detención a menos que la persona sea puesta en libertad.

Asimismo, según el artículo 334, párrafo 2, del código, si es absolutamente necesario, el fiscal tiene derecho a fijar plazos diferentes en función de la complejidad, características y circunstancias de los hechos investigados.

De lo indicado se establece que, el plazo legal para las diligencias preliminares es de 60 días, salvo que exista la privación de libertad y que se puede ampliar en casos especiales. Por otro lado, el plazo jurisprudencial ha ido modificándose y estableciéndose otras duraciones a fin de indicar la falta de reglamentación específica en el Código.

En este sentido, es necesario tener presente que en un primer momento la duración de las diligencias preliminares era de 20 días y posteriormente con la Ley N° 30076 que modifica el artículo 334.2 del Código, se extendió a 60 días, empero, no se ha establecido un plazo de vencimiento, por lo que la Corte Suprema de la República ha querido especificar a través de múltiples

casaciones que ha venido pronunciado y estableciendo doctrina jurisprudencial.

Es así que sobre control del plazo de las diligencias preliminares, referente a cuánto debe durar la investigación preliminar en los casos considerados complejos.

Al emitir pronunciamiento el Tribunal Constitucional, estableció que, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses”. Siendo, que también ha emitido pronunciamiento respecto a las actuaciones preliminares en los delitos de crimen organizado, incluso apartándose de sus criterios establecidos anteriormente.

Es así, que en el caso de lavado de activos dentro de una organización criminal, la Corte señaló que en este tipo de investigaciones el plazo máximo no puede ser mayor al plazo establecido para la investigación preparatoria, esto es, no debe ser superior a 36 meses.

Asimismo, agregó que los objetivos de la investigación preliminar relacionadas con la ejecución de actuaciones impostergables y de extrema urgencia no deben vincularse al estricto cumplimiento de plazos, ya que ello vulneraría la función investigadora del Ministerio Público en casos complejos y, por lo tanto, debe llevarse a cabo de manera sistemática y teleológica.

Una explicación que se desvía de sus propios estándares establecidos, también señaló que los fiscales pueden ampliar el plazo aunque ya haya vencido, siempre y cuando esté dentro del plazo máximo permitido, y en ese sentido sólo están sujetos a sanciones disciplinarias, apartándose de los estándares ya establecidos por la Corte Suprema.

IV. POSICIÓN PERSONAL

Como grupo, consideramos que el juez penal NO tiene facultades legislativas para establecer un plazo de investigación en la etapa preliminar, adicional al ya establecido por el legislador en el código adjetivo, que es de 60 días con prórroga de 120 días más.

Entonces, en el caso de la Casación 599-2018-Lima, la Corte Suprema vulneró el plazo razonable por extender a 36 meses, luego que la investigación se prolongó por tres años, resultando desproporcional y arbitrario.

Consideramos que el plazo razonable para realizar investigaciones en el Ministerio Público o a nivel judicial, es una manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en nuestra constitución política así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata el de realizar actos urgentes e inaplazables que están destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto del ilícito penal, así como asegurar los elementos materiales de su comisión e individualizar a las personas involucradas en su comisión. Están diligencias forman parte de la investigación preparatoria y tienen un plazo establecido en el Código Procesal Penal, así como un plazo otorgado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República en diversas casaciones.

En un primer momento el plazo de la investigación preliminar lo estableció el Código Procesal Penal en 60 días, luego se amplió a 120 días, posteriormente la Corte Suprema en sentencias que emitió estableció un plazo de 08 meses, posteriormente dentro del marco de la investigación en contra del partido político Fuerza popular

por crimen organizado, se estableció que el plazo máximo para las diligencias preliminares es de 36 meses.

Consideramos que plazo de 36 meses para realizar la investigación preliminar es excesivo, teniendo en consideración que las diligencias preliminares son urgentes, inaplazables e inmediatas, que tienen como finalidad el de cautelar elementos de convicción que permitan más adelante formalizar la investigación preparatoria; el tiempo fijado por la Corte Suprema no guarda coherencia con un plazo razonable, entendida esta como una expresión del derecho al debido proceso, más aun cuando este lapso de tiempo en la investigación preliminar es el inicial en una investigación penal, faltando el tiempo de la investigación preparatoria y luego el de juicio oral; consecuentemente entendemos que visto así la amplitud del tiempo de todo el proceso penal (investigación preliminar – investigación preparatoria – juicio oral), se evidencia una vulneración al plazo razonable por ende al derecho a un debido proceso.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, EL GRUPO CONSIDERA que en el presente caso, se han vulnerado los derechos del imputado, si bien es cierto, esta investigación resultó ser compleja; sin embargo, se debe colocar en una balanza el plazo legal establecido por el legislador, para que el órgano de justicia realice sus investigaciones y lograr obtener de la verdad, y del otro lado, las garantías procesales y derechos con que se encuentra protegido el imputado, no pudiendo ser sometido a plazos indefinidos, sujetos a

variación por la interpretación del juez; esto debido a que una investigación judicial que se excede del plazo de ley, sólo afecta a los imputados, en su esfera personal, laboral y familiar.

