

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO IX - NÚMERO 16 / DICIEMBRE 2020





GENERAL DE DIVISIÓN CÉSAR AUGUSTO DE LA FUENTE ÁLVAREZ

Nació en Lima el 3 de junio de 1877 y fue hijo de Manuel de la Fuente y Manuela Álvarez. Se le confirió la clase de subteniente con fecha 19 de marzo de 1895. Ascendió a teniente el 2 de enero de 1899 y sirvió en la Escuela Militar hasta el 31 de enero de 1903.

Ascendió al grado de capitán el 27 de julio de 1903, prestando servicios en el Batallón N° 3, donde permaneció hasta el 30 de marzo de 1904, retornando a la Escuela Militar hasta el 14 de febrero de 1907. Cursó estudios en la Escuela Superior de Guerra entre 1907 y 1909. El 1° de febrero de 1908 ascendió al grado de mayor.

Entre diciembre de 1909 y diciembre de 1912 permaneció en Francia, asignado a los regimientos de infantería 14 y 18. De vuelta al Perú, con el grado de teniente coronel, fue primer jefe del Batallón N° 3 hasta agosto de 1913. Entre setiembre y diciembre de ese mismo año fue sub director de la Escuela Militar de Chorrillos y de julio de 1915 a junio de 1917 su director. Como coronel, grado al que ascendió en 1916, fue nombrado Ministro de Guerra y Marina, entre el 27 de julio de 1917 y el 26 de junio de 1918.

El 2 de octubre de 1918 fue designado jefe de la Zona Judicial de la Tercera Región Militar y entre junio y diciembre de 1919 comandante general de la 3ª División. De enero a diciembre de 1920 fue agregado militar en Bélgica y Londres.

En junio de 1922 prestó juramento como jefe de la Zona Judicial de la Segunda Región de Lima y de enero a noviembre de 1926 fue Intendente General de Guerra. Ascendió a general de brigada el 16 de octubre de 1926 y, de diciembre de ese año a marzo de 1928, fue nuevamente director de la Escuela Militar de Chorrillos. Entre abril de 1928 y julio de 1931 fue jefe del Pensionado Militar en Europa; de agosto de 1931 a junio de 1934 jefe de la Misión Militar en Francia y Bélgica; y de julio de 1934 a marzo de 1936 agregado militar en Estados Unidos de Norteamérica.

Ministro de Relaciones Exteriores del 22 de octubre de 1936 al 29 de octubre de 1937; luego, Embajador Especial enviado al Japón al frente de una misión económica y cultural. De marzo a diciembre de 1940 fue presidente del Consejo de Oficiales Generales.

Ascendió a general de división el 31 de diciembre de 1940, fue nuevamente Ministro de Guerra entre 1941 y 1944. Pasó a la situación militar de retiro el 3 de junio de 1945. Falleció el 12 de julio de 1962, a los 85 años.

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

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL
General de Brigada (R) Alonso Esquivel Cornejo

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

EDITOR DE LA REVISTA
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

CORRECCIÓN DE ESTILO
General PNP (R) Jorge López Zapata

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA
Socorro Gamboa García

SECRETARIA
Yasmina Santos Agapito

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

Edición diciembre 2020
Año 9 - Número 16
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

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

Edición digital
Lima - Perú

ÍNDICE

PRESENTACIÓN <i>Alonso Esquivel Cornejo</i> _____	7
------------------------------------------------------	---

ARTÍCULOS

NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES ENTRE LA FALTA ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA Y EL DELITO DE FUNCIÓN <i>Nicanor Helvio Molina Tomasto</i> _____	13
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ACUSACIÓN DIRECTA EN EL CASO DEL DELITO DE DESERCIÓN <i>Celestino Causillas Aguilar</i> _____	21
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

EL TRATAMIENTO DEL PREVARICATO Y OTRAS CONDUCTAS AFINES EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	29
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL FUERO COMÚN Y EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL <i>Gina Paola Alca Martínez</i> _____	39
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

DETENCIONES EN EL MARCO DE CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES Y CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONAL <i>Luis Antonio Rocca Erquiaga</i> _____	45
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE ARTÍCULOS DEL
CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y LA INCLUSIÓN
DE OTROS PARA MEJORAR LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL EN EL PERÚ
Roosevelt Bravo Maxdeo _____ 53

EL COMPLIANCE COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN
DEL DELITO DE FUNCIÓN MILITAR POLICIAL
Gustavo A. Botetano Villafuerte y Alfonso Moquillaza Janampa 61

LOS CIENTO VEINTIDÓS AÑOS DE LA JUSTICIA
MILITAR DEL PERÚ
Roosevelt Bravo Maxdeo _____ 69

EL DELITO DE DESOBEDIENCIA Y SU APLICACIÓN
NORMATIVA
Edgar Vera García _____ 73

ESTADO SITUACIONAL DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA
EN LAS FISCALÍAS MILITARES POLICIALES DE PIURA,
SULLANA Y TALARA
Juan Carlos Rojas Andaluz _____ 83

EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA
¿NORMA PENAL EN BLANCO O ELEMENTO
NORMATIVO DEL TIPO?
Jesús Salvador Paredes Amanqui _____ 97

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA
Carlos Nicolás Rodríguez Urday _____ 109

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE DIVISIÓN CÉSAR
AUGUSTO DE LA FUENTE ÁLVAREZ
Roosevelt Bravo Maxdeo _____ 123

PRESENTACIÓN

Presentamos el número 16 de nuestro “Jurista del Fuero Militar”, en una coyuntura muy difícil para el mundo y para el Perú, a raíz de la persistencia de la pandemia generada por el “coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV-2”, que viene causando una mortandad dolorosa y afectando profundamente la economía mundial, entre otros.

En el Fuero Militar Policial el trabajo ha continuado, tomándose las medidas pertinentes, porque la administración de justicia penal militar policial no puede parar, como no puede parar la publicación de nuestra revista, aun cuando solo lo hagamos por medios digitales, debido a los recortes presupuestales que han ocurrido.

Estamos agradecidos a todos nuestros colaboradores por haber hecho posible la aparición de este número de nuestra revista, que es también vuestra, amables lectores.

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

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

Nicanor Helvio Molina Tomasto¹

NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES ENTRE LA FALTA ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA Y EL DELITO DE FUNCIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. APARIENCIA PRIMIGENIA; III. FALTA ADMINISTRATIVA; IV. DISTINCIÓN ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL; V. DELITO DE FUNCIÓN; VI. NON BIS IN IDEM ADMINISTRATIVO Y PENAL; Y VII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

En este artículo se analizan los límites entre la falta administrativa disciplinaria y el delito de función, haciendo referencia a la evolución que ha tenido en el derecho comparado y la decisión final que ha tomado al respecto el Tribunal Constitucional del Perú.

ABSTRACT

This article analyzes the limits between disciplinary administrative offenses and the official misconduct, referring to the evolution that it has had in comparative law and the final decision that the Constitutional Court of Peru has made in this regard.

1 Coronel de servicios de la PNP. Fiscal Supremo Adjunto ante la Sala de Guerra del Tribunal Supremo Militar Policial.

I. INTRODUCCIÓN

La actuación policial genera siempre expectativa en la población y cuando ella se realiza con acierto y rapidez nos llena de orgullo a los más de cien mil efectivos que vestimos ese uniforme, irradiándose ese buen accionar, además, a toda la población nacional que percibe que uno de los órganos de control social, encargado de velar por la seguridad ciudadana, cumple con su deber.

Por el contrario, cuando el personal policial no cumple con su labor a cabalidad, su accionar se somete al escrutinio del público y se espera que la entidad policial actúe de manera rápida y haga uso de los mecanismos de protección de la disciplina. Por ello, los integrantes de la Policía Nacional están sujetos a un Régimen Disciplinario que tiene un baremo o tabla que contiene las escalas de sanciones que van de las más simples, como es una amonestación, hasta las sanciones muy graves. El otro mecanismo de control es la Justicia Militar, en caso que el efectivo policial haya incurrido en un delito de función.

En esas circunstancias, surge un problema: ¿quién es competente para investigar la conducta impropia del efectivo policial?, ¿qué norma ha sido objeto de trasgresión?, ¿la norma disciplinaria o la norma penal?, ¿puede el mismo caso ser visto por el organismo disciplinario y también por la Justicia Militar Policial?

Surgirán cuestionamientos y se dirá que un mismo caso no puede ser visto por dos instancias diferentes. La defensa del infractor e imputado invocará el *ne bis in ídem*; no obstante, consideramos que conocido un evento de trasgresión de la norma administrativa que tenga la calidad de falta grave, debe ser puesto en conocimiento de la Fiscalía del Fuero Militar Policial, y, a su vez, puede realizarse la investigación administrativa disciplinaria.

Se dice que la vía administrativa es más rápida y actúa de manera eficaz², sancionando o absolviendo al investigado. La Justicia Militar también puede avocarse al hecho cuando la falta administrativa que es objeto de investigación administrativa disciplinaria está configurada como delito de función; no se atenta contra el *ne bis in ídem*, tampoco lo resuelto por la instancia administrativa es vinculante para la jurisdicción militar policial, por ello la Ley N° 30714, “Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, en su artículo 1°, numeral 2), refiere que el “procedimiento disciplinario sancionador es independiente de los procesos jurisdiccionales...”. Consideramos que ante una falta de carácter grave, no hay competencia exclusiva, el Estado tiene el derecho de castigar, y su manifestación se encuentra tanto en el *ius puniendi* administrativo como en el penal.

2 “Con la eficacia en las actuaciones administrativas se pretende básicamente que los procedimientos logren su finalidad, para lo cual las autoridades removerán de oficio, entre otros, los obstáculos puramente formales”. CFR.: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial U. Externado de Colombia, 2003, Colombia, pág. 76.

II. APARIENCIA PRIMIGENIA

El presente ensayo pretende establecer límites entre la falta administrativa disciplinaria y el delito de función, para poder limitar las competencias funcionales. En un primer momento existían criterios dispares en cuanto a quién es competente para pronunciarse sobre un hecho que tiene apariencia de falta y de orden punitivo. Se invocaba que se afectaba el principio del *ne bis in ídem*, que se estaba juzgando dos veces por el mismo hecho, tanto en la vía administrativa como en la penal. Esta diferencia no sólo se ha dado en el país, sino en el extranjero, como en España, donde han existido sentencias contradictorias que excluían la una de la otra; luego, se han ido superando esas diferencias hasta establecerse un lineamiento acorde a los tiempos modernos, que implica que la actuación administrativa es independiente de la penal, lo cual ocurre también en el Perú, tras la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

III. FALTA ADMINISTRATIVA

Ante el comportamiento no adecuado de los integrantes de una entidad del Estado, surge el “Procedimiento administrativo sancionador que tiene por finalidad hacer posible que la Administración haga

efectivas (las) sanciones contra los administrados ante la comisión de infracciones calificadas como tales por la Ley...”³. Las normas penales son externas mientras que las normas disciplinarias son de carácter interno, por lo que “la Administración, para mantener la disciplina interna de su organización, ha dispuesto siempre de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes, sanciones atañentes normalmente al régimen funcional de los sancionados”⁴.

La potestad disciplinaria tiende a impedir futuras acciones que dañen la organización. “La finalidad de esta previsión sancionadora no es solo retributiva de la acción u omisión constitutiva de la infracción, sino también preventiva o disuasoria de la comisión de infracciones”⁵, por ello la Policía Nacional, al constatar las faltas administrativas previstas en el Reglamento de Régimen Disciplinario, tiene que aplicarlas en el ámbito de su potestad disciplinaria, pues “Las sanciones disciplinarias, nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación del empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial”⁶.

3 CFR.: GUZMAN NAPURI, Christian, “Procedimiento Administrativo Sancionador”, 1ra. ed., Lima, Instituto Pacífico, 2019, pág. 19.

4 CFR.: GARCIA DE ENTERRIA et al, “Curso Derecho Administrativo”. T.II, 4ta. ed., Madrid, Edit. Civitas, 1993, pág.169.

5 COSCULLUELA MONTANER, Luís, “Manual de Derecho Administrativo, Parte General”, 24 ed. Navarra, Editorial Aranzandi, 2013, pág. 565.

6 CFR.: CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, T II, 1ra. Edición, Lima, Palestra Editores, 2010, pág. 56.

Quien puede establecer los límites entre las faltas administrativas y el delito de función, es solamente el legislador; “es quien decide qué sanciones puede confiar al Derecho administrativo y cuáles, en cambio, han de reservarse al Derecho penal como penas que exigen la intervención de un Juez o Tribunal...”⁷, y que se sepa, no existe limitación alguna que precise la barrera que separa una de otra; da amplia facultad a la potestad disciplinaria administrativa.

En tal sentido, la Ley N° 30714, Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, de 30 de diciembre de 2017, en su Título Preliminar, Principios Rectores, artículo 1°, numeral 2, establece: “El procedimiento disciplinario sancionador es independiente y distinto de los procesos jurisdiccionales civiles, penales u otros; y está orientado a establecer la responsabilidad administrativo-disciplinaria en las que incurre el personal de la Policía Nacional del Perú”, argumento legislativo que se corrobora en su correspondiente reglamento: Decreto Supremo N° 003-2020-IN, Artículo VIII, numeral 2.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico N° 3 de la sentencia recaída en el Exp. N° 10426-2006-PA/TC, de 7 de noviembre de 2007, señala: “lo resuelto en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso en el fuero judicial, debido

a que se trata de dos procesos de distinta naturaleza y origen...el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional; mientras que el proceso en la vía judicial conlleva una sanción punitiva”.

IV. DISTINCIÓN ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL

Es necesario establecer los cánones que determinen las diferencias existentes entre el acto ilícito administrativo y el penal. En principio, ambos se enmarcan dentro de “la potestad sancionadora del Estado, en la que se engloban sus dos manifestaciones represoras básicas: la judicial penal y la administrativa sancionadora”⁸. Existe una teoría diferenciadora que encuentra rasgos no comunes de carácter formal, como que el ilícito penal está a cargo de un juez y el ilícito administrativo a cargo de un funcionario público y otra teoría unitaria, también denominada teoría ecléctica, que señala diferencias cualitativas. En cuanto a su identidad, Manuel Gómez Tomillo refiere: “Entendemos que delitos e infracciones administrativas mantienen una estructura idéntica (ambas son siempre acciones típicas, antijurídicas y culpables) y se orientan a la protección de bienes jurídicos. Lo contrario, en ambos casos, conduciría a la arbitrariedad”⁹.

7 CFR.: MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, 9na. Edición, Montevideo, editorial B de F, 2012, pág. 40.

8 CFR.: NIETO GARCIA, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, 5ta. Ed., Madrid, Editorial Tecnos, Madrid-España, 5ta. edición. 2012, pág. 124.

9 CFR.: GOMEZ TOMILLO, Manuel, et. al. “Derecho Administrativo Sancionador. Parte General”, 3ra. Edición, Madrid, Editorial Aranzadi, 2013, pág. 87.

De otro lado, buscando respuestas a quien tiene la exclusividad de la sanción en el tema propuesto, hallamos que “no existen diferencias sustanciales entre ambos fenómenos, delitos e infracciones administrativas”¹⁰, pues se tiene que recurrir a “una combinación de criterios de oportunidad y proporcionalidad, lo que, a su vez, tiene que ver con la gravedad de la conductas, suministra una mínima solución al problema apuntado”¹¹, aun cuando está claro que el Estado está en la obligación de sancionar las conductas infractoras y delictivas, por el poder punitivo único que posee. Este “conjunto normativo punitivo se fracciona inequívocamente en dos subgrupos normativos (las manifestaciones): el penal y el administrativo sancionador”¹².

Tanto el Código Penal Común como el Código Penal Militar Policial establecen las conductas punitivas en su cuerpo normativo, las faltas administrativas en que pueda incurrir el personal policial están previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Visto así, “El *presupuesto* del ilícito *penal* es el *delito* (la infracción criminal), el del ilícito *administrativo* la infracción *administrativa*. El ilícito *penal* se describe y tipifica en el Código Penal y las leyes penales especiales, el *administrativo* en la legislación de este orden. El injusto penal se sanciona con *penas* o da lugar a la imposición de *medidas de seguridad*. El

ilícito administrativo, a sanciones no penales, si no administrativas que imponen las Administraciones en el ejercicio del *poder sancionatorio* que les es propio”¹³.

No todas las conductas establecidas como faltas tienen que revestir connotación penal. Una sanción grave para el personal policial es el pase a la situación de retiro, y quizá esa conducta reprochable administrativamente, no puede estar contemplada en el ordenamiento punitivo militar policial, sin embargo, la sanción administrativa puede ser drástica, como dice un autor citado: “ante un mismo comportamiento ilícito podríamos encontrar que la sanción administrativa resulta ser más intensa ...”¹⁴.

En un caso concreto, un efectivo de la sanidad que contrajo matrimonio con un transexual sin autorización del comando fue objeto de una sanción administrativa por falta contra la Obediencia, siendo pasado a la situación de retiro y luego denunciado al Fuero Militar Policial por Desobediencia, delito del que fue absuelto y repuesto finalmente en su puesto por el Tribunal Constitucional, al resolver favorablemente una Acción de Amparo¹⁵. En el fundamento jurídico N° 29 de la sentencia, haciendo referencia al fundamento jurídico N° 17 de la STC 2050-2002-AA/TC, el Tribunal dijo “(...) que cuando una conducta afecta simultáneamente a bienes jurídicos

10 Op. Cit., pág. 120.

11 Op. Cit., pág. 122.

12 CFR.: NIETO, Op. Cit., pág. 135.

13 CFR.: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Derecho Penal Parte General”, 1ra. ed., Lima, Juristas Editores, 2009; pág. 53.

14 CFR.: GUZMÁN, Op. Cit., pág. 24.

15 STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC de 24NOV2004.

administrativos y penales-militares la sanción administrativa eventualmente podrá efectuarse una vez finalizado el proceso penal..., siendo que la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial”.

Más adelante, el Tribunal Constitucional ha superado este viejo criterio, siendo más flexible con la potestad sancionadora disciplinaria, dado que ya no se requiere previamente que los hechos hayan sido probados en sede judicial, primando el principio de la autonomía de la responsabilidad administrativa, contemplada en la Ley del Régimen Disciplinario de la PNP y su Reglamento, D. S. N° 003-2020-IN, de 14 de marzo de 2020, como se ha señalado anteriormente.

V. DELITO DE FUNCIÓN

La Constitución Política del Perú, en el artículo 173°, establece que: “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar...”, norma constitucional que se desarrolla en el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, donde se establece: “El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o Policía en situación de actividad, en acto de 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”.

Respecto a los elementos objetivos del delito militar, (entiéndase delito de función), la STC 017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004¹⁶, hace referencia que se exige “la presencia de tres notas esenciales: a) las conductas deben afectar bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional –objeto material–; b) el sujeto activo debe ser un militar en servicio activo –círculo de autores–; y c) el hecho punible ha de haber sido cometido en acto del servicio, es decir, con ocasión de él –circunstancias externas del hecho–”¹⁷.

En el delito de función, “podría adoptarse un criterio formal o de ubicuidad, con arreglo al cual todos los delitos que contiene el CJM serían delito de función”¹⁸, y el criterio material que considera que “en el delito de función subyace un deber propio, inherente y exclusivo de los miembros de las FFAA y PNP” (y esta es la razón para considerar al delito de función como delito especial)¹⁹.

VI. NEN BIS IN IDEM ADMINISTRATIVO Y PENAL

El principio del *nen bis in idem*, por el cual un mismo hecho no puede ser objeto

16 Concepto del Delito de Función recogida en el fundamento 36 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0012-2006-PI/TC del 15DIC2006.

17 CFR.: SAN MARTIN CASTRO, César, “Derecho Procesal Penal, Lecciones”, Editores Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2015, pág. 149.

18 CFR.: MEINI MENDEZ, Iván, et al, “La Reforma del Derecho Penal Militar”, en “Observaciones en torno a Parte General del Código de Justicia Militar”, 1era. ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pág. 198.

19 Ibid., pág. 199-200.

de sanción dos veces, tiene dos vertientes: uno material y el otra procesal. En su vertiente material, “puede ser definido como la prohibición de sancionar simultanea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional”²⁰, y en la vertiente procesal, a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.²¹

Un argumento común del personal policial comprendido en una investigación administrativa disciplinaria es que por el mismo hecho se le está investigando doblemente, tanto en la vía administrativa como en la vía judicial. Es un argumento muy recurrido en la administración pública ya que, “con mucha frecuencia los servidores públicos argumentan que si son investigados administrativamente no tienen por qué ser emplazados ante el poder judicial, o viceversa, interpretando equivocadamente el artículo 139° inciso 2 de la Constitución Política...”²² Como refiere Mory Príncipe, “la conducta de un servidor puede ser objeto de emplazamiento tanto en el fuero civil, en la vía penal o administrativamente al interior de la entidad de la que forma parte”²³.

En un principio el Tribunal Constitucional Peruano consideraba que tanto la sanción punitiva con la sanción disciplinaria no podían converger.²⁴ Esa era también

la opinión del Tribunal Constitucional Español, que, por ejemplo, en la Sentencia de 30 de enero de 1981, fundamento 4, establecía sobre el *non bis in ídem* “que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración... que justificase el ejercicio del ‘ius puniendi’ por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”, interpretación que obedecía a que su propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y Procedimiento Administrativo Común establece en su artículo 133^{o25}, que “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que no se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional Español, en su Sentencia 50/1983 de 14 de junio de dicho año, reconoció la potestad sancionadora de la administración pública, debido a la “relación de supremacía especial que media ente la Administración y sus funcionarios. El ejercicio de esta potestad no está limitado por el principio *non bis in ídem*”, basado en que “El sustento de esta acumulación de sanciones será que, en

20 CFR.: GÓMEZ, Op. Cit., pág. 212.

21 CFR.: STC. EXP. N.º 03495-2011-PHC/TC del 18 de octubre del 2011, fundamento 2.

22 CFR.: MORY PRÍNCIPE, Freddy, “El proceso Administrativo Disciplinario”, 2da. Ed., Lima, Editorial Rodhas, 2002, p. 156.

23 Ibid.

24 Vid. Nota 15.

25 CFR.: GÓMEZ, Op. Cit., pág. 214 y 215.

estos supuestos, no se presenta una identidad de fundamento”²⁶.

Para que no se active el principio *ne bis in ídem* se requiere que exista una “relación de supremacía especial”; la Administración, al margen de la actividad jurisdiccional, tiene sobre sus funcionarios la potestad sancionatoria y no es amparable este principio. Ya se estableció en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de junio del 2001, que los militares pueden ser sancionados por el fuero militar y por la entidad administrativa: “El legislador disciplinario entiende que, en virtud de la relación especial de sujeción que une a los militares con el Estado, [...] además de la pena que por el hecho delictivo corresponde, que es consecuencia de la responsabilidad contraída con la sociedad en general [...] da lugar a que emerja una responsabilidad de otro carácter –en este caso disciplinario– que tiene raíz en ese plus de moralidad que es exigible a todos los miembros de dichas Fuerzas...”²⁷.

En el Perú se tiene ya claro que el Tribunal Constitucional ha fijado que las bases de las sanciones disciplinarias son independientes de lo resuelto en el fuero judicial²⁸. En igual sentido la Corte Suprema de Justicia precisó: “la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia

de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines...”²⁹.

VII. CONCLUSIÓN

1. La Justicia Militar también puede avocarse a hechos que es objeto de investigación administrativa disciplinaria y que ella esté configurada como delito de función; no se atenta contra el principio “*ne bis in ídem*”.
2. En un primer momento existían criterios dispares en cuanto a quien era competente para pronunciarse sobre un hecho que tiene apariencia de falta y de orden punitivo.
3. En la relación de sujeción especial que se encuentra el personal policial con el Estado, puede ser objeto de sanción administrativa y sanción penal.
4. La Policía Nacional, al constatar faltas administrativas previstas en el Reglamento de Régimen disciplinario, tiene que aplicarlas en el ámbito de su potestad disciplinaria.
5. Lo resuelto en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso en el fuero judicial.

26 CFR.: GARCÍA CAVERO, Percy, et al, “Derecho Administrativo Sancionador”, en “El principio del *ne bis in ídem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa”, 1ra. ed., Lima, Editorial Instituto Pacífico, 2017, (p. 285-286).

27 CFR.: NIETO, Op. Cit. pág. 467.

28 Vid. Nota 7.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala Permanente, R.N. 2090-2005, Lambayeque de 07 de junio de 2006.

Celestino Causillas Aguilar¹

ACUSACIÓN DIRECTA EN EL CASO DEL DELITO DE DESERCIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DE LA ACUSACIÓN DIRECTA, III. PRESUPUESTOS JURÍDICOS Y GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, PARA LA APLICACIÓN DE LA ACUSACIÓN DIRECTA EN LOS DELITOS DE DESERCIÓN; IV. GARANTÍA DEL DERECHO DEL AGRAVIADO, SU CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL: ¿QUIÉN, ¿CUÁNDO, PARA QUÉ Y CÓMO?; V. ESTADO DE LA DECLARACIÓN DE REO AUSENTE; VI. COMPETENCIA Y FACULTAD DEL JUEZ EN LA ETAPA INTERMEDIA FRENTE A LA ACUSACIÓN DIRECTA; VII. CONCLUSIÓN; Y VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor postula la aplicación de la “acusación directa” en el Fuero Militar Policial, en los procesos seguidos contra desertores del Servicio Militar Voluntario, aplicando disposiciones del Código Procesal común, por remisión del artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

ABSTRACT

The author postulates the application of “direct accusation” in the Military and Police Court, in the processes followed against deserters from the Voluntary Military Service, applying provisions of the Common Procedural

1 Oficial del Servicio Jurídico del Ejército del Perú, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Magister en Derecho Civil y Comercial, Magister en Desarrollo y Defensa Nacional, Doctor en Derecho, Post Doctor en Ciencias, presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Norte 2020.

Code, by reference to Article XV of the Military Police Criminal Code's Preliminary Title.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de Deserción, tipificado en el Art. 105° del Código Penal Militar Policial (CPMP), es considerado como un proceso común, por lo que se debe cumplir con las tres etapas del proceso penal (investigación, intermedia y juicio). En un muestreo realizado en el Tribunal Superior Militar Policial del Norte, el 99% de los autos de enjuiciamiento remitidos por los diferentes juzgados militares policiales por este delito, corresponden a la tropa del Servicio Militar Voluntario (TSMV) y están con acusación en ausencia del investigado, sustentado, en la mayoría de casos, solo con el parte de deserción formulado por la unidad militar donde se cometió el delito.

Asimismo, en el delito de Deserción², la declaración de reo ausente se concretiza a nivel del Tribunal Superior, cuando no concurre el acusado a la audiencia de inicio, y una vez conducido el acusado por la fuerza pública por tener requisitoria y puesto a derecho, el 99% de ellos se acogen

a mecanismos de simplificación procesal como es la institución jurídica de “Conclusión Anticipada”, previsto en el Art. 372° del Código Procesal Penal, el mismo que se ha venido aplicando en los Tribunales Superiores Militares Policiales, en remisión al Art. XV del Título Preliminar del CPMP.

Por otra parte, en un muestreo de plaza realizado, se ha evidenciado que, desde el inicio de la investigación preparatoria hasta el ingreso a la mesa de partes del Tribunal Superior Militar Policial, el auto de enjuiciamiento de los procesos por el delito de Deserción, en el 99% de casos, sobrepasan los diez meses y, agregando a ello el llevar a cabo el juicio y dictar la sentencia, en la mayoría de casos, se concretiza en un período mayor a los dieciocho meses y, algunos de ellos, incluso prescriben por no ser ubicados los acusados.

Se aprecia que el procedimiento común como se encuentra establecido en el Código Penal Militar Policial para los procesados de TSMV por Deserción, e incluso para el personal de oficiales y sub oficiales, resulta dilatorio en su trámite, atentando contra el principio de celeridad del procedimiento y se alcance con prontitud un pronunciamiento sobre la responsabilidad

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

penal del infractor; igualmente, atenta contra el principio de economía procesal, en razón de que las actuaciones en la etapa de investigación preparatoria para los casos de delitos de desertión de Tropa, resultan repetitivas de la documentación remitida por la unidad militar donde el efectivo cometió el delito de desertión, que bien podría recabar el Fiscal con las garantías del debido proceso, dentro de una investigación preliminar, en un plazo menor, lo que le permitiría utilizar el mecanismo de simplificación procesal de la acusación directa.

La acusación directa es un mecanismo que forma parte del proceso común y busca evitar trámites innecesarios que atentan contra la simplificación procesal. Contribuye a que el proceso penal se resuelva en menor tiempo, ayudando a que se materialice el principio de celeridad procesal³, aplicable cuando existen suficientes elementos de convicción que determinen la responsabilidad del sujeto, y es un mecanismo favorable para el procesado, como lo son también los otros mecanismos que han transformado el Proceso Penal en el Perú, incorporados en nuestro sistema, como el uso de las salidas alternas o mecanismos de simplificación procesal.

Entre los mecanismos de simplificación procesal se tiene: “la acusación directa, proceso inmediato, terminación anticipada, conclusión anticipada del juicio, colaboración eficaz”. El Código Procesal Penal (CPP) considera dos tipos de salidas alternativas en estricto que permiten solucionar el conflicto penal, distinta a la persecución

tradicional de juicio y pena, siendo estas instituciones: “El principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios”.

El Código Penal Militar Policial vigente no ha incorporado el uso de las salidas alternas o mecanismos de simplificación procesal, aplicándose en forma singular por algunos Tribunales Superiores Militares Policiales uno de los mecanismos de simplificación procesal: la “conclusión anticipada del juicio” en remisión del Art. XV del Título Preliminar del CPMP.

Siendo el otro mecanismo de simplificación procesal “la Acusación Directa”, resultaría pertinente su aplicación en la jurisdicción militar policial, por remisión del Art. XV del Título Preliminar del CPMP, para lograr con prontitud y eficacia la conclusión del proceso penal militar policial. En este artículo se postula la acusación directa en los delitos de desertión seguidos contra el personal de TSMV.

II. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DE LA ACUSACIÓN DIRECTA

La institución jurídica de la “Acusación Directa” se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, en el Art. 336°, Inc. 4, en los siguientes términos: “*El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación*”, cuya aplicación fue debatida en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales

3 El principio de celeridad procesal es un asunto transcendental que caracteriza al sistema procesal peruano, el que a su vez forma parte del derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, que implica un equilibrio razonable entre celeridad, rapidez, velocidad, prontitud, del proceso, garantizando así el derecho de defensa. Llico y Ruiz (Tesis -2015: 56)

Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, arribando al Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010.

Entre sus alcancen se precisa que sí la acusación directa cumple con los presupuestos contemplados en el Art. 349° del CPP, relacionado al contenido de la acusación y cuenta con los mismos elementos de la formalización de la investigación preparatoria prevista en el Art. 336°, inciso 1, del CPP⁴, con lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

De esta forma la acusación directa a nivel jurídico y dogmático en el acuerdo plenario N° 6-2010/CJ-116, se define como “*un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios*”, que faculta al fiscal a formular directamente acusación, si concluidas las diligencias preliminares o recibido el informe policial considera que los elementos obtenidos en su investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del

imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal.

