

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO XI - NÚMERO 19 / JULIO 2022



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

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

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

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

EDITOR DE LA REVISTA
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA
Socorro Gamboa García

FOTOGRAFÍA DE PORTADA
Licenciado Randy Velásquez Fermín

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

Edición julio 2022
Año 11 - Número 19
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

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

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

Tiraje: 1000 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN <i>Mayor General FAP José Luis Villavisencio Consiglieri</i> _____	9
--	---

ARTÍCULOS

LA OBLIGATORIEDAD DEL SERVICIO MILITAR EN RELACIÓN CON LA SEGURIDAD NACIONAL, LA DEFENSA NACIONAL Y LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL <i>Enrique Marcial Bautista Pérez</i> _____	15
EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL <i>Gina Paola Alca Martínez</i> _____	23
EL PROCESO JUDICIAL A TÚPAC AMARU II: APROXIMACIONES PARA UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO - JURÍDICA <i>Ernesto Jorge Blume Rocha</i> _____	33
LA PRUEBA INDICIARIA Y SU VALORACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO <i>Billy Jack López Solano</i> _____	43
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA <i>Vanessa Pizarro Vilcapoma y José Castro Egoavil</i> _____	59
TUTELA DE DERECHOS APLICADO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR POLICIAL <i>José Luís Rivera Vela</i> _____	73

EL DELITO DE CERTIFICACIÓN FALSA SOBRE ASUNTOS DEL SERVICIO EN RELACIÓN CON LOS INFORMES DE CONFORMIDAD EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS <i>Luis Martin Cuchula García</i> _____	87
EL DEBIDO PROCESO EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL <i>Cedelina Norma Vargas Padilla</i> _____	97
LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL A CARGO DEL SENACE Y SU APOORTE EN LA PREVENCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES EN EL PERÚ <i>Joanna Fischer Battistini</i> _____	107
EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL TIPO PENAL DE DESOBEDIENCIA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL <i>Javier Oswaldo Salazar Morales</i> _____	119
MITOS Y REALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN MÉXICO <i>Juan Raúl López Villa</i> _____	143

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA GERMÁN GUILLERMO YÁÑEZ LEÓN <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	151
--	-----

ANEXOS

PRESENTACIÓN DE LAS REVISTAS “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N°. 16, 17 Y 18 _____	157
PRESENTACIÓN DEL IV TOMO DEL LIBRO: “LA JUSTICIA MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ _____	161

PRESENTACIÓN

En diciembre del año pasado, en el auditorio del Fuero Militar Policial (FMP), presentamos los números 15, 16, 17 y 18 de nuestra revista: “El Jurista del Fuero Militar Policial”, correspondiendo los números 15 y 16 entre julio a diciembre de 2020, y los números 17 y 18 entre julio a diciembre de 2021.

El Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar, cuya misión es capacitar, actualizar y perfeccionar académicamente a los Magistrados, al personal del Cuerpo Jurídico, Auxiliares Jurisdiccionales y abogados civiles hace la selección de los temas desde su formulación hasta su impresión y con estas publicaciones de los números 19, 20, 21 y 22 de la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial” el CAEJM difunde las prácticas jurídicas del Derecho Penal Militar Policial, Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho Procesal Penal, entre otros temas.

En efecto, las revistas en su conjunto son una compilación de diversos temas jurídicos – penales, alguno de ellos son inéditos; en ese sentido, los números de la revista que presento enriquecerá a nuestro público objetivo que son al personal del Cuerpo Jurídico Militar Policial, Auxiliar Jurisdiccional y Abogados Civiles que laboran

en el Fuero Militar Policial; y difundirá la doctrina jurídica militar policial en el mundo de habla hispana a nivel del portal bibliográfico DIALNET.

Confío en que las revistas que presento serán de utilidad para quienes recurran a ella como un medio de estudio o consulta.

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

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

Enrique Marcial Bautista Pérez¹

LA OBLIGATORIEDAD DEL SERVICIO MILITAR EN RELACIÓN CON LA SEGURIDAD NACIONAL, LA DEFENSA NACIONAL Y LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA; III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO MILITAR; IV. EL SERVICIO MILITAR Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ; V. INFLUENCIA POSITIVA DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO PARA LA DEFENSA NACIONAL Y LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD; VI. CONCLUSIONES; Y VII. RECOMENDACIONES.

RESUMEN

El autor de este artículo cree que es necesario realizar una reforma constitucional e incluir en nuestra Carta Magna el “Servicio Militar Obligatorio”, como medida para reforzar la seguridad nacional, la defensa nacional y la lucha contra la criminalidad.

Considera que es deber de todos los peruanos, personas naturales o jurídicas, participar en la “Defensa Nacional”. De otro lado, piensa que el servicio militar obligatorio, remunerado con un sueldo mínimo vital y por un tiempo de seis meses, formaría personas con valores, que se alejen de la criminalidad y aporten a la unidad nacional, entre otras cosas.

1 Oficial del Servicio Jurídico del Ejército, Fiscal Superior Militar Policial del Sur.

ABSTRACT

The author of this article believes that it is necessary to carry out a constitutional reform and include in our Magna Carta the "Compulsory Military Service", as a measure to reinforce national security, national defense and the fight against crime.

He considers that it is the duty of all Peruvians, natural or legal persons, to participate in the "National Defense". On the other hand, he thinks that compulsory military service, paid with a minimum vital wage and for a period of six months, would train people with values, who move away from crime and contribute to national unity, among other things.

PALABRAS CLAVES: Servicio militar, Constitución Política, defensa nacional.

KEYWORDS: *Military service, Political Constitution, national defense.*

I. INTRODUCCIÓN

Abordamos el problema relacionado con la seguridad nacional, la defensa nacional, la lucha contra la criminalidad y de cómo podría influir la dación de una nueva ley que obligue a todos los peruanos (sin distinción de clases sociales, raza, credo, religión, sexo, etc.), mayores de 18 años de edad, con su deber de cumplir con el servicio militar obligatorio (solamente de 06 meses), tanto varones como mujeres, despertando la importancia de los valores cívicos, patrióticos y humanos, los mismos que a través de los años se han venido perdiendo.

De acuerdo con disposiciones legales, "El servicio militar tiene por finalidad capacitar y entrenar a los peruanos en edad militar en las instituciones de las Fuerzas Armadas, a fin de que estén preparados para cumplir con la patria en la defensa de su soberanía e integridad territorial, con las funciones que se les asignen, tanto en la Constitución Política del Perú como en las demás leyes."²

Ante la problemática actual que vive el Perú, con una ola creciente y desbordada de criminalidad organizada, surge la idea de imponer el servicio militar obligatorio, no como un remedio, si no como una alternativa para formar una nueva generación de peruanos.

En este artículo vamos a demostrar que el Estado debe implementar la "Ley del Servicio Militar Obligatorio", con categoría constitucional, a fin de garantizar los valores cívicos de servicio a la patria, participación, responsabilidad, solidaridad, valor, cumplimiento, respeto a la ley y protección de los intereses nacionales, buscando alentar el respeto y amor a los valores patrios, símbolos y tradiciones culturales, la seguridad y la defensa nacionales y la lucha contra la criminalidad.