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3 c) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1).

El plazo de un proceso será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales que requiere un hecho concreto, en atención a criterios de la actividad procesal del imputado, la conducta de los operadores judiciales y la complejidad del caso.

Las diligencias preliminares responden a hechos urgentes e inaplazables con el fin de mantener elementos de convicción los que servirán para que más adelante se pueda formalizar la investigación preparatoria.

En la Casación 599-2018 - Lima, que estableció el plazo de 36 meses para la investigación preliminar en los casos de delitos de crimen organizado, se ha vulnerado el plazo razonable, toda vez que resulta desproporcional y arbitrario más aún si el Código ha regulado un plazo prorrogable en casos especiales. En consecuencia, este plazo que se ha establecido incide de manera negativa en el derecho al debido proceso en las investigaciones de crimen organizado.

■ BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA LUIS E. VINATEA RIVERA

Nació el general Vinatea el 9 de agosto de 1888. Ingresó a la Escuela Militar de Chorrillos el 26 de mayo de 1905 y egresó de ella, como subteniente de infantería, el 1° de febrero de 1910.¹

En 1933 aparece como comandante del Regimiento de Infantería N° 3, cuando esa unidad y otras combatieron a los alzados del Regimiento de Infantería N° 11, al mando del teniente coronel Gustavo Jiménez, en la zona de Paiján (La Libertad). En el “Historial de Unidades del Ejército del Perú”, página 10, “Vinatea De Rivera Luis” aparece como Jefe de Unidad del Batallón de Infantería de Selva (BIS) “Glorioso Ayacucho” N° 3, durante los años de 1931 a 1935, que es en verdad la misma Unidad.

Durante el conflicto armado de 1941 con el Ecuador, el entonces coronel Vinatea, fue el Comandante General de la 1ª División Ligera, desplegada en el sector de Zarumilla al iniciarse las operaciones militares el 23 de julio de 1941. Ganó sus galones de general de brigada por Resolución Legislativa N° 9512, de 31 de diciembre de 1941, con la antigüedad del 15 de noviembre de ese año. Más adelante, mediante

1 Escalafón General del Ejército de 1952, primera parte, N° 139.

Resolución Legislativa N° 9911, de 20 de enero de 1944, se aclaró que ese ascenso fue por “Acción distinguida”.²

Fue presidente del Consejo de Oficiales Generales entre el 17 de mayo de 1950 y el 9 de agosto de 1952, fecha en la que pasó a la situación militar de retiro, por límite de edad en el grado.

2 En el tomo III de “La Justicia Militar en la Historia del Perú”, páginas 381 a 398, hicimos referencia a su participación en el conflicto con el Ecuador, con el grado de coronel, como Comandante General de la 1ra. División Ligera, en el Teatro de Operaciones del Norte y reproducimos su retrato, que se exhibe en la sala dedicada a ese conflicto en la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de Mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en el año 2023
en Impreso en Partners Print S.A.C. con RUC 20606691204
Calle José de la Torre Ugarte 265, Miraflores



ESCUDO DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Es un escudo ovalado, con campo dorado. El timbrado "Policía Nacional del Perú", está inscrito con letras doradas en fondo blanco circundado con un listín de oro. En el punto de honor, el Escudo Nacional va sobre dos espadas doradas cruzadas. Al pie del Escudo, una banderola con los colores nacionales plegada en sus extremos lleva impreso el lema "Dios, Patria y Ley". Rodea sus costados hasta el pie, dos copos de roble estilizados, de color natural. En el interior de nuestro escudo está representado por la vicuña que está mirando al interior lado derecha, con fondo azul que representa la riqueza del reino animal. A la izquierda el árbol de la Quina con fondo blanco que representa nuestro reino vegetal. Y en el inferior la Cornucopia de color dorado con monedas de oro, con fondo rojo que representa la riqueza mineral de nuestro país.