III. PRESUPUESTOS JURÍDICOS Y GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO PARA LA APLICACIÓN DE LA ACUSACIÓN DIRECTA EN EL DELITO DE DESERCIÓN

La acusación directa no está delimitada para un tipo delictivo. Su condicionante es que los elementos obtenidos en la investigación preliminar sean determinantes de la comisión del delito y de la intervención del imputado. En el CPMP se encuentra delimitado la investigación preliminar y la etapa preparatoria, no habiéndose instituido la acusación directa, a pesar de ser considerada como el mecanismo de aceleración del proceso, aplicable al concluir las diligencias preliminares o recibido el informe policial en la jurisdicción común. Sin embargo, nada limita su aplicación en la jurisdicción militar policial al concluir las diligencias iniciales regulados en el artículo 353⁵ y/o el artículo 355⁶ del CPMP.

4 “**Artículo 336 Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.- 1.** Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

5 “**Artículo 353.- Diligencias iniciales.**

Las autoridades militares o policiales que tengan noticia de un delito de función militar o policial lo informarán al fiscal militar policial inmediatamente después de su primera intervención, continuando la investigación bajo su dirección y control.

Las autoridades militares o policiales informarán al fiscal sobre las actuaciones que hayan realizado para investigar un hecho delictivo y remitirán los elementos de prueba recogidos dentro de los siete (7) días, sin perjuicio de continuar participando en la investigación.

La Fiscalía Suprema Militar Policial reglamentará la forma de llevar adelante esta actuación inicial, sobre la base de instrucciones generales.”

6 “**Artículo 355.- Investigación preliminar.**

Cuando el fiscal militar policial tenga conocimiento directo de un delito de función militar policial promoverá las investigaciones preliminares para determinar las circunstancias del hecho y de sus autores y partícipes, dejando constancia del inicio de la investigación preliminar.”

Un mecanismo de aceleración del proceso como es la acusación directa, busca evitar trámites innecesarios, lograr generar respuestas rápidas al conflicto penal, y con relación al delito de Deserción, una vez realizada la investigación preliminar y se tenga fundamentos suficientes para someter a juicio al imputado, se deben cumplir los requisitos de acusación establecidos en el Art. 375⁷ del CPMP, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa de las partes; aún más, la investigación preliminar debe tener las mismas prerrogativas y garantías procesales que una investigación preparatoria dispuesta en el Art. 360 del CPMP. La diferencia en su actuación es el plazo razonable y la aplicación del artículo 356⁸ del CPMP, donde debe incluirse la aplicación de la acusación directa.

Respecto a la garantía del debido proceso, el delito de deserción se encuentra tipificado en el Art. 105 del CPMP y en la aplicación de la figura de la acusación directa se omite la etapa de investigación preparatoria, la acción es ejercida por el Fiscal Militar Policial, la cual se entiende con el imputado, con las garantías dispuestas en

el Art. 199 CPMP y el Procurador Público como defensor de los intereses del Estado, en observancia del Art. 174, y su formulación como acusación directa, no exime cumplir con los presupuestos regulados en el art. 375 del CPMP. Así, también, las partes están facultadas a interponer los recursos pertinentes en el estadio de la investigación preliminar ante el Fiscal y durante la audiencia de control de acusación ante el Juez.

IV. GARANTÍA DEL DERECHO DEL AGRAVIADO, SU CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL: ¿QUIÉN, CUÁNDO, PARA QUÉ Y CÓMO?

En principio al aplicar la institución de la acusación directa, se omite la formalización de la investigación preparatoria; y en lo que respecta al delito de Deserción tipificado en el Art. 105 del CPMP, resulta afectado el Estado, consecuentemente la acción civil es ejercida por el Procurador Público de la institución agraviada directamente, bajo el alcance del Art. 174 de la misma norma penal militar policial.

7 “Artículo 375.- Acusación.

Si el fiscal militar policial estima que de la investigación resultan fundamentos para someter a juicio al imputado, presentará la acusación, la que deberá contener:

- 1.- Los datos que sirvan para identificar al imputado;
- 2.- La relación clara, precisa y detallada del hecho que se le imputa;
- 3.- La fundamentación de la acusación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan;
- 4.- La calificación legal;
- 5.- La determinación precisa del daño cuya reparación se reclama; y
- 6.- El ofrecimiento de la prueba.

8 “Artículo 356.- Valoración inicial.

Dentro de quince días de recibida la denuncia, el informe policial o del instituto o practicada la investigación preliminar, el fiscal dispondrá lo siguiente:

- 1.- La apertura de la investigación preparatoria;
- 2.- La desestimación de la denuncia o de las actuaciones policiales o del instituto; y,
- 3.- El archivo.”

El momento o **cuándo** se constituye el Procurador como actor civil, no se encuentra establecida con precisión en el CPMP, pero **quién** lo autoriza es el Juez de Investigación Preparatoria, conforme al inciso a) del Art. 347 del CPMP; sin embargo, el **cuándo** sí se encuentra precisado en el Art. 101 CPP, que establece: “la constitución del actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria”, dispositivo que viene aplicándose en la jurisdicción penal militar policial por remisión al Art. XV del TP del CPMP; se evidencia que no se encuentra limitada la constitución de actor civil durante la investigación preliminar siempre que sea solicitada al Juez Militar Policial, y que con lo actuado, se haya individualizado el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende el actor civil en defensa del Estado y le permita en su escrito precisar específicamente el quantum indemnizatorio. En los artículos siguientes del CPMP, se encuentra el **para qué** debe constituirse el Procurador Público en Actor Civil, comenzando con el Art. 220 que dispone que es para ejercer la acción resarcitoria emergente del delito y varias otras acciones que están enunciadas por lo menos en una docena de artículos del CPMP. El **cómo** debe constituirse el Procurador Público en actor civil en la jurisdicción militar policial es presentando su escrito ante el Juez Militar Policial, quien corre traslado a las partes del proceso, absolviendo el Fiscal

Militar Policial respecto a la legitimidad y legalidad del requirente, y en aplicación del Inc. a) numeral 2. del Art 347 del CPMP el Juez Militar Policial autoriza la constitución de las partes en audiencia oral y pública, y en caso de la acusación directa el **cuándo** de la constitución de actor civil se encontraría viable antes del vencimiento del plazo dispuesto en el Art. 378 del CPMP, cuando el agraviado es notificado por el Fiscal Militar Policial con la acusación para que por el término de cinco días pueda alegar lo que convenga a sus intereses, oportunidad que se daría para que pueda solicitar ante el Juez su constitución en actor civil y éste, recibido el escrito, correr traslado a las partes y fijar día y hora para la audiencia respectiva, ello interpretando el numeral 13º párrafo tercero del Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116, continuando el Fiscal con el procedimiento del segundo párrafo del Art. 378 del CPMP, recibido los alegatos y transcurrido el plazo fijado, remitir la acusación al Juez, quien proseguirá el trámite conforme disponen los Arts. 379 y 380 del CPMP.

V. ESTADIO DE LA DECLARACIÓN DE REO AUSENTE

El derecho de defensa se garantiza desde el primer momento en que se da inicio a las diligencias preliminares. Iniciada la investigación, se debe proceder a notificar al imputado en su domicilio real

9 *Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116 del 16NOV2010 párrafo tercero, numeral 13: “En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme el Art. 100 del CPP y antes de que concluya el plazo establecido en el Art. 350 CPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal b) conforme el cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral”.*

o procesal señalado, conforme dispone el Ar. 201 del CPMP. Sin embargo, es preciso responder ¿qué pasaría si a pesar de estar debidamente notificado en su domicilio real, que figura en la ficha de RENIEC, así como en los documentos alcanzados por la unidad militar que se anexan al parte de deserción, el imputado no se presenta y se ignora su ubicación? En esta situación es importante tener presente lo dispuesto en el numeral 2 de Art. 199 del CPMP, relativo al derecho que le asiste de guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad, lo que significa la no procedencia de declarar reo ausente solo con fines de recibir su declaración, por lo que se tiene que considerar otras actuaciones fiscales en las que se requiera la presencia del imputado. Además, el Fiscal debe garantizar haberse realizado la debida notificación a los domicilios conocidos del imputado; si fuera ello así, corresponde evaluar la aplicación de la figura jurídica de ausencia o contumacia regulado en el Art. 206 del CPMP, cuya aplicación no suspende el proceso penal; por tanto, es procedente la acusación directa del imputado que no prestó su declaración a nivel de investigación; sin embargo, en garantía del debido proceso, teniendo en cuenta el principio de inmediación regulado en el Art. 387 del CPMP, el juicio se realiza con la presencia ininterrumpida de los vocales y de las partes, concordado con el Art. 119-A e inciso 1) del art. 356 del CPP, que dispone la presencia obligatoria del imputado en juicio; consecuentemente, existiendo el emplazamiento respectivo en citación de juicio, procede ser declarado ausente o contumaz, archivándose provisionalmente el proceso, salvo que exista pluralidad de procesados, pudiendo el ausente o contumaz ser absuelto, pero no condenado.

VI. COMPETENCIA Y FACULTAD DEL JUEZ EN LA ETAPA INTERMEDIA FRENTE A LA ACUSACIÓN DIRECTA

Al recibir la acusación directa, se debe proceder tan igual que ante una acusación formal que realice el fiscal, debiendo tenerse incluso presente la actuación previa que dispone el Art.378 del CPMP, esto es, comunicar la acusación al actor civil y/o al agraviado, para que dentro del término de cinco días procedan a alegar lo que corresponda a sus intereses y una vez recibidos o no los alegatos y elementos de prueba presentados por el actor civil y/o agraviado, el Fiscal remitirá la carpeta fiscal con la acusación directa al Juez Militar Policial, quien debe comunicar a la defensa técnica del acusado para que en el plazo de 10 alegue lo que corresponda, en los términos señalados en el Art.379 del CPMP, vencido cuyo plazo el Juez convocará a las partes a una audiencia preliminar de control de acusación, donde se tratarán las cuestiones planteadas, evitando se discutan cuestiones propias del juicio oral.

Finalizada la audiencia preliminar, el Juez dictará el auto de enjuiciamiento, siendo una resolución no impugnabile, que contendrá, bajo sanción de nulidad, lo dispuesto por el Art. 383 del CPMP, el cual es notificado al Fiscal y a los demás sujetos procesales, y dentro de cuarenta y ocho horas de la notificación, el juez hará llegar a la Sala o al Tribunal Superior Militar Policial los actuados correspondientes, así como a los detenidos, en caso de haberlos.

VII. CONCLUSIÓN

Con la acusación directa en la jurisdicción militar policial, se estaría logrando la

simplificación procesal para el justiciable, omitiendo formalismos o diligencias innecesarias, particularmente en los delitos de deserción, pudiendo también aplicarse en otros delitos de función regulados en el Código Penal Militar Policial, siempre que con las diligencias actuadas preliminarmente por el Fiscal se establezcan, suficientemente, la realización del delito y la intervención como autor o partícipe del imputado.

La aplicación de la acusación directa en la jurisdicción militar policial, bajo el procedimiento señalado en el presente artículo, garantiza el cumplimiento del debido proceso, tanto para el procesado como para el agraviado. La presentación del material probatorio se encuentra normado, la constitución del actor civil se encuentra garantizado previamente a la convocatoria a la audiencia de control de acusación: y, asimismo, el procedimiento de control formal y sustancial de la acusación se encuentra garantizada durante la etapa intermedia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Arbulú M (2014) La investigación preparatoria. Instituto Pacífico Actualidad Penal.
- Condori S (2017) La acusación directa como garantía y simplificación de derechos constitucionales en el Código Procesal Penal del 2004 a diferencia del proceso inmediato. Tesis para abogado en la Universidad Peruana Los Andes-Huancayo. <<http://173.244.209.199/bitstream/handle/UPLA/504/TESIS.pdf?>>
- Millán G (1980) El delito de deserción Militar. Tesis para Doctor, Universidad de Sevilla. <<https://scholar.google.com.pe/scholar?>>
- Mendoza B (2018) La despenalización del delito de deserción en el Perú consideraciones desde el bien jurídico.
- Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre del 2010.
- Código Penal Militar Policial, D. Leg. 1094, publicado el 01/09/2010, actualizado al 31/08/2020, <<http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativolibre>>
- Código Procesal Penal, D. Leg N° 957, publicado el 01/07/2004, actualizado al 31/08/2020.
- Tesis para el grado de Maestro en Ciencias de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. <<http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7928>>
- Quispe N (2019) La acusación directa del delito de omisión de la asistencia familiar y su relación con la celeridad procesal en el proceso inmediato, en el distrito judicial de Cañete-Periodo 2016. Tesis para Maestro en Derecho Penal de la Universidad Nacional Federico Villareal. Recuperado <<http://repositorio.unfv.edu.pe/>>.
- Pacheco E (2016) El delito de deserción, Tesis para Doctor, Universidad Militar Nueva Granada-Bogotá, <[https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle /](https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/)>
- Príncipe T (2009) La etapa Intermedia en el proceso penal peruano: Su importancia en el Código Procesal Penal del 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimiento Penal, file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/l a-etapa-intermedia-en-el-proceso penal-peruano.
- I Debate jurídico con el pleno de operadores jurisdiccionales, fiscales y defensores de oficio del Tribunal Superior Militar Policial del Norte. Abril 2020. Especial agradecimiento a todo el personal.
- Ley del Servicio Militar, Ley N° 29248 publicado el 28/06/2006.

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

EL TRATAMIENTO DEL PREVARICATO Y OTRAS CONDUCTAS AFINES EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LOS DELITOS DE PREVARICATO Y COHECHO EN LOS CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR DE 1898, 1939, 1959, 1963, 1980 Y 2006; III. EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL VIGENTE; IV. COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO A LOS MAGISTRADOS DEL FUERO MILITAR POLICIAL POR LA COMISIÓN DE DELITOS EN SU FUNCIÓN JUDICIAL O FISCAL; Y V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El autor describe el tratamiento que han tenido el prevaricato y otras conductas afines en los códigos de justicia militar de 1898, 1939, 1950, 1963 y 1980. Trata, igualmente, sobre las razones por las cuales no fueron consideradas estas conductas en los códigos de 2006 y 2010. Considera que sería necesario introducir en el vigente Código Penal Militar Policial algunas de las figuras típicas que sobre la administración de justicia militar policial contemplaba el proyecto respectivo.

ABSTRACT

The author describes the treatment that prevarication and other related behaviors have had in the military justice codes of 1898, 1939, 1950, 1963 and 1980. It is also about the reasons why these behaviors were not considered in the codes of 2006 and 2010. He considers that it would be necessary

1 Editor de la revista: "El Jurista del Fuero Militar Policial".

to introduce into the current Military Police Criminal Code some of the typical figures that the respective project contemplated regarding the administration of military police justice.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando revisamos el vigente Código Penal Militar Policial del Perú, no encontramos tipificadas las conductas ilícitas en las que pueden incurrir los magistrados de la jurisdicción militar policial en el ejercicio de sus funciones judiciales o fiscales.

Esa carencia obedece a una decisión política que, al tiempo de discutirse el proyecto del Código Penal Militar Policial de 2010, tomó el Presidente de la República de entonces, no obstante, lo decidido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009- PI/TC, de 4 de diciembre de 2009.

Históricamente, los códigos de justicia militar que rigieron en el Perú hasta fines del 2005, tipificaron el prevaricato y el cohecho, como conductas en las que podían incurrir los magistrados y funcionarios de la jurisdicción militar.

Hoy pareciera necesario realizar algunas reformas puntuales en el Código Penal Militar Policial e introducir ciertas figuras típicas relativas a la afectación de la correcta administración de la justicia militar policial, dada la actual coyuntura y la sentencia del Tribunal Constitucional de 2009, sobre los alcances de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

II. LOS DELITOS DE PREVARICATO Y COHECHO EN LOS CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR DE 1898, 1939, 1959, 1963, 1980 Y 2006

En el Código de Justicia Militar de 1898,² los delitos de Prevaricato y Cohecho estuvieron tipificados en el Título IV (Delitos contra el servicio en el Ejército), Capítulo II, en los siguientes términos:

“Art. 277.- Cometerán prevaricato:

1° Los jueces que expidan maliciosamente sentencia injusta; violen a sabiendas las leyes del procedimiento y las que determinen la competencia jurisdiccional; citen hechos o resoluciones incompletos o falsos; funden sus fallos en leyes supuestas o derogadas, o se nieguen a administrar justicia bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley.

2° Los Fiscales y Auditores que falten maliciosamente a sus deberes, por favorecer o perjudicar a los enjuiciados.

3° Los defensores que, traicionando la confianza en ellos depositada, perjudiquen a su defendido o descubran sus revelaciones.

4° Cualquiera de las personas que intervienen en los juicios, si prolongan arbitrariamente los términos fijados por las leyes.”

“Art. 278.- Los prevaricadores, comprendidos en los tres primeros incisos del artículo anterior, serán castigados con separación absoluta del servicio, o cárcel de tres a cinco años.”³

2 Código de Justicia Militar del Perú de 1898, edición oficial, oficina tipográfica de El Tiempo, por L. H. Jiménez, Calle de Ica, antes Concha, N° 96 - A, Lima, 1989.

3 “Cárcel en primer grado, de uno a ocho (años)” (Art. 204).

Si el defensor fuese abogado, la pena será prohibición absoluta de defender ante los tribunales militares.

Los comprendidos en el inciso 4º, serán castigados con arresto o separación temporal del servicio. Si fueren abogados, se les prohibirá defender ante los tribunales militares por el término de dos a cinco años.”

“Art. 279.- El militar que, en el ejercicio de cualesquiera funciones, recibiese dádivas o aceptase promesas para ejecutar o no algún acto, sufrirá la pena de separación absoluta del servicio, si fuese oficial; y la de arresto, si fuese individuo de las clases de tropa (art. 720).⁴

Si el cohecho ha tenido por objeto favorecer o perjudicar al enjuiciado, el funcionario o empleado judicial será castigado con cárcel de cinco a ocho años.

Si, por efecto del cohecho, se hubiese impuesto pena de penitenciaría⁵ o de muerte, sufrirá el cohechado la misma pena, en el primer caso, y de veinte años de penitenciaría, en el segundo.

Si la sentencia no se hubiese ejecutado, la pena será de cárcel en segundo grado.”⁶

“Art. 280.- Los militares cohechadores sufrirán la misma pena que los cohechados, concediéndose a su favor circunstancia atenuante solo en el caso de que

el autor del cohecho no fuera superior en grado al cohechado...”

En el Código de Justicia Militar de 1939, el prevaricato fue contemplado en el Título Tercero de la Sección Sexta (De los atentados y extralimitaciones de los que ejercen mando o autoridad), desapareciendo del Código la figura típica del “Cohecho”.

Aun cuando mayormente se contemplaban como prevaricato las mismas conductas que en el Código de Justicia Militar de 1898, en el código de 1939 fueron ordenados de mejor manera y redactados más técnicamente, por lo que copiaremos el texto enteramente, dado que en el futuro serán incluidos en los siguientes códigos de justicia militar, casi textualmente. El bien jurídico protegido, muy general en el código de 1898 (el servicio en el Ejército), fue más especificado (mando o autoridad).

Conforme al Código de Justicia Militar de 1939, el prevaricato estaba previsto, como sigue:

“Art. 335.- Cometén prevaricato los que, sirviendo cargos en la administración de la justicia militar, incurren, maliciosa y deliberadamente, en alguno de los hechos siguientes:

1º. - Expedir sentencia contraria al texto claro y expreso de la ley;

2º.- Fundar sus fallos en leyes supuestas o derogadas, o citar en el hechos o

4 “Art. 720.- El hecho que constituye delito según el artículo 279, es solo falta grave, en los individuos de las clases de tropa, si el monto de la dádiva o de la promesa no excediese de diez soles; y será castigado con sala disciplinaria, hasta por treinta días.

Por la primera vez, se impondrá la misma pena hasta por quince días, como falta leve.”

5 “La pena de penitenciaría es de seis hasta veinte años” (Art. 197).

6 “(cárcel) de más de ocho a quince años, segundo grado” (Art. 204).

resoluciones supuestas, falsas o incompletas;

3°.- Violar las leyes del procedimiento y las que determinan la competencia jurisdiccional;

4°.- Negarse a administrar justicia, bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley;

5°.- Prolongar arbitrariamente los trámites legales;

6°.- Causar maliciosamente la nulidad de las actuaciones.”

“Art. 336.- Los comprendidos en los incisos 1°, 2°, 3°, y 4° serán penados con separación absoluta del servicio; y los incurso en los incisos 5° y 6° sufrirán separación del servicio de uno a tres años.”

“Art. 337.- Son también prevaricadores:

1°.- Quienes desempeñando función o servicio en la justicia militar falten a sus deberes para favorecer o perjudicar a los enjuiciados;

2°.- Quienes ejerciendo el cargo de defensores perjudiquen a sus defendidos, traicionando la confianza en ellos depositada o descubriendo sus secretos;

3°.- Quienes, siendo funcionarios o empleados letrados de la justicia militar, intervengan, sin excusarse, en los juicios que patrocinaron o defendieron como abogados, antes de ejercer el cargo;

Los comprendidos en el inciso primero, serán penados con la separación absoluta del servicio o prisión; los del inciso 2°, si son militares o asimilados, sufrirán separación temporal o reclusión militar, y si fuesen abogados civiles, con la prohibición absoluta de defender ante los tribunales militares; y los incurso en el inciso 3°, con la separación absoluta o prisión.”

En el Código de Justicia Militar de 1950,⁷ el prevaricato fue contemplado en el Título Tercero de la Sección VI (De los atentados y extralimitaciones de los que ejercen mando o autoridad), más precisamente, en los artículos 293°, 294° y 295°. Las conductas descritas en el Código de Justicia Militar de 1939 fueron copiadas, casi textualmente, salvo algunas palabras puntuales que fueron reemplazadas, como hechos por infracciones o actuaciones por actuados y algunas otras precisiones, sin variar en nada el sentido de los textos originales.

En el Código de Justicia Militar de 1963,⁸ el prevaricado fue previsto en el Título Sexto de la Sección VI (De los delitos contra los deberes de función y de las infracciones en el mando o autoridad), en los artículos 210°, 211° y 212°. Cabe notar, que el título de la sección se refiere a la protección de dos bienes jurídicos: el correcto desempeño “de los deberes de función”, donde calza el ejercicio de la administración de justicia militar y el ejercicio del “mando o autoridad”, igualmente,

7 Ministerio de Guerra, Código de Justicia Militar de 1950.

8 CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR, Ley Orgánica y Código de Justicia Militar, Imprenta del Ministerio de Guerra, julio-1963, Lima-Perú.

ejercido con corrección. Los referidos artículos son copia fiel de los artículos 293°, 294° y 295° del Código de Justicia Militar de 1950, respectivamente.

En cuanto a cómo se tipificó y sancionó el prevaricato en el Código de Justicia Militar de 1980,⁹ debemos decir que lo único que varió en relación con el código que lo antecedió, fue la numeración de los artículos, correspondiendo en el código de 1980 a los artículos 203°, 204° y 205°, respectivamente.

El 11 de enero de 2006 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” un nuevo Código de Justicia Militar Policial, mediante el Decreto Legislativo N° 961, el sexto de nuestra vida republicana, y que tuvo “vigencia” efímera. En este código no se contempló la figura típica del prevaricato, porque en la lógica del momento, no era un delito de función. A poco de promulgarse el código, la Decana del Colegio de Abogados de Lima, Elva Greta Minaya Calle, interpuso ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad (Expediente N° 0012-2006-PI/TC), por lo menos contra el 80% de los artículos de la parte especial del Código. El 15 de diciembre de 2006 se emitió la sentencia, dándole en gran medida la razón a la demandante, tras interpretaciones caprichosas del artículo 173° de la Constitución Política.

Este código se formuló en un contexto complicado para la justicia militar, luego que el Tribunal Constitucional emitiese tres sentencias contra normas directas de esta

jurisdicción (Exp. N° 0023-2003-AI/TC, Exp. N° 0004-2006-PI/TC y Exp. N° 0006-2006-PI/TC) y una cuarta (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC), que, estableciendo los parámetros del delito de función, trastocaba la competencia de la misma.

De las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional se aprecia, claramente, la insistencia en retirar a los oficiales en servicio activo, aun a los que fuesen abogados de la administración de justicia militar, con el argumento de la independencia y la imparcialidad; que no existiese en la jurisdicción militar una fiscalía, argumentando que la Constitución solo hacía excepción de la independencia de la jurisdicción militar mas no de la fiscalía, por tanto, le correspondía al Ministerio Público cumplir la función fiscal también en el Fuero Militar; que los nombramientos de los jueces y fiscales de la jurisdicción militar debían ser realizados por el Consejo Nacional de la Magistratura, entre otros argumentos.

Con ese panorama y la inutilización del Código de Justicia Militar de 2006, la administración de justicia militar en el Perú se paralizó y un gran porcentaje de las causas que se hallaban en giro tuvieron que ser declaradas nulas, remitiéndose las denuncias al Ministerio Público como lo había decidido el Tribunal Constitucional, particularmente en los delitos relacionados con el patrimonio. Las fiscalías del Fuero Común devolvieron masivamente las denuncias remitidas, alegando que eran incompetentes para conocer de las mismas, las que correspondían a la jurisdicción militar. Las que

9 CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR, Ley Orgánica y Código de Justicia Militar, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima-Perú, 1998.

no fueron devueltas, fueron archivadas por los fiscales del Ministerio Público, de forma que un significativo número de casos quedaron impunes.

III. EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL VIGENTE

En el Código Penal Militar Policial de 2010, Decreto Legislativo N° 1094, vigente a la fecha, tampoco se contempla el delito de prevaricato, no obstante que en el proyecto de código se encontraba contemplado, con otro *nomen juris*, dentro de un capítulo. El Presidente de la República de entonces, se opuso a su inclusión, alegando que era un delito de naturaleza común.

Hoy, diez años después de su promulgación, el Código Penal Militar Policial necesita unos ajustes en ese y otros extremos, siguiendo la lógica de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, de 4 de diciembre de 2009, que cambiando su anterior jurisprudencia estableció, en resumen: que el Presidente de la República podía nombrar a los jueces y fiscales de la jurisdicción militar, resultando que el Consejo Nacional de la Magistratura solo estaba facultado para nombrar jueces y fiscales de la jurisdicción común; que los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en situación de actividad, podían ser nombrados jueces o fiscales de la jurisdicción militar, a condición de que integren el Cuerpo Jurídico Militar Policial; que podía establecerse en el Fuero Militar Policial una fiscalía independiente del Ministerio Público, que debía actuar solo en el Fuero Común, etc.

Basados en esas decisiones del Tribunal Constitucional, resulta claro que, para

prevenir las conductas prevaricadoras de los jueces y fiscales de la jurisdicción militar policial y otras que puedan perturbar la administración de la justicia penal militar policial, debiera tipificarse esas conductas como delitos en el Código Penal Militar Policial vigente. Hoy, por ejemplo, esa conducta prevaricadora de los jueces y fiscales no tiene atajo sino como una desobediencia, que no es propio para tipificar, estrictamente, como se exige en el ámbito penal, la conducta en referencia.

En el proyecto de Código Penal Militar Policial que se discutió en 2010, se contempló, en el Título IX como “Delitos contra la administración de justicia penal militar policial”, Capítulo Único, las conductas típicas que se detallan a continuación, pero, como ya dijimos, por una decisión política no quedó incorporado en el texto de la ley aprobada. Los textos considerados en el proyecto fueron, en gran medida, los siguientes:

“Artículo 146°.- Fallo o dictamen ilegal

El juez o fiscal militar policial que emite resolución o dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de trescientos sesenta días multa.

Por excepción, cometen también este delito los militares o policías en situación de retiro que administren justicia penal militar policial.”

“Artículo 147°.- Incumplimiento de función jurisdiccional o fiscal

El vocal, juez o fiscal militar policial que se niegue a cumplir sus funciones jurisdiccionales o fiscales, o que las eluda bajo pretexto de deficiencia de la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”

“Artículo 148°.- Detención ilegal

El juez militar policial que maliciosamente o sin motivo legal ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o un preso, que debió decretar, poniendo en peligro el servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”

“Artículo 149°.- Falsedad en juicio

El militar o policía que, actuando como testigo, perito, traductor o intérprete, en un procedimiento ante la jurisdicción militar policial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si en su declaración, el testigo atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de tres ni mayor de siete años. El juez puede atenuar la pena hasta límites inferiores al mínimo legal o eximir de sanción, si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio.”

“Artículo 150°.- Encubrimiento real

El militar o policía que dificulta la acción de la jurisdicción militar policial procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito u ocultando los

efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.”

“Artículo 151°.- Encubrimiento personal

El militar o policía que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la jurisdicción militar policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si sustrae al autor de los delitos contra la Defensa Nacional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Si el autor es el encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente o si éste es un prisionero de guerra, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años.

Si el autor de las conductas anteriores es descendiente o ascendiente directo del sustraído, la pena podrá ser atenuada aún por debajo del mínimo legal establecido.”

“Artículo 152°.- Inconducta de los sujetos procesales

El militar o policial que en un procedimiento judicial penal militar policial, cometiere ofensa, amenaza, desacato o desobediencia contra los vocales, jueces o fiscales militares policiales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años.”

“Artículo 153°.- Obstrucción de la justicia

El militar o policía que, mediante coacción, violencia, intimidación, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste testimonio, confesión, informe, traducción o la aportación de pruebas, durante un proceso penal militar policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El militar o policía que ejerciera violencia, coacción, presión, intimidación contra los vocales, jueces, fiscales o secretarios del Fuero Militar Policial, en procedimientos ante la jurisdicción militar policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinte años si se causare lesiones graves o muerte.”

“Artículo 154°.- Omisión de denuncia

El militar o policía que, teniendo conocimiento de la comisión de un delito, cuya competencia corresponde al Fuero Militar Policial, omitiera ponerlo en inmediato conocimiento de sus superiores o no lo denunciase ante la autoridad militar o policial competente, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.”

“Artículo 155°.- Desviación maliciosa de denuncia

El militar o policía que, por su jerarquía o cargo, está obligado de conocer de los delitos que son de competencia

del Fuero Militar Policial, desvía intencionalmente la denuncia hacia fuero distinto, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco.”

“Artículo 156°.- Denuncia calumniosa

El militar o policía que denuncia ante la autoridad un ilícito militar policial, a sabiendas que no se ha cometido, o simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal en la jurisdicción militar policial o que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.”

“Artículo 157°.- Evasión de presos

El militar o policía que quebrante condena evadiéndose del centro de reclusión militar o policial en que la cumple, será sancionado con la agravación de la pena de la mitad del tiempo que le falta por cumplirla, sin perjuicio de las penas que les correspondiere se de estos hechos resultasen otros delitos.”

IV. COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO A LOS MAGISTRADOS DEL FUERO MILITAR POLICIAL POR LA COMISIÓN DE DELITOS EN SU FUNCIÓN JUDICIAL O FISCAL

En los códigos de justicia militar de 1898, 1939 y 1950 y en las leyes orgánicas de justicia militar de 1963 y 1980, se estableció a quienes competía conocer de la investigación y el juzgamiento a los jueces

y fiscales, que, actuando en la jurisdicción militar, cometían delitos propios de dichas funciones.