II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Perú tiene un territorio dilatado, con una superficie de 1'285,215.60 kilómetros cuadrados, lo que lo convierte en el vigésimo país más grande de la tierra y el tercero de América del Sur; además, forma

2 COMANDO DE REEMPLAZOS Y MOVILIZACIÓN DEL EJÉRCITO. Servicio Militar Voluntario, Construyendo un Futuro de nuestra Nación, Ejército del Perú, 2013, Pág. 27.

parte del territorio peruano la superficie marina denominada “*Mar de Grau*”, que se extiende a lo largo del litoral peruano por 3,080 kilómetros, y una línea imaginaria a 200 millas náuticas de distancia del punto más cercano de la costa. Tiene fronteras terrestres con cinco países: por el norte con el Ecuador y Colombia; por el este con Brasil; por el sureste con Bolivia y por el sur con Chile, totalizando 7,073 km de línea de frontera terrestre y, adicionalmente, posee fronteras marítimas con Ecuador y Chile. “*Los Estados cooperan entre sí, pero también compiten y en algunos casos la competencia involucra intereses nacionales, en otros puede inclusive llegar a involucrar intereses fundamentales, es decir aquellos cuya vulneración pone en peligro la existencia misma de la Nación*”.³

La democracia promete libertad, la que no es gratuita y debe pagarse un precio por ella, y es allí donde reside la obligación moral de todo ciudadano para contribuir con su parte en la protección de la libertad, conforme a lo establecido en el artículo 163° de la Constitución Política del Perú.⁴ La tranquilidad de una nación se basa en su estructura sistémica, con unas Fuerzas Armadas que les garanticen su seguridad nacional.

Si bien es cierto que en nuestra Carta Magna no se establece que el servicio militar tenga el carácter de obligatorio o voluntario, se deja al legislador la potestad de decidir, de acuerdo a sus atribuciones y

analizando las necesidades, el camino a seguir; no obstante, el legislador debe tener presente que el servicio militar es una de las formas de cumplir con la obligación patriótica que tenemos todos los peruanos de participar en la seguridad y defensa nacional, así como contribuir con el desarrollo nacional; además, que tiene por finalidad capacitar a los peruanos en edad militar en los institutos de las Fuerzas Armadas, en aspectos de adiestramiento militar, así como preparar reservas instruidas y entrenadas para la movilización, teniendo efectos positivos sobre la juventud en ámbitos como el mercado laboral, la educación⁵ y la disminución de la delincuencia.

Esto conlleva a hacer un análisis profundo y medido para determinar hasta qué punto es factible, y siempre dentro del marco legal, que el servicio militar se encuentre incorporado dentro de la legislación constitucional como obligatorio, por lo que, de no ser así, estaremos a merced de que muchos de los jóvenes opten por la delincuencia, el pandillaje y el sicariato.

De prosperar o mantenerse en esa situación, no se podrá lograr hacer del Perú un país con posibilidades para las futuras generaciones; por lo que es conveniente restablecer el “Servicio Militar Obligatorio” como forma de propender al afianzamiento de los valores patrios en la juventud y también para afrontar y combatir decididamente la delincuencia y el pandillaje en el país.

3 ARCE, Gerardo, *Juventud y Servicio Militar*, 2012, Pág. 4.

4 Artículo 163 de la Constitución Política del Perú: “*El Sistema de Defensa Nacional, El Estado garantiza la seguridad de la Nación, mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley*”.

5 MINISTERIO DE DEFENSA. *Doctrina Básica de Defensa Nacional*. Perú: MINDEF, 1997.

Todos los peruanos en edad militar, sin excepción alguna, deben cumplir el servicio militar obligatorio, siendo lamentable que actualmente se hayan perdido los valores y conceptos acerca del patriotismo y acción cívica en el país. El servicio militar obligatorio, no será una suerte de reformatorio para los jóvenes peruanos, sino que se resaltarán los valores patrióticos y nacionalistas, por lo que será muy difícil que haya ciudadanos corruptos o inmorales en el futuro.

En otros países se ha reconocido al servicio militar en sus respectivas constituciones, de forma que 94 de 179 países cuentan con servicio militar obligatorio; es decir, algo más del 52% de las naciones.

Cabe anotar que la Constitución de 1993 suprimió el artículo 78° de la Carta Magna de 1979,⁶ que establecía que el servicio militar era una obligación patriótica de todos los peruanos.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO MILITAR

El 27 de diciembre de 1898, en el contexto de la reorganización del ejército peruano por la primera “Misión francesa”, se promulgó una Ley de Servicio Militar, la misma que extendía la obligación de prestar este servicio a todo peruano desde los 19

hasta los 50 años de edad, precisándose en su reglamento que en tiempo de paz el servicio correspondía solo a los peruanos entre los 19 y 23 años, seleccionados por sorteo, enrolados y voluntarios.⁷

El 21 de junio de 1912 se promulgó la segunda Ley de Servicio Militar, con el agregado de Obligatorio, siendo el tiempo de duración del servicio por un máximo de 2 años en tiempo de paz y en tiempo de guerra en forma indefinida.⁸

Más adelante, el 2 de marzo de 1949, se promulgó el Decreto Ley N° 10967, Ley del Servicio Militar Obligatorio, norma que introdujo la prestación del servicio para las mujeres, *“aunque de una forma restringida dada nuestra educación y costumbres”*⁹.

El 12 de noviembre de 1974, se promulgó el Decreto Ley N° 20788, que consideraba el servicio militar como un *“deber ineludible”* y el sorteo se efectuaba cuando el número de seleccionados excedía a las necesidades del servicio.¹⁰

Veinticinco años después, en una coyuntura problemática, organizaciones no gubernamentales, hablando de presuntos casos de abusos en los cuarteles, abogaron por el servicio militar voluntario; ante esta realidad, la Comisión de Defensa del Congreso de la República, con fecha 3 de junio de 1999, aprobó el proyecto del Ley del Servicio

6 Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 780: “El Servicio Militar es obligación patriótica de todos los peruanos. Se cumple en la forma y condiciones y con las excepciones que fija la ley”.

7 “La evolución cronológica del servicio militar en el Perú”. (2013, 31 de marzo). En el Diario “El Comercio”. Recuperado de: <http://elcomercio.pe/blog/huellasdigitales/2013/03/la-evolucion-cronologica-del-s>

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

Militar Voluntario, publicándose en el Diario Oficial Peruano, el 29 de setiembre de 1999, la Ley N° 27178, Ley del Servicio Militar Voluntario, en la que se excluyó el carácter obligatorio del reclutamiento, entrando en vigencia el 18 de marzo de 2000.¹¹

Finalmente, el 27 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, que derogó la Ley precedente sobre la materia, dejando sin efecto la obtención de la boleta de inscripción y la libreta militar como requisitos para obtener el Documento Nacional de Identidad (DNI).¹²

IV. EL SERVICIO MILITAR Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

En nuestra Constitución Política encontramos varios artículos relacionados con el servicio militar; no obstante, se puede analizar esta cuestión desde la proclamación de los derechos fundamentales, como que *“todos somos iguales ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”*. Habiendo establecido la Constitución Política del Perú esos parámetros, debemos decir que el servicio militar debería ser para todos ya que, como vemos, el artículo 38° de la Carta Magna nos dice que: *“todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”*.

En el Capítulo XII, referido a la Seguridad y a la Defensa Nacional, la Constitución Política del Perú afirma que el Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional y que la Defensa Nacional es integral y permanente, la misma que se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Es por ello que toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley; dicho ello, nos atrevemos a decir que todo peruano está *“obligado”* a integrar y participar activamente en la Defensa Nacional y una de las formas, la más significativa, es el servicio militar.

La Carta Magna establece que las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea y que tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República; igualmente, pueden asumir el control del orden interno cuando se disponga legalmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución. Debemos señalar aquí, que el grueso del personal que integra las Fuerzas Armadas proviene del servicio militar.