En la actualidad, la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley N° 29182, modificada por el Decreto Legislativo N° 1096 y la Ley N° 29955, establece también tal competencia, en los términos siguientes:

“Artículo 12°.- Competencia y funciones jurisdiccionales (Del Tribunal Supremo Militar Policial)

(...)

11. Conocer originariamente las causas que se siguen a:

11.3. Vocales, Fiscales y Jueces de los Tribunales Superiores Militares Policiales; y,

11.4. Relatores o secretarios del Tribunal Supremo Militar Policial.”

En cuanto a la investigación y juzgamiento de los vocales y fiscales supremos, de acuerdo con las leyes, corresponde a instancias fiscales y jurisdiccionales comunes, como históricamente ha ocurrido, con los altos funcionarios de la República.

El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, establece al respecto, en la Sección II (“El proceso por razón de la función pública”), Título III (“El proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos”), lo siguiente:

Artículo 454°.- Ámbito

1. Los delitos en el ejercicio de sus funciones atribuidos a los Vocales y Fiscales Superiores, a los miembros del

Consejo Supremo de Justicia Militar, al Procurador Público, y a todos los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, requieren que el Fiscal de la Nación, previa indagación preliminar, emita una Disposición que decida el ejercicio de la acción penal y ordene al Fiscal respectivo la formalización de la Investigación Preparatoria correspondiente.

2. La Disposición del Fiscal de la Nación no será necesaria cuando el funcionario ha sido sorprendido en flagrante delito, el mismo que en el plazo de veinticuatro horas será conducido al despacho del Fiscal Supremo o del Fiscal Superior correspondiente, según los casos, para la formalización de la investigación preparatoria.

3. Corresponde a un Fiscal Supremo y a la Corte Suprema el conocimiento de los delitos de función atribuidos a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar,¹⁰ a los Vocales y Fiscales Superiores y al Procurador Público, así como a otros funcionarios que señale la Ley. En estos casos la Sala Penal de la Corte Suprema designará, entre sus miembros, al Vocal para la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal Especial, que se encargará del Juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero; y el Fiscal de la Nación hará lo propio respecto a los Fiscales Supremos que conocerán de las etapas de investigación preparatoria y de enjuiciamiento. Contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Suprema procede

10 Entiéndase Fuero Militar Policial.

recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra la sentencia de vista no procede recurso alguno.” (resaltado agregado).

Naturalmente, para que el procedimiento señalado entre en ejecución, el magistrado supremo militar policial debe incurrir en una inconducta funcional, de naturaleza penal, que hoy no se halla tipificada en el vigente Código Penal Militar Policial, lo cual, de un lado tendría visos de impunidad y de otro, falta de interés por tan delicado asunto, según nuestra percepción.

V. CONCLUSIÓN

Nos parece que resulta necesario que se introduzcan en el Código Penal Militar Policial vigente, algunas, sino todas, las figuras típicas propuestas en el proyecto de Código Penal Militar Policial de 2010, con las mayores precisiones que fueran necesarias, que hemos copiado en el punto III de este artículo, retirando de los textos esas frases extremistas e innecesarias como: “atentando contra el servicio” o “siempre que atente contra el servicio”, que en su tiempo, “presuntamente”, le daba calidad de delito de función.

Gina Paola Alca Martínez¹

CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL FUERO COMÚN Y EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA PRISIÓN PREVENTIVA, DIFERENCIAS ENTRE EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RESPECTO A SUS REQUISITOS Y PRESUPUESTOS; Y III. CONCLUSIÓN

RESUMEN

La autora resalta las diferencias existentes en los requisitos y presupuestos para la prisión preventiva en el Código Procesal Penal y el Código Penal Militar Policial y analiza las razones de sus diferencias. Justifica que las normas sobre prisión preventiva existentes en el Código Penal Militar Policial resultan suficientes para el propósito creado, resultando incorrecto recurrir al Código Procesal Penal.

ABSTRACT

The author highlights the differences in the requirements and budgets for preventive detention in the Criminal Procedure Code and the Military Police Criminal Code and analyzes the reasons for their differences. She justifies that the rules on preventive detention existing in the Military Police Criminal Code are sufficient for the purpose created, making it incorrect to resort to the Criminal Procedure Code.

1 Capitán del CJ- PNP, secretaria suplente del Tribunal Superior Militar Policial del Centro.

I. INTRODUCCIÓN

Toda persona tiene derechos fundamentales que son inherentes a su naturaleza humana, los mismos que son protegidos por el ordenamiento jurídico penal, por ser los más necesarios e importantes para la existencia humana. Uno de los citados derechos constituye la libertad, que se encuentra vinculada con todo lo que significa una existencia plena y digna. La libertad humana es un valor y un derecho inherente a la persona. Su restricción se puede dar de manera excepcional y cuando no existan otros mecanismos para que el Estado haga sentir su facultad sancionadora.

Sin embargo, la libertad como derecho fundamental de la persona humana no es absoluta, dado que puede ser restringida, válida y proporcionalmente, en forma excepcional, cuando colisiona o es incompatible con otros derechos e intereses públicos fundamentales, en los casos que así lo determine o lo mande la ley de manera expresa.

Por ello encontramos que existen hechos que son investigados y regulados tanto en procesos penales en el Fuero Común como en el Fuero Militar Policial, los cuales cuentan con su respectiva norma dispositiva, en las cuales se prevén de manera diferenciada los medios para alcanzar el esclarecimiento de los hechos a investigar por los operadores de justicia, a nivel fiscal y jurisdiccional.

Por ello el presente artículo tiene por finalidad brindar, como un aporte, la experiencia práctica que he adquirido en las diferentes audiencias a las que asistí, pudiendo afirmar que los criterios para la imposición de una prisión preventiva en el Fuero Militar Policial son diferentes a los del Fuero Común, por los tipos de delitos

investigados. Igualmente, dichos criterios, ya sean para su requerimiento o imposición, son distintos y se hallan en debate. La gran diferencia, finalmente, resulta de la especialidad atribuida al Derecho Penal Militar Policial, ya que la tipología delictiva investigada y sancionada en la jurisdicción militar policial es distinta a la del Derecho Penal Común.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA, DIFERENCIAS ENTRE EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RESPECTO A SUS REQUISITOS Y PRESUPUESTOS

La figura de la prisión preventiva está regulada tanto en el Código Penal Militar Policial como en el Código Procesal Penal, por lo que las normas aplicables en la jurisdicción militar policial son las contenidas en el Código Penal Militar Policial (CPMP); ahora bien, es necesario establecer las similitudes y alcances o diferencias normativas de ambas legislaciones. Así tenemos que una de las principales diferencias materiales que se pueden encontrar, es que el Código Procesal Penal establece tres presupuestos para dictar la prisión preventiva, que el CPMP los considera como requisitos y los limita a dos, como es de verse del artículo 268° del Código Procesal Penal y el artículo 322° del CPMP, respectivamente. Sobre el particular, cabe hacer mención que no se trata de un defecto normativo si no de una diferencia normativa, lo cual se evidencia al verificarse diferencias en la descripción de los supuestos contenidos en ambas normas, lo que implica que su interpretación también sea diferente. Si bien es cierto existe similitud, también es verdad que por la naturaleza diferenciada de los delitos de función, ello implica un análisis diferenciado;

siendo de advertir que para el caso de la jurisdicción militar policial, no se establece como requisito y tampoco como presupuesto que la pena a imponerse sea mayor a cuatro años de pena privativa de la libertad; sin embargo, del análisis del artículo 329°, inciso 2° del acotado código, se infiere una interpretación contrario sensu, que sí procede una prisión preventiva cuando la pena prevista para el delito supere los tres años de pena privativa de la libertad.

Hechas estas diferencias básicas respecto a la normativa penal militar policial, debemos hacer mención a aspectos que deben considerarse y que resaltan la naturaleza excepcional de la jurisdicción militar policial y de las normas especiales que la regulan. En tal sentido, no podemos olvidar que el código castrense tiene por objeto prevenir la comisión de delitos de función militar o policial y en correlato, la función de la pena es sancionadora y preventiva, conforme se desprende de los artículos I y IX del Título Preliminar del CPMP y dentro de este marco de ideas, se entiende la razón por la cual uno de los requisitos de la prisión preventiva redundan en un nivel de sospecha menor a la del código común; y a esta circunstancia, se suma la diferencia del cumplimiento de la condena privativa de la libertad, como de una prisión preventiva respecto al fuero común, en la medida que estas privaciones de libertad se cumplen en centros de reclusión militar policial, que no son más que dependencias de los institutos armados o de la Policía Nacional del Perú, conforme lo establece el artículo 499° del código castrense, mientras que las medidas en el fuero común se cumplen en los establecimientos penitenciarios, donde se recluyen a delincuentes comunes responsables de diferentes ilícitos penales, y que, además, se encuentran en un estado de

hacinamiento extremo. Sobre el particular, cabe hacer mención que la medida limitativa de la libertad en la jurisdicción militar policial, resulta menos lesiva que la del fuero común, en razón de que todo militar y policía, durante su etapa de preparación en las escuelas de formación (tres años para sub oficiales y cinco años para oficiales), lo hacen internados en establecimientos militares o policiales y durante la carrera militar o policial prestan servicios en unidades, muchas de las veces acuarteladas y en otras ocasiones en lugares lejanos a su lugar de residencia, por lo que las circunstancias advertidas redundan en que el efectivo permanezca la mayor parte del tiempo en la unidad militar o policial donde presta servicios; entonces, existe una suerte de costumbre o habituamiento, lo que hace reducir la afectación interna del agente activo (militar o policía) ante un internamiento en cumplimiento de una medida preventiva o de una condena efectiva. Entendido así, tenemos debidamente identificadas las razones de las diferencias establecidas por el legislador al momento de regular la prisión preventiva en la jurisdicción militar policial.

Asimismo, debe tenerse presente la diferencia respecto al nivel de gravedad de la conducta delictiva, pues lo que para un civil puede ser considerado como una conducta inofensiva, que al ser contraria al ordenamiento social merecería un reproche social, para el caso de un militar o policía, la misma conducta, tiene un nivel mayor de gravedad y amerita, desde una sanción disciplinaria, hasta una sanción punitiva y, es que la conducta del militar o del policía importa un doble injusto penal, en la medida que no solo infringe la norma sino que transgrede un deber funcional, criterio que debe tenerse presente al momento de

discernir el supuesto de gravedad que requiere una prisión preventiva.

Respecto al peligro de fuga que condiciona una prisión preventiva, también existen ciertos criterios diferenciados a tener en consideración, pues si bien es cierto que existe una regulación similar en ambos códigos, también es verdad que los riesgos son diferentes y ameritan un tratamiento distinto; y en este sentido, cabe resaltar que aun cuando un civil se evada de la persecución penal, trasladándose al extranjero, el Fuero Común recurre a la figura de la extradición y tiene una clara posibilidad de lograr el procesamiento y juzgamiento del evadido. En el caso de la jurisdicción militar policial, se debe tener presente que se persiguen delitos de función y para solicitar una extradición, se debe cumplir uno de dos presupuestos, esto es, que exista un tratado aprobado y ratificado o se aplique el principio de reciprocidad en base a que, entre otros aspectos, el ilícito esté tipificado en ambos países; sobre el primer supuesto, no se conoce tratado vigente al respecto y, sobre el segundo supuesto, no todos los países regulan delitos de función y, además el procedimiento de extradición, como está regulado, no resulta viable para ello, por lo que resulta poco probable que se pueda lograr el juzgamiento del evadido; en este orden de ideas, la intensidad del peligro de fuga debe ser valorada en un nivel menor al que se valora en el fuero común.

Asimismo, de la lectura del Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la República, podemos obtener otro criterio diferenciador, ya que se pronuncia y precisa sobre principios jurisprudenciales respecto a la prisión preventiva regulada en el Código Procesal Común, desprendiéndose del considerando

24° que como presupuesto de la prisión preventiva debe darse la existencia de una sospecha fuerte, interpretando el contenido del artículo 268°, literal A, del Código Procesal Penal, en ese sentido, considerando que se trata de una “*conditio sine quonam*” de la legitimidad de la privación procesal de libertad. En ese extremo, debemos establecer una diferencia respecto al CPMP, en la medida que su artículo 322°, inciso 1°, hace mención como primer requisito, a la existencia de elementos de convicción “suficientes”; lo que lleva a inferir que el nivel de sospecha requerido como presupuesto para una prisión preventiva en la jurisdicción militar policial, es una sospecha suficiente. Cabe precisar que el acuerdo plenario en comento hace una diferencia de estos niveles de sospecha, ubicándola en un nivel inferior a la sospecha grave, de lo que se puede concluir que, en la jurisdicción militar policial el grado de certeza que genera la sospecha es de menor intensidad que el que se requiere en la jurisdicción común, y tal criterio debe tener su correlato en las circunstancias excepcionales y la naturaleza de los delitos de función militar policial. No podemos olvidar que se trata de delitos especiales, tipificados en base a una especial cualificación del agente, esto es, que se trate de militares o policías en situación de actividad y que la conducta inculpada esté referida a actos realizados en el ejercicio de la función o con ocasión de él.

Es por esta razón que el artículo XV del Título Preliminar del CPMP establece la aplicación supletoria de otras normas como el Código Procesal Penal, ante vacíos o defectos de la legislación procesal militar policial; empero, cuando lo permita su especial naturaleza y no se oponga a los preceptos y fines del código castrense; entonces, el límite de la aplicación supletoria se

encuentra en diferenciar la naturaleza de la jurisdicción militar policial y los preceptos de dicho código. De lo que se puede colegir que, si existe regulación en ambos códigos sobre la figura de la prisión preventiva, es porque existe diferencia en su tratamiento, que como pudimos ver al inicio de esta alegación, se puede verificar la diferencia en función a nivel de sospecha que para la normativa militar policial tiene una exigencia de menor nivel que la del Fuero común.

Por lo cual, se tiene que la prisión preventiva es una medida coercitiva, cautelar personal prevista en el CPMP, que eventualmente se puede aplicar a una persona sujeta a investigación preparatoria, en los casos, en que así lo requiere el proceso, para los fines de asegurar el desarrollo de la investigación, la vinculación del imputado a la misma y al juzgamiento, que, de ser el caso, constituiría la culminación del proceso. En este sentido, es una medida coercitiva que restringe o limita la libertad de una persona formalmente imputada de un delito de función entendida según el Título Preliminar del CPMP, artículo II, como “... 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”.

Según el art. 319° del acotado texto, la aplicación de las normas que regulan la prisión preventiva, es de carácter excepcional y durarán el tiempo mínimo razonable dentro de los máximos previstos por la ley penal militar policial y, se dan porque se restringe el derecho a la libertad de un imputado. En tal sentido, nuestra legislación exige que el juez, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, tenga en cuenta diversos

parámetros jurídicos legalmente previstos bajo el reconocimiento de que la prisión preventiva está situada entre dos deberes del Estado: perseguir eficazmente el delito y proteger la libertad del ciudadano.

El art. 322° del CPMP precisa los requisitos para que procedan las medidas de coerción cuando concurren las siguientes circunstancias:

“1. Que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito; y,

2. Cuando por la apreciación de las circunstancias del caso, exista presunción suficiente de que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación.”

En este caso, dicho articulado señala que el fiscal o el actor civil al solicitarlas “... expondrán con claridad los motivos...”; y el juez apreciará la “legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente.”

Por tanto, surge la necesidad de una motivación suficiente y razonable acorde a los presupuestos y fines constitucionales legítimos y congruentes con la medida de prisión preventiva, en función a las circunstancias concretas del caso y las personales del o los imputados. En este sentido, el art. 156° del CPMP dice que, “las decisiones judiciales, salvo las de mero trámite, expresarán los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen. La fundamentación no se podrá reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales”; texto que guarda concordancia con el artículo 139°, inciso 5° de nuestra Constitución Política, que prevé como garantía constitucional: “La motivación escrita

de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”; es decir la fundamentación de los hechos y las normas de derecho aplicables.

Dicho todo esto, considero necesario que el Fuero Militar Policial debe dejar en claro, en todas sus instancias, que se dé un uso correcto al Artículo XV del Título Preliminar del CPMP, respecto a la aplicación supletoria, ya que esta únicamente debe utilizarse en casos de vacíos o defecto del presente Código, ya que nuestra norma es específica, y de acuerdo al principio de *iura novit curia*, se entiende que el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas o que las invoquen mal, ya que este aplicará las normas jurídicas que estime procedentes y que no se opongan a los preceptos y fines del Código Penal Militar Policial.

III. CONCLUSIÓN

El artículo refleja mi experiencia personal, ganada en las diferentes audiencias

de requerimiento de prisión preventiva y apelaciones de las mismas a las que he asistido como secretaria.

El requerimiento y aplicación de la prisión preventiva en la jurisdicción militar policial y la jurisdicción común discurren por caminos distintos, porque las normas procesales penales del fuero común buscan proteger a la sociedad, tratando que el infractor se resocialice y se reintegre a la sociedad, mientras que las normas procesales penales militares y policiales buscan que se respeten los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, por lo cual se habla que la normativa militar policial tiene un carácter especial, tratando de asegurar el logro de sus fines, buscando en las medidas de coerción un instrumento para llegar a la verdad.

Finalmente, Invito al debate a fin de que nuestras normas positiva y procesal especiales sean correctamente estudiadas, interpretadas y aplicadas al caso concreto por las defensas técnicas de los investigados, para que puedan ejercer un buen derecho de defensa de los procesados en todas las instancias del Fuero Militar Policial.

Luis Antonio Rocca Erquiaga¹

DETENCIONES EN EL MARCO DE CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES Y CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS; II. CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES; III. LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN OPERACIONES INTERNACIONALES; IV. CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES; V. CIERTAS VIOLACIONES DE NORMAS ESPECÍFICAS DEL DIH CONLLEVAN A RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL APLICABLES EN EL TRATAMIENTO DE DETENIDOS; VI. RESPONSABILIDAD Y EJERCICIO DEL MANDO; VII. CONCLUSIONES; Y VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor analiza las situaciones de detención en el marco de los conflictos armados internacionales, en operaciones internacionales y en el conflicto armado no internacional. Las condiciones de detención de las personas privadas de libertad o cuya libertad están restringidas, afectan de manera significativa a hombres, mujeres, niños y niñas., pudiendo ser objeto de violaciones a las normas y estándares establecidos por el derecho nacional e internacional.

El objetivo del presente artículo es despertar el interés sobre el análisis de prevención, solución, y gestión adecuada de las detenciones en los escenarios ya descritos.

2 Coronel del Ejército peruano, en situación de retiro, ex director del Centro de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las Fuerzas Armadas, maestro en DDHH y DIH, maestro en ecología y gestión ambiental, maestro en ciencias militares con mención en planeamiento estratégico y toma de decisiones. Profesor del Instituto de Derecho Internacional Humanitario de San Remo – Italia. Profesor de la Escuela de Guerra de Brasil (DICA).

ABSTRACT

The author analyzes detention situations in the framework of international armed conflicts, in international operations and in non-international armed conflict. The detention conditions of persons deprived of liberty or whose liberty are restricted, significantly affect men, women, boys and girls, and may be subject to violations of the rules and standards established by national and international law.

The aim of this article is to arouse the interest on the analysis of prevention, solution and adequate management of detentions in the already described scenarios.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La detención consiste en la privación de la libertad personal, es decir el confinamiento de una persona en un espacio o lugar restringido.

Comienza cuando se apresa a una persona y termina con su puesta en libertad, aunque el confinamiento que alcanza la categoría de detención es normalmente involuntario, las normas relativas al trato de personas privadas de libertad también se aplican a los casos de confinamiento voluntario.

El principio fundamental que rige la detención y el internamiento es que todas las personas tienen derecho a no ser objeto de privación arbitraria de su libertad. Esto significa que debe haber fundamentos jurídicos para la detención en la legislación nacional del Estado o en el derecho de los conflictos armados. La privación de libertad de una persona en un caso en particular, debe basarse en fundamentos y realizarse conforme a procedimientos establecidos por ley.

Otro principio importante de los conflictos armados es que las personas que caen en poder de una parte en conflicto armado, deben recibir un trato humano y tienen derecho a determinadas garantías fundamentales de trato.

El internamiento o detención administrativa se define como la privación de libertad de una persona que ha sido iniciada u ordenada por el poder ejecutivo, no el judicial, sin que se hayan presentado cargos penales contra el internado o detenido administrativo.

El derecho aplicable a la detención administrativa y el internamiento en conflictos armados depende, en parte, si el conflicto armado ha sido calificado como internacional o como no internacional.

Siendo el criterio general que la privación de libertad debe ser ordenada por un juez, la legalidad internacional y en el caso de que así sea, el ordenamiento jurídico nacional contempla la posibilidad en situaciones excepcionales (conflicto armado, estado de sitio, peligro grave para la propia subsistencia de la nación) de llevar a cabo privaciones de libertad por motivos de seguridad no relacionados con la comisión de hechos delictivos. En estos supuestos no cabe la previa intervención del juez.

El derecho de los conflictos armados internacionales contiene normas pormenorizadas sobre el internamiento, las garantías procesales y las condiciones de internamiento de los prisioneros de guerra. Análogamente, contiene normas exhaustivas sobre civiles y otras personas protegidas en el territorio de una parte en conflicto o en un territorio ocupado. En cambio, fuera de las disposiciones que exigen un trato humano, el derecho de los conflictos armados sin carácter internacional no contiene normas

específicas sobre los motivos y las garantías procesales del internamiento o detención administrativa.

II. CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

En conflictos armados internacionales es importante conocer la categoría jurídica a la que pertenece el detenido, ya que el estatus de una persona determinará sus derechos específicos en caso de internamiento.

Cuando el Estado desea internar a una persona que no cabe en la definición de persona protegida conforme al IV Convenio de Ginebra, referentes a las disposiciones de trato humano del artículo 75 del Protocolo Adicional I y el derecho internacional humanitario consuetudinario, brindarán al menos una protección mínima y el internamiento y detención administrativa de la persona deberá basarse en los principios y salvaguardas procesales.

En el contexto de un conflicto armado internacional, el derecho internacional humanitario regula las siguientes categorías de privación de libertad:

- a) Internamiento;
- b) Retención; y,
- c) Detención penal.

El internamiento consiste en la privación de la libertad de un prisionero de guerra o en determinadas circunstancias de un civil, promovida u ordenada por autoridades administrativas (es decir el poder ejecutivo) sin que se presente ninguna acusación penal contra la persona en cuestión. Las categorías de personas que pueden ser internadas como prisioneros de guerra incluyen a combatientes que han caído en manos de los enemigos, determinados no combatientes identificados específicamente por las

normas del DIH. Estas personas son internadas con miras a impedir que sigan participando en el conflicto y deben ser puestas en libertad y repatriadas sin demora tras el fin de las hostilidades.

Retención: La retención del personal médico y religioso que ha caído en manos de la parte adversa del conflicto, solamente está permitida cuando el estado de salud, las necesidades espirituales y el número de prisioneros de guerra así lo requieran. Aunque estas personas no son consideradas prisioneros de guerra, se benefician al menos de la misma protección concedida por las normas pertinentes del DIH a los prisioneros de guerra.

La detención penal: Es decir, la privación de la libertad de la persona en el contexto de un proceso penal. En lo que respecta a los civiles tanto los extranjeros que se encuentren en el territorio de una parte en conflicto como los civiles que se encuentran en los territorios ocupados, podrán ser detenidos a la espera del inicio de un procedimiento penal o de una condena que implique la pérdida de la libertad por la presunta violación de las leyes del estado de la detención. El prisionero de guerra no puede ser procesado por el estado de detención, por actos legítimos de guerra, pero puede ser procesado y juzgado por crímenes de guerra.

El artículo 50 del Protocolo Adicional I define a los civiles como aquellas personas que no tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra que se reconoce a quienes revisten la calidad de combatientes. Sin embargo, la mayoría de las normas del DIH sobre el internamiento de civiles están previstas en el título III del IV Convenio de Ginebra. El ámbito de aplicación personal de este convenio se define en su artículo 4 el mismo que alude a la noción de personas

protegidas, que abarca a las personas que no están protegidas por el I, II y III Convenio de Ginebra y que, en cualquier momento y en la manera que sea, se encuentra en caso de conflicto u ocupación, en manos de una parte en el conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas y siempre que no lo sean de un estado que no es parte del IV Convenio de Ginebra.

II.1 Estatuto jurídico – casos dudosos.

En caso de duda respecto de si una persona que ha participado en las hostilidades tiene derecho o no a recibir el estatus de prisionero de guerra, se debe presumir que esta persona goza del mismo y debe recibir el trato correspondiente, hasta tanto su estatuto sea determinado por un tribunal competente.

II.2 Exclusiones explícitas: espías y mercenarios.

Las siguientes personas están excluidas explícitamente del estatuto de prisioneros de guerra en el derecho de los conflictos armados:

Los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto que caen en poder del enemigo mientras realizan tareas de espionaje (no aplica a personas capturadas que llevan uniforme).

Los mercenarios:

Al igual que en el caso de otras personas que no son prisioneros de guerra, su estatuto y su protección deberán determinarse en función de si son o no personas protegidas por el IV Convenio de Ginebra.

III. LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN OPERACIONES INTERNACIONALES

En términos generales, el concepto de operación internacional se refiere a un

conjunto de actividades que responden al ejercicio de una autoridad internacional que son llevadas a cabo en el extranjero por uno o más sujetos de derecho internacional (generalmente por los estados, solo o en cooperación con una organización internacional y/o bajo los auspicios de esta). Este concepto es lo suficientemente amplio para abarcar un número de operaciones que difieren tanto en lo relativo a su naturaleza como respecto al objetivo perseguido.

Las operaciones internacionales se rigen fundamentalmente por el derecho internacional, aunque también puede ser aplicable el derecho interno del estado receptor y el del estado de origen.

Las situaciones de detención son cada vez más frecuentes en las operaciones internacionales. El género influye de manera significativa en las condiciones de detención de las personas privadas de libertad o cuya libertad está restringida siendo que, tanto hombres como mujeres pueden ser objeto de violaciones a las normas y estándares establecidos por el derecho nacional e internacional en esta materia.

IV. CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

A diferencia de un conflicto armado de carácter internacional donde existen más de 170 normas como mecanismos de protección en las detenciones en el marco del III Convenio de Ginebra, en contextos de conflictos armados no internacionales, existe una cantidad menor de disposiciones relativas a las detenciones, por lo que se considera pertinente la complementariedad con algunas normas internacionales y protocolos de detención emitidos por Naciones Unidas, vinculantes entre los estados.

En opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tanto el derecho convencional como el consuetudinario de los conflictos armados no internacionales abarcan la facultad inherente de internar y por lo tanto puede decirse que establecen una base jurídica para el internamiento en este contexto. Sin embargo, los fundamentos y los procedimientos para el internamiento deben ser establecidos en el derecho interno o en el derecho internacional para satisfacer el principio de legalidad. El 2005, el CICR publicó directrices institucionales sobre principios y salvaguardas procesales que deben regir el internamiento o la detención administrativas en todas las situaciones (salvo el internamiento de prisioneros de guerra).

El derecho de los conflictos armados no internacionales contiene algunas normas fundamentales relativas al trato humano de las personas, incluidas las personas detenidas. Están establecidas en:

- El artículo III común a los cuatro Convenios de Ginebra.
- El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).
- El derecho consuetudinario de los conflictos armados no internacionales.

Las normas mencionadas están complementadas por los Derechos Humanos y las legislaciones nacionales. El principal tratado de Derechos Humanos que rige el internamiento o la detención administrativa es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1996, sin embargo, es posible también que se apliquen

tratados regionales de Derechos Humanos. Además, el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1978 que forman parte del derecho no vinculante. También aborda el internamiento y la detención administrativa. Estos principios están reflejados en la posición institucional del CICR sobre el internamiento o la detención administrativa.

En los conflictos armados de carácter no internacional no existe el estatuto de combatiente o prisionero de guerra, por lo tanto, todas las personas incluidas que cumplen una función permanente de combate en un grupo armado organizado, pueden ser procesadas penalmente por el estado detenedor conforme a su legislación interna por el hecho de haber tomado las armas, así como por cualquier crimen de guerra cometido.

V. CIERTAS VIOLACIONES DE NORMAS ESPECÍFICAS DEL DIH CONLLEVAN A RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL APLICABLES EN EL TRATAMIENTO DE DETENIDOS

Las normas contenidas en los tratados de DIH aplicables a conflictos armados internacionales enumeran actos que constituyen infracciones graves y establecen obligaciones, por lo cual los estados partes pueden llevar a las personas que cometen infracciones graves en el marco de las detenciones ante tribunales independientemente de su nacionalidad, o entregarlas a otro estado parte para que las juzgue.

Tanto en el contexto de un conflicto armado internacional o no internacional, incluso ciertas violaciones a las normas del DIH que no son consideradas infracciones

graves, pueden constituir crímenes de guerra. Entre las que pueden ser de especial relevancia, están las de las mujeres detenidas. Se debe citar en particular el hecho de cometer atentados contra su dignidad personal. Dicha conducta ha sido considerada, siempre que concurren las debidas circunstancias, como un crimen de guerra tanto en conflicto armado internacional como en el no internacional (en este último caso como una violación grave al artículo 3, común).

Otras conductas distintas contrarias al trato debido a las mujeres detenidas, también puede constituir, si se cumplen determinadas circunstancias, crímenes de lesa humanidad.

VI. RESPONSABILIDAD Y EJERCICIO DEL MANDO

Cuando nos referimos a la responsabilidad del mando, estamos hablando de la responsabilidad general que tiene cada jefe militar de garantizar el respeto del derecho de la guerra en su ámbito de mando. Para ello, la instrucción del derecho de la guerra visa objetivos y métodos de instrucción adaptados a las necesidades de las personas que van a recibir las, por ello la conducta de las Fuerzas Armadas durante las operaciones está determinada por cuatro factores principales: doctrina, educación, entrenamiento, equipamiento, y sanciones (incluidas la disciplinaria y la justicia militar) a fin de que las operaciones sean conducidas en cumplimiento del derecho, lo que el CICR denomina **proceso de integración**, siendo imprescindible la incorporación de la privación de la libertad como una temática emergente en los contenidos académicos.

El ejercicio del mando al examinar el proceso de toma de decisiones

introduciendo aspectos importantes del derecho de la guerra en la secuencia normal de reflexión y acción de los jefes y de sus estados mayores, para lo cual es imprescindible durante el desarrollo de este incidir en la observancia del respeto a las consideraciones y estándares de detención.

VII. CONCLUSIONES

El principio fundamental que rige la privación de la libertad es que todas las personas tienen derecho a no ser objeto de la privación arbitraria de la libertad, aplicando fundamentos jurídicos para la detención en la legislación nacional del estado o en derecho de los conflictos armados. La privación de la libertad de una persona debe basarse en fundamentos y realizarse conforme a procedimientos establecidos por la ley.

Existe un conjunto de normas contenidas en los Convenios de Ginebra III y IV que aluden a la privación de la libertad en las detenciones en el marco de los conflictos armados de carácter internacional y que se trasladan a las operaciones internacionales y sin embargo, se examina en el ámbito de los conflictos armados de carácter no internacional, que tanto el artículo 3 común como el Protocolo Adicional II no contienen un conjunto de normas concluidas referentes a la privación de libertad, acentuándose la concepción de la detención administrativa como mecanismo de complementariedad entre el DIDH y DIH para legitimar protocolos de intervención en escenarios no descritos en la referencia normativa.

Los jefes militares tienen la responsabilidad de integrar el derecho como parte de su deber de impedir las infracciones

del derecho de los conflictos armados y, en caso necesario, reprimirlas y denunciarlas a las autoridades competentes. Por ello la necesidad de garantizar el respeto del DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como parte de la planificación y los procesos de toma de decisiones en las operaciones militares. Es importante considerar los elementos de integración como la conducta de las Fuerzas Armadas durante las operaciones militares en el marco de la detención. Ello evoca que, al referirnos a la responsabilidad y ejercicio del mando, el comandante tiene la responsabilidad general de garantizar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su ámbito de aplicación e incorporar el derecho de la guerra en los procesos de toma de decisiones.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BILL NOTTE, Manual de Normas Internacionales que Rigen las Operaciones Militares, CICR.
- FRÉDÉRIC DE MULINEN, Manual sobre el Derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas, CICR,
- FABIAN NOVAK, Derecho Internacional Humanitario. Instituto de estudios internacionales (IDEI).
- ONU, Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal.
- PEJIC JELENA, Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna. Revista Internacional de la Cruz Roja.

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y LA INCLUSIÓN DE OTROS PARA MEJORAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL EN EL PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA COYUNTURA EN LA QUE SE PROMULGÓ EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL; III. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL; IV. PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE ARTÍCULOS AL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL; V. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA LAS MODIFICACIONES E INCORPORACIONES PROPUESTAS, Y VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El autor propone, a diez años de la promulgación del Código Penal Militar Policial, la modificación de algunos de sus artículos y la inclusión de otros para mejorar la administración de la justicia militar policial en el Perú.

ABSTRACT

The author proposes, ten years after the enactment of the Military Police Criminal Code, the amendment of some of its articles and the inclusion of others to improve the administration of military police justice in Peru.

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

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de setiembre de este año se cumplieron diez años de la promulgación del Código Penal Militar Policial vigente, Decreto Legislativo 1094.

El tiempo ha demostrado los aciertos, incongruencias y vacíos de la norma, debido, en parte, a las decisiones políticas y no técnicas que se tomaron en su momento y seguramente, a las limitaciones de quienes sustentamos el proyecto.

Hoy, con la experiencia acumulada, resulta necesario la modificación de algunos artículos y la inclusión de otros para mejorar la administración de justicia militar policial en el Perú, por lo que alcanzamos una propuesta.

II. LA COYUNTURA EN LA QUE SE PROMULGÓ EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

El 2009 fue el año en que el Fuero Militar Policial inició su “resurrección”, más propiamente el mes de diciembre, cuando el Tribunal Constitucional emitió y publicó el 25 de diciembre de ese año, como un regalo de navidad, la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, en la demanda de inconstitucionalidad incoada por el Decano del Colegio de Abogados de Lima, Walter Gutiérrez Camacho, contra diversos artículos de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

El Tribunal Constitucional, en una razonada sentencia y cambiando su reiterada jurisprudencia estableció, entre otras cosas: que el Presidente de la República podía nombrar a los jueces y fiscales de la jurisdicción militar policial; que los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en situación militar o policial de actividad,

podían ser nombrados jueces o fiscales de la jurisdicción militar policial, a condición de que integrasen el Cuerpo Jurídico Militar Policial; que podía establecerse en el Fuero Militar Policial una fiscalía independiente del Ministerio Público, etc. En este caso, la participación del presidente del Fuero Militar Policial de entonces, contralmirante Carlos Mesa Angosto, fue activa y se pudo revertir las decisiones anteriores del Tribunal Constitucional.

A partir de esa realidad se trabajó en las modificaciones de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar, que se cristalizaron en el Decreto Legislativo N° 1096 y se proyectó un nuevo Código Penal Militar Policial, que, igualmente, se hizo realidad con el Decreto Legislativo N° 1094. En esa coyuntura, las posiciones de los ministros y sus asesores eran diversas y dependía de ellos y del Presidente de la República que finalmente los citados Decretos Legislativos se aprobaran.

En cuanto al Código Penal Militar, por ejemplo, el capítulo relativo a las conductas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario fue trastocado, pretendiéndose que resultase útil en el combate contra los remanentes de “Sendero Luminoso”, cuando en el proyecto se trataba de castigar los delitos que pudieran cometerse dentro del contexto de un “Conflicto armado de carácter internacional” (CAI). En otros casos se retiraron artículos y hasta un capítulo entero, como ocurrió con los “Delitos contra la administración de Justicia Penal Militar Policial.

Ante tales circunstancias, la cuestión era contar con un Código Penal Militar Policial, que propusiese un proceso acusatorio y ya después se vería como se realizaban las modificaciones e inclusiones. La expresión

textual del Presidente de la República de entonces fue: “lo tomas o lo dejas”. Ante ello, no quedaba otra alternativa que aceptar las mutilaciones y cambios en el proyecto inicial.

III. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

En nuestra opinión debieran modificarse los artículos 105°, 117°, 133°, 222°, 355°, 359° y 360° del Código Penal Militar Policial, los cuales debieran quedar redactados de la manera siguiente:

Artículo 105°.- Deserción

Incurrir en deserción 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, vacaciones 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, vacaciones o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria;
3. No se presenta a su unidad, estando por emprender la marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca;
4. Enviado en comisión o por cualquier otro motivo, a lugar distinto de su unidad, no se presente, sin causa justificada, a la autoridad o jefe ante quien

fuese dirigido, o si después de cumplir su misión no regresa a su destino.

Si el agente es un militar proveniente del servicio militar, la pena privativa de libertad será no menor de seis meses ni mayor de dos años.

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 uno ni mayor de cuatro años.

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

Artículo 117°.- Desobediencia

El militar o el policía que omite las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos y directivas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

Sufrirá la misma pena el militar o el policía que contraviniendo disposiciones constitucionales delibere sobre cuestiones políticas utilizando medios periodísticos, informáticos u otros de índole semejante.

Artículo 133°.- Afectación del material destinado a la defensa nacional

El militar o el policía que disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, lubricantes, vehículos terrestres, navales o aéreos, o partes de éstos, y demás bienes o pertrechos militares o policiales, que le fueren confiados para el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

Si el delito se comete durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Artículo 222°.- Oportunidad de la acción civil

La acción civil deberá formularse ante el juez militar policial durante la investigación preparatoria, quien rechazará la solicitud de constitución cuando el interesado no tenga legitimación. Contra la resolución denegatoria procede el recurso de apelación dentro del tercer día, ante el Tribunal Superior.

Artículo 355°.- Investigación preliminar.

Cuando el fiscal militar policial tenga conocimiento directo de un delito de función militar policial, promoverá las investigaciones preliminares para determinar las circunstancias del hecho y la identidad de sus autores y partícipes, dejando constancia del inicio de la investigación. La duración de la investigación preliminar será de sesenta días, la cual podrá ser prorrogada por el propio fiscal militar policial, mediante resolución motivada, hasta por quince días adicionales.

Artículo 359°.- Control de la decisión fiscal.

Contra la decisión del fiscal militar policial que desestima o archiva la denuncia, procede el recurso de apelación ante el fiscal superior competente, dentro del tercer día, quien resuelve en el plazo máximo de quince días, disponiendo su trámite o el archivamiento definitivo de la denuncia.

Artículo 360°.- Apertura de la investigación preparatoria

Cuando existan elementos de convicción suficientes, el fiscal militar policial dispondrá la apertura de la investigación preparatoria del juicio en el que hará constar los siguientes datos:

1. Una sucinta enunciación de los hechos a investigar;
2. La identificación del imputado;
3. La calificación legal provisional de los hechos; y,
4. Las diligencias inmediatas que deban actuarse.

El fiscal comunicará al juez militar policial competente la apertura de la investigación preparatoria dentro del tercer día, adjuntando una copia de la respectiva disposición fiscal, a partir de la cual se computa el plazo de duración de dicha investigación. Si durante la investigación se conocen nuevos hechos de responsabilidad del imputado, el fiscal ampliará su disposición comunicando al juez en los mismos términos antes señalados.

IV. PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE ARTÍCULOS AL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

Se debieran incorporar en la parte general del Código Penal Militar Policial los artículos 39°-A, 39°-B, 39°-C y 39°-D, relativos a la imposición de penas suspendidas en el Fuero Militar Policial, que ya fue parte del “Acuerdo de doctrina jurisprudencial en materia penal militar policial N° 002-2016/FMP, de 25 de noviembre de 2016. Los textos serían los siguientes:

Artículo 39°-A.- Suspensión de la ejecución de la pena

1. El Juez podrá suspender condicionalmente la ejecución de la pena, siempre que se reúnan los requisitos siguientes:
 - a) Que la condena sea de pena privativa de libertad no mayor de tres años; y
 - b) Que la naturaleza y la modalidad en la ejecución de la conducta punible, así como la personalidad o el estado de salud del autor o participante hicieran prever que este beneficio le impedirá cometer un nuevo delito.
2. El plazo de suspensión es de uno a dos años.

Artículo 39°-B.- Reglas de conducta

El juez, al suspender la ejecución de la pena, impondrá las siguientes reglas de conducta:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
3. Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
5. No ser sancionado con arresto de rigor. Esta sanción administrativa debe ser puesta en conocimiento del Juez

ejecutor dentro del plazo de suspensión de la pena para que surta sus efectos;

6. Los demás deberes que el Juez estime convenientes, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

Artículo 39°-C.- Incumplimiento de las reglas de conducta

Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el Juez podrá, según los casos:

1. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de un año; y
2. Revocar la suspensión de la pena.

Artículo 39°-D.- Revocación automática

La suspensión de la pena será revocada si dentro del plazo de prueba o de suspensión el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso, cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años; en cuyo caso, se ejecutará la pena suspendida condicionalmente.

Igualmente, nos parece que deben incluirse en el Código Penal Militar, como artículos 142°-A, 142°-B, 142°-C, 142°-D, 142°-E, 142°-F, 142°-G y 142°-H, los tipos penales relativos a las conductas que afectan la administración de justicia penal militar policial, como lo hemos propuesto ya en otro artículo que se publica en este mismo número, que no repetiremos.²

2 El Tratamiento del Prevaricato y otras conductas afines en la Jurisdicción Militar Policial del Perú.

V. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA LAS MODIFICACIONES E INCORPORACIONES PROPUESTAS

Las modificaciones de los artículos 105°, 117°, 133°, 222°, 355°, 359° y 360° del Código Penal Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 1094, obedecen a la necesidad de ordenar y adecuar las sanciones penales a la tipología de los delitos y la realidad, acorde a la experiencia obtenida en su aplicación en los últimos diez años de vigencia de dicho Código.

En cuanto al artículo 105° que tipifica el delito de desertión, la experiencia ha demostrado que la penalidad fijada no guarda relación con la naturaleza y gravedad del delito y los infractores, por lo que se propone ordenar las penas en forma clasificada considerando el personal desertor proveniente del servicio militar, los técnicos y suboficiales, y los oficiales.

En el artículo 117° que tipifica el delito de desobediencia, se suprime la acepción “intencionalmente” y la frase “siempre que atente contra el servicio”, porque en el primer caso resulta subjetiva y en el segundo es redundante, considerando que en este caso las inconductas en general atentan contra el servicio. Se tipifica como desobediencia la deliberación política en que pudiesen incurrir militares y policías, conducta que está prohibida por el artículo 169° de la Constitución.

En el artículo 133° referido al delito de afectación del material destinado a la defensa nacional, se incluye dentro de los bienes comprendidos, los combustibles, carburantes y lubricantes, debido a la imprecisión del concepto “y demás bienes o pertrechos militares o policiales confiados para el servicio”, siendo necesario regular adecuadamente esta conducta penal militar.

Las modificaciones a los artículos 222°, 355° y 359°, que son de orden procesal, obedecen a la necesidad de facilitar la aplicación de las normas del Código, que la experiencia aconseja. En el caso del artículo 222°, se ha precisado que la acción civil se debe plantear ante el juez militar policial competente y no ante el fiscal militar policial como se establece actualmente, por tratarse de una decisión de orden jurisdiccional, desde siempre.

En el artículo 355° se ha establecido un plazo, que no existe para la investigación preliminar, cuando el fiscal militar policial tome conocimiento directo de un delito de función militar policial, de forma que se pueda controlar la actuación de estos funcionarios.

En el caso del artículo 359°, sobre control de la decisión fiscal, la modificación permite una mejor redacción y comprensión de la posibilidad que tiene el denunciante de plantear el recurso de queja ante el fiscal superior competente, en caso de que el fiscal militar policial dispone el archivo de una denuncia. Esta redacción propicia mejor el respeto al derecho del denunciante de recurrir ante el superior jerárquico del fiscal, cuando desestime su denuncia.

Finalmente, en el artículo 360° se prevén parámetros para la investigación preparatoria. Se trata de adecuar el procedimiento al Código Procesal Penal Común, por cuanto los derechos del imputado están ya claramente determinados y protegidos por el artículo 199° del Código. El texto vigente ha generado problemas a la celeridad procesal.

La incorporación de los artículos 39°- A, 39°- B, 39°- C y 39°- D, sobre suspensión de la ejecución de la pena, obedece a la necesidad de imponer penas suspendidas, en

determinadas situaciones y con reglas pre-establecidas, a militares y policías que cometen delitos de menor gravedad, conforme lo recogían los anteriores Códigos, y lo contempla genéricamente el actual Código en sus artículos 40°, 50°, 329° y 439°.

La inclusión de estos artículos resolverá un problema actual en la aplicación de las penas impuestas, que se ha tratado de resolver con un acuerdo de doctrina jurisdiccional, que sin embargo no ha logrado

uniformizar los distintos criterios de los jueces.

VI. CONCLUSIÓN

Las propuestas que se plantean pretenden mejorar la administración de justicia militar policial y están sustentadas en la necesidad que se tiene de ellas y la experiencia de 10 años de aplicación del Código Penal Militar Policial.

Gustavo A. Botetano Villafuerte¹
Alfonso Moquillaza Janampa²

EL COMPLIANCE COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. EL ORIGEN DEL COMPLIANCE O TAMBIÉN LLAMADO PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO; II. EL COMPLIANCE COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN; III. LA NORMA ISO: 37001 - SISTEMA DE GESTIÓN ANTISOBORNO COMO MODELO DE COMPLIANCE; IV. EL ENFOQUE OPERACIONAL DEL ISO 37001: SISTEMA DE GESTIÓN ANTISOBORNO EN LAS ADQUISICIONES ESTATALES Y SU EFECTO EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN; V. CONCLUSIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente artículo propone la implementación de la norma ISO 37001, como modelo de compliance,³ para prevenir y controlar el delito de función que pudiera consumarse en las unidades ejecutoras de la Policía Nacional, toda vez que al igual que en otras entidades del Estado, existe riesgo en la gestión de adquisiciones de bienes y servicios, permitiendo

1 General CJ-PNP. Abogado y Maestro en Administración y Ciencias Policiales con mención en Gestión Pública. Director de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional del Perú y Sistema Jurídico Policial. Egresado del Programa de Especialización para Ejecutivos de la Escuela de Negocios, ESAN. Egresado del Curso de Alta Gerencia en Seguridad Estratégica del Centro de Altos Estudios Nacionales, CAEN.

2 Capitán CJ-PNP. Abogado, con segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Magister en Ciencias Penales y a Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Asesor Jurídico de la Policía Nacional del Perú y Coordinador Nacional del Registro de Delegados de Defensa Legal de la Policía Nacional del Perú.

3 En español significa “conformidad”, nota del editor.

garantizar la buena administración, organización y operatividad policial, a fin de brindar un servicio público de calidad y, en consecuencia, la materialización del principio de buena administración que debe existir en todas las actuaciones en sede administrativa.

En líneas generales, la implementación de la referida Norma ISO permitiría establecer sistemas de gestión de riesgos y sus controles respectivos para prevenir y controlar la posible comisión de delito de función militar policial, coadyuvando a la materialización del principio de legalidad, transparencia y eficacia que son parte de la buena administración en la institución policial, con la finalidad de cumplir el mandato constitucional de brindar un servicio público de calidad en materia de orden interno, orden público y seguridad ciudadana.

ABSTRACT

This article proposes the implementation of ISO 37001 standard, as a compliance model, to prevent and control the official misconduct that could be carried out in the executing units of the National Police, since as in other State entities, there is a risk in the management of procurement of goods and services, making it possible to guarantee good administration, organization and police operations, in order to provide a quality public service and, consequently, the application of the good administration principle that must exist in all proceedings at administrative headquarters.

In general terms, the implementation of the aforementioned ISO Standard would allow the establishment of risk management systems and their respective controls to prevent and control the possible commission of military police official misconduct,

contributing to the application of principle of legality, transparency and effectiveness that are part of good administration in the police institution, in order to comply with the constitutional mandate to provide a quality public service in matters of internal order, public order and citizen security.

I. EL ORIGEN DEL COMPLIANCE O TAMBIÉN LLAMADO PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

El Compliance es aplicado en diversos países, aunque bajo diferentes denominaciones, como simplemente Compliance o Criminal Compliance. En esa línea, Estados Unidos fue el país pionero en materia de imputación a empresas y de Compliance, ya que sus casos emblemáticos datan de principios del siglo XX, siendo el más emblemático el de New York Central & Hudson River Railroad vs. United States del año 1909, donde el órgano jurisdiccional competente determinó la responsabilidad penal de la empresa por el delito cometido por uno de sus empleados y en su propio beneficio (2017: 1-2).

En Europa, uno de los países en aplicar el Compliance en la criminalidad empresarial fue Alemania, a raíz del caso Siemens, que posteriormente se fue propagando en otros países como Chile, España e Italia, que dentro de su marco regulatorio establecen la obligación de las empresas de crear programas de cumplimiento, a fin de delimitar la responsabilidad de éstas, sus directivos y empleados, el cual beneficia a la empresa que haya tenido Compliance, para ser eximido o atenuado de la responsabilidad administrativa y penal.

En América Latina, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en diversos países

(Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana) se han implementado una serie de medidas sancionadoras, no todas penales, contra las personas jurídicas a partir de compromisos internacionales asumidos, sobre todo enfocados en combatir la corrupción (2018:16). En ese contexto, haciendo un análisis de las legislaciones en América Latina, nos permite observar la implementación de “sanciones” de diversa naturaleza y bajo distintas reglas o fundamentos jurídico-penales, desde consecuencias accesorias hasta una responsabilidad autónoma de la persona jurídica; sin embargo, en la mayoría de países, entre los que se encuentra el Perú, no existe mayor referencia a los programas de cumplimiento normativo denominados en la doctrina como Criminal Compliance, en lo que respecta a su regulación y los efectos que le otorga el legislador en materia de corrupción.

En la actualidad, el Compliance recién se está aplicando en delitos de lavado de activos y criminalidad empresarial, no ocurriendo lo mismo en materia de corrupción, a pesar que a través de dicho mecanismo se podría concretar la buena administración y la prevención del delito de función, teniendo en cuenta que esta como practica gubernamental es utilizada por los actores principales del Estado que toman decisiones inadecuadas para favorecerse, de manera indebida, a pesar que existe un Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021.

II. EL COMPLIANCE COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

Al respecto, teniendo en cuenta que las entidades de la administración pública,

para la gestión de adquisición de bienes y servicios que permitan brindar un servicio público de calidad en materia de orden interno, orden público y seguridad ciudadana, cuentan con diecinueve unidades ejecutoras, se advierte que existe riesgo para la consumación del delito de función por parte de los funcionarios, toda vez que no se cuenta con un programa de prevención de delitos.

En ese contexto, para que la institución policial pueda cumplir con su fin público y objetivos institucionales, que permitan garantizar los derechos de los ciudadanos y satisfacer el interés general en materia de orden interno, orden público y seguridad ciudadana, debe supervisar y controlar que las unidades ejecutoras administren de manera eficiente los recursos económicos y logísticos para proveer de los bienes y servicios requeridos, además de cumplir con los procedimientos establecidos en la ley y en la normatividad interna, siendo pertinente el Compliance como mecanismo de prevención, bajo los lineamientos establecidos en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 y medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción, aprobado por el Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, que son de cumplimiento obligatorio para todas las instituciones del Estado.

Esta situación de falta de mecanismos preventivos de este tipo de delitos, genera un alto riesgo para su consumación al interior de la organización y, en consecuencia, la constitución del delito de función, pues las probabilidades de que se detecten los delitos son bajas. Ante ello, la implementación de un Compliance para la gestión de abastecimiento de las unidades ejecutoras surge como un mecanismo idóneo y eficiente para prevenir el delito de función, considerando

que el Compliance: “Como cumplimiento normativo debe comenzar antes que el cumplimiento de la norma penal y que los sistemas de Compliance vienen ya dados en gran medida por normas extrapenales, la tarea es integrar este sistema en el derecho penal, y más concretamente en el sistema de responsabilidad penal (Kuhlen, Montiel, y Ortiz 2013: 29-30). El mismo que consiste en cumplir todas las normas externas e internas que regulan sus actividades administrativas.

III. LA NORMA ISO: 37001 - SISTEMA DE GESTIÓN ANTISOBORNO COMO MODELO DE COMPLIANCE

Sobre el particular, teniendo en cuenta que el Compliance resulta ser un conjunto de herramientas de carácter preventivo, cuyo objetivo es garantizar que la actividad realizada por la empresa o institución, quienes la conforman o actúan en su nombre, lo hagan de acuerdo a las normas legales, políticas internas, códigos éticos y cualquier otra disposición que estén obligadas a cumplir o que hayan decidido hacerlo voluntariamente, como parte de sus buenas prácticas, resulta imprescindible hacer un análisis desde una perspectiva dual: por un lado, permite internamente a las organizaciones tener una mayor visibilidad de su forma de funcionar, control de cómo opera y así, poder decidir actuaciones valorando los riesgos legales que pueden derivar de las mismas, pudiendo detectar fraudes y/o incidencias en sus gestiones y de otro lado, el aspecto externo que avala ante las autoridades y terceros, el compromiso con la legalidad y con las buenas prácticas del sector.

En tal sentido, fusionando ambos enfoques, entendemos que el Compliance Penal

o Criminal Compliance, es el conjunto de herramientas de carácter preventivo, cuya finalidad es evitar la infracción de carácter penal y así como eventuales sanciones que generen responsabilidad a la empresa o entidades, siendo una alternativa de modelo de Compliance la Norma ISO 37001, Sistema de Gestión Antisoborno, la misma que según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) está diseñada para incluir una cultura contra la corrupción dentro de una organización pública o privada e implementar los controles adecuados para detectarla y reducir su incidencia. Es decir, que dicho Compliance no solo está destinado a la lucha contra el soborno, sino también contra otros delitos de criminalidad empresarial, corrupción en general y, en consecuencia, evitar también el delito de función (BASCPERU: 2018).

IV. EL ENFOQUE OPERACIONAL DEL ISO 37001: SISTEMA DE GESTIÓN ANTISOBORNO EN LAS ADQUISICIONES ESTATALES Y SU EFECTO EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

Las entidades públicas (TIPO B) se encuentran inmersas dentro del Sistema Nacional de Abastecimiento, regulado por el Decreto Legislativo N° 1439, debiendo sujetar sus procedimientos y actividades administrativas de gestión de adquisiciones a dicha normatividad, toda vez, que para el cumplimiento del mandato constitucional, que es el de brindar un servicio público de calidad en materia de orden interno, orden público y seguridad ciudadana, debe alcanzar sus metas y logros planteados en su Plan Operativo Institucional (POI), para lo cual requiere contratar bienes y servicios para las direcciones que son parte de su estructura organizacional que permitan el

desarrollo de sus funciones y atribuciones conferidas por ley.

En esa línea, para la gestión de adquisición de bienes y servicios la institución cuenta con unidades ejecutoras que se encuentran sujetas a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, los cuales señalan que por regla general los procesos de selección para bienes y servicios deben contar con tres fases: i) fase de actos preparatorios, ii) fase de selección y iii) fase de ejecución, salvo las excepciones de ley.

Ante ello, se ha aprobado por ejemplo, la Directiva N° 04-08-2019-COMGEN-PNP/SECEJE-DIRADM-B, para regular las “Contrataciones de bienes y servicios iguales o inferiores a ocho (08) unidades impositivas tributarias (UIT)”, que permitan cumplir con los objetivos y metas trazadas; sin embargo, para las contrataciones que requieren de un proceso de selección aún no existe normativa interna, basándose en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, la cual establece para la fase de actos preparatorios la participaran de las áreas de programación, estudio de mercado y presupuesto; en la fase de selección el área de procesos y en la fase de actos de ejecución, el área de ejecución contractual.

Teniendo claro que las actividades administrativas que se desarrollan para la gestión de adquisiciones de bienes y servicios, se encuentran enmarcadas dentro del “Sistema de Abastecimiento”, las normas legales en materia de Contrataciones del Estado y las normas internas, resulta imprescindible la implementación de la Norma ISO 37001: Sistema de Gestión Antisoborno en la Gestión de Adquisición que realizan las Unidades Ejecutoras, la cual requiere establecer determinados lineamientos necesarios e

indispensables para llevar a cabo una eficiente gestión, evitando posibles investigaciones por actos de corrupción en el fuero común y de delitos de función en el fuero militar policial.

Asimismo, la Norma ISO 37001 especifica los requisitos y proporciona una guía para establecer, implementar, mantener, revisar y mejorar un sistema de gestión ANTI-SOBORNO, los cuales son:

- Soborno en los sectores público, privado y sin fines de lucro;
- Soborno por la organización;
- Soborno por el personal de la organización que actúe en nombre de la organización o para su beneficio;
- Soborno por los socios comerciales de la organización que actúan en nombre de la organización o para su beneficio; y,
- Soborno directo e indirecto (por ejemplo, un soborno ofrecido o aceptado a través o por un tercero).

Además, las organizaciones que implementan un Sistema de Gestión Anti-Soborno basado en ISO 37001, tendrán los beneficios siguientes:

- Organizaciones más comprometidas y transparentes.
- Ayuda a optimizar su sistema de gestión contra el soborno estableciendo y/o mejorando los controles existentes.
- Genera confianza en sus propietarios, inversionistas, clientes y otros socios comerciales ya que se han implementado controles internacionales.

- Ofrecer a las personas que forman la organización un proyecto sostenible y socialmente responsable.
- Sirve de defensa frente a los fiscales y/o tribunales en caso de investigación, mostrando evidencia de que la organización ha tomado medidas para prevenir el soborno.

Los procesos deben incluir como controles específicos los asuntos siguientes:

1. Debida diligencia (personal y socios de negocio);
2. Controles financieros;
3. Controles no financieros;
4. Control de las Organizaciones y socios de negocios
5. Compromisos contra el soborno;
6. Regalos, hospitalidad, donaciones y otros beneficios;
7. Gestión de la insuficiencia de controles;
8. Denuncias internas; y,
9. Investigación y gestión del soborno.

En definitiva, para la aplicación de la mencionada Norma ISO 37001, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ésta resulta adaptable a las organizaciones pequeñas, medianas y grandes en cualquier sector: público, privado y sin fines de lucro, con la finalidad de ayudar a la organización y operatividad de la entidad y en tal sentido, dicha modalidad de Compliance, por su naturaleza, coadyuvaría a la prevención de los recursos económicos y logísticos en las denominadas unidades ejecutoras (BASC-PERU: 2018).

Asimismo, para el éxito de dicho sistema se requiere que exista un compromiso de la administración para empoderar al “Oficial de Cumplimiento”, a fin de que goce de facultades y atribuciones que le permitan prevenir, controlar y detectar una conducta fuera de los alcances de la ley, y de ser el caso, remitir a la Procuraduría Pública del respectivo Sector ante una presunta responsabilidad penal, a la administración de justicia militar policial ante la presunción del delito de función militar policial, y al Órgano de Inspectoría correspondiente, en caso de ameritar una responsabilidad de carácter administrativo.

Finalmente, resulta necesario señalar algunas características del perfil profesional del “Oficial de Cumplimiento” de las entidades del Sector Público, las cuales deben ser, como mínimo, las siguientes:

- a) De profesión Abogado;
- b) Con especialización en Contrataciones del Estados y certificado por el OSCE; y,
- c) Con especialización en Delitos de Corrupción de Funcionarios, entre otros créditos académicos a considerar.

V. CONCLUSIONES

- I. La aplicación de la Norma ISO 37001, Sistema de Gestión Antisoborno como modelo de Compliance, permitirá administrar, de manera más eficiente, los recursos económicos y logísticos para la adquisición de los bienes y servicios y su posterior distribución a las diversas dependencias, a fin de brindar un servicio público de calidad en materia de orden interno, orden público y seguridad ciudadana.

- II. Para la implementación de la Norma ISO 37001, Sistema de Gestión Anti-soborno, se requiere que la administración policial nombre a un “Oficial de Cumplimiento”, que goce de poder para exigir que se cumpla con las leyes, reglamentos, directivas y procedimientos internos de la administración policial y tenga la capacidad de presentar directamente las denuncias a las autoridades correspondientes, en caso de delitos de corrupción y de función.
- III. La Norma ISO 37001: Sistema de Gestión Antisoborno, permite establecer un sistema de gestión de riesgos y los controles específicos en la organización interna de las entidades de la administración pública, las cuales contribuyen a que las actividades administrativas se enmarquen dentro del principio de legalidad, transparencia y eficacia que se subsumen en el principio de buena administración, previniendo la comisión de delitos de función que afecten la organización y operatividad de las instituciones.
- IV. En cuanto a los efectos de su implementación, esta permitirá prever y controlar que los directos responsables de la gestión de las contrataciones, es decir, determinados niveles de la administración de mando medio, como los jefes de administración, no comprometan de manera indebida a los niveles superiores de la organización, cuya participación sólo se limita a cumplir un conducto regular basado en el principio de confianza.
- V. Su implementación en todas las entidades de carácter público exige, asimismo, que las direcciones o unidades de administración y finanzas, con

transparencia y buena fe, eviten y se abstengan de malas prácticas cuyo propósito sea obstaculizar o evitar la revisión y verificación de la documentación que pone en evidencia qué funcionarios o servidores son los directamente responsables de la administración de los recursos públicos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO Enrique. Compliance y Derecho Penal. España: *Editorial Aranzadi*, 2011.
- CASTRO, Alberto. “Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: Un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno”, (Ed.) Buen Gobierno y derechos humanos, Lima: IDEHPUCP, 2014.
- CASTRO, Alberto. “Análisis de calidad regulatorio, simplificación administrativa y buena administración”, documento presentado en el XXIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Guadalajara, México, 06 al 09 de noviembre de 2018.
- CALDERÓN, Gabriela. “La corrupción en Ecuador: causas, efectos y controles”. Una Mirada Liberal de la Corrupción. Friedrich Naumann para la Libertad. México, año 3 numero 5, pp. 17, 2018.
- Diario Peru21. El costo de la corrupción que pagan los peruanos, 2018. <<https://peru21.pe/politica/costo-corrupcion-pagan-peruanos>>, consulta de 20 de abril de 2019.
- OCDE. Revista Actuando para evitar la corrupción, 2018. https://www.bascperu.org/pdf/principales/REVISTA_35, consulta de 02 de mayo de 2019.
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. Decreto Supremo N° 042-2018-PCM. Que establece medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción.

Transparencia Económica – Portal MEF Consulta Amigable de Ejecución de Gasto del Ministerio del Interior. <<http://apps.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default>>, consulta de 20 de abril de 2019.