V. INFLUENCIA POSITIVA DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO PARA LA DEFENSA NACIONAL Y LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD

¿La obligatoriedad del servicio militar influiría en la seguridad, defensa nacional y la lucha contra la criminalidad, desde el

11 Ibidem.

12 Ibidem.

punto de vista del derecho constitucional? ¿Es factible dotar de obligatoriedad al servicio militar en el Perú, con tales propósitos?

En el aspecto social se justificará ya que en la actualidad carecemos de valores éticos y patrióticos, los mismos que se han ido perdiendo por una mala política educativa en los niveles de primaria y secundaria.

Tendremos una población preparada para afrontar cualquier situación bélica, si es que el caso lo amerite, poseyendo un gran potencial humano, adiestrado en el arte de la guerra; por lo tanto, seremos una fuerza militar disuasiva. Esto quiere decir que no buscaremos la guerra, ni la confrontación, pero ante cualquier situación, estaremos preparados y entrenados (toda la población), a fin de hacerle frente, tanto eiento de la obligatoriedad del servicio militar en la Constitución Política del Perú, sino también a orientar hacia la creación de una nueva nación (con principios y valores éticos, morales y de solidaridad), logrando de esta manera la verdadera identificación nacional.

El servicio militar puede ser también visto como base que fundamenta una actitud **ética**, que modela el carácter, la moral y el comportamiento humano. En la carrera militar es imprescindible cultivar el desarrollo del criterio moral del soldado, basado en la interiorización del valor, del compañerismo y del respeto mutuo que impulsa al tratamiento, con convicción y anhelos de superación; igualmente, la lealtad es el fundamento básico de la instrucción militar, la que se complementa con la honestidad y, especialmente, la identidad con la institución a la que se pertenece y en suma al país. Un factor ético destacable

es la autodisciplina consiente, traducida en el respeto a las normas, reglamentos y leyes referidas a la situación militar, así como a las disposiciones del estudio y preparación, estimular la conciencia relacionada con el honor, el valor, el coraje, la abnegación, la lealtad, la solidaridad, la dignidad, el espíritu de sacrificio y entrega por los valores básicos de la profesión y el servicio militar.

VI. CONCLUSIONES

1. La obligatoriedad del servicio militar influye significativamente en la seguridad nacional, ya que nos creará estabilidad, calma y, sobre todo, predictibilidad, que será bastante beneficiosa para el país.
2. La obligatoriedad del servicio militar influye significativamente en la defensa nacional, pues hemos conocido de cerca la guerra externa (Alto Cenepa 1995) y la guerra interna (MRTA- SL), habiendo vivido muchos años bajo la sombra del terrorismo y del narcotráfico, lo que garantizará la operatividad de las fuerzas armadas, orientadas a la disuasión, defensa y prevención de conflictos, así como el mantenimiento de la paz (llámese conflicto interno, subversión o terrorismo).
3. La obligatoriedad del servicio militar influye significativamente en la lucha contra la criminalidad, ya que la instrucción militar es el pilar de una buena formación y educación para los jóvenes y adolescentes, debiendo tener en cuenta que la sociedad peruana se encuentra a la expectativa de los altos índices del fenómeno criminal y de las nuevas modalidades violentas de la desviación social, por lo que vemos en

el servicio militar obligatorio una solución de raíz a la delincuencia y sus efectos colaterales.

4. En la legislación comparada encontramos que 94 países cuentan con servicio militar obligatorio sobre un total de 179, lo que implica que algo más del 52% de países cuentan con servicio militar obligatorio, con rango constitucional.
5. En la Constitución Política del Perú no se establece que el servicio militar tenga el carácter de obligatorio o voluntario, si no que otorga al legislador la potestad de determinarlo, de acuerdo a las necesidades nacionales.
6. La única forma de que se incluya en nuestra Carta Magna el servicio militar obligatorio, es a través de la reforma de la Constitución, prevista en el mismo texto legal, en su artículo 206¹⁴; esto es, presentando una iniciativa de reforma constitucional con un número de ciudadanos que representen el 0.3% de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral. Por otro lado, teniendo en consideración que el número total de electores en el Perú es de aproximadamente 22'901,954, el 0.3% vendría a ser 68,706 electores,

para lo cual debemos tener presente que el 0.86% de la población total de electores son miembros de las FFAA (Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea), así como los miembros de la Policía Nacional del Perú, esto es 196,957 electores.¹³

VII. RECOMENDACIONES

1. Se imparta orientación a la población militar, policial y civil, que desde el punto de vista legal es factible la modificación de la Constitución Política del Perú y la incorporación del servicio militar obligatorio.
2. Se efectúe una reforma de la Constitución Política del Perú, a través del mecanismo establecido en el artículo 206 de la Constitución, presentando una iniciativa de reforma constitucional con un número de ciudadanos que represente el 0.3% de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral, para lo cual debemos tener en consideración que la población electoral entre militares y policías representa el 0.86%, siendo factible y lógica la propuesta.
3. Se precise que el servicio militar obligatorio, para hacerlo mucho más

13 Constitución Política del Perú. Artículo 206. Reforma Constitucional. "Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral."

atractivo, sea por un periodo de 6 meses y una paga del 100% de la Remuneración Mínima Vital (RMV 2022= S/. 1,025),¹⁴ que recibirá cada soldado en forma mensual.¹⁵

4. Se recomienda que la ley que reglamente la norma constitucional del

servicio militar obligatorio, deba incluir la sanción que estipule que el ciudadano que no cumpla con su servicio militar obligatorio, no podrá ejercer ningún cargo ni función pública, tanto por concurso público como por elección popular.

14 Decreto Supremo N° 023-2022-TR (que incrementa la Remuneración Mínima Vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada).

15 Nota del editor: este artículo fue escrito en 2022. En junio 2023 se legisló que los integrantes del servicio militar en el Perú percibirán una remuneración mínima vital a partir de 2024.

Gina Paola Alca Martínez¹

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL DEBIDO PROCESO; III. EL NON BIS IDEM; IV. DERECHO DE DEFENSA; V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA; VI. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL; VII. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RESPECTO AL PROBLEMA DE LA DOBLE COMPETENCIA; VIII. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL; IX. ENFOQUE DEL TEMA DESDE LA JURISPRUDENCIA; X. CONCLUSIONES Y; XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Toda Constitución Política establece la separación de poderes y la tutela y garantía de los derechos fundamentales, porque constituyen el núcleo esencial de cualquier ordenamiento constitucional, en el que se precisan los límites y mandatos del poder.

Entre los derechos fundamentales destaca, en la esfera de las garantías procesales, el debido proceso, que no solo debe desplegar sus efectos en la esfera judicial, esto es en el campo civil, penal o laboral, entre otros, sino también en los procesos administrativos, corporativos y también en sede militar-policial. Se ha identificado algunas falencias en la adopción de una doble competencia en el Fuero Militar Policial y el Fuero Común, lo que genera una seria vulneración a los derechos fundamentales como el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa, entre otros.

1 Abogada, oficial del Cuerpo Jurídico de la PNP.

ABSTRACT

Every Constitution establishes the separation of powers, and the protection and guarantee of fundamental rights, they constitute the essential core of any constitutional order, where the limits and mandates of power are specified. Among the fundamental rights, due process stands out in the sphere of procedural guarantees, which should not only unfold its effects in the judicial sphere, this is civil, criminal or labor, but also in administrative, corporate processes, and also in headquarters. military-police Some shortcomings have been identified in the double competence they carry out, both in the military police jurisdiction, and in the common jurisdiction, this generates a series of violations of fundamental rights, such as due process and the presumption of innocence, right of defense, among others.