KUHLEN Lothar, Juan Pablo MONTIEL, e Iñigo ORTIZ DE URBINA. Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

LOS CIENTO VEINTIDÓS AÑOS DE LA JUSTICIA MILITAR DEL PERÚ²

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de diciembre de 1898 se promulgó el primer Código de Justicia Militar en el Perú. Ello ocurrió tras la aprobación en el Congreso del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, elaborado en el marco de la reorganización del Ejército a cargo de la primera misión francesa. Desde entonces han transcurrido 122 años y la jurisdicción militar ha recorrido un camino lleno de dificultades, pero también de participación trascendente en nuestra historia.

II. LOS CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR QUE SE PROMULGARON EN EL PERÚ

El primer Código de Justicia Militar fue presentado formalmente por el presidente Nicolás de Piérola, en el antiguo local del Poder Judicial ubicado en la calle de la Aduana, hoy quinta cuadra del jirón Miró Quesada.

Ese código, que creó el Consejo Supremo de Guerra y Marina, integrado por militares y vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentó las bases de la administración de Justicia Militar en el Perú. En

1 Abogado. Editor de la revista: “El Jurista del Fuero Militar Policial”. Autor de varios libros de Derecho e historia.

2 Se publicó el 23 de diciembre de 2020 en “El Peruano”: <<https://elperuano.pe/noticia/112296-los-122-anos-del-fuero-militar-policial-del-peru>>.

1906 se le introdujeron algunos cambios, surgiendo el Consejo de Oficiales Generales, integrado por oficiales del Ejército y de la Armada, sometiéndose sus decisiones jurisdiccionales ante la Corte Suprema de la República, a través del “Recurso de Nulidad”.

En 1939 entró en vigencia un segundo código, que tipificó de mejor manera los delitos y simplificó el sistema de penas, pero no introdujo los cambios que se necesitaban para dotar al sistema de eficiencia, continuidad y de personal capacitado.

El tercer Código de 1950 organizó la jurisdicción militar en Consejos de Guerra Permanentes, con el concurso de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, que ocuparon los cargos de auditores, fiscales, relatores, secretarios y defensores de oficio.

En 1963 se promulgó la primera Ley Orgánica de Justicia Militar, que creó el Consejo Supremo de Justicia Militar y el código de ese mismo año introdujo varias figuras típicas nuevas, con el propósito de combatir los brotes revolucionarios que se iniciaban, a semejanza de la llamada “Revolución Cubana”.

En julio de 1980 se puso en vigencia el quinto Código de Justicia Militar, con el propósito de adecuar la competencia de la jurisdicción militar a la Constitución de 1979 y en 2006 un sexto código, de existencia efímera, hallándose vigente actualmente el Código Penal Militar Policial de 2010.

III. JUZGAMIENTO EN LA JUSTICIA MILITAR DE TERRORISTAS E INTEGRANTES DE BANDAS CRIMINALES ORGANIZADAS

En el contexto de la lucha contra los grupos terroristas “Sendero Luminoso” y el

MRTA, el 12 de agosto de 1992, se promulgó el Decreto – Ley N°. 25659 (Ley de creación del delito de Traición a la Patria), que habilitó la competencia de la Justicia Militar para la investigación y juzgamiento por el delito de Traición a la Patria.

La respuesta de la justicia militar fue efectiva y la mayoría de los líderes terroristas fueron condenados y encarcelados. Más adelante, varios de estos casos fueron denunciados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que repercutieron negativamente en el quehacer de la Justicia Militar.

En otro contexto, mediante Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el llamado “Terrorismo Agravado”, se otorgó también a la Justicia Militar competencia para juzgar a los integrantes de bandas criminales organizadas, que armados con fusiles de guerra, granadas y material semejante, secuestraban a personas, asaltaban bancos, etc. La Justicia Militar, otra vez, resolvió el problema con rapidez.

IV. UNA DÉCADA PROBLEMÁTICA PARA LA JUSTICIA MILITAR Y SU POSICIONAMIENTO ACTUAL

La década del 2000 – 2009 fue para la jurisdicción militar más que problemática. El juzgamiento de terroristas en el ámbito judicial castrense marcó el derrotero de su futuro. Organismos no Gubernamentales, valiéndose de instituciones legitimadas para obrar, demandaron ante el Tribunal Constitucional, reiteradamente, la inconstitucionalidad de sus normas, hasta que en diciembre de 2009 se pronunció positivamente sobre los alcances de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, que cambió rotundamente sus anteriores decisiones sobre la jurisdicción militar.

A partir de esa sentencia, se introdujeron cambios en la organización del Fuero Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1096) y se promulgó el Código Penal Militar Policial vigente, mediante el Decreto Legislativo N° 1094, que como particularidad excluyente contiene un proceso acusatorio que respeta plenamente los principios procesales exigidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A lo largo de los 122 años de su existencia, la Justicia Militar ha sido actora distinguida de la historia del Perú. Después del 2010, con las nuevas normas en vigor, se

respiran aires renovados y el cumplimiento de su misión constitucional está muy presente, con cuyo propósito sus magistrados se capacitan constantemente. Se edita una revista especializada: “El Jurista del Fuero Militar Policial”, que ha llegado a quince números y se viene rescatando, a través de la colección “La Justicia Militar en la Historia del Perú”, la participación de la Justicia Militar en todo tiempo.

En el ámbito internacional, la Justicia Militar del Perú ha tomado posición expectante, llevando adelante congresos, publicando libros y haciendo conocer sus importantes funciones. Felices 122 años FUERO MILITAR POLICIAL.

Edgar Vera García¹

EL DELITO DE DESOBEDIENCIA Y SU APLICACIÓN NORMATIVA²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PRIMER ASPECTO: COMO OPERA LA REMISIÓN (REENVÍO) DE LA NORMA PENAL EN BLANCO PARA LUEGO INTEGRARSE AL TIPO PENAL; III. SEGUNDO ASPECTO: EXAMEN DE TIPICIDAD, ES DECIR LA ADECUADA SUBSUNCIÓN QUE PERMITA LA INTEGRACIÓN DEL TIPO PENAL; IV. CONCLUSIONES; Y V. RECOMENDACIONES.

RESUMEN

El autor señala, basado en experiencias prácticas, que los fiscales de la jurisdicción militar policial no han logrado un debido entendimiento respecto de la aplicación de la norma en blanco, al no existir en sus requerimientos acusatorios los requisitos básicos del reenvío normativo, la descripción del **núcleo esencial de lo prohibido**, la precisión tanto del elemento normativo como del descriptivo y la debida subsunción, entre otros elementos, incurriendo en generalidades. El análisis de casos que realiza está circunscrito al delito de desobediencia y al Juzgado Militar Policial de Moquegua, entre los años 2013 y 2018.

ABSTRACT

The author points out, based on practical experiences, that the prosecutors of the military police jurisdiction have not achieved a proper

1 Oficial del Servicio Jurídico del Ejército.

2 Este trabajo fue realizado por el autor como parte del XIV Curso de Primer Nivel para Magistrados del Fuero Militar Policial, año 2020.

understanding regarding the application of the unspecified rule, as there are no basic requirements of normative referral, the description of the essential nucleus of the prohibited, the precision of both the normative and the descriptive elements and the due subsumption in their accusatory requirements, among other elements, incurring generalities. The analysis of cases carried out is limited to the disobedience crime and the Military Police Court of Moquegua, between 2013 and 2018.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal Militar Policial (CPMP) tiene por objeto prevenir la comisión de los delitos de función militar policial. Así mismo, constituye un medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en un estado social democrático y de derecho.

Resalta, igualmente, su importancia para el mantenimiento del orden, seguridad y disciplina de las instituciones de las fuerzas del orden, que deben ser fortalecidas ante la amenaza de actos de violencia y contribuir a una cultura de diálogo, con respeto a la autoridad y a los derechos fundamentales de todas las personas.

He decidido abordar el delito de **DES-OBEDIENCIA** por constituir un tema de bastante incidencia en el Fuero Militar Policial. En tal sentido se analizará el aspecto normativo y su aplicación por las partes procesales, especialmente por el fiscal militar policial, al momento de realizar su requerimiento acusatorio.

Tenemos frente a ello varias situaciones en su aplicación, pues, el delito de desobediencia deviene en una norma penal en

blanco; entonces, el primer efecto es como opera su remisión para luego integrarse al tipo penal; en segundo lugar, en el examen de tipicidad que deben realizar las partes procesales, especialmente el supervisor de la legalidad que es el juez, es decir, verificar el primer filtro de la estructura del delito, existiendo otros que no serán tratados.

En el presente trabajo analizaremos, únicamente, la remisión para su integración y el primer filtro de la tipicidad de los requerimientos acusatorios desde el año 2013 hasta el año 2018, en el Juzgado Militar Policial N.º 21 de Moquegua; para finalmente llegar a las conclusiones y recomendaciones.

II. PRIMER ASPECTO: COMO OPERA LA REMISIÓN (REENVÍO) DE LA NORMA PENAL EN BLANCO PARA LUEGO INTEGRARSE AL TIPO PENAL

Uno de los delitos que en el ámbito de la justicia militar policial tiene bastante aplicación es el delito de **DES-OBEDIENCIA**, regulado en el art. 117º del Decreto Legislativo N.º 1094, Código Penal Militar Policial, que a la letra dice: “*El militar o el policía que omita intencionalmente las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, siempre que atente contra el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años*”.

Nos encontramos ante un caso típico de una norma penal en blanco, aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal. Suele utilizarse esta técnica cuando la conducta que constituye el supuesto de hecho

de la norma penal está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico, de finalidades y alcances diferentes a los de la norma penal; entonces, la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquiera otra. Desde el punto de vista meramente estructural, la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades. El supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola. Pero materialmente, el uso o abuso de este procedimiento técnico legislativo dificulta la labor del juez, no solo porque se ve remitida a ámbitos administrativos que le pueden ser desconocidos o, por lo menos, no conoce también como el ámbito penal militar policial propiamente dicho.

Recientemente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó la diferencia del tipo penal en blanco con el elemento o ingrediente normativo del tipo. Señaló que estos últimos no son propiamente elementos del tipo, sino que corresponden a expresiones que pueden predicarse de cualquiera de ellos y buscan cualificar a los sujetos activo y pasivo o al objeto material, o pretenden precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, correspondiéndole al juez penal, en todo caso, examinar su ocurrencia; es decir, valorar la conducta como delictiva.

Según ese alto tribunal, ese contraste resulta útil frente a la teoría del error, pues sus consecuencias sobre la norma a la que remite el tipo penal en blanco, son diversas al que recae sobre un elemento normativo del tipo. En efecto, el primero recae sobre el supuesto fáctico del tipo penal, en tanto que el segundo, lo hace sobre una cualificación

jurídica de alguno de los otros componentes del tipo objetivo.

Si el error recae sobre un ingrediente normativo, se descarta el tipo doloso, pero si el error es sobre la norma a la que remite el tipo penal, entonces, estaríamos en presencia de un error de prohibición, porque significa el desconocimiento de la existencia de la prohibición o mandato de la norma que se infringe con la conducta, precisó la Sala.

Pues bien, el tipo penal en blanco, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es aquel “en que el supuesto de hecho se encuentre desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal”. En cuanto a la normativa a la cual se acude por remisión debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco, la respuesta es “Que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto a la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado”.

Ahora bien, de cara al interrogante sobre si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión se hace en relación con normas que no tengan la entidad de ley en sentido formal, se distingue entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal, este adquiere unidad normativa.

En efecto, la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye, simplemente, una técnica legislativa de integración del tipo.

III. SEGUNDO ASPECTO: EXAMEN DE TIPICIDAD, ES DECIR LA ADECUADA SUBSUNCIÓN QUE PERMITE LA INTEGRACIÓN DEL TIPO PENAL.

Una vez remitida la norma, conviene revisar los requerimientos acusatorios más resaltantes emitidos desde el año 2013 hasta el año 2018, es decir, cómo han sido tratados por la Fiscalía Militar Policial de Moquegua, incidiendo en el reenvío normativo, y si esta remisión de la norma ha causado el efecto deseado que es la integración del tipo; así mismo, la tipicidad, verificando la existencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. Pasemos a exponer algunos casos prácticos:

III.1. CASO PRÁCTICO N° 1

Delito contra la integridad institucional, en su modalidad y forma de desobediencia, tipificado en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial

CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES:

Que, el acusado (...), el AF-2014, se desempeñó como comisario de la sub unidad policial, comisaría del centro poblado San Antonio de Moquegua, teniendo como función principal la administración y control de los bienes muebles y enseres asignados a dicha sub unidad policial, para su cabal funcionamiento al servicio de la sociedad.

CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES:

El acusado (...), el AF-2014, encontrándose de comisario de la sub unidad policial, comisaría del centro poblado San Antonio de Moquegua, no ha administrado ni controlado correctamente los bienes muebles y enseres asignados a dicha sub unidad.

Con esta conducta el acusado ha, *omitido intencionalmente*, normas legales vigentes, que a continuación se indican, atentando, con ello, el servicio policial:

Constitución Política del Perú

El Artículo 166° de la Constitución Política del Estado establece que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del *patrimonio público y del privado*.

Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Decreto Legislativo N° 1148 “Ley de la Policía Nacional del Perú”

Artículo 3°. - Finalidad

La Policía Nacional del Perú tiene por finalidad garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prevenir, investigar y combatir los delitos y faltas; prestar protección y ayuda a las personas, y a la comunidad; *garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado*; vigilar y controlar las fronteras; velar por el cumplimiento de las normas administrativas de su competencia y el Código Administrativo de Contravenciones de Policía.

Artículo 4°. - Función policial

La función policial se enmarca dentro del ejercicio del poder de policía del Estado, que la Policía Nacional del Perú cumple en su condición de fuerza pública, para velar por la protección, seguridad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, el normal desarrollo de las actividades de la población y prestar apoyo a las

demás instituciones del Estado, en el ámbito de sus competencias y funciones.

El ejercicio de **la función policial requiere conocimientos especializados**, los cuales son adquiridos a través de la **formación profesional**. El profesional policial recibe una **formación académica integral**, de nivel universitario para Oficiales y de nivel técnico para Suboficiales, que les permite su buen desempeño profesional y desarrollo cultural, social y económico, con énfasis en la disciplina, el mérito, el respeto irrestricto a los derechos humanos, la ética, el liderazgo y el servicio público.

Artículo 6°.- Principios y valores

Para el ejercicio de sus funciones, atribuciones y facultades, la Policía Nacional del Perú se orienta por los siguientes principios:

Legalidad: El servicio policial se brinda en el marco de la Constitución Política del Perú y las leyes;

Artículo 9°.- Competencias

La Policía Nacional del Perú ejerce competencias en las siguientes materias:

Seguridad del patrimonio público y privado;

Artículo 10°.- Funciones

Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes:

- 3) Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado;
- 5) Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, incluyendo los que se cometen en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre;

- 20) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes;

Artículo 12°.- Obligaciones del personal policial

El personal policial tiene las siguientes obligaciones:

Respetar y cumplir los mandatos establecidos en la Constitución, las leyes, los reglamentos y las órdenes que en el marco legal vigente imparten sus superiores;

Ejercer la función policial en todo momento, lugar, situación y circunstancia, por considerarse siempre de servicio;

Cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con profesionalismo, lealtad y ética;

Las demás establecidas por la ley y sus reglamentos.

Del Manual de Organización de Funciones de la Comisaria del centro poblado de San Antonio, del AF-2014:

COMISARIO Y ÓRGANO DE DIRECCIÓN

2. FUNCIONES GENERALES:

Dirigir y controlar los diferentes servicios que presta la comisaria de la PNP San Antonio.

Controlar el cumplimiento de las disposiciones legales y directivas emanadas de la superioridad.

Administrar los diferentes recursos de la comisaria procurando su óptima utilización y mayor cobertura policial.

CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES:

Posteriormente, estos hechos fueron detectados y puestos en conocimiento de la Región Policial de Moquegua por (...), quien fue designado por el Comando Policial para asumir el puesto de comisario de la Comisaria del centro poblado de San Antonio de Moquegua el 02 enero 2015. Asimismo, dicha conducta negligente del acusado causó que los bienes muebles y enseres confiados y destinados al cumplimiento de la función policial: dos (02) sillas giratorias, una (01) radio portátil AM - FM, un (01) estante metálico, tres (03) grilletes series N° 597824, 597538 y 597467, cuatro (04) llaves de grilletes, dos (02) cámaras fotográficas Samsung serie N° AIL2C90820077D y AIL2C908200129Y, una (01) bandera y su estante, veintiséis (26) colchas blancas, treinta y cuatro (34) frazadas, ocho (08) juegos de sábanas, un (01) escritorio, un (01) rack, un (01) armario metálico de cuatro divisiones a la fecha sean inubicables o se hayan extraviado, no siendo repuestos hasta la fecha, disminuyendo la capacidad operativa de dicha sub unidad policial.

VERIFICACIÓN

1. Justificación del reenvío normativo

Como podemos apreciar en las circunstancias concomitantes que viene a constituirse el núcleo de la imputación, se verifica en el requerimiento acusatorio de una pluralidad de normas, desde la Constitución Política; el Decreto Legislativo 1148, Ley de la Policía Nacional del Perú y el Manual de Organización y Funciones de la comisaria del centro poblado de San Antonio; pues el reenvío debe ser expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, situación que no se ha producido en el presente caso; tampoco ha

expresado la esencia de lo prohibido, ni satisfecho la existencia de la certeza .

2. Precisión del elemento normativo o descriptivo (tipicidad)

En el requerimiento acusatorio no se ha señalado el elemento normativo en cuyo presupuesto se basa la imputación; simplemente existe una enumeración de normas sin la precisión correspondiente; en consecuencia, ésta es genérica y vaga, significando una gran limitación para el derecho de la defensa; presumiéndose que el elemento normativo básico en el cual se sustenta la imputación, se encuentra en el Manual de Organización y Funciones de la comisaria, situación que no ha sido precisada en el requerimiento acusatorio, deviniendo la imputación en insuficiente .

3. ¿Ha funcionado la integración de la norma?

Consecuentemente, al ser muy vaga e imprecisa la imputación respecto al presupuesto normativo, la remisión normativa no se ha producido, por tanto, sin efecto alguno la integración

III.2. CASO PRÁCTICO N° 2

Delito contra la integridad institucional, en su modalidad y forma de desobediencia, tipificado en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial.

CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES:

El acusado (...), el AF-2014, se encontraba designado como comisario de la comisaria del Puerto de Ilo, División Policial de Ilo, de la Región Policial de Moquegua.

CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES:

El 12 de noviembre del 2014, el acusado (...), ha **omitido** intencionalmente las

disposiciones y normas vigentes de la Policía Nacional del Perú, encontrándose de comisario, al disponer indebidamente, sin motivo justificado, el cambio del personal que se encontraba de choferes de servicio y operadores en las unidades móviles de placas PL-15581 y KP-0913, para luego, indebidamente, omitiendo disposiciones vigentes y sin autorización del comando policial respectivo, dar la orden de que la unidad móvil de placa PL-15581 se dirigiese de Ilo a Moquegua, para realizar actividades particulares del (...) y su familiares directos, todo ello contraviniendo sus funciones como oficial de policía y comisario dispuestos en la Constitución Política del Perú; Ley de la Policía Nacional, Dec. Leg. N° 1148; Ley de Régimen Disciplinario, Dec. Leg. N° 1150; Directiva DGPNP N° 04-49-2006-DIRGEN-DIRLOG-B, Manual de Organización y Funciones y Manual de procedimientos de la respectiva Unidad Policial.

CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES:

Posteriormente, con dichas órdenes y disposiciones indebidas y omitiendo normas vigentes, se desplazó de la ciudad de Ilo hacia la ciudad de Moquegua, para realizar actividades particulares, dirigiéndose a la Escuela Técnico Superior de la PNP en Moquegua.

VERIFICACION

1. Justificación del reenvío normativo.

De las circunstancias concomitantes que viene a constituirse el núcleo de la imputación, se verifica en el requerimiento acusatorio la existencia de una pluralidad de normas, tales como la Constitución Política del Perú; Ley de la Policía Nacional, Dec. Leg. N° 1148; Ley de Régimen Disciplinario, Dec. Leg. N° 1150; Directiva DGPNP

N° 04-49-2006-DIRGEN-DIRLOG-B, el Manual de Organización y Funciones y Manual de procedimientos de la respectiva Unidad Policial; pues el reenvío debe ser expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, situación que no se ha dado; tampoco ha expresado la esencia de lo prohibido, ni satisfecho la existencia de la certeza.

2. Precisión del elemento normativo o descriptivo (tipicidad).

En el requerimiento acusatorio no se ha señalado el elemento normativo en cuyo presupuesto se basa su imputación, simplemente existe una enumeración de normas sin la precisión correspondiente, deviniendo ésta en genérica y vaga, significando una gran limitación para el derecho de la defensa; se presume que el elemento normativo básico en el cual sustenta su imputación es el Manual de procedimientos de la respectiva Unidad Policial y a pesar de ello, no ha indicado el presupuesto normativo.

3. ¿Ha funcionado la integración de la norma?

Consecuentemente, al ser muy vaga e imprecisa la imputación respecto al presupuesto normativo, no existe una adecuada remisión normativa, entonces la integración no se habría producido.

III.3. CASO PRÁCTICO N° 3

Delito contra la integridad institucional, en su modalidad y forma de desobediencia, tipificado en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial.

CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES:

El (...) comandó el Batallón de Servicios N° 3 de Samegua durante el el año 2012, período en el cual administró

irregularmente los bienes de su Unidad, apareciendo en el informe final de relevo bienes faltantes de la Unidad.

CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES:

El (...) no subsanó oportunamente los bienes faltantes en las áreas de ingeniería, intendencia, material de guerra, comunicaciones, sanidad y veterinaria, los cuales a la fecha se encuentran sin superarse, incumpliendo con ello las disposiciones descritas en el Reglamento de Relevo de Unidades y Dependencias del Ejército Peruano (RE-1-6).

Incumplió, también el párrafo 19, Inc. a, del RE 34-5 (Servicio Interior) que a la letra dice:

“El Cmdte. de Unidad es responsable de la conservación del material de guerra, municiones, prendas, enseres y de cuanto pertenece al cargo de la Unidad. Por tanto dispone revistas frecuentes de estos efectos, en las que interviene personalmente”. Trásgredió igualmente el Capítulo 2 Sección IV, párrafo 27 del RE-1-6 (Relevo en las Unidades y Dependencias del Ejército), que precisa: “La solución a las observaciones consignadas en el Informe Inicial de Relevo, será de responsabilidad del Comandante de Unidad Saliente y lo deberá realizar durante el período de SETENTA (70) días calendario, contados a partir de la firma del Relevo e Informe Inicial de Relevo”.

CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES:

El imputado con su accionar ha causado daño al Servicio Militar del Ejército Peruano y ha afectado la imagen de su institución.

VERIFICACION

1. Justificación del reenvío normativo.

De las circunstancias concomitantes que viene a constituirse en el núcleo de la

imputación, se verifica en el requerimiento acusatorio, haber incumplido las disposiciones descritas en el Reglamento de relevo de Unidades y Dependencias del Ejército Peruano (RE-1-6), Capítulo 2, Sección IV, párrafo 27. A, que a la letra dice: “La solución a las observaciones consignadas en el Informe Inicial de Relevo, será de responsabilidad del Comandante de Unidad Saliente y lo deberá realizar durante el período de SETENTA (70) días calendario, contados a partir de la firma del Relevo e Informe Inicial de Relevo”. Además de Incumplir el párrafo 19, Inc. a, del RE 34-5 (Servicio Interior) que a la letra dice: “El Cmdte de Unidad es responsable de la conservación de material de Guerra, municiones, prendas, enseres y de cuanto pertenece al cargo de la Unidad. Por tanto, dispone revistas frecuentes de estos efectos, en las que interviene personalmente”

En este caso el reenvío resulta insuficiente pues ha realizado remisión de dos normas de inferior jerarquía, sin justificar la razón del bien jurídico protegido por la norma penal; tampoco ha expresado la esencia de lo prohibido.

2. Precisión del elemento normativo o descriptivo (tipicidad).

En el requerimiento acusatorio no se ha señalado el elemento normativo en cuyo presupuesto se basa su imputación. Simplemente existe enumeraciones de normas (2) sin la precisión correspondiente,

3. ¿Ha funcionado la integración de la norma?

Al ser imprecisa la imputación respecto al presupuesto normativo, el reenvío normativo no se ha producido conforme a sus exigencias, entonces, la presunta integración no ha surtido sus efectos.

III.4. CASO PRÁCTICO N°. 4

Delito de desobediencia.

CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES.

Se tiene la copia certificada del Memorandum N° 86-18-MACREPOL-AREQUIPA/REGPOLMOQ/DIVPOL-M/COMIS-MJEF, de fecha 08 de mayo de 2018, con el cual se designa al (...), como conductor del vehículo policial de placa 706 Grupo B.

Según el rol de servicios de la Comisaría PNP de Moquegua, entre el 7 y el 8 de junio de 2018 se encontraba nombrado de servicio de “Patrullaje Motorizado” el (...), como chofer del vehículo policial de placa de rodaje N° PD-706 y de placa interna (PL-21295).

CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES.

De acuerdo con la Hoja de Ruta, el (...), debía conducir el vehículo policial de placa de rodaje PD-706 y placa interna PL-21295, por inmediaciones del Óvalo Integración, Calle Grau, Av. Balta, calle Andrés Avelino Cáceres, Av. Ejército, Av. La Paz, Malecón Ribereño 1-B Sector granadal, Av. Balta, calle Piura, calle Lima, calle Moquegua, calle Tarapacá, calle Ubalde, calle Ica, calle Garibaldi, calle Miraflores (la calle o avenida en su totalidad), lo cual no cumplió, dirigiéndose a la carretera Panamericana Sur, sin autorización, donde el día 8 de junio de 2018, a horas 05:30, aproximadamente, sufrió un accidente.

Con esta conducta, el (...), en su condición de policía en actividad, ha omitido intencionalmente la disposición de realizar el patrullaje motorizado en el vehículo policial de placa de rodaje PD-706 y de placa interna PL-21295, en las diferentes arterias y puntos críticos designados por la superioridad, establecidos en la hoja de ruta;

asimismo, ha omitido intencionalmente lo dispuesto en la hoja de ruta, no habiendo comunicado tampoco de forma inmediata a la central de radio de la Comisaría PNP de Moquegua el desplazamiento a la carretera Panamericana Sur. Dichas omisiones han atentado contra el servicio policial al no cumplir la misión asignada a la Comisaría PNP de Moquegua.

CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES.

Posteriormente el (...) decidió intercambiar su posición de conductor con el operador (...), alegando que se encontraba cansado. Dicho intercambio generó que a horas 06:30, aproximadamente, a la altura del kilómetro 1167, el vehículo policial protagonizara un accidente de tránsito (despiste y volcadura), con daños personales y materiales, conduciéndose a la REGSAL PNP de Moquegua a los dos suboficiales accidentados, donde se les extrajo muestras de sangre para el examen de alcoholemia, que arrojó negativo.

VERIFICACIÓN

1. Justificación del reenvío normativo.

Como podemos apreciar en las circunstancias concomitantes, el núcleo de la imputación en el requerimiento acusatorio resulta: “...**lo dispuesto en la Hoja de Ruta del día 08 de junio de 2018, a horas 05:30, ni comunicó de forma inmediata a la central de radio de la Comisaría PNP Central Moquegua, el desplazamiento a la carretera Panamericana Sur;** dichas omisiones han atentado el servicio policial al no cumplir la misión asignada a la Comisaría PNP Moquegua”. El Fiscal Militar Policial no ha indicado cuál es la norma materia del reenvío, la hoja de ruta resulta siendo un instrumento descriptivo, lo que se requiere es el elemento normativo para poder realizar

una valoración; además, el reenvío normativo no existe por cuanto este debe ser expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; tampoco ha expresado la esencia de lo prohibido.

2. Precisión del elemento normativo o descriptivo (tipicidad).

En el requerimiento acusatorio no se ha señalado el elemento normativo en cuyo presupuesto se basa su imputación, simplemente tiene como presunta norma en blanco una hoja de ruta, sin la precisión correspondiente a efectos de realizar un juicio de valor; en consecuencia, ésta deviene en vaga, significando una gran limitación para el derecho de la defensa.

3. ¿Ha funcionado la integración de la norma?

Al ser vaga e imprecisa la imputación respecto al presupuesto normativo, la remisión es insuficiente, consecuentemente la integración no ha producido sus efectos.

IV. CONCLUSIONES

1. En el Fuero Militar Policial, los fiscales militares policiales no han logrado un debido entendimiento respecto a la aplicación de la norma en blanco, al no existir en sus requerimientos acusatorios los requisitos básicos del reenvío normativo, debiendo ser esta expresa y estar justificada en razón del bien

jurídico protegido por la norma penal militar policial.

2. En los requerimientos acusatorios señalados en el presente ensayo, no se ha indicado el núcleo esencial de lo prohibido ni se ha satisfecho la exigencia de certeza.
3. Los requerimientos acusatorios adolecen de precisión tanto del elemento normativo como del descriptivo y la debida subsunción, sin precisar el presupuesto en que se basa la imputación, incurriendo en generalidades.
4. No ha funcionado la integración de la norma conforme a preceptos jurisdiccionales y doctrinales.

V. RECOMENDACIONES

- a) El juez militar policial, en la etapa intermedia, mediante control formal, deberá suspender la audiencia para la corrección del defecto conforme lo prescribe el artículo 352°, Inc.2, del Código Penal Militar Policial.
- b) Para mejor entendimiento de las normas en blanco y su debida aplicación, se debe capacitar con frecuencia a los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial.

ESTADO SITUACIONAL DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN LAS FISCALÍAS MILITARES POLICIALES DE PIURA, SULLANA Y TALARA²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA LEY PENAL EN BLANCO EN EL CASO DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA; III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO; IV. EL “ATENTADO CONTRA EL SERVICIO” COMO ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO PENAL; V. EL PROBLEMA DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA; VI. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA; VII. ¿ES PROCEDENTE INVOCAR LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE ÉTICA DEL SERVIDOR PÚBLICO AL IMPUTAR LA COMISIÓN DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA?; VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN; IX. RECOMENDACIONES; Y X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Se aborda en este artículo la problemática existente en las fiscalías militares policiales de Piura, Sullana y Talara, en cuanto al tratamiento que se les da a los procesos penales militares policiales que se siguen por el delito de Desobediencia, particularmente, durante la etapa intermedia de los mismos. El delito de desobediencia, previsto en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial, dice el autor que es una norma penal en blanco; un delito de resultado, de comisión por omisión de carácter doloso y de gran incidencia en los procesos penales militares policiales. Analiza, además otras aristas que se producen en torno a la comisión del delito de Desobediencia.

1 Oficial del Servicio Jurídico del Ejército.

2 Este trabajo fue presentado por el autor como participante en el XIV Curso de Primer Nivel para Magistrados Militares Policiales, que se llevó a cabo en el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar en el año 2020.