PALABRAS CLAVES: Garantías procesales, el debido proceso, garantía de los derechos fundamentales y contiendas de competencia.

KEYWORDS: *Procedural guarantees, due process, guarantee of fundamental rights and competition disputes.*

I. INTRODUCCIÓN

El Perú, como los países de la región y del mundo, se ha adherido a los diversos tratados internacionales que tutelan los derechos humanos, por lo que se han implementado los mecanismos para su cumplimiento, especialmente en la esfera judicial, tanto común como castrense, y en el ámbito administrativo, recurrentemente.

En la jurisdicción castrense, más propiamente en el Código Penal Militar Policial, se han incluido diversos principios rectores sobre debido proceso, para que

todo efectivo militar o policial que se halle inmerso en un proceso penal militar policial, tenga sus derechos cubiertos.

Las denuncias de vulneración de derechos fundamentales en la esfera judicial es una realidad, que tiene antecedentes lejanos y que hoy en día se hacen más evidentes, debido a la difusión del Derecho militar, la defensa de los derechos fundamentales con mayor ahínco por parte de militares y policías, la falta de voluntad del Estado peruano para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales, entre otros.

En ese contexto, por ejemplo, la falta de elementos claros para la dirimencia de competencias entre la las jurisdicciones común y militar es una afectación al debido proceso. Surge entonces la interrogante: ¿De qué manera la falta de criterios para dirimir la doble competencia del Fuero Común y del Fuero Militar Policial vulnera el debido proceso de los militares y policías?

II. EL DEBIDO PROCESO

Los principales tratados internacionales sobre tutela de derechos fundamentales consideran al debido proceso como un derecho fundamental, como la Convención Americana de los Derechos Humanos en el artículo 8, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.

La Constitución de 1993 no ha considerado al principio del debido proceso como un derecho fundamental, en el artículo 2 que se regulan estos, sino en los derechos que corresponden a la función jurisdiccional, específicamente en el artículo 139, inciso 3.

El debido proceso también es una norma rectora del derecho adjetivo punitivo y de la actividad jurisdiccional del Estado,

que tiene en su esfera, entre otros derechos, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el cual incluye el derecho a la prueba, entre otros.

Aguilar (2016) resalta que la protección de los derechos fundamentales a través de los procesos, nos lleva a dos situaciones: primero, a la garantía al derecho al debido proceso material y formal de toda persona y, segundo: que el Estado asegure el cumplimiento de la tutela jurisdiccional².

Entre los principales principios que contiene el debido proceso y que se relacionan con la investigación, como precisa San Martín (1999), tenemos: el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el *ne bis in ídem*, el derecho al juez natural, el derecho de defensa de libre elección, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la pluralidad de las instancias, el derecho a no ser penado sin proceso judicial, así como el derecho a la prueba, entre otros³.

III. EL NON BIS IN IDEM

El principio *Non bis in ídem* (*Ne bis in ídem*) se traduce en el derecho de los ciudadanos a no ser perseguidos ni condenados dos veces, ya sea en un mismo procedimiento, como el penal, o en procedimientos distintos: uno penal y otro administrativo. El sustento normativo del *non bis in ídem*, en su faceta procesal, para un sector de la

doctrina, reside en el artículo 139°, inciso 13, de nuestra Constitución Política. No obstante, dicha interpretación restringiría la posibilidad de aplicación del principio a una sola de sus manifestaciones, específicamente, la relacionada estrechamente con la Cosa Juzgada. Por ello, concordamos con la postura asumida por nuestro Tribunal Constitucional, que, en una concepción amplia, considera que el principio se desprendería del artículo 139°, incisos 2 y 3, de nuestra Constitución Política, de forma que, si bien la *non bis in ídem* no tiene un reconocimiento expreso dentro de nuestra Constitución Política, sí ha de encontrarse implícito como una garantía específica del debido proceso.

El artículo tercero del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala lo siguiente: *“Interdicción de la persecución penal múltiple. -Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”*.

IV. DERECHO DE DEFENSA

La Constitución Política reconoce el derecho de defensa, siguiendo las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comprende el derecho del detenido a conocer las causas y razones que motivaron su detención, conforme al

2 AGUILAR, G. (2016) “Derechos fundamentales ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, p.12.

3 SAN MARTIN, C. (1999) *Derecho Procesal Penal*. Lima. Editorial Grijley, p.356.

artículo 139°, incisos 14 y 16, de la Constitución, y el artículo 8.2.b de la Convención Americana.

Este derecho, siguiendo el texto de la Convención Americana, debe ser entendido en forma amplia, como el derecho de todo procesado a conocer de cualquier imputación en su contra, sin importar si se adopta o no una medida de detención. Ello supone, lógicamente, la necesidad de una imputación previa, así como el acto de intimación de la misma; es decir, la comunicación al procesado de aquello que en forma clara, precisa y completa se le atribuye. Esta garantía resulta de suma importancia puesto que *“nadie puede defenderse de algo que no conoce”*.

Tanto en la esfera procesal común como en la privativa, se ejerce el derecho de defensa del imputado. Como precisa Sánchez (2009), *“El imputado es la persona sobre la cual recae la incriminación de un hecho punible y la investigación. También se le puede llamar procesado y acusado durante la etapa del juzgamiento.”*⁴ Sobre este sujeto procesal gira la relación jurídica, aunque su presencia no es indispensable para el inicio y continuación del proceso. Debe ser debidamente identificado desde el primer momento de la investigación preliminar. También se deben conocer sus datos personales, señas particulares, sus impresiones digitales (cuando sea necesario); en caso de negarse a proporcionar dicha información o hacerlo falsamente, se faculta el empleo de testigos u otros medios útiles para conocer de su identidad (Art. 72).

Como resaltó Neyra (2010), sobre todo, en la primera fase de la investigación deben agotarse los esfuerzos a fin de conocer debidamente la identidad del imputado; las razones son obvias: el proceso penal debe seguirse contra persona verdadera y con cargos de imputación verificados; y evitar confusiones o inexactitudes que pueden dar origen a que, por ejemplo, se inicie proceso contra persona distinta e incluso se ordene alguna medida coercitiva, tratándose de evitar los efectos dañinos que trae la homonimia.⁵

V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La responsabilidad penal de una persona, por la comisión de un delito, tiene que demostrarse en un proceso, y a través de una resolución o sentencia, se determina dicha responsabilidad. Por ello, la presunción de inocencia está regulado en los instrumentos internacionales de protección a los derechos fundamentales, que la Constitución de 1993 ha recepcionado en el artículo 2°, inciso 24; esto implica, que, mientras no se haya declarado a una persona culpable de la comisión de un delito mediante sentencia firme, es inocente. Por ello, ninguna persona o institución puede ser acusada de un delito mientras no se demuestre la veracidad de dicha imputación.

Aguilar (2004) señala que la presunción de inocencia no es una afirmación aliger, esta tiene que ser sustentada a través de las pruebas fehacientes e indubitables. Si no se prueba al imputado la comisión del

4 SÁNCHEZ, P. (2009) *El Nuevo Proceso Penal*. Lima. Idemsa. P.75.

5 NEYRA, J. (2010) *Manual del Proceso Penal y Litigación Oral*. Lima. Idemsa. p.345.

delito del que se le acusa, obviamente debe ser declarado inocente. Hay muchos casos en los que, por falta de prueba, no es posible condenar al procesado, pese a que surjan serias sospechas de su culpabilidad, lo cual es penoso para la justicia, pero inevitable desde el punto de vista estrictamente legal.⁶

VI. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

El Fuero Militar Policial es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente imparcial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 173° de la Constitución Política del Perú.