ABSTRACT

This article addresses the existing problems in the military police prosecutors' offices of Piura, Sullana and Talara, regarding the treatment given to the military police criminal processes that are followed for the Disobedience crime, particularly during the intermediate stage of them. The disobedience crime, provided for in article 117 of the Military Police Criminal Code, says the author that it is an unspecified criminal rule; a crime of result, of commission by omission of a fraudulent nature and of great incidence in military police criminal proceedings. It also analyzes other edges that occur around the commission of the Disobedience crime.

I. INTRODUCCIÓN

La actual Constitución de 1993 reitera la vigencia de la jurisdicción militar en su artículo 139°, al señalar que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”. En consecuencia, la Justicia Militar Policial es una institución que tiene jerarquía constitucional.

Luego de la declaratoria de inconstitucionalidad de gran parte de los artículos de la parte especial del Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo N° 961, a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 2006, recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, se promulgó un nuevo Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, que también fue materia de una demanda de inconstitucionalidad, que se resolvió con la sentencia de 8 de julio de 2015, recaída en el Expediente N° 0022-2011-PI/TC, prevaleciendo finalmente la vigencia del resto del articulado del mencionado Decreto

Legislativo N° 1094 y, con ello, la vigencia de la justicia militar policial, norma esta última que entró en vigor el 2 de setiembre de 2010, con excepción de la parte procesal y de ejecución penal que entraron en vigor a partir del 1 de enero de 2011, conforme a lo establecido en su Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria, Final y Derogatoria.

Una figura típica contemplada en el Código Penal Militar Policial es la Desobediencia, un delito de alta incidencia dentro de la competencia del Fuero Militar Policial. Se trata de un delito de función, militarizado, que solo lo puede cometer el personal militar o policial en actividad, siempre que afecte bienes jurídicos relacionados a la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

Dicha figura típica está prevista en el artículo 117° y viene a constituir un tipo penal en blanco por cuanto, para que se configure, requiere que el sujeto activo omita el cumplimiento de otras normas extrapenales ajenas, ya sean estas leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norme las funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Las leyes en blanco, también conocidas como “leyes necesitadas de complemento”, vienen a ser “preceptos penales principales” que contienen la pena, la sanción o consecuencia jurídica, pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, sino que el legislador, a estos efectos, se remite a normas no penales del mismo o menor rango.

En las causas en las que se imputa el delito de Desobediencia se presentan cuestionamientos frecuentemente por los defensores, particularmente en la etapa intermedia, al momento de absolver el traslado del

Requerimiento de Acusación. Uno de esos cuestionamientos es la invocación del principio del non bis in ídem, aduciendo que sus patrocinados ya han sido objeto de una sanción en el procedimiento administrativo disciplinario, que se les ha seguido ante los órganos de control institucional, por lo que no pueden ser objeto de dos sanciones por los mismos hechos.

Otros cuestionamientos que formulan la defensa técnica en cuanto al delito de Desobediencia son los relativos al bien jurídico protegido y al elemento objetivo del tipo penal vinculado al “atentado al servicio”; igualmente, observan también el elemento subjetivo del tipo penal consignado en el requerimiento acusatorio.

Por último, cabe precisar que los defensores, en ciertos casos, cuestionan el requerimiento acusatorio respecto al delito de Desobediencia en cuanto a las normas que intencionalmente ha omitido cumplir su patrocinado, cuando en el requerimiento se ha consignado como una de esas normas el “Código de Ética de la Función Pública”.

Cada uno de los temas mencionados en los párrafos que anteceden serán abordados sucintamente en el presente trabajo.

II. LA LEY PENAL EN BLANCO EN EL CASO DEL DELITO DE DESOBEEDIENCIA

La razón de ser de las normas penales en blanco radica en la existencia de

supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento.³ Bajo este criterio, no debe negarse el carácter de norma penal en blanco porque una ley determine el supuesto de hecho y no un reglamento.⁴ No obstante, los casos de remisiones reglamentarias integran el supuesto más empleado. De ello surgen los mayores riesgos de esta técnica legislativa cuyo uso debe reducirse a lo imprescindible, dado que puede implicar una clara infracción del principio de legalidad.

Los juristas españoles Cobo del Rosal y Vives Antón señalan, en cuanto a las dudas existentes sobre la constitucionalidad de las normas penales en blanco, que el legislador deje suficientemente determinados en la ley los elementos esenciales de la conducta o el núcleo esencial de la prohibición.⁵ A manera de ejemplo, los autores citados refieren que en sede de delitos contra el medio ambiente, campo abonado para el empleo de esta técnica legislativa, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia N° 127/1990 del 05 de Julio, estimó correcto el artículo 347° del antiguo Código Penal, el cual contenía una <ley penal en blanco> que sancionaba, a título de autor de un delito ecológico, al que contraviniendo los reglamentos protectores del medio ambiente realizare determinadas conductas que creasen un peligro grave para las personas, animales, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, de manera tal que no sería delito cualquier infracción reglamentaria sino sólo las emisiones o vertidos que

3 ABEL SOUTO, Miguel. *Las leyes penales en blanco*. Revista “Nuevo Foro Penal” N° 68 –Universidad de Santiago de Compostela, julio – diciembre 2005, pp. 20-21.

4 Ibidem.

5 COBO DEL ROSAL Manuel/VIVES ANTÓN Tomás Salvador. *Derecho Penal – Parte General*, 5ta Ed., p. 152, nota 18.

provocasen semejante peligro, lo cual fue considerado por el Tribunal Constitucional núcleo esencial del hecho punible, en la medida que se describen las conductas y el modo de afectación al bien jurídico.

En el caso de estudio, esto es, el delito de Desobediencia previsto en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial, estaríamos ante una norma penal en blanco que señala la sanción penal y describe el núcleo esencial del tipo penal; sin embargo, requiere de un complemento para que se configure el delito, es decir, se omita el cumplimiento de otras normas no penales del mismo o inferior rango, lo que significa que se debe producir una omisión en el cumplimiento de estas normas extra penales o reglamentarias, las que deben necesariamente traer como consecuencia la afectación al servicio, para que de esta forma quede consumado el hecho punible.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el delito de función como toda conducta cometida por un militar en actividad, en acto de servicio, que afecta los bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas del orden. Así pues, la Corte ha precisado en los fundamentos 141 y 142 de su sentencia en el caso *Lori Berenson Mejía vs Perú*, lo siguiente:

“141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva

a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.”

“142. Este Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares.”⁶

En base a esta conceptualización de la Corte, el delito de función debe presentar las características siguientes:

- i. El agente activo del delito de función es un efectivo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, en situación de actividad.
- ii. El delito de función debe ser cometido en acto de servicio o con ocasión de él.
- iii. El delito de función, sea por comisión u omisión, está dirigido a proteger bienes jurídicos vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado, en forma clara, **la naturaleza del bien jurídico tutelado por el delito de función**. Así pues, este órgano jurisdiccional supranacional ha señalado, en la sentencia recaída en el Caso *Radilla Pacheco vs. México*, emitida el 23 de noviembre de 2009, que es factible que conductas punibles de naturaleza común sean ventiladas en la jurisdicción militar, siempre

6 Exposición de motivos del Código Penal Militar Policial: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2010/setiembre/01/EXP-DLEG-1094.pdf>

que tengan relación directa y próxima con la función de las fuerzas del orden o con la afectación de bienes jurídicos castrenses. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece en el fundamento 284, en la sentencia del referido caso, lo siguiente:

*“284. Al respecto, el Tribunal resalta que si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en el activo, es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar.”*⁷

Por tanto, se puede tipificar como delito de función conductas ilícitas que comprendan tantos bienes jurídicos de naturaleza exclusivamente militar o policial, así como bienes jurídicos que pueden ser vulnerados indistintamente por militares o por civiles, es decir, de naturaleza común, siempre **que tengan relación directa y próxima con las funciones de las fuerzas del orden.**

El Código Penal Militar Policial contempla delitos de función estrictamente militares o policiales y delitos de función militarizados, sobre la base de una concepción funcional de este tipo especial de ilícito y su conexión con la defensa y seguridad de la Nación, **siendo su fin tutelar bienes jurídicos militares o policiales así como bienes jurídicos de naturaleza común que tengan relación directa y próxima con las**

funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, de conformidad con la citada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Radilla Pacheco vs. México), es decir, delitos estrictamente militares y delitos militarizados.⁸

a. **Bienes jurídicos tutelados por delitos de función estrictamente militares**

Son los que afectan únicamente bienes jurídicos exclusivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Su ámbito de tutela se circunscribe a bienes jurídicos que son propios de los institutos castrenses o policiales. Son, por ejemplo, delitos de función estrictamente castrenses/policiales contemplados en el Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, la violación de consigna; abandono de puesto de vigilancia; omisión de aviso o repulsión; abandono de escolta o de comando; seguridad de las instalaciones y bienes militares y policiales; desertión; empleo indebido de armas; inicio de operación innecesaria, **desobediencia**, entre otros.

b. **Bienes jurídicos tutelados por delitos de función militarizados**

Son aquellos que afectan bienes jurídicos que no son necesariamente exclusivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, pero que inciden en la existencia, organización, operatividad o funciones de estas instituciones. Tutela bienes jurídicos que pueden ser vulnerados tanto por militares como por civiles, pero que, debido a su importancia en las instituciones castrenses, su trasgresión es sancionada como delito de función cuando el agente es un militar o

7 Ibidem.

8 Ibidem.

un policía que ha actuado en el ejercicio de sus funciones. Entre los delitos de función militarizados previstos en el Código Penal Militar Policial tenemos los de espionaje, rebelión, falsificación o adulteración de documentación, etc.

En nuestro ordenamiento jurídico, un ejemplo de delito de función militarizado lo constituye la conducta de espionaje, la cual está tipificada tanto en el Código Penal común como en el Código Penal Militar Policial. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, ha señalado que cuando el espionaje es cometido por un civil, incurre en el delito tipificado en los artículos 330° y 331° del Código Penal Común, que tipifican los delitos de “Revelación de Secretos Nacionales” y “Espionaje” y deben ser juzgados en el fuero común. En cambio, cuando un militar o un policía comete dicha conducta, incurre en el delito de función de “Traición a la Patria”, tipificado en los artículos 58°, inciso 3, literal “c” y 59° del Código Penal Militar Policial, y la jurisdicción competente para su juzgamiento es el Fuero Militar Policial. Este criterio ha sido acogido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver el proceso de Competencia N° 37-2009 en el caso ARIZA, en la que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió dicha contienda de competencia a favor del

Fuero Militar Policial. Por tanto, el delito de función militarizado se encuentra legitimado por la jurisprudencia constitucional y penal.⁹

En cuando al delito de Desobediencia se refiere, tipificado en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial, es un delito estrictamente militar, siendo el bien jurídico protegido la INTEGRIDAD INSTITUCIONAL vinculada a las FUNCIONES de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Es un delito de carácter doloso, puesto que tiene que existir intencionalidad, lo que lo convierte en un delito de comisión **por omisión**. El tema del elemento subjetivo del tipo penal será analizado posteriormente.

Ahora bien, lo que debemos preguntarnos en cuanto al bien jurídico protegido es ¿Qué se entiende por **Integridad Institucional**? Diremos que corresponde a un conjunto de medidas y regulaciones orgánicas que se generan en una repartición pública, con el objetivo de que los actos de ésta, a través de sus componentes e integrantes, se condigan con los principales valores y principios de la mencionada repartición pública, esto por obvias razones dentro de un estado constitucional de derecho.¹⁰

Ahora que tenemos una noción aproximada de lo que significa integridad institucional, debemos preguntarnos donde se encuentran previstos esos principios

9 Contienda de Competencia N° 037-2009 dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el caso del Técnico Inspector FAP ARIZA MENDOZA Víctor en: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7f23358040753ec09189d199ab657107/18.-Contienda+N%C2%B0+37-2009+caso+Ariza+Mendoza+Contienda.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7f23358040753ec09189d199ab657107>>

10 *Integridad Institucional* en: <<https://www.google.com/search?q=concepto+de+integridad+institucional&sq=concepto+de+integridad+institucional&aqs=chrome.0.69i59l2.1091lj1j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>

esenciales que rigen la conducta del personal militar y policial. Tales principios esenciales los encontramos en el artículo XIV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial que a continuación transcribimos:

“Artículo XIV.- Principios militares y/o policiales esenciales

a. Disciplina: La disciplina es el conjunto de deberes que imponen al militar y al policía durante su permanencia en el servicio, el acatamiento y observancia fiel del orden establecido y de los preceptos que la reglamentan. Es la subordinación a la autoridad legítima y al puntual cumplimiento de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores y subalternos.

b. Jerarquía y subordinación: La jerarquía militar y policial es la base de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Cada grado tiene una autoridad directa que encarna el superior inmediato, se halla sometido, al mismo tiempo, a todos los grados superiores y ejerce, a su vez, autoridad sobre los inferiores en grado.

El medio por el cual se ejercita la autoridad del superior sobre el inferior en grado es la subordinación y ella consiste en el respeto y acatamiento a cada grado militar o policial. La subordinación entraña respeto, obediencia y colaboración. El superior se presenta ante sus subordinados con el grado y la autoridad legítimos que la Nación le ha otorgado por sus aptitudes y merecimientos. La jerarquía y la

subordinación son principios absolutamente impersonales, pues tanto el oficial como el subalterno forman parte de una organización militar o policial, **no fin es el cumplimiento de sus deberes militares o policiales.**

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

d. Principio de defensa y seguridad de la República: Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tienen como función primordial la defensa y la seguridad de la República, conforme a los artículos 165° y 166° de la Constitución Política, para cuyo cumplimiento es imprescindible la preservación de la existencia, organización y operatividad de las fuerzas del orden, dado que la defensa nacional es integral y permanente, tal como lo establece el artículo 163° de la Carta Fundamental.

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

Por último, es relevante precisar cuáles son los delitos cuyo bien jurídico protegido es la integridad institucional. Estos se encuentran previstos en los Capítulos I, II y III del Título IV del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal Militar Policial. El Capítulo I regula los tipos penales relativos al tipo genérico INSULTO AL SUPERIOR, en el que se contemplan tres tipos penales: Agresión al Superior en Grado (Artículo 112°); Acto tendente a Agredir o Amenazar (Artículo 113°); Ofensas al Superior (Artículo 114°).

En el Capítulo II, relativo al tipo genérico INSUBORDINACIÓN, se contemplan dos tipos penales: Insubordinación (Artículo 115°); y Amenazas al Superior (Artículo 116°).

Finalmente, el Capítulo III relativo al tipo genérico **DESOBEDIENCIA** contempla tres tipos penales: Desobediencia (Artículo 117°); Incumplimiento de Itinerario (Artículo 118°); y Excusa Indebida (Artículo 119°).

Ahora bien, los tipos penales mencionados se encuentran estrechamente vinculados, en mayor o menor grado, a los principios esenciales que rigen la conducta del personal militar y policial previstos en el artículo XIV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial transcrito, al igual que el resto de tipos penales previstos en el mencionado Código Penal Castrense. Por consiguiente, el delito de Desobediencia, en cuanto a la omisión en el cumplimiento de Leyes, Reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se encuentra vinculado, en alto grado, al principio esencial de **“Mando y obediencia”** previsto en el literal “c” del artículo XIV del Título Preliminar del acotado Código Penal Militar Policial.

IV. EL “ATENTADO CONTRA EL SERVICIO” COMO ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO PENAL

Como una condición indispensable para que se configure el delito de Desobediencia, el hecho punible debe de haber necesariamente atentado contra el servicio. Sin la afectación al servicio no habrá consumación del delito de Desobediencia; podría haber una falta administrativa disciplinaria más no un ilícito penal. Del texto del artículo que regula el delito de Desobediencia se puede apreciar claramente tal condición:

“Artículo 117°. - Desobediencia

*El militar o el policía que omite intencionalmente las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, **siempre que atente contra el servicio**, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.”*

Se puede atentar contra el servicio de muchas formas; empero, esta vez nos vamos solamente a referir a la situación que con mayor frecuencia se presenta en las investigaciones preparatorias abiertas por el delito de Desobediencia en las Fiscalías Militares Policiales N° 2 y 3 – Piura, Sullana y Talara- y que invocamos en los requerimientos de acusación respecto a la acreditación del **atentado contra el servicio** como uno de los elementos objetivos del tipo penal en análisis.

Efectivamente, se ha precisado en los actos conclusivos (Requerimientos de acusación) que se afectó el servicio en el tipo penal de Desobediencia, al haberse mediatizado el caso, ello en razón a que el público en general tomó conocimiento de los

hechos materia de investigación a través de medios masivos de comunicación social (radiales, televisivos, periodísticos, redes sociales, etc.), afectando de esta forma la **IMAGEN INSTITUCIONAL**, lo que por correlato ha afectado la **INTEGRIDAD INSTITUCIONAL**, bien jurídico tutelado en los tipos penales previstos en el Título IV del Libro Segundo del Código Penal Militar Policial.

Ahora bien, la imagen institucional está estrechamente vinculada al concepto de integridad institucional. La imagen está constituida por lo que la ciudadanía percibe, ya sea de las personas físicas, jurídicas o entidades del Estado, lo que está ligado al prestigio y buen nombre de una persona, de una empresa o de una entidad pública o privada, y si hablamos de una entidad del Estado, como son las Instituciones Armadas y la Policía Nacional del Perú, obviamente si se ve afectada su imagen, afectará a todo en su conjunto, esto es, la integridad institucional; y en consecuencia, se habrá afectado el bien jurídico tutelado previsto en el artículo en comento.

V. EL PROBLEMA DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

Otro problema que frecuentemente se presenta es el relacionado al elemento subjetivo en el delito de Desobediencia, esto es, determinar cuál ha sido el *animus* del autor del hecho punible, si actuó con intención (dolo) o si por el contrario hubo culpa en su accionar. Sin embargo, como ya hemos indicado, el delito de Desobediencia es un tipo penal que, necesariamente, debe ser cometido con intencionalidad conforme se desprende del tenor del propio artículo que lo regula: “*El militar o el policía que*

omite intencionalmente las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos ...”. Tal descripción del tipo penal lo convierte en un delito de **comisión por omisión**. No vamos a realizar, al desarrollar este acápite, un extenso análisis de la figura del dolo porque no es el objeto del presente trabajo; sin embargo, una noción elemental del dolo es la de “*cometer un delito de manera deliberada, con intencionalidad y sabiendo las consecuencias que puede traer consigo dicho acto delictivo*”, es decir, tiene que ser un acto consciente y voluntario.

Por otro lado, el delito de comisión por omisión tiene los mismos elementos que la estructura del tipo de omisión pura o propia, que está constituido por tres elementos: la situación típica, la inejecución de la acción esperada y la capacidad de ejecutar la acción. Sin embargo, a tales elementos de la omisión propia han de añadirse otros tres para que se configure el delito de comisión por omisión, pues sin ellos no se podrá imputar objetivamente el hecho a la conducta omisiva; estos elementos adicionales son: **la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo**.

- **La situación típica:** consiste en la producción de una lesión o la puesta en peligro de un determinado bien jurídico protegido por el ordenamiento.
- **La inejecución de la acción esperada:** el sujeto obligado a actuar, deja de hacerlo de forma voluntaria.

Luego de este breve preámbulo para comprender con mayor claridad la naturaleza del tipo penal de Desobediencia, debemos precisar que el problema que se presenta durante las investigaciones preparatorias, respecto a este ilícito penal, se da principalmente en la etapa intermedia,

en la que la defensa técnica de los investigados, al absolver el traslado del requerimiento acusatorio, casi siempre usan como argumento de defensa el hecho de que no ha habido intencionalidad por parte de sus patrocinados y además, aducen que desconocen las leyes, reglamentos o normas de carácter institucional que se les imputa haber omitido cumplir. Al respecto, para dar solución a esta problemática, en los casos en que no está claro el elemento subjetivo del tipo penal, en las audiencias de control de acusación, precisamente donde se debaten estas argumentaciones de defensa, esta Fiscalía Militar Policial ha invocado en sus requerimientos acusatorios como elemento subjetivo del delito de Desobediencia el dolo eventual, figura jurídica en la que existe una delgada línea que lo separa del delito culposo o por culpa, por ser la forma menos intensa del dolo. En efecto, en el dolo eventual el sujeto activo, quien es consciente del riesgo que su acción o inacción puede provocar en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos legalmente protegidos, lleva a cabo tal acción u omisión, confiando en que el resultado no se producirá; sin embargo, tal afectación se produce en el bien o bienes jurídicos tutelados.¹¹ Finalmente, cabe señalar que en el dolo eventual se pone el acento en el elemento cognoscitivo del dolo, sin que resulte ya relevante el contenido de la voluntad. Exigen para afirmar la concurrencia de dolo eventual que el sujeto se haya representado el resultado que no quiere como de probable o posible producción y, no obstante, sigue actuando pese a ser consciente del riesgo. Como ejemplo de

ello podemos citar el caso de un suboficial de la Policía Nacional que ha sido formalmente designado como chofer de servicio y de acuerdo al Manual de Organización y Funciones (MOF) de la dependencia policial a la que pertenece, deberá conducir los vehículos asignados al servicio dando estricto cumplimiento al Reglamento General de Tránsito; no obstante ello, conduce dentro de una zona urbana sobrepasando en exceso los límites de velocidad permitida y, como consecuencia de esa excesiva velocidad, choca el vehículo de servicio con otro particular, causando daños materiales tanto al vehículo de servicio como al vehículo civil, la muerte de un ciudadano que se encontraba como ocupante en vehículo civil colisionado y lesiones menores a otros.

El Suboficial que se desempeñaba como chofer de servicio no tuvo la voluntad de que se produzca ese resultado; sin embargo, el elemento cognoscitivo del dolo está presente con menor intensidad que en el dolo directo, puesto que sabía y tenía conciencia que el exceso de velocidad con el que conducía en una zona urbana podía causar un accidente, contraviniendo y omitiendo de esta forma el cumplimiento del Reglamento General de Tránsito respecto a los límites de velocidad en zonas urbanas.

En cuanto al argumento de defensa esgrimido por los abogados defensores de los investigados, la versión reiterada es que sus patrocinados no tenían conocimiento del contenido de las normas que se les imputa haber omitido. La Fiscalía precisa

11 CHANG KCOMT Romy. *Dolo eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su delimitación*. Revista Derecho & Sociedad N° 36 (2011).

que no se puede invocar desconocimiento de las leyes y demás normas legales que han sido debidamente publicadas en el boletín de normas legales del Diario Oficial “El Peruano”, ello en razón del **principio de publicidad** que se exige, reputándose a partir de ello que es de conocimiento del público en general.

El verdadero problema se da cuando las normas que se les imputan haber omitido cumplir son normas de carácter institucional, no publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, como Circulares y Directivas, entre otros, en cuyos casos se aduce también el principio de publicidad; sin embargo, en este tipo de normas institucionales el principio de publicidad se materializa con su publicación en el Portal Institucional, momento a partir del cual es de conocimiento del público en general, por lo que la defensa ya no podría, válidamente, argüir desconocimiento de tales normas por parte de sus patrocinados.

VI. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

En algunos casos de investigaciones preparatorias abiertas en las Fiscalías Militares Policiales N° 2 y 3 –Piura, Sullana y Talara– por la comisión del delito de Desobediencia, el Fuero Común, paralelamente, abre otra investigación preparatoria por los mismos hechos y contra el mismo sujeto o sujetos, generalmente, pero no siempre, vinculados a tipos penales Contra la Administración Pública, invocando la defensa técnica de éstos que se está vulnerando el principio del *non bis in ídem*, puesto que sus patrocinados, en aplicación de dicho principio, no pueden ser procesados

dos veces por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

Sobre el particular, el artículo XIII del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial literalmente señala:

“Artículo XIII.- Prohibición de doble incriminación

*Ningún militar o policía será procesado o sancionado **penalmente** más de una vez en el Fuero Militar Policial cuando **exista la identidad de sujeto, hecho y fundamento.**”*

Tomando como base el precitado artículo, la única forma de que la defensa técnica invoque como argumento de defensa la aplicación del principio *non bis in ídem* es que se ventilen **penalmente** ambos procesos por los mismos hechos, contra los mismos sujetos y por el mismo fundamento (**triple identidad**), debiendo ser esos procesos de investigación de carácter jurisdiccional, precisando que el otro proceso paralelo que se sigue puede estar ventilándose en el Fuero Común, que es lo que usualmente ocurre, o también en el mismo Fuero Militar Policial. No cabe en los procesos penales militares policiales invocar el principio del *ne bis in ídem* por procesos que se están o han sido tramitados en la vía administrativa disciplinaria. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0769-2004-AA/TC, en cuyo fundamento 5, señaló: “Lo que se resuelve en el ámbito **administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal** al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habersele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello, debido a que se trata

de dos procesos distintos por naturaleza y origen”.¹²

El segundo requisito, y no menos importante, previsto en el citado artículo XIII del Título Preliminar para que se aplique el principio del *non bis in ídem* es que se cumpla con la **triple identidad**, es decir, ambos procesos penales deben seguirse por los mismos hechos, contra el mismo sujeto y el mismo fundamento. En la casuística de las Fiscalías Militares Policiales N° 2 y 3 (Piura, Sullana y Talara), generalmente, confluyen los dos primeros presupuestos legales, es decir, ambos procesos son por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, más no por el mismo **fundamento**, razón por la cual se rompe la triple identidad y, en consecuencia, no aplicaría el principio del *non bis in ídem*. Podemos ilustrar mejor lo expresado con un ejemplo: se abre una investigación preparatoria en la Fiscalía Militar Policial de Piura contra el sub oficial de la Policía Nacional Juan Pérez Ríos, por la presunta comisión del delito de Desobediencia, en agravio del Estado – Policía Nacional del Perú y, paralelamente, otra investigación preparatoria en el Fuero Común por el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Agravada, en agravio del Estado, ilícito penal previsto en el artículo 384° del Código Penal, basados en los mismos hechos. En tal situación, en el caso que la defensa técnica del citado sub oficial, invocara como fundamento de defensa el principio del *non bis in ídem*, que no sería aplicable al caso planteado por cuanto no se configura la triple identidad exigida por el artículo XIII del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, puesto que

si bien es cierto se trata del mismo sujeto y los mismos hechos, mas no del mismo fundamento, ello en razón a que el delito de Desobediencia, previsto en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial y el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Agravada, previsto en el artículo 384° del Código Penal Común, no son de la misma naturaleza y por lo tanto no tienen el mismo fundamento.

VII. ¿ES PROCEDENTE INVOCAR LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA AL IMPUTAR LA COMISIÓN DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA?

¿Resulta procedente imputar al personal militar o policial la omisión en el cumplimiento de las normas de la Ley N° 27815, Código de Ética de la Función Pública?, para, de esta manera, ¿imputárseles haber incurrido en la comisión del delito de Desobediencia previsto en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial?

Desde nuestro punto de vista la respuesta es afirmativa, ello en razón a que el propio artículo 4° del Código de Ética de la Función Pública señala que se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos, sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado, no importando el régimen jurídico de la entidad en la que preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto. Finalmente,

12 Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de diciembre de 2005 recaída en el Exp. N° 0769-2004-AA/TC en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00769-2004-AA.pdf>>

señala el indicado artículo, que el ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente Código de Ética de la Función Pública y asumir el compromiso de su debido cumplimiento.

Sobre el particular, cabe señalar que el literal “b” del Párrafo 3 (GENERALIDADES) de la Ordenanza FAP 30-6: “Normas de Ética Institucional”, de 26 de octubre de 2005, señala expresamente lo siguiente: “*La Ley N° 27815, “Ley del Código de Ética de la Función Pública”, del 12 de agosto del 2002, establece los principios, deberes y prohibiciones que rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública, entendiéndose por servidor público a todo funcionario, servidor o empleado al servicio del Estado, que incluye al Personal Militar y Civil de las FF.AA.”.*

En conclusión, el Código de Ética de la Función Pública es una ley que establece los lineamientos de carácter ético que debe regir la conducta de todo servidor público, entre éstos, el personal militar y policial.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En cuanto al tipo penal que hemos abordado en este trabajo, cabe precisar que el delito de Desobediencia es uno de los de mayor incidencia en las Fiscalías Militares Policiales N° 2 y 3 – Piura, Sullana y Talara - junto con el delito de Deserción.

Se trata de una norma penal en blanco, por cuanto para que se configure el delito de Desobediencia previsto en nuestro ordenamiento penal militar policial es necesario que el autor omita intencionalmente el cumplimiento de otras normas de carácter extrapenal.

Se trata además de un delito de resultado, puesto que se requiere que se haya

efectivamente afectado al servicio. La afectación al servicio es uno de los elementos objetivos del tipo penal, sin el cual no se configuraría el delito de Desobediencia.

También se ha dejado establecido que el delito de Desobediencia es un delito de comisión por omisión de carácter doloso, ello en razón a que el tipo penal exige intencionalidad por parte del autor.

El principio del non *bis in idem* puede ser invocado como medio de defensa siempre que se estén ventilando dos procesos penales contra el mismo sujeto, por los mismos hechos y el mismo fundamento, lo que en doctrina se denomina la **triple identidad**.

Finalmente, es importante señalar que el Código de Ética de la Función Pública es una ley que establece los lineamientos de carácter ético que debe regir la conducta de todo servidor público, entre éstos, el personal militar y policial; y en consecuencia, la omisión de tales lineamientos puede ser invocado al imputarse la comisión del delito de Desobediencia.

IX. RECOMENDACIONES

- a. Los Reglamentos, Manuales, Directivas, Circulares y otros documentos similares de carácter interno de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, que no requieren publicarse en el Diario Oficial “El Peruano”, relacionados con sus funciones, organización, operatividad, entre otros, deben publicarse en el Portal Institucional, con excepción de la documentación clasificada, con el objeto de que la defensa técnica de los investigados no pueda argüir desconocimiento de las normas de carácter interno que se les imputa haber omitido cumplir, puesto

que en consideración al principio de publicidad se entiende que a partir de la publicación de dicha normatividad interna en el Portal Institucional, son de público conocimiento.

- b. Se realice un nuevo plenario de doctrina jurisdiccional en el Fuero Militar Policial, en el que, entre otros temas, se considere como materia a tratarse “el atentado contra el servicio como elemento objetivo del tipo penal de Desobediencia”, en el que se aborde el asunto de la afectación de la imagen institucional a través de la mediatización del caso y que como correlato de ello se afecte la integridad institucional. Ello, en razón a que no hay norma que señale lo contrario, es decir, no existe norma que establezca que la afectación de la imagen institucional por la mediatización de determinado caso resulta insuficiente para afirmar que por correlato se ha afectado la integridad institucional.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel. *Las leyes penales en blanco*. Revista “Nuevo Foro Penal” N° 68 – Universidad de Santiago de Compostela, Julio – Diciembre 2005, La Coruña – España.
- CATACORA SANTISTEBAN, Percy. *El principio del Non Bis in Ídem en la Justicia Penal Militar Policial y en el procedimiento administrativo*. El Jurista, Revista del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Julio-Diciembre 2012, Lima – Perú.
- CHANG KCOMT, Romy. *Dolo eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su delimitación*. Revista Derecho & Sociedad N° 36 (2011), Lima - Perú.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN Tomás, Salvador. *Derecho Penal – Parte General*, 5ta Ed., La Coruña – España.
- GÓNZALES LÁZARO, Javier Orlando. *El bien jurídico protegido y la contienda de competencia en el Código Militar Policial de Perú*. Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Buenos Aires – Argentina.
- REDONDO COSTERO, Beatriz. *El principio del Non bis in Ídem*. Universidad de Alcalá, Enero 2017, Alcalá de Henares – España.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisdicción Militar*. Derecho Procesal Penal, Volumen I, 2da edición, Editorial Grijley E.I.R.L., 2006, Lima – Perú, pp. 159-178.

Páginas Web

- Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de diciembre de 2005 recaída en el Exp. N° 0769-2004-AA/TC en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00769-2004-AA.pdf>>
- Contienda de Competencia N° 037-2009 dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el caso del Técnico Inspector FAP ARIZA MENDOZA Víctor en: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7f23358040753ec09189d199ab657107/18.-Contienda+N%C2%B0+37-2009+caso+Ariza+Mendoza+Contienda.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7f23358040753ec09189d199ab657107>>
- *Integridad Institucional* en: <<https://www.google.com/search?q=concepto+de+integridad+institucional&oq=concepto+de+integridad+institucional&aqs=chrome.69i59l2.10911j1j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>
- Exposición de Motivos del Código Penal Militar Policial en: <<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2010/setiembre/01/EXP-DLEG-1094-2010.pdf>>

Informes Defensoriales (Defensoría del Pueblo)

- Informe Defensorial N° 06 de junio de 2009.
- Informe Defensorial N° 64 de marzo de 2002.
- Informe Defensorial N° 66 de abril de 2003.

Jesús Salvador Paredes Amanqui¹

EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA² ¿NORMA PENAL EN BLANCO O ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO?

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO; III. EL RECURSO A LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE LA NORMA PENAL EN BLANCO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL TIPO PENAL; IV. LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TIPO PENAL; V. ELEMENTO NORMATIVO Y LEY PENAL EN BLANCO; VI. ¿EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA ES UNA NORMA PENAL EN BLANCO O UN ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO?; VII. CONCLUSIONES; Y VIII. RECOMENDACIONES.

RESUMEN

Tras hacer un extenso análisis sobre el objeto material del delito, la técnica legislativa de la norma penal en blanco, los elementos normativos y descriptivos del tipo penal, entre otros, el autor da su punto de vista sobre los alcances del delito de desobediencia en el Código Penal Militar Policial.

ABSTRACT

After making an extensive analysis on the material object of the crime, the legislative technique of the unspecified criminal rule, the normative and descriptive elements of the criminal type, among others, the author gives his point of view on the scope of the disobedience crime in the Military Police Criminal Code.

1 Abogado, miembro de la Policía Nacional del Perú.

2 Tema desarrollado como integrante del XIV Curso de Primer Nivel Para Magistrados Militares Policiales 2020.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de la acción sobre el cual recaen las conductas del delito de desobediencia, contenidos en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial (CPMP), es el servicio; sin embargo, diferentes operadores de las fiscalías y jueces del Fuero Militar Policial vienen aplicando ello de manera incorrecta, por desconocimiento o error, confundiendo el objeto material del referido delito con el bien jurídico.

Al finalizar este ensayo daremos nuestra respuesta a la pregunta siguiente: en el delito de desobediencia previsto en el artículo 117 del Código Penal Militar Policial, ¿el atentar contra el servicio es un elemento normativo del tipo o una norma penal en blanco?

II. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Como sostiene Villa Stein,³ cuando tenemos un objeto material del delito y un objeto jurídico, el primero es aquel sobre el que recae la acción típica y puede ser persona o cosa, como el homicidio y el hurto, respectivamente y el segundo, el objeto jurídico, en cambio, viene a ser el bien jurídico que se tutela: la propiedad en el hurto, la vida en el homicidio, el honor en la injuria, etc.

Callegari⁴ sostiene que la doctrina menciona que el objeto material del delito

es la persona o cosa sobre la cual recae la acción del delito. La discusión se centra en torno al objeto material respecto a sus relaciones con el bien jurídico, pues se afirma, desde todas las posiciones doctrinales, la necesidad de distinguir el objeto material del objeto jurídico del delito, referido este último al bien tutelado por el derecho o bien jurídico del delito.

Gálvez Villegas,⁵ por su parte, señala que por objeto del delito se entiende todo bien o interés sobre el cual recae la acción delictiva, es decir, el bien afectado a través de una lesión o de una puesta en peligro por la acción u omisión del autor del delito, pudiendo ser la propia persona, cuando se trata de atentados contra la vida el cuerpo y la salud. La acción delictiva puede ocasionar un daño directamente al objeto de protección (menoscabo al bien o cosa específica) o afectar el interés respecto a dicho objeto, como sucede cuando se priva del bien a su titular (sustracciones, hurto, etc.). Esto constituye el objeto del delito, los intereses o elementos representativos del bien jurídico protegido por la norma penal, es decir, que existen previamente a la realización de la acción delictiva. Es la acción delictiva la que ataca este interés jurídicamente protegido.

Bajo esa perspectiva, Berdugo⁶ reflexiona que los bienes jurídicos no aparecen como objetos aprehensibles del mundo real; son por definición valores ideales (inmateriales) del orden social sobre los que

3 VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General, Lima, Ara, 2014, p 281

4 CALLEGARI, André Luis, El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 152

5 GALVEZ VILLEGAS, Tomas. El delito de lavado de activos, Lima: D Jus/ Jurista Editores, 2009, p 80.

6 BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio et ai. Lecciones del Derecho Penal. Parte General. Barcelona. Praxis, 1996, p. 127.

descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad.

En consecuencia, como anota Villavicencio⁷, no debe confundirse el objeto de la acción (u objeto material del delito) con el bien jurídico. El bien jurídico aparece como un objeto inmaterial. Se presenta como un valor ideal, frente al actor agresor del agente. En el objeto de la acción el menoscabo es real, susceptible de concretarse materialmente.

En cuanto a las funciones que en el marco de la teoría del delito le corresponde al concepto de objeto material del mismo y su relación con el bien jurídico tutelado, Gracia Martín⁸ define el objeto material del delito u objeto de la acción como “el objeto del mundo empírico sobre el que la acción produce directa e inmediatamente efectos que solo tienen un significado remoto para el bien jurídico”.

Estos efectos pueden consistir en la creación de una situación de peligro para el objeto material del bien jurídico, o incluso en los delitos sin objeto material, para el bien jurídico. Entonces, realizando un juicio, las funciones que pueden desempeñar el objeto material del delito son : a) la función “limitativa” de la protección del bien jurídico en cuanto que este, como valor, puede encarnarse en multitud de objetos reales, siendo así que el legislador puede considerar que sólo existe injusto material merecedor de amenaza de pena cuando la

lesión de aquel se materializa en determinados objetos y no en otros; b) la función “diferenciadora” entre tipos delictivos que protegen un mismo bien jurídico; c) la función, en los delitos de resultado, de “representar al resultado típico del delito en el sentido de que su lesión identifica la lesión o peligro típicos del bien jurídico”.

Yulissa Degollar⁹, igualmente, manifiesta que el objeto del delito no es igual que el objeto del bien jurídico protegido; el objeto material del delito es donde recae la conducta del sujeto activo que comete el delito de función y el bien jurídico el abstracto.

En suma, resulta conveniente distinguir entre el bien jurídico y objeto material (del bien jurídico) u objeto de la acción. El objeto es uno de los elementos estructurales del tipo. En la estructura del tipo es necesario distinguir entre el objeto material (u objeto de la acción) y objeto jurídico. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio y las lesiones), pero no es preciso. Así, en el delito de hurto el objeto material es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta. El objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir, el bien objeto de protección de la ley; poniendo nuevamente como ejemplo el delito de hurto, el objeto de delito es la propiedad de la cosa en tanto que objeto material es la cosa hurtada.

7 VILLAVICENCIO TERRERO, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2010, p. 316.

8 GRACIA MARTIN, Luis. La infracción de deberes contables y registrables tributarios en el Derecho Penal. Madrid: Trivium, 1990, p. 249.

9 DEGOLLAR LOPEZ, Yulissa, “XIV Curso de 1er Nivel para magistrados del fuero militar policial” Lima, 13 de julio 2020.

III. EL RECURSO A LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE LA NORMA PENAL EN BLANCO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL TIPO PENAL

Cómo precisa Luzón Peña,¹⁰ la expresión ley penal en blanco fue propuesta por primera vez por Binding para referirse a aquel grupo de normas penales que, aunque señalan la sanción penal, su presupuesto se encontraba en las violaciones a regulaciones de las autoridades administrativas. Para este autor español, la ley penal en blanco es aquella en que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido por otra norma extrapenal a la que se remite.

Para Mir Puig¹¹ las leyes penales en blanco son las que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución Política, que puede ser otra ley penal, leyes de otros sectores del ordenamiento jurídico o normas reglamentarias de nivel inferior a la ley. En esa línea, Delgado Lara¹² indica que serían aquellas leyes del ámbito penal que no describen plenamente la conducta punible siendo socorridas en la descripción de la conducta por otras normas.

Entonces, siguiendo a Zúñiga Morales¹³, la estructura ordinaria de una norma penal contiene el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, esto es la sanción,

pero en la denominada norma penal en blanco una parte de esa estructura, en el supuesto de hecho (para ser más precisos una parte del mismo), no lo contiene la propia ley, sino que se remite a otra norma distinta; son leyes necesitadas del complemento.

Villavicencio¹⁴ reflexiona que la ley penal en blanco no es más que una técnica legislativa, ya que es frecuente que el código penal no exprese disposiciones jurídicas en forma completa y, por ende, es necesario que sean complementadas por otras disposiciones que podrían provenir de la parte general. En esa medida, el referido autor nacional explica que la parte en blanco o indeterminada de la norma penal se da en el supuesto de hecho, es decir en la descripción de la conducta delictiva. Por otra parte, la sanción o consecuencia jurídica penal se halla en la norma penal y no se requiere su remisión a otros preceptos. Por tanto, concluye el citado publicista, es necesario distinguir entre norma sancionadora y norma complementaria, donde el tipo de ley penal en blanco solo se configura plenamente mediante una norma complementaria.

En la doctrina, como sostiene Brandariz Garcí,¹⁵ existen diversas clasificaciones de las normas penales en blanco; en primer lugar, cabe distinguir entre normas penales en blanco propias (en sentido estricto), que son aquellas en las que el tipo

10 LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de derecho penal. Parte General 1. Madrid, 1996, p.147.

11 MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, B de F, 7 Ed. 2005, pp. 74-76.

12 DELGADO LARA, Álvaro Roberto, Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005- 2011) 2012, p 279.

13 ZUÑIGA MORALES, Sandra Eugenia. "Revista de Derecho" nro. 08, 2004, p.162.

14 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima, Grijley, 2013, pp. 136-137.

15 BRANDARIZ GARCIA, José Ángel, "La problemática de las normas penales en blanco" Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 107.

se complementa con remisiones o normas de rango inferior a la ley, y normas penales en blanco impropias (o en sentido amplio), en las que el complemento del supuesto de hecho se encuentra en otra ley, reenvío externo o, en la misma ley, reenvío interno.

Para García Cavero¹⁶ el debate principal se presenta con relación a las leyes penales en blanco propias, en la medida que, al establecer una remisión a las leyes de inferior jerarquía, el legislador estaría dejando en manos de la Administración los criterios para decidir el carácter penalmente prohibido de la conducta típica.

En esa medida, el recurso de la ley penal en blanco solo resulta legítima cuando se enmarca dentro de ciertos parámetros, como explica Blanco Lozano¹⁷ haciendo referencia a la Sentencia 3/1998 de 21 de enero del Tribunal Constitucional español, donde se admite el uso de las normas penales en blanco a través de la denominada “colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora”, pero exigiendo que “queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta” sea que en respecto a la reserva de ley en materia penal debe estar descrito el contenido de desvalor en cuanto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En el mismo sentido la sentencia de Tribunal Constitucional español del 5 de julio de 1990, precisa: “es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las

llamadas leyes penales en blanco; esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentren agotadoramente previstas en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, contenga el núcleo esencial de la prohibición, y sea satisfecha la exigencia de certeza”.

En suma, para el Tribunal Constitucional español, que ha reiterado la misma doctrina en la jurisprudencia constante, la ley penal en blanco resulta legítima siempre que la disposición penal en cuestión: a) disponga el reenvío, de manera que sea expreso y justificado, en tutela del bien jurídico protegido; y b) el tipo penal debe incluir no solo la infracción, sino el núcleo esencial del hecho ilícito; con ello se cumple la exigencia de certeza, pues la conducta ilícita se encuentra debidamente determinada.

Brandáriz García¹⁸ sostiene que el Tribunal Constitucional español requiere para la admisión de las normas en blanco, desde la perspectiva del postulado de legalidad penal, que dicha técnica sea necesaria por razones de protección, que carezca de alternativas preferibles y que se limiten a una remisión de aspectos no esenciales del tipo.

De otro lado, siguiendo a Zúñiga Morales, resulta indispensable que cuando se aluda al “núcleo esencial de la prohibición”

16 GARCIA CAVERO, Carlos. Derecho Penal. Parte General. 2da edición, Lima: Jurista Editores, 2012, p 151

17 BLANCO LOZANO, Carlos. El delito ecológico, Manual operativo, Madrid: Montecorvo, 1997, p.45

18 BRANDÁRIZ GARCÍA, Jose Ángel. Ob. Cit, p 115. Derecho Penal Económico Parte General 2da edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 200, p.246

se deba exigir que el mismo no solo exista en la norma penal en blanco, siendo de esperar que se detallen las características de la acción (por ejemplo, si se exige o no un resultado) atendiendo a todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) que caractericen la conducta ilícita y que procuran zanjar con seguridad el límite entre el riesgo permitido y lo que jurídico penalmente resulta desaprobado, con excepción de aquellos que es preciso concretar técnicamente a través de leyes y otras disposiciones de rango inferior.

Jeschek y Weigend¹⁹ consideran en esta materia que en la determinación de una norma de autorización para disposiciones penales que se adentran por caminos reglamentarios se imponen exigencias más rigurosas que en la propia legislación; con ello se muestra el especial valor de la reserva de la ley en Derecho Penal, por ello, los citados autores alemanes recuerdan que el legislador debe expresar inequívocamente la autorización para la conminación penal, así como perfilar de un modo tan exacto su contenido, finalidad y alcance, que los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena sean ya previsibles para el ciudadano por la propia autorización (norma penal) y no en el reglamento en que se apoya.

En esa línea de establecer los límites en la utilización de la técnica de la norma penal en blanco, como sostiene Delgado Lar,²⁰ el Tribunal Constitucional chileno, coincidiendo en gran medida con su par español,

impone tres requisitos para considerar que esta técnica legislativa no vulnere el principio de legalidad : a) que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible; b) que el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino; y, c) que el precepto infra legal complementario tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia constitucionalidad. En suma, para el Tribunal Constitucional chileno resulta indispensable que la conducta que se sanciona como delito se encuentre claramente descrita en la ley; además que la ley penal establezca la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible, que, junto con la sanción, se encuentra establecida.

IV. LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TIPO PENAL.

Para Villa Stein,²¹ el tipo penal se formula sobre la base de elementos descriptivos y de elementos normativos. Los elementos descriptivos son aquellos que refieren hechos de la realidad natural observable o deducible, su contenido proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales. Un ejemplo de elemento descriptivo lo tenemos en el verbo “matar” a “otro” del artículo 106, “aborto” del artículo 114 o la locución “el que causase a otro daño en el cuerpo o en la salud” del artículo 121, todos del Código Penal.

19 JESCHECK, Hans – Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte General, Lima, Pacífico, 2014, p. 170.

20 DELGADO LARA, Álvaro Roberto. “las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005- 2011) En: *Ars Boni et Aequi*, Año 8, Nro. 2, 2012, pp. 280- 281.

21 VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal. Parte General. Lima, Ara, Editores, 2014, p. 287.

Mientras que elementos normativos son aquellos que comportan una valoración jurídica o socio cultural, como “cónyuge” o “concubino” en el artículo 107 del Código Penal; igualmente, “ajeno” en el artículo 188; “documento” y “falsedad” en los artículos 427 y 428; “funcionario público” en el artículo 425, entre otros, del Código Penal. Es característica del elemento normativo su no percepción sensorial y comprobación sólo en virtud de una valoración.

Por su parte, Hurtado Pozo²² precisa que la importancia de la distinción entre los elementos descriptivos y normativas radica en la separación entre tipicidad y antijuricidad, así como con respecto al dolo. Precisa también el referido autor que los elementos descriptivos son referencias a determinados hechos, circunstancias, cosas, estados y procesos corporales o anímicos (ajenos al autor), y que, caso por caso, deben ser comprobados por el juez cognoscitivamente, por ejemplo “matar” (artículo 106); “bien” (artículo 185). Mientras que los elementos normativos solo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor, esta última puede tener un fundamento jurídico, así la noción de “total o parcialmente ajeno” (artículo 185), o de funcionario público (artículo 377), reposar sobre la experiencia o criterios morales y culturales, como el concepto de “carácter obsceno” (artículo 183).

Roxin²³ también incide en la importancia de la distinción entre los elementos

descriptivos y normativos del tipo penal. Tal distinción es importante para la teoría del dolo, porque los elementos descriptivos requieren una percepción sensorial y en cambio los normativos una comprensión espiritual. Este autor alemán precisa que tradicionalmente se entiende como elementos descriptivos aquéllos que producen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que sean verificados de modo cognoscitivo por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; así, por ejemplo, conceptos como “edificio” o “sustraer” son descriptivos mientras términos como “injuria” o “ajeno” son normativos. En los elementos normativos se puede hacer ulteriores distinciones, así tenemos elementos con valoración jurídica como “ajeno”, “funcionario público”, “documento público” y elementos con valoración cultural “actos sexuales de cierta relevancia”.

En ese marco, Bustos Ramírez²⁴ sostiene que las características de los elementos descriptivos del tipo son fácilmente perceptibles por los sentidos, es decir, que se puede conocer su significado sin mayor esfuerzo. Los normativos, por el contrario, sólo pueden ser aprendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo, o requieren para el conocimiento o comprensión de su alcance y significado del conocimiento de alguna norma (jurídica, social, ética o ética social, etc.) a la que el elemento se remite.

22 HURTADO POZO, José Manuel de derecho procesal, Parte General, 4ta Edición Tomo I, Lima, Idemsa, 2011, pp. 402-403.

23 ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General. Tomo I Madrid, Civitas, 1997, p. 306.

24 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de derecho penal español. Parte General, Barcelona: Ariel, 1984, p.195.

Como anota Villavicencio²⁵ en la formulación de los tipos penales, el legislador suele utilizar ciertos elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden caracterizar ciertas circunstancias exteriores como de naturaleza psíquica. Los elementos descriptivos son aquéllos que el sujeto puede percibir y comprender a través de los sentidos. Estos elementos van a describir objetos o circunstancias pertenecientes al mundo real. En ellos es suficiente una constatación fáctica. Ejemplo: el “bien mueble” en los delitos de hurto (artículo 185 del Código Penal), “mujer” en el delito de aborto no consentido (artículo 116 del Código Penal). Son identificados a través de lenguaje común o mediante las terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión.

Villavicencio²⁴ también precisa que en los elementos normativos predominan las valoraciones que no sólo son perceptibles por los sentidos. Para la aprehensión y comprensión de estos elementos se debe realizar un juicio de proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas ya sea de una valoración jurídica proveniente de otras ramas del derecho (elemento normativos jurídicos); ejemplo: funcionario o servidor público (artículo 425 del Código Penal) matrimonio (artículo 139 del Código Penal), depositario judicial (artículo 190 del segundo párrafo del Código Penal), bienes embargados (artículo 197, numeral 4, del Código Penal), entre otros, o de una valoración ético -social (elementos

normativos éticos-sociales): exhibiciones obscenas (artículo 183 del Código Penal). En el delito de asesinato (artículo 108 del Código Penal) pueden considerarse como elementos descriptivos la producción de la muerte (matar) y el sujeto pasivo (a otro), pero la alevosía que el tipo exige es un concepto que depende de lo que el ordenamiento entienda por tal y de la valoración que el juez haga de los hechos presentados. Estos elementos, los normativos, derivan de valoraciones jurídicas (la alevosía, por ejemplo), pero también sociales (lo que se entiendan por “grave”, por ejemplo, cuando algunos tipos lo exigen).

Finalmente, resulta relevante la solución que plantea Roxin²⁶ para superar en la práctica los problemas de distinción de los elementos normativos y descriptivos del tipo penal. Así, precisa este autor, que, si por razones terminológicas se requiere seguir manteniendo una delimitación practicable de elementos descriptivos y normativos, es recomendable calificar como normativos sólo aquellos elementos “que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma”. Entonces, términos como “ajeno”, “buenas costumbres”, “reprochable”, “documento”, “injuria”, etc., serán elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, mientras que conceptos como “ser humano”, “cosa”, “edificio” o “sustraer” existen con independencia de cualquier contexto normativo y por ello se les puede denominar descriptivos.

25 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima, Grijley, 2007, p. 314.

26 ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 307.

Cómo nos recuerda Nardiello,²⁷ la tipicidad del ilícito jurídico-penal no depende de la sola concreción de los elementos objetivos del tipo en cuestión, sino que se le debe añadir además la realización del aspecto subjetivo comprensivo de los elementos interiores de obrar ilícito.

Tradicionalmente se sostiene que el modo de conocimiento requerido varía en función de la clase de elemento del tipo objetivo de que se trate, no ofreciendo, en principio, dificultad alguna los casos de elementos descriptivos, puesto que son perceptibles a través de los sentidos. Por el contrario, en el caso de los elementos normativos es exigible una valoración para comprender su significado, por ello, respecto de esos elementos, la doctrina se contenta comúnmente con exigir un conocimiento “paralelo en la esfera de lego”. Entonces, lo usual para la acreditación de los elementos normativos del tipo objetivo es la inferencia respecto a que el sujeto conocía la característica especial sobre el objeto del mundo exterior.

V. ELEMENTO NORMATIVO Y LEY PENAL EN BLANCO

De lo dicho en el acápite anterior, para dotar de contenido el elemento normativo, a diferencia de los elementos descriptivos, es necesario realizar una valoración para

comprender su significado. Así lo entiende también Suay Hernández,²⁸ quien alude al hecho de que existen distintas definiciones de elementos normativos, más o menos amplias, pero que en general aluden a la necesidad de llevar a cabo un proceso que no es necesario en los elementos típicos meramente descriptivos.

Sin embargo, lo que interesa en este punto según García Arán,²⁹ son aquellos elementos normativos que aluden -se remiten- a una situación normativizada y en tal medida, obliga a acudir a una norma extra penal para dotarlos de contenido y en definitiva interpretarlos. Desde este punto de vista no cabe la diferenciación respecto al concepto genérico de la ley penal en blanco. Para superar esta dificultad la doctrina ha propuesto diversos criterios para diferenciar los elementos normativos de la ley penal en blanco.

Un primer criterio de diferenciación es el acudir al carácter explícito o implícito de la remisión, así, cuando la norma penal expresamente aludiera a la norma reglamentaria para conceptuar la conducta típica sería una norma penal en blanco, mientras que cuando la necesidad de acudir a la norma extrapenal apareciera de forma implícita, nos encontramos ante un elemento normativo de tipo. Sin embargo, anota García Arán,³⁰ este resulta siendo un criterio meramente formal, cuando lo importante

27 NARDIELLO; Ángel Gabriel. Estructura del hecho punible, lineamientos doctrinales, Buenos Aire, Hammurabi, 2012, pp. 107 y 112

28 SUY HERNANDEZ, Blanca Cecilia, “Los elementos normativos del error”. En anuario del derecho penal. Tomo Nro. 41, 1991, p. 102.

29 GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma” En: Estudios penales y Criminológicos. Nro. 16, 1992- 1993, p. 68.

30 GARCIA ARAN, Mercedes. Ob. cit., p. 68-69

para establecer la diferenciación entre estos dos conceptos es la función que esa norma extrapenal desempeña en la estructura del injusto descrito.

Cramer³¹ alude a la función que la norma extrapenal desempeña en la estructura del tipo penal de la prevaricación del abogado, contenido en el parágrafo 365 del StGB (Código penal), que recurre a la fórmula “contrariedad a deber”; para este autor esta fórmula corresponde a un elemento normativo porque para la determinación de esa contrariedad no hay una remisión a otra norma, sino que hay que invocar otras normas en la valoración de las características típicas en este caso. La otra norma que servirá como criterio interpretativo es el Estatuto General de la Abogacía. Lo mismo sucede en conceptos como “embargo” o el de “ajenidad” que deben ser interpretados según el Código Civil.

En esta medida, para Cramer es posible tres situaciones: a) cuando la norma penal hace referencias a otras normas a las que debe acudir para interpretar las características típicas en que debe equipararse a los elementos normativos; b) los elementos normativos propiamente dichos; c) las leyes penales en blanco, en las que existe una revisión en sentido estricto, en las que la norma extrapenal se incorpora a la norma penal, más allá de la mera función interpretativa que desempeña en los elementos normativos.

Con lo cual, bajo esta perspectiva, la ley penal en blanco no se caracteriza sólo

porque las normas complementarias sean de rango inferior, sino, además, porque el legislador deja en manos de otra instancia propiamente el establecimiento del elemento típico, lo que no ocurre cuando la norma extrapenal sólo resulta invocada para interpretar lo establecido por el legislador.

Así para García Arán,³² se puede recurrir a dos tipos de remisiones: la remisión en bloque en la que la remisión a la normativa administrativa se convierte en un elemento típico, esto es, que se sanciona penalmente la desobediencia de la norma administrativa; de otro lado, la remisión interpretativa es aquella en la que la norma extrapenal es necesaria para interpretar o ingresar un elemento típico; en estos casos puede o no producirse una infracción administrativa, pero en todo caso, esto no es necesario para que se produzca el injusto penal. En suma, en la remisión en bloque se deja el establecimiento de uno de los elementos típicos a la norma extrapenal, mientras que en la remisión interpretativa el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso de la norma extra penal.

VI. ¿EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA ES UNA NORMA PENAL EN BLANCO O UN ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO?

Como se ha desarrollado de manera extensa, por objeto del delito se entiende todo bien o interés sobre el cual recae la

31 Cramer citado por GARCIA ARAN, Mercedes. Ob. Cit., p. 70.

32 GARCIA ARAN, Mercedes. Ob. Cit., pp. 71 y ss.

acción delictiva, es decir, el bien afectado a través de una lesión o de una puesta en peligro por la acción u omisión del autor del delito, que en este caso sería el atentar contra el servicio.

En un contexto práctico, podemos entender que en el delito de desobediencia, al ser un tipo penal de puesta en peligro, la conducta tendrá que recaer en el elemento material que el legislador plasmó al decir que tiene que atentar contra el servicio; esto por haber optado en considerar como un elemento normativo del tipo penal objetivo, con lo cual este concepto no se reduce a las normas administrativas de derecho interno, que tiene solo carácter orientativo, siendo que los criterios que la afectación a la Integridad Institucional se constituirá en el límite de la determinación del objeto material del delito, a efectos de evitar vulneraciones al principio de legalidad.

Esto constituye el objeto del delito, los intereses o elementos representativos del bien jurídico protegido por la norma penal, es decir, que existe previamente la realización de la acción delictiva. Es la acción delictiva la que ataca este interés jurídicamente protegido, que es la Integridad Institucional de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú, como lo manifiesta Juan Monroy,³³ entendiéndose que dichas instituciones se encuentran organizadas de manera jerárquica y profesional, para cumplir las funciones ordenadas por la Constitución Política del Perú (artículos 165 y 166). Esta organización es muy especial, su estructura

no es igual a la de una institución civil, por ello, eso la hace diferente (*sui generis*).

Como ya dijimos, las características de los elementos descriptivos del tipo son fácilmente perceptibles por los sentidos, es decir, que se puede conocer su significado sin mayor esfuerzo; en cambio, los normativos sólo pueden ser aprendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo; considerando ello, podemos decir que el objeto material del delito de desobediencia es un elemento normativo, que se necesita valorar la afectación o puesta en peligro del servicio, porque estamos ante un presunto delito de función que, necesariamente, el daño causado tiene que ser relevante.

Ahora, en nuestra opinión, el objeto material del delito de desobediencia no sería una norma penal en blanco, porque las leyes penales en blanco son las que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución Política, que puede ser otra ley penal, leyes de otros sectores del ordenamiento jurídico, normas reglamentarias de nivel inferior que no describen plenamente la conducta punible, siendo socorridas en la descripción de la conducta por otras normas; sin embargo, para entender que se atenta contra el servicio, no es necesario irse a otra norma penal, porque esto se desarrollara de acuerdo a los hechos ocurridos, ante un presunto delito de función; quiero decir, que luego de analizar la norma que omitió intencionalmente el sujeto activo, veremos la consecuencia

33 MONROY MEZA, Juan Carlos, XIV “Curso de 1er Nivel para magistrados del fuero militar policial”, Lima 19 junio 2020.

que se produjo de ello, lo que se ve en la investigación que realiza el Fiscal Militar Policial, pero no podemos decir que tenemos que ir a otra norma penal o extrapenal para entender que es atentar contra el servicio.

VII. CONCLUSIONES

1. No debe confundirse el objeto de la acción (u objeto material del delito) con el bien jurídico. El bien jurídico aparece como un objeto inmaterial, se presenta como un valor ideal, frente al acto agresor del agente. En el objeto de la acción el menoscabo es real, susceptible de concretarse materialmente.
2. En el delito de desobediencia, al ser un tipo penal de puesta en peligro, la conducta tendrá que recaer en el elemento material que previó el legislador, al decir que tiene que atentar contra el servicio; esto, por haberlo considerado como un elemento normativo del tipo penal objetivo, que es necesario valorar para medir la afectación o puesta en peligro del servicio.
3. El objeto material del delito de desobediencia no es una norma penal en blanco, porque las leyes penales en blanco son las que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución Política, que puede ser otra ley penal, leyes de

otros sectores del ordenamiento jurídico, normas reglamentarias de nivel inferior; sin embargo, para entender el término “atenta contra el servicio” no es necesario ir a otra norma penal, sino apreciar los hechos ocurridos durante la etapa de la investigación preparatoria.

VIII. RECOMENDACIONES

1. A fin de que no sigan cometiendo errores durante las investigaciones preparatorias y al momento de formular el requerimiento acusatorio, es necesario capacitar a los operadores de la jurisdicción militar policial, sobre el objeto material del delito de desobediencia, así como de los demás delitos, de manera que no tengan problemas al fundamentar su posición en las audiencias, al ser confrontados por la defensa técnica.
2. Se deberían priorizar estos temas de interpretación y análisis de los diferentes tipos penales, entendiendo que nuestro ordenamiento jurídico es especial y nos manejamos dentro de un sistema procesal acusatorio muy activo y dinámico, de manera que se pueda contar con material de consulta o estudio, que en la actualidad es mínima, sin desmerecer el estudio y conocimiento de la historia de la Justicia Militar Policial.