El Fuero Militar Policial administra e imparte justicia a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en situación de actividad, que incurrían en delitos de función, con observancia de los principios, normas y derechos establecidos en la Constitución Política y en el Código Penal Militar Policial, garantizando el respeto irrestricto de los derechos humanos, así como el cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 139°, numeral 1), de la Constitución Política del Perú, constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial. Su competencia comprende exclusivamente el ámbito penal militar policial. En el ejercicio de sus funciones y atribuciones, el Fuero Militar Policial se sujeta a los principios y garantías de la función jurisdiccional y al

pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona.

VII. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RESPECTO AL PROBLEMA DE LA DOBLE COMPETENCIA

En el artículo 173° de la Constitución de 1993 se ha precisado en forma concreta, que cuando un efectivo militar o policial es autor de un delito de función, estará sometido al Fuero Militar Policial. La Constitución es también clara y precisa cuando señala que no es aplicado a los civiles, a excepción de los delitos de Terrorismo y Traición a la patria. La legislación, la doctrina tanto nacional como comparada y la jurisprudencia han precisado que los delitos de función solo se cometen cuando el sujeto activo del delito, militar o policía, se encuentra en situación de actividad.

Ello no ocurre en la realidad actual, ni en la aplicación de la legislación pertinente ni en los procedimientos de investigación a efectivos militares o policiales, ni en los procesos que se ventilan en el Poder Judicial, ni siquiera en la doctrina y la jurisprudencia, que tiene diversos pronunciamientos contradictorios, continuando el problema latente en perjuicio del efectivo militar o policial y su familia, que también es tocado por sus efectos.

Se ha observado, que, por los mismos hechos, el mismo efectivo militar o policial, tiene la activación de procesos tanto en la esfera ordinaria como en la privativa

6 AGUILAR Ob. Cit. p.14.

militar, surgiendo una cuestión de doble incriminación. No se pretende que los hechos queden impunes, sino, que se determine en que fuero se realizarán las investigaciones y el proceso, tras evaluar los hechos debidamente y seguir las reglas constitucionales y legales de la competencia.

Se ha identificado una colisión entre la competencia del Fuero Común y la competencia del Fuero Militar Policial, y por ende se presentan posibles vulneraciones a los derechos fundamentales. Hago esta afirmación desde una lectura personal por cuestiones de mi quehacer en el Fuero Militar Policial, siendo testigo de dichas vulneraciones a los efectivos policiales que son denunciados e investigados en la esfera militar policial y son también objeto de investigación, por el mismo tema, en un proceso común.

VIII. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL

Desde la óptica de la investigación, en la actualidad, los integrantes del Tribunal Militar Policial han dado muestras de ser conocedores de las normas y procedimientos, tanto castrenses como comunes, aunando a ellos un comportamiento ético y una transparencia adecuados, de forma que dicho tribunal puede aplicar las normas y los criterios que correspondan. De otro lado, cuando se ingresa a la esfera ordinaria se observa una serie de vulneraciones de derechos fundamentales, como es el caso manifestado de la investigación de un efectivo militar o policial que ya es objeto de un

procedimiento de investigación en el Fuero Militar Policial, que ya activó su aparato para investigar y sancionar un hecho que tiene fundamento militar y policial.

Está demostrado que la actividad que realiza el fuero ordinario, suele generar toda una zona de tensión (invasión de competencias) con las funciones de otro órgano del Estado, como es el Fuero Militar Policial. Como lo manifestó Edgar (2019) en su tesis denominada: “*La independencia de la justicia militar policial en el Perú. 2019*”, muchas veces una resolución judicial puede terminar por modificar el proyecto de vida del militar o del policía. Por otra parte, una sentencia del Fuero Militar Policial puede generar conflictos con relación a determinadas sentencias del Poder Judicial.⁷ Las tensiones se agudizan cuando las resoluciones invaden esferas de otros órganos.

El problema de la doble competencia surge cuando hay una invasión de las competencias. Delitos comunes que son juzgados en un fuero que claramente fue delimitado para los casos de delitos de función, que están tipificados en el Código Penal Militar Policial, y de otro lado delitos castrenses que son ventilados en un proceso común, a pesar de las delimitaciones que señala la ley, siendo que esta invasión de competencias no es aislada, al contrario, viene ocurriendo continuamente.

Esta controversia ha sido objeto de amplio debate, se han pronunciado tanto la Corte Suprema como el máximo intérprete de la Constitución, pero los casos sesiguen

7 EDGAR, A. (2019) *La independencia de la justicia militar policial en el 2019*. Lima. PUPC, p,32.

presentando, porque los pronunciamientos son respecto a casos concretos, llevados incluso al conocimiento del Tribunal Constitucional o resueltos en contiendas de competencia, iniciadas por los efectivos militares o policiales que son sometidos a un doble procedimiento judicial, vulnerándose de esta manera derechos fundamentales, generándose a su vez merma moral y económica y perjudicándose sus carreras militares o policiales.

IX. ENFOQUES DEL TEMA DESDE LA JURISPRUDENCIA

Para llegar al planteamiento de esta problemática han servido como base de estudio ciertos pronunciamientos jurisprudenciales, en donde el militar o el policía son objeto de investigación y sanción, tanto en la esfera militar policial como en la esfera ordinaria, donde indudablemente se tienen diferentes lecturas del caso.

En el incidente de **Competencia NCPP N° 14-2016**, dentro del proceso seguido contra el mayor EP Patricio Vasallo Vásquez por la entrega de gasolina a empresas privadas y no a las unidades militares respectivas, se produjo una contienda de competencia entre el Juzgado de Investigación Preparatoria de Jorge Basadre, Tacna, el cual procesaba a Vasallo por el delito de peculado, y el 22° Juzgado Militar Policial de Tacna, que procesaba al citado mayor por el delito de Desobediencia, Afectación de material destinado a la defensa nacional, Hurto de material destinado al servicio y por falsificación o adulteración de documentos. La Sala Suprema Penal dirimió la competencia a favor del fuero común en el caso del delito de peculado doloso, y se siga el conocimiento por el Fuero Militar Policial en los delitos de Falsificación o adulteración de documentos.

En el caso señalado, el hecho ilícito afectó los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; no obstante, la Corte Suprema tomó una decisión “salomónica” y dividió las competencias entre ambos juzgados. Lo que deseamos dejar en claro de esta decisión es que no se aprecian como criterios resolutiveos los señalados en la Constitución Política del Perú, como señalar que el Fuero Militar Policial es una jurisdicción especializada para investigar y juzgar las conductas estrechamente relacionadas con el funcionamiento y operatividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

En el presente caso, claramente se aprecia que se vulneran bienes exclusivos de la función militar policial, ya que por su función militar facilitó y permitió que se produzcan los ilícitos que se le imputaban, de forma que esta conducta no es atribuible a ningún ciudadano.

Los magistrados a cargo de dirimir la contienda de competencia fundaron su decisión en criterios personales, limitándose a interpretar si el combustible es un bien jurídico exclusivo de la jurisdicción militar policial o también de cualquier ciudadano, no realizando un correcto juicio de tipicidad respecto del hecho ilícito, ya que dicha conducta vulneraba un bien jurídico institucionalmente vital para la operatividad de unidad militar a la que estaba destinada el combustible, por tanto de competencia exclusiva de la jurisdicción militar policial. Podemos concluir que esa decisión del tribunal dirimente vulneró significativamente el derecho al debido proceso del que gozaba el justiciable del caso.