Carlos Nicolás Rodríguez Urday¹

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. DELITO DE FUNCIÓN; III. ANTECEDENTES DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA; IV. CONCEPTOS PREVIOS; 4.1. LEY PENAL EN BLANCO; 4.2. ORDENAMIENTO JURÍDICO MILITAR POLICIAL; 4.3. DELITOS DE OMISIÓN; V. DELITO DE DESOBEDIENCIA; 5.1. BIEN JURÍDICO TUTELADO; 5.2. SUJETO ACTIVO; 5.3. SUJETO PASIVO; 5.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO; 5.5. ELEMENTO SUBJETIVO; 5.6. CONSUMACIÓN; 5.7. PARTICIPACIÓN; 5.8. ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO; 5.9. PENALIDAD; VI. CONCLUSIONES; Y VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El delito de desobediencia se caracteriza por ser un tipo penal en blanco y un delito de omisión, por lo que tiene una estructura típica tradicional, donde el supuesto de hecho es complementado por normas extra-penales y exige como conducta delictuosa que el sujeto activo omita una función propia de su ámbito competencial o acto funcional. En el presente artículo se desarrollarán las diferentes particularidades que exige el tipo penal.

ABSTRACT

The disobedience crime is characterized as an unspecified criminal type and a crime of omission, so it has a typical traditional structure, where the

1 Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín, Capitán del Servicio Jurídico del Ejército y Secretario Suplente de la Vocalía Suprema del Tribunal Supremo Militar Policial.

factual situation is complemented by extra-criminal rules and requires as criminal conduct that the active subject omits a function of its own competence or functional act. In this article the different particularities required by the criminal type will be developed.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción militar policial tiene su origen y sustento constitucional en el artículo 139°, inciso 1, y el artículo 173° de la Constitución Política del Estado², como un órgano excepcional, autónomo e independiente del Poder Judicial, encargada de administrar justicia en materia penal militar policial, y tiene competencia cuando un militar o policía en situación de actividad comete un delito de función previamente tipificado en el código penal militar policial y siempre y cuando vulnere bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

Luego de que diversas sentencias del Tribunal Constitucional cuestionando la organización y funciones de la jurisdicción militar policial y la tipificación de los delitos especiales que se juzgaban en ella, se logró un hito importante con la promulgación

de la Ley N° 29182, “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial” y el Decreto Legislativo N° 1094, “Código Penal Militar Policial”, normas acordes a los preceptos constitucionales y supranacionales, conforme a las decisiones del órgano de control de la Constitución.

El delito de desobediencia se encuentra tipificado en el Código Penal Militar Policial, Libro Segundo, “Parte Especial”, Título IV “Delitos contra la integridad institucional”, Capítulo III “Desobediencia”, artículo 117°, bajo el nomen iuris “Desobediencia”. Asimismo, es uno de los delitos más investigados y juzgados por la justicia militar policial, conforme lo manifestó el Presidente del Fuero Militar Policial recientemente en una nota de prensa publicada en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano³, en los términos siguientes:

“En el periodo comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de junio del 2020 las fiscalías militares policiales abrieron un total de 440 investigaciones sobre un número similar de casos de delitos de función en que se han visto involucrados integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú de distintos grados.

2 Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú del 05 de abril de 1993:

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.

Artículo 173: En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

3 <<https://www.gob.pe/institucion/fmp/noticias/192009-se-abrio-440-investigaciones-contras-militares-y-policias-durante-el-periodo-de-cuarentena>>

327 investigaciones comprenden a Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional del Perú, (...) configurando los delitos de Desobediencia (...) Dentro de los casos de la Policía Nacional se encuentran 19 investigaciones preparatorias por delitos de función que comprenden a generales y coroneles, varios de ellos relacionados con las adquisiciones irregulares de elementos sanitarios y otros bienes para dotar de seguridad sanitaria y materiales al cuerpo de efectivos policiales durante las operaciones.

93 comprenden a integrantes del Ejército, 12 de la Marina de Guerra y 07 de la Fuerza Aérea”

Ahora bien, el delito de desobediencia es un tipo penal en blanco, donde el supuesto de hecho debe ser complementado de manera clara e inequívoca por normas jurídicas que regulen las funciones del militar o del policía, a fin de que cumplan con la misión encomendada por la Constitución. Asimismo, estas normas deben encontrarse vigentes al momento de la comisión del delito; sin embargo, este tipo penal tiene ciertas peculiaridades que se aprecian cuando el titular de la acción penal militar policial inicia una investigación o formula las imputaciones correspondientes.

II. DELITO DE FUNCIÓN

El Tribunal Constitucional, en un primer momento, definió al delito de función como:

“Aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión del él, y respecto sus funciones profesionales”⁴.

En esta definición, el delito de función se caracteriza porque debían concurrir dos elementos: a) Personal, y b) Objetivo. En el primer elemento, la jurisdicción militar policial sólo puede juzgar a militares y policías en situación de actividad, y referente al segundo elemento, la acción u omisión debe de recaer sobre un bien jurídico privativo como la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Asimismo, circunscribía los ilícitos penales militares policiales entorno a los roles constitucionales que cumplían los militares y policías, dejando de lado la preservación del orden y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

Posteriormente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0002-2008-PI/TC, el Tribunal Constitucional precisó que se entenderá como delito de función cuando concurren los siguientes elementos objetivos:

- a. Que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- b. Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores.

4 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo de 2004. Fundamento 132.

c. Que, como circunstancias externas del hecho, que definan la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio”⁵.

Esta definición fue aclarada por el mismo Tribunal Constitucional al realizar el control concentrado del Código Penal Militar Policial vigente, señalando que la definición de delito de función contenida en el artículo II del Título Preliminar⁶ se encuentra acorde al orden constitucional, debido a que concurren tres elementos: i) elemento subjetivo, ii) elemento funcional; y, iii) elemento objetivo, siendo definidos de la siguiente manera:

“i. elemento subjetivo: Se refiere que sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en situación de actividad se les puede imputar la comisión de un delito de función a título de autor o partícipe.

ii. elemento funcional: Se refiere a que la conducta delictuosa debe quebrar un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro

de origen entre él y la actividad de servicio; esto es que, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder o extralimitación ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.

iii. Elemento objetivo: Se refiere a la protección de bienes jurídicos tutelados como la existencia, organización, operatividad, funciones, actuación y disciplina de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, así como la seguridad del Estado”⁷.

Al no haberse definido en la Constitución Política del Estado lo que se entendía por delito de función, el Tribunal Constitucional lo ha ido dotando de un concepto jurisprudencial en el entendido de que la jurisdicción militar policial es una jurisdicción especializada para ejercer el ius puniendi en materia penal militar policial, donde sólo serán juzgados los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad o estando en ella, que cometan un hecho ilícito por acción u omisión, previamente tipificado por el Código Penal Militar Policial, que vulneren bienes jurídicos como la existencia, organización, operatividad, funciones, actuación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, seguridad del Estado y la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

5 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0002-2008-PI/TC del 09 de septiembre de 2009. Fundamento 86.

6 Poder Ejecutivo. Decreto Legislativo N° 1094 “Código Penal Militar Policial”.

Artículo II del Título Preliminar: “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”.

7 Tribunal Constitucional. Expediente N° 00022-2011-PI/TC del 08 de julio de 2015. Fundamento 78 al 89.

III. ANTECEDENTES DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA

El delito de desobediencia ha sido tipificado primigeniamente en el Código de Justicia Militar de 1898, dentro del libro denominado “Delitos y Penas”, preservando como bien jurídico la disciplina en las Fuerzas Armadas y reprochando con una pena severa al que no obedeciera o no cumpliera una orden del servicio. Asimismo, estableció circunstancias agravantes específicas y bajo esta misma estructura, pero con diferente técnica legislativa, los Códigos de Justicia Militar de 1939, 1950, 1963 y 1980, tipificaron el delito de desobediencia.

Apartándose de la estructura y del tipo penal regulado en los códigos anteriores, el Código de Justicia Militar Policial de 2006, desarrolló el delito de Desobediencia en el Libro Segundo, “Parte Especial”, protegiendo el bien jurídico “integridad institucional”, y ejerciendo el *ius puniendi* cuando el sujeto activo realizara una conducta omisiva de sus funciones, previamente establecidas en una Ley o norma que regule dichas funciones, y al no ser cuestionado dicho tipo penal en la demanda de inconstitucional presentada por 6430 ciudadanos, es que el Código Penal Militar Policial recogió dicho delito, preservando la misma estructura – Libro Segundo “Parte Especial”, Título IV “Delitos contra la Integridad Institucional” – y misma técnica legislativa del tipo penal

–El militar o el policía que omite intencionalmente las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, siempre que atente contra el servicio–.

En la legislación comparada –Código Penal Militar de Colombia, Código Penal Militar de España–, tipifican el delito de desobediencia para proteger la disciplina, como un bien jurídico. Asimismo, recoge como acción típica el incumplimiento de órdenes legítimas dadas por el superior.

IV. CONCEPTOS PREVIOS

IV.1. Ley penal en blanco

El principio de legalidad⁸ exige que los delitos especiales deben estar contenidos en la ley penal militar policial y que estén claramente delimitados, pero existen tipos penales que requieren de una norma completante para integrar el supuesto de hecho y lograr una certeza jurídica en su configuración penal. A esto se denomina ley penal en blanco.

La ley penal en blanco se da cuando el supuesto de hecho se integra por remisión que hace la ley penal a otra norma extra penal. Es así, que BACIGALUPO⁹ señala que la “ley penal en blanco se da en los casos en los que la prohibición o el mandato de

8 Poder Ejecutivo. Op. cit.

Artículo IV del Título Preliminar: “Ningún militar o policía podrá ser investigado, juzgado o sancionado por un acto u omisión que 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...”

9 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 2da Edición. Buenos Aires, 1999. Editorial HAMMURABI. pág 158.

acción se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal”. Por su parte, Juan BUSTOS menciona que se trata de aquellos supuestos en que la descripción se completa en una disposición, que puede ser una ley ordinaria, reglamento o una ordenanza¹⁰; asimismo, para que opere la remisión a una norma extrapenal, debe cumplir con cuatro requisitos: a) la norma a cual se remite debe ser precisa, b) la norma a cual se remite debe encontrarse vigente al momento de la comisión del delito, c) la norma completante debe ser de conocimiento público o por lo menos de conocimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que vayan a desempeñar una función específica dentro de un documento clasificado, y, d) la norma completante debe guardar relación con los preceptos constitucionales y legales.

IV.2. Ordenamiento jurídico militar policial

El ordenamiento jurídico es entendido por la mayoría de doctrinarios como el conjunto unitario, coherente e integrado jerárquicamente por normas jurídicas que rigen en un tiempo y espacio determinados.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional la define como:

“Una pluralidad de normas aplicables es un espacio y lugar determinado, y se caracteriza por su normatividad sistémica y su plenitud hermética”¹¹.

Sin embargo, las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico no se encuentran de manera dispersa, sino que se organizan en grupos o ramas del derecho otorgándole unidad de sentido y coherencia, encontrándose siempre su origen en la Constitución como fuente de derecho, es así, que la Constitución Política del Estado –primera categoría– otorga reserva de ley para regular la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú –segunda categoría – y estas, a su vez, son reglamentadas, dentro los límites que establece la Ley, a través de un Decreto Supremo, rubricado por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Defensa o Interior, según corresponda –tercera categoría–.

Asimismo, dentro de esta jerarquía normativa se encuentran las Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales y Resoluciones de Comandancia General –cuarta categoría–. Las primeras son de carácter específico, dadas por el Presidente de la República y refrendadas por el Ministro de Defensa o Interior o más ministros, según el ámbito de competencia que corresponda, debiendo publicarse cuando son de naturaleza normativa o cuando lo disponga la Ley. Las Resoluciones Ministeriales son aprobadas por el Ministro de Defensa o Interior, según corresponda, y se dan para regular las políticas nacionales y sectoriales a su cargo. Las Resoluciones de Comandancia General son normas intrainstitucionales dictadas

10 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, 1997. Editorial TROTТА. pág 91.

11 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0005-2003-PI/TC del 03 de octubre de 2013. Fundamento 3.

por el Comandante General de cada Institución a fin de emitir directivas, documentos de gestión u otras normas o actos administrativos que permitan mejorar la administración, funcionamiento, operaciones militares o policiales propias de cada institución.

IV.3. Delitos de omisión

Los delitos especiales tipificados por el Código Penal Militar Policial se pueden cometer por acción u omisión; este último, se puede definir como el no hacer una determinada conducta teniendo el deber u obligación de realizarla, es así que MIR PUIG, Santiago,¹² señala que la omisión no es un negativo naturalístico, sino un negativo normativo, es decir, es la no realización de la conducta esperada por la norma y REÁTEGUI, James,¹³ indica que los delitos de omisión no son una mera pasividad, inamovilidad absoluta del sujeto, por el contrario, dicho sujeto realiza y ejecuta una conducta, sólo que no es la mandada por la norma.

Los delitos de omisión, a su vez, se clasifican en delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia. Los primeros son aquellos que están expresamente tipificados por el legislador y vulneran la

norma imperativa, verbi gracia, el delito de omisión de aviso o repulsión, omisión de cumplimiento de deber en función operativa y desobediencia; en cambio, los delitos de omisión impropia son aquellos que no están directamente tipificados por el legislador, sino que son construidos por el intérprete a partir de tipos de comisión¹⁴, verbi gracia, el artículo 9 del Código Penal Militar Policial¹⁵.

V. DELITO DE DESOBEDIENCIA

El delito de desobediencia se encuentra tipificado en el artículo 117 del Código Penal Militar Policial, teniendo el siguiente tenor:

“El militar o el policía que omita intencionalmente las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, siempre que atente contra el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.”

V.1. Bien jurídico tutelado

El delito de desobediencia es un delito estrictamente militar debido a que

12 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2da edición. Buenos Aires, 2003. Editorial B de F. pág. 208.

13 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal Parte General, Volumen I*. Lima, 2016. Editora Ediciones Legales. pág 781.

14 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. pág. 202.

15 Poder Ejecutivo. Op. cit.

Artículo 9: “Será sancionada la omisión de los deberes de función militar o policial por razón del cargo o función, siempre que el no evitarla equivalga, según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer.”

protege bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú como la existencia, organización, operatividad, funciones y actuación, así como la seguridad del Estado. Específicamente, protege el bien jurídico “integridad institucional”, concepto novedoso que ha surgido en el ordenamiento administrativo y legal con la finalidad de reducir los riesgos de corrupción y se puede definir como el funcionamiento operativo de la institución, políticas, procesos y procedimientos, sistemas de trabajo (dimensión colaborativa). Asimismo, se refiere a los estándares éticos y las estrategias de prevención de la corrupción, a fin de alcanzar las misiones para las que fue creada la institución (dimensión eticidad)¹⁶.

El delito de desobediencia, al ser un delito de naturaleza omisiva, abarca una variedad de supuestos circunscribiéndose en los deberes funcionales administrativos y operativos del militar o del policía, por lo que, el derecho penal militar policial, al encontrarse enmarcado en el principio de mínima intervención, sólo debe ejercer el *ius puniendi* cuando sea estrictamente necesario, cuando existan daños graves a los bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú; en cambio, cuando las conductas delictuosas tienen una ínfima transcendencia en la afectación de dichos bienes jurídicos, se debe aplicar otras alternativas de control

como el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; así, sería innecesario mover el aparato jurisdiccional militar policial cuando un militar o policía incumple con su horario de trabajo, pero, estos actos sancionables administrativamente se convierten en hechos delictuosos cuando se vinculan con una función que transgrede gravemente un bien jurídico tutelado.

V.2. Sujeto activo

El tipo penal exige que sea un militar o un policía, pero para que tenga la calidad del agente del delito, este debe encontrarse obligado por una norma jurídica a cumplir con la función establecida, es decir que la función omitida debe estar dentro del cúmulo de sus obligaciones funcionales previstas en una norma jurídica u otro documento; asimismo, debe haber asumido formal y materialmente sus funciones.

V.3. Sujeto pasivo

Es el Estado – Ejército del Perú, Marina de Guerra, Fuerza Aérea y/o Policía Nacional del Perú, quienes son los titulares de los bienes jurídicos, sin embargo, la acción delictuosa puede recaer en un militar, policía o un tercero, quien sería el sujeto pasivo de la acción¹⁷ y que dentro del proceso penal puede solicitar la constitución de actor

16 La integridad institucional en la dimensión ética, es la consistencia y coherencia entre los principios, valores y normas de la institución y del ordenamiento jurídico, respecto a los procesos, conductas y resultados reales.

17 Es sobre quien recae la acción punible y que puede ser diferente de quien ve lesionados sus intereses o bienes por el delito.

civil para exigir la reparación civil, esto en mérito a los artículos 171 y 217 del Código Penal Militar Policial¹⁸.

V.4. Comportamiento típico

El tipo penal del delito de desobediencia tiene como verbo rector el de “omitir”. La Real Academia Española define el vocablo “omitir” como abstenerse de hacer algo, y en el diccionario jurídico elemental de CABANELLAS, Guillermo,¹⁹ se define como dejar de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa.

Por lo tanto, el omitir debe entenderse como el dejar de hacer un acto propio de su cargo, previamente establecido en una norma jurídica u otro documento que señalen sus funciones, es así, que el sujeto activo que está obligado a cumplir con sus funciones, no realiza dicho acto funcional, sin embargo, si el sujeto activo cumple tardíamente con su función, se le quita la tipicidad al hecho.

La omisión tiene una naturaleza genérica que conglera un amplio cúmulo de comportamientos, pero al encontrarse con un acto funcional específico, se debe preferir este último en base al principio de especialidad. Verbi gracia, esto sucede cuando concurre con el delito de omisión de cumplimiento de deber en función operativo

regulado en el artículo 127 del Código Penal Militar Policial.

V.5. Elemento subjetivo

BUSTOS, Juan,²⁰ señala que, en los delitos de omisión propia, el elemento subjetivo –dolo– sólo basta con el aspecto cognitivo.

El tipo penal al señalar que “El militar o el policía que omita **intencionalmente** las disposiciones...” (énfasis agregado por el autor), exige como elemento subjetivo el dolo, ya que sólo basta que el sujeto activo tenga conocimiento de la omisión del acto funcional.

V.6. Consumación

El delito de desobediencia es un delito de mera actividad, es decir, para su consumación no se requiere que se produzca un resultado material o un perjuicio, sino, que sólo basta que el sujeto activo omita sus obligaciones funcionales.

El tipo penal, al indicar que se “atente contra el servicio”, se debe entender que el acto que realiza el sujeto activo debe ser de manera ilícita e ilegal contra una función específica estipulada por los reglamentos.

No se admite la tentativa. Asimismo, si el sujeto activo que omitió el acto funcional

18 Poder Ejecutivo. Op. cit.

Artículo 171: “La acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, sólo podrá ser ejercida por el agraviado”.

Artículo 217: “Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias de este”.

19 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Undécima edición. 1993. Editorial HELIESTA S.R.L.

20 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. pág. 209.

se arrepiente y adecua su comportamiento, este no deja ser típico, pues el delito se consumó en el momento que el sujeto activo omitió el acto funcional y quedará a criterio del juez penal militar policial tal circunstancia para atenuar la pena.

V.7. Participación

Al exigir que el sujeto activo tenga la competencia funcional del acto omisivo, sólo podrá imputársele un hecho delictuoso en la calidad de autor o coautor, este último, siempre y cuando se encuentren vinculados entre sí o separadamente según la naturaleza del acto.

V.8. Elementos negativos del delito

Atipicidad:

- Por no existir una norma jurídica que obligue el acto o no esté vigente al momento de los hechos.
- El sujeto activo no tiene la competencia funcional o no se encuentra obligado a realizar el acto funcional que se le atribuye.

Causas de justificación:

- Obediencia debida
- Estado de necesidad justificante

V.9. Penalidad

La pena principal a imponerse es la privativa de libertad con una pena conminada no menor de uno ni mayor de cinco años.

VI. CONCLUSIONES

El delito de Desobediencia se encuentra regulado en el artículo 117 del Código Penal Militar Policial y protege el bien jurídico tutelado Integridad Institucional, que puede estar relacionado a la protección de los bienes jurídicos de existencia, organización, operatividad, funciones y actuación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y seguridad del Estado.

El delito de Desobediencia tiene como característica principal ser un delito penal en blanco, que requiere de una ley extrapeenal para establecer el supuesto de la norma penal, como es la omisión de funciones específicas que cumple el militar o policía como miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

Para que un militar o policía sea considerado sujeto activo del delito de Desobediencia, debe encontrarse obligado por una norma jurídica y/o administrativa a cumplir con la función establecida en ella.

El delito de Desobediencia es un delito de omisión de naturaleza genérica, que reúne un número abierto de conductas delictivas omisivas; sin embargo, cuando exista una omisión específica tipificada en el Código Penal Militar Policial, debe preferirse esta última.

Para la consumación del delito de Desobediencia no se requiere un resultado material o un perjuicio, sino que es suficiente que se ponga en peligro el bien jurídico con la omisión de funciones específicas del sujeto activo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 2da Edición. Buenos Aires, 1999. Editorial HAMMURABI.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Madrid, 1997. Editorial TROTTA.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Undécima edición. 1993. Editorial HELIESTA S.R.L.
- Código Penal Militar Policial
- Constitución Política del Perú de 1993
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2da edición. Buenos Aires, 2003. Editorial B de F.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal Parte General, Volumen I*. Lima, 2016. Editora Ediciones Legales
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo de 2004.
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 0002-2008-PI/TC del 09 de septiembre de 2009.
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 0005-2003-PI/TC del 03 de octubre de 2013
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 00022-2011-PI/TC del 08 de julio de 2015.
- <<https://www.gob.pe/institucion/fmp/noticias/192009-se-abrio-440-investigaciones-contramilitares-y-policias-durante-el-periodo-de-cuarentena>>.

■ BIOGRAFÍA

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE DIVISIÓN CÉSAR AUGUSTO DE LA FUENTE ÁLVAREZ²

Nació en Lima el 3 de junio de 1877. En su libreta de ingreso al Ejército dice que era hijo “natural” de Manuel de la Fuente y de Manuela Álvarez Vda. de Quiroz. En 1913, cuando ya ostentaba el grado de teniente coronel, refirió “ser hijo legítimo”³. En su tiempo, esta no era una disquisición sin importancia, ya que implicaba derechos y hasta ser “bien o mal visto” en la comunidad.

La información que se tiene de sus inicios en la milicia, es de que se incorporó a filas en el Batallón Callao N° 5, ingresando posteriormente a la Escuela Militar creada por el presidente Cáceres. Egresó como subteniente de infantería el 19 de marzo de 1895⁴, ocupando el número uno de su promoción. Dicha información, contrastada con la que obra en el expediente de montepío que tramitó su viuda, no es del todo detallada y exacta. Según la información del expediente, estuvo en el ejército desde el 17 de marzo de 1895 e ingresó a Lima con el “Ejército Coalicionista..., por lo que se le confirió tal clase de subteniente y carece de los despachos respectivos.” Dice también, que sirvió “bajo las órdenes de Nicolás de Piérola, desde el 17 de marzo hasta el 2 de abril de 1895, siendo destinado al

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

2 Esta biografía, con algunos cambios, aparece en: BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt, La Justicia Militar en la Historia del Perú, tercera parte: Desde 1926 hasta 1950, editado por el Fuero Militar Policial, febrero de 2019, páginas 441 a 445.

3 Expediente de Montepío que tramitó su viuda Renee Ameer Locker Lucotte y que se halla en el Archivo Central del Cuartel General del Ejército, MD 2/27 (1962).

4 Las fechas de su nacimiento y su alta como oficial han sido tomadas del Escalafón General del Ejército, 1ra. Parte-Actividad, 1939, Imprenta y Librería del Ministerio de Guerra.

Batallón Callao N° 5 el 22 de junio de ese año.

En otra parte del expediente, se dice que “El 2 de enero de 1899 se le confirió la clase de subteniente de infantería con antigüedad del 19 de marzo de 1895, según opinión de la Junta Militar, y se le expidió el despacho correspondiente.”

Ascendió a teniente el 2 de enero de 1899 y pasó a la Escuela Militar, donde ejerció de instructor en diferentes secciones y entre el 24 de enero de 1901 y el 31 de enero de 1903, “como instructor de los aspirantes a oficiales de infantería”.

Fue cambiado de colocación al Batallón N° 3 en enero de 1903 y el día 27 de julio de ese año, ascendió al grado de capitán. Permaneció en esa unidad hasta el 30 de marzo de 1904, fecha en la que fue destinado nuevamente a la Escuela Militar, “como capitán instructor de oficiales y sub oficiales de infantería”, hasta el 14 de febrero de 1907. Pasó a la Escuela Superior de Guerra como oficial alumno, donde permaneció entre febrero de 1907 y el 11 de marzo de 1909. El 1° de febrero de 1908 ascendió al grado de mayor.

Entre el 11 de marzo y el 9 de diciembre de 1909 permaneció en el Estado Mayor General del Ejército, en espera de su viaje a Francia. Se le consideró en misión

de estudios en el ejército francés hasta el 27 de diciembre de 1912. Estuvo asignado a los regimientos de infantería 14 y 18. Durante su permanencia en Francia, el 24 de abril de 1911, contrajo matrimonio con Renne Ameer Locker Lucotte (1890- 1982), en París, con quien tuvo cuatro hijos: César, Max, Mercedes y Graciela. Él tenía 36 años y ella 24. Había ascendido a teniente coronel el 27 de julio de 1911.

De vuelta al Perú, fue nombrado primer jefe del Batallón N° 3, puesto en el que permaneció hasta el 27 de agosto de 1913. Entre esa fecha y el 31 de diciembre del mismo año, fue sub-director de la Escuela Militar de Chorrillos. Hasta entonces, había acumulado 18 años, 6 meses y 7 días de servicios prestados al ejército. Entre julio de 1915 y junio de 1917 fue director de la Escuela Militar de Chorrillos.⁵

Con el grado de coronel, al que ascendió en 1916, fue nombrado Ministro de Guerra y Marina, durante el segundo gobierno de José Pardo y Barreda, cargo que ocupó entre el 27 de julio de 1917 y el 26 de junio de 1918, y al que renunció tras la agresión de un grupo de oficiales, encabezados por el teniente José Vásquez Benavides, contra el entonces periodista de “El Tiempo” José Carlos Mariátegui, por una publicación que consideraron ofensiva para el ejército⁶ y que el gobierno, aparentemente,

5 <https://es.wikipedia.org/wiki/Escuela_Militar_de_Chorrillos>, consultado en junio de 2018.

6 El 22 de junio de 1918 apareció el primer número del periódico “Nuestra Época”, en el que Mariátegui firma un artículo titulado “**El Deber del Ejército y el Deber del Estado** (Malas Tendencias)”, en el que sostiene, entre otras cosas, que: “*La oficialidad está compuesta, en un noventa por ciento, por gente llevada a la escuela militar unas veces por la miseria del medio y otras veces por el fracaso personal*”. Basadre dice que “*Reservaba frases despectivas para jefes y oficiales, pues creía ver en ellos elementos de inferioridad personal y social. Recordaba los tiempos en que quien tenía un hijo bribón, desalmado o idiota lo ponía en el cuartel... Hacía aparecer a la institución castrense peruana poco menos que como una burocracia armada de ganapanes y fracasados...*” (BASADRE GROHMANN, Jorge. *Historia de la República*, edición de “El Comercio”, tomo 13, pág. 204).

trató de aprovechar contra sus opositores políticos.⁷

El 2 de octubre de 1918 fue designado jefe de zona de la tercera región, con sede en Arequipa. El día 4 de dicho mes y año, se tomó conocimiento en el Consejo de Oficiales Generales de su solicitud para que se le señale día y hora a fin de prestar el juramento de ley.⁸ Entre junio y diciembre de 1919 fue comandante general de la 3ª División, en Arequipa. Entre enero y diciembre de 1920, agregado militar en Bélgica y Londres.

El 27 de junio de 1922 prestó juramento como jefe de zona de la segunda región de Lima, retornando así al servicio de la justicia militar.⁹ De enero a noviembre de 1926 aparece como Intendente General de Guerra. Milla Batres dice que ocupó ese cargo entre 1925 y 1926.¹⁰ Ascendió a general de brigada el 16 de octubre de 1926¹¹ y entre diciembre de 1926 y marzo de 1928, según el expediente de montepío, fue nuevamente director de la Escuela Militar de Chorrillos. En la relación de directores de esa Escuela, no aparece el nombre del general de la Fuente en ese período, pero ese cargo no está cubierto entre enero de 1927 y febrero de 1928, por lo que es comprensible que

ese es el período en que él fue director de la EMCH, por segunda vez.

Entre abril de 1928 y julio de 1931, fue jefe del Pensionado Militar en Europa y entre agosto de 1931 y junio de 1934, jefe de la Misión Militar en Francia y Bélgica. Entre julio de 1934 y el 30 de marzo de 1936, agregado militar en Estados Unidos de Norteamérica.

Ministro de Relaciones Exteriores entre el 22 de octubre de 1936 y el 29 de octubre de 1937, durante el gobierno de Oscar R. Benavides. Luego, Embajador Especial enviado al Japón al frente de una misión económica y cultural. En su expediente de montepío se indica que, entre el mes de noviembre de 1937 y el mes de febrero de 1940, permaneció en el ejército. Entre marzo y diciembre de 1940 fue presidente del entonces Consejo de Oficiales Generales.

Ascendió a general de división el 31 de diciembre de 1940, mediante Resolución Legislativa N° 9238. Fue nuevamente nombrado ministro de Guerra en 1941, reemplazando en el cargo al coronel Teófilo Iglesias Rodríguez, permaneciendo en el cargo hasta el 8 de diciembre de 1944, integrando el gabinete Solf y Muro, durante el primer gobierno de Manuel Prado Ugarteche.

7 “El 26 del mismo mes tuvo lugar una manifestación de solidaridad institucional organizada por los oficiales, con expresiones de adhesión al Gobierno y en ella participó el presidente Pardo, en cuyo discurso se reflejó el hondo resquemor que sentía ante la violenta campaña contra él y su régimen sistemáticamente seguida por El Tiempo. El mismo día renunciaron el ministro de Guerra coronel César A. La Fuente y el jefe de Estado Mayor coronel Manuel María Ponce a quienes, según parece, disgustaron los acontecimientos que se habían producido” (BASADRE GROHMANN, Jorge. Ob. Cit.)

8 BRAVO MAXDEO, Roosevelt. La Justicia Militar Policial en la Historia del Perú, segunda parte: Desde 1895 hasta 1925, editado por el Fuero Militar Policial, marzo de 2018, pág. 339.

9 Ibidem, pág. 377.

10 Para escribir esta biografía nos hemos servido de su Diccionario Histórico y Biográfico del Perú, Siglos XV – XX, Ob. Cit., tomo III, pág. 174.

11 Escalafón General del Ejército, Ob. Cit.

Pasó a la situación militar de retiro el 3 de junio de 1945. Mediante Resolución Suprema de 22 de noviembre de 1946, reconociéndosele 51 años, 6 meses y 3 días de servicios prestados. Más adelante, por disposiciones legales específicas relacionadas

con el grado militar que ostentaba, se le reconocieron 57 años y 3 días de servicios, al 32 de diciembre de 1950. Falleció el 12 de julio de 1962, a las 8.45 horas, en el Hospital Militar, a los 85 años de edad.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Av. República de Chile 321, Santa Beatriz, Lima Cercado

Teléfono: (511) 6144747

E-mail: caejmp@fmp.gob.pe



Sala de Audiencias del Tribunal Superior Militar
Policial del Sur - Arequipa

LA MISIÓN ES LO PRIMERO

Fuero Militar Policial
Av. República de Chile 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