Algo muy parecido se advierte en el caso de la decisión de la **Sala Penal Permanente en la contienda de competencia N°**

19-2014, Cusco. En este caso, se imputó a un efectivo policial haber extraído cajas que contenían pasta básica de cocaína y la Sala Penal Permanente dirimió la competencia a favor del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco, para que prosiga con el trámite de la causa. El Tribunal señaló que la sustracción importaba una actuación que infringía los deberes del agente como ciudadano en general y no como miembro de las fuerzas del orden, pues las expectativas normativas defraudadas conforme se señala en los hechos son propias de un delito que puede cometer cualquier ciudadano y no solo un militar o policía, pero deja de lado que la condición de efectivo policial fue la que permitió al agente llegar a la consumación del hecho delictivo, ya que sin dicha condición existían probabilidades que el acto ilícito no se hubiera cometido, quitando la competencia al fuero privativo y no dejando que la jurisdicción militar policial cumpla una de las funciones otorgadas constitucionalmente, de ejemplarizar que dentro de las instituciones militares y policiales no se vuelvan a cometer este tipo de actos.

X. CONCLUSIONES

PRIMERO. La falta de criterios respecto a cómo el operador de justicia debe identificar los fundamentos, legislativos y jurisprudenciales, para dirimir la doble competencia del Fuero Común y del Fuero Militar Policial, permite la vulneración significativa del derecho a un debido proceso de los militares y policías. Los principios como el *ne bis in idem* y la igualdad de armas no se cumplen y por el contrario la diversidad de criterios en la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, no garantizan el cumplimiento del

debido proceso durante la investigación y el juzgamiento.

SEGUNDO. Una doble competencia en el delito de función vulnera significativamente el principio del *ne bis in idem*. La intervención ordinaria no garantiza el equilibrio entre el respeto de los derechos del militar o del policía imputados y la eficacia en la persecución del delito de función militar policial.

Así mismo, afirmamos, que una judicatura ordinaria que aplica la legislación positiva en forma rigurosa e impone sanciones que algunas veces no toma en cuenta la realidad del militar o el policía, pareciera pretender que la jurisdicción militar policial no actúa con imparcialidad y al dirimir las competencias de competencia siempre se inclina a favor de la jurisdicción ordinaria, siendo que esos pronunciamientos atentan contra el debido proceso del justiciable.

TERCERO. La falta de criterios para determinar cuándo un delito de función se produce en acto de servicio y cuando con ocasión de él, vulnera especialmente el derecho al debido proceso del efectivo militar o policial. El marco normativo castrense no coadyuva al cumplimiento del deber primordial del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, al tener una legislación que pone en estado de indefección al militar o al policía inmerso en un procedimiento de investigación.

CUARTO. La tutela de bienes jurídicos múltiples, tanto en el fuero ordinario como castrense, vulnera significativamente el principio de igualdad de armas. Se presenta en algunos casos en razón de dicha tutela, que el fuero ordinario actúa con arbitrariedad, rigor de aplicación de las normas, sobre todo en el incumplimiento de los principios que componen el debido proceso.

XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, G. (2016) Derechos fundamentales- ¿Una distinción valida en el siglo XXI? México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- EDGAR, A. (2019) *La independencia de la justicia militar policial en el 2019*. Lima. PUPC.
- NEYRA, J. (2010) *Manual del Proceso Penal y Litigación Oral*. Lima. Idemsa.
- SAN MARTIN, C. (1999) *Derecho Procesal Penal*. Lima. Editorial Grijley.
- SAN MARTIN, C. (2001) *Algunos aspectos de la justicia militar. A propósito del caso peruano*. Lima. Instituto de Defensa Legal.
- SÁNCHEZ, P. (2009) *El Nuevo Proceso Penal*. Lima. Idemsa.

Ernesto Jorge Blume Rocha¹

EL PROCESO JUDICIAL A TÚPAC AMARU II: APROXIMACIONES PARA UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO – JURÍDICA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. BREVE SEMBLANZA DE TÚPAC AMARU II SEGÚN LO DESCRITO EN LA ENCICLOPEDIA “GRANDES FORJADORES DEL PERÚ”; III. DESCRIPCIÓN DE LA REVOLUCIÓN EMANCIPADORA DE TÚPAC AMARU II; IV. EL JUICIO A TÚPAC AMARU II; V. LA SENTENCIA A TUPAC AMARU II; Y VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El autor, tras formular una breve semblanza de la vida de José Gabriel Condorcanqui Noguera, más conocido como Túpac Amaru II, y describir el contexto de su revolución, nos alcanza interesantes elementos para conocer el proceso que se le siguió en el Cusco por rebelión y otros. La sentencia pronunciada por el visitador general José Antonio de Areche, el 15 de mayo de 1781, contra Túpac Amaru II, su mujer, hijos, familiares y otros, es de la mayor crueldad, pero resulta también llamativo el intento de Areche de “desvincular” a los indios de sus costumbres ancestrales.

ABSTRACT

The author, after formulating a brief sketch of the life of José Gabriel Condorcanqui Noguera, better known as Túpac Amaru II, and describing the context of his revolution, provides us with interesting elements to

1 Abogado por la Universidad de Lima.

understand the process followed in Cusco for rebellion and others. The sentence pronounced by the inspector general José Antonio de Areche, on May 15, 1781, against Túpac Amaru II, his wife, children, relatives and others, is extremely cruel, but Areche's attempt to "dissociate" to the Indians of their ancestral customs.

PALABRAS CLAVES: Túpac Amaru II, rebelión, juicio a Túpac Amaru II y sentencia.

KEYWORDS: *Túpac Amaru II, rebellion, trial of Túpac Amaru II and sentence.*

I. INTRODUCCIÓN

En el pueblo de Tinta, el 4 de noviembre de 1780, José Gabriel Condorcanqui (Túpac Amaru II) inició una rebelión armada contra el poder español en el Perú, contra los abusos de la institución del Corregimiento, la exigencia del pago de tributos excesivos, y debido a las irregularidades cometidas dentro del sistema del reparto mercantil. En este breve recuento de hechos se menciona, haciendo referencia a los autores correspondientes, la situación en la cual el visitador Juan Antonio de Areche ordenó la iniciación entonces de un corto proceso judicial, a cuyo término el líder Túpac Amaru II, su esposa Micaela Bastidas, y los principales colaboradores de la rebelión fueron sentenciados a la pena de muerte. En el caso de Túpac Amaru II a ser descuartizado.²

II. BREVE SEMBLANZA DE TÚPAC AMARU II SEGÚN LO DESCRITO EN LA ENCICLOPEDIA "GRANDES FORJADORES DEL PERÚ" DE LA EDITORIAL LEXUS, POR JUAN CASTAÑEDA MURGA, A QUIEN CITO Y CON CUYA OPINIÓN COINCIDO:

"CONDORCANQUI NOGUERA, José Gabriel (1738 - 1781)

Precursor de la independencia, conocido como Tupac Amaru II. Nació en el cacicazgo cuzqueño de Surimana, en el barrio de Arco Punco, el 19 de marzo de 1738. Hijo de la legítima unión del cacique Miguel Condorcanqui Usquiconsa con doña Rosa Noguera Valenzuela, quienes vivían en el cacicazgo recibido de sus mayores. Fue bautizado en Tungasuca por el cura Santiago López, en la iglesia parroquial de San Felipe, el primer día de mayo de 1738. Descendía por línea recta femenina del inca Tupac Amaru, hijo de Manco Inca y nieto de Huayna Cápac ejecutado por el virrey Toledo en 1572. José Gabriel era física y espiritualmente mestizo; al lado de sus recuerdos y tradiciones incaicas, refrescados por el medio y por la vecindad de los restos del pasado imperio, se hallaban sus ideas y su formación hispana, todo integrado. En octubre de 1741 quedó huérfano de madre, luego moriría su hermano mayor, quedando él como sucesor de su padre. Su educación fue encargada a dos preceptores: el cura de Yanaoca, doctor Carlos Rodríguez

2 <http://honoriodelgado.blogspot.com/2011/10/la-rebelion-de-jose-gabriel.html>

de Ávila, natural de Guayaquil, y el cura de Pampamarca, doctor Antonio López de Sosa, natural de Panamá. En 1748 su padre lo matriculó en el colegio de caciques San Francisco de Borja, regentado por jesuitas. A la muerte de su progenitor (19 de abril de 1750) quedó como heredero del cacicazgo, pero por su minoría de edad tuvieron que ejercer la tutoría del cacicazgo su tío paterno Marcos Condorcanqui y luego su tío materno José Noguera. José Gabriel estudió hasta 1758 y luego volvió a Surimana a relevar a sus tíos. El 25 de mayo de 1760 se casó con Micaela Bastidas Puyucahua, con quien al parecer lo unían lazos de parentesco. De su unión matrimonial nacieron tres hijos: Hipólito (Surimana, 1761), Mariano (Tungasuca, 1762) y Fernando (Tungasuca, 1768). Por esta época el cacique Condorcanqui se dedicó al transporte de mercaderías en gran escala comerciando con Lima, Cuzco, Potosí y Buenos Aires para lo cual contó con sus 35 recuas de mulas que transportaban azúcar, tocuyos y azogue. Debido a su trabajo tuvo en San Bartolomé de Tinta otra casa que le servía como morada y como centro operacional. Viajó constantemente, lo que le permitió conocer a fondo la situación de los otros naturales. Con el fin de que se le reconociera oficialmente como cacique y legítimo sucesor de los pueblos de Surimana, Pampamarca y Tungasuca, se presentó en octubre de 1766 ante el corregidor de Tinta don Pedro Muñoz de Arjona. Una vez reconocido su cargo, asumió como curaca titular las obligaciones de regir a sus vasallos indios, cobrarles el tributo y darle luego al corregidor, así como velar por el buen trato doctrinal, conservación y aumento de estos súbditos. En todo momento fue un celoso defensor de sus indios, protestando contra las actitudes autoritarias del corregidor o el maltrato, pero siempre fue respetuoso de los mandatos de la Corona. En abril de 1777

viajó a Lima para esclarecer su derecho a solicitar el marquesado de Oropesa, que le era disputado por Diego Felipe de Betancourt, litigio que fue elevado ante la Real Audiencia. En Lima se hace amigo de Miguel Montiel y Surco, gran admirador del sistema inglés, quien lo invitó a su casa en la calle de la Concepción. Una vez resuelto el problema ante la Real Audiencia, los oidores declaran a José Gabriel descendiente de los incas de Vilcabamba, con derecho a seguir poseyendo los cacicazgos de Surimana, Pampamarca y Tungasuca. Pero en tanto litigaba con los Betancourt también hacía trámites en favor de los naturales del corregimiento de Tinta, para exonerarlos del servicio de la mita. Ya lo había intentado sin éxito en el Cuzco y esta vez tampoco pudo lograr justicia; pero no se rindió; escribió un documento y lo elevó el 18 de diciembre de 1777, fracasando nuevamente. Desilusionado ante la injusticia virreinal decidió apresurar su regreso a Tungasuca, llegando allí hacia junio de 1778, enterándose de que el corregidor había sido cambiado; decide presentarse ante la nueva autoridad, Antonio de Arriaga, y ofrecerle sus servicios, los cuales fueron bien aceptados, entablándose una relativa amistad entre estos dos personajes. No obstante, al poco tiempo Arriaga elevaría de modo exorbitante el reparto de mercancías, ante lo cual José Gabriel tuvo que reclamar. En otra oportunidad en que no había podido recolectar los tributos, el corregidor se enfureció y le dijo que debía dejar el cacicazgo si no cobraba el tributo correspondiente. Túpac Amaru decidió rebelarse e inició el levantamiento el 4 de noviembre de 1780, después de una fiesta efectuada en celebración del natalicio de Carlos III. Tomó prisionero a Arriaga y lo condujo a Tungasuca, obligándole a firmar una carta dirigida a su cajero Mendieta, en la que le ordenaba le remitiera todos los fondos

disponibles y todas las armas alcanzables. (...) Derrotado y muerto el rebelde ganó no obstante la batalla, pues el cargo de corregidor fue suprimido y se creó la Audiencia del Cuzco, con el fin de lograr una mejor administración de justicia.”³

III. DESCRIPCIÓN DE LA REVOLUCIÓN EMANCIPADORA DE TÚPAC AMARU II

Según Charles Walker el contexto histórico del proceso seguido a Túpac Amaru II fue el siguiente, idea con la que coincido:

“En 1738 José Gabriel Condorcanqui, Tupac Amaru II, nace en Surimana. En 1744 Micaela Bastidas Puyucagua nace en Pampamarca. En 1759 – 1788 se dio el reinado de Carlos III, rey de España, impulsor de las reformas borbónicas. En 1760 Tupac Amaru y Micaela Bastidas contraen matrimonio. Entre 1760 y 1780 hay un periodo del incremento del número de revueltas en las comunidades andinas. En 1772 la alcabala aumenta del 2 al 4 por ciento. En 1774 se establece una aduana en Cochabamba, lo que provoca revueltas y descontento. Entre 1775 a 1783 se desarrolla la guerra de independencia norteamericana. En 1776 José Antonio de Areche es nombrado visitador general por la Corona española. Llega al virreinato peruano en 1777. En 1776 nuevamente se incrementa la alcabala, del 4 al 6 por ciento. En 1776 se transfiere el Alto Perú al recién creado virreinato del Río de la Plata. En 1777 se produce la primera revuelta contra la aduana de La Paz (fines de

octubre). (...) En 1779 se incluye la coca entre los productos que deben pagar la alcabala del 6 por ciento. (...) En 1780 se produce el inicio de la rebelión de Tupac Amaru con la captura (4 de noviembre) y posterior ejecución (10 de noviembre) del corregidor Antonio de Arriaga. Entre 1780 y 1781 las tropas de Tupac Amaru rodean el Cuzco, pero no lo toman (entre fines de diciembre e inicios de enero). En 1781 Túpac Amaru es capturado en Langui (7 de abril); Micaela Bastidas, sus dos hijos (Hipólito y Fernando) (...) son capturados mientras huyen en dirección a Livitaca. El 18 de mayo de 1781 Túpac Amaru, su esposa y otros miembros de su clan son ejecutados en la plaza de Armas del Cuzco; Diego Tupac Amaru asume el liderazgo de la rebelión (...)”⁴.

IV. EL JUICIO A TÚPAC AMARU II

Está comprendido por cuatro aspectos: Ruptura del orden. Los juzgamientos de los líderes de protestas bajo la jurisdicción militar. La rebelión de Túpac Amaru II. Proceso judicial a Túpac Amaru II:

El esquema fue el siguiente:

Causa contra José Gabriel Túpac Amaru

Fuente: Archivo General de Indias – Cuzco 33

Seguida contra “*el vil José Gabriel Túpac Amaru sobre la rebelión ejecutada en la provincia de Tinta y otras*”.

Cartas, recibos, inventarios, órdenes, bandos, en su mayoría de los vencidos.

3 VV.AA. “Enciclopedia Grandes Forjadores del Perú”. Colombia: Lexus Editores, 2001, pp.128 – 129.

4 WALKER, Charles. *La rebelión de Túpac Amaru*. Segunda edición revisada. Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos, 2015, pp. 17 – 18.

Con los autos del proceso seguido aparece el epistolario.

En la Colección Documental del Bicentenario de la Revolución Emancipadora de Túpac Amaru II se menciona que el proceso judicial que se le siguió tuvo dos cuadernos. Paso a citar lo mencionado por la Comisión Nacional del Bicentenario de la Rebelión Emancipadora de Túpac Amaru II, sobre una parte del primer cuaderno, cuyos actos procesales sirven para entender lo desarrollado inicialmente en dicho juicio:

Cuaderno N° 1

“Comunicación que dirige José del Valle al Visitador Areche. Abril 6, 1780; Declaración de Francisco Molina; Declaración de Francisco Cisneros; Declaración de Manuel de San Roque; Declaración de Manuel Galleguillos; Declaración de Diego Ortigoza; Declaración de José Esteban Escarcena; Declaración de Mariano Banda; Declaración de Francisco Castellanos; Declaración de Francisco Túpac Amaru; Carta escrita por José Palacios a Túpac Amaru, Aviso que transmite Jerónimo Inga Lares a Túpac Amaru. Marzo 4, 1781; Carta de Túpac Amaru a Mariano de La Barreda comunicándole sus planes. Noviembre 16, 1780; Túpac Amaru llama en forma urgente a Miguel Montiel. Noviembre 16, 1780; Canatupa da cuenta de sucesos a Túpac Amaru hablándole de provisiones. Febrero 9, 1781; José Díaz Llantaron comunica diversos hechos en carta a Túpac Amaru. Diciembre 16, 1780; Comunicación de nombramiento de nuevo Cacique en Tungasuca. Diciembre

13, 1780; Sebastián Humahuallpa comunica sus recelos a Túpac Amaru. Diciembre 13, 1780; Juan Antonio Casar envía a Túpac Amaru algunas especies. Febrero 14, 1780; Francisca Domínguez explica a Túpac Amaru la forma cómo escapó su marido. Diciembre 13, 1780; Rivadeneira da detalles a Túpac Amaru sobre el embargo de los bienes de Galarreta. Diciembre 9, 1780; Nicolás Sánchez se queja de los perjuicios que sufre por la rebelión. Diciembre 11, 1780; Santiago Ortega denuncia a sacristán que enterró diversos objetos de plata. Diciembre 10, 1780; Rafael Bonilla solicita que Diego Túpac Amaru le devuelva dos mulas; Dramático llamado que hace a Túpac Amaru uno de sus compañeros. Diciembre 16, 1780; el capellán Chávez Mendoza da cuenta a Túpac Amaru de haber cumplido órdenes. Febrero 21, 1781; Juan Pablo Huamán da consejos e informaciones sobre el Cuzco a Túpac Amaru. Diciembre 9, 1780; José Bautista habla de la siembra y avisa que sus indios están listos para la lucha. Noviembre 16, 1780; se le comunica a Túpac Amaru la remisión de diez cestos de coca. Octubre 16, 1780; Juan Ascencio Salas expresa a Túpac Amaru las calamidades que está sufriendo. Noviembre 19, 1780; Respuesta de Túpac Amaru a Salas. Enero 26, 1781; Solicitud que hace un criado para que le devuelvan su caballo. Noviembre 16, 1780; Pacheco informa a Túpac Amaru que todo está listo para cooperar con él. Noviembre 16, 1780; (...) Martín Argote advierte a Túpac Amaru sobre deficiencias en diversos lugares. Diciembre 2, 1780 (...)”⁵.

5 Colección Documental del Bicentenario de la Revolución Emancipadora de Túpac Amaru. Tomo III. Los Procesos a Túpac Amaru y sus compañeros. Volumen 1. Lima: 1981, pp. 1087 – 1088.

V. LA SENTENCIA A TÚPAC AMARU II

Paso entonces a citar textualmente algunas partes de la sentencia, expedida por el Visitador General José Antonio de Areche contra José Gabriel Túpac Amaru, el 15 de mayo de 1781 para entender el motivo que ocasionó la rebelión: “En la causa criminal que sobre mí pende y se ha seguido de oficio de la real justicia contra José Gabriel Tupa Amaro, cacique del pueblo de Tungasuca en la provincia de Tinta, por el horrendo crimen de rebelión o alzamiento general de los indios, mestizos y otras castas, pensado más ha de cinco años y ejecutado en casi todos los territorios de este virreinato y el de Buenos Aires, con la idea (en que está convencido) de querer-se coronar señor de ellos y libertador de las que llamaba miserias de estas clases de habitantes que logró seducir, a la cual dió principio con ahorcar a su corregidor don Antonio de Arriaga...”⁶.

“...reflexionando juntamente el infeliz y miserable estado en que quedan estas provincias que alteró y con dificultad subsanarán o se restablecerán en muchos años de los perjuicios causados en ellas por el referido José Gabriel Tupac Amaro, con las detestables máximas esparcidas y adoptadas en los de su nación y socios y confederados a tan horrendo fin; y mirando también a los remedios que exige de pronto la quietud de estos territorios, el castigo de los culpados, la justa subordinación a Dios, al rey y a sus ministros, **debo condenar y condeno a José Gabriel Túpac Amaro a que sea sacado a la plaza**

principal y publica de esta ciudad, arrasrado hasta el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieren a su mujer, Micaela Bastidas, sus dos hijos, Hipólito y Fernando Tupac Amaro, a su tío Francisco Tupac Amaro, a su cuñado Antonio Bastidas, y a algunos de los otros principales capitanes y auxiliares de su inicua y perversa intención o proyecto, los cuales han de morir en el propio día, y concluidas estas sentencias, se le cortará por el verdugo la lengua, y después, amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de estas se pueda atar o prender con facilidad a otras que pendan de las cinchas de cuatro caballos, para que, puesto de este modo, o de suerte que cada uno de estos tire de su lado mirando a otras cuatro esquinas o puntas de la plaza, marchen, partan o arranquen a una voz los caballos de forma que quede dividido su cuerpo en otras tantas partes, llevándose éste luego que sea hora al cerro o altura llamada de Piccho, a donde tuvo el atrevimiento de venir a intimidar, sitiar y pedir que se le rindiese esta ciudad, para que allí se quemase en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire, y en cuyo lugar se pondrá una lápida de punta que exprese sus principales delitos y muerte, para sólo memoria y escarmiento de su execrable acción (resaltado agregado por el editor). Su cabeza se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en un palo en la entrada más pública de él; uno de los

6 Ibid.; pp. 268 – 269.

brazos al de Tungasuca, en donde fue cacique, para lo mismo, y el otro para que se ponga y ejecute lo propio en la capital de la provincia de Carabaya, enviándose igualmente y para que se observe la referida demostración, una pierna al pueblo de Livitaca, en la de Chumbivilcas, y la restante al de Santa Rosa, en la de Lampaca, con testimonio y orden a los respectivos corregidores o justicias territoriales para que publiquen esta sentencia con la mayor solemnidad, por bando, luego que llegue a sus manos, y en otro igual día todos los años subsiguientes, de que darán aviso instruido a los superiores gobiernos a quienes reconozcan dichos territorios; que las casas de éste sean arrasadas o batidas y saladas a vista de todo los vecinos de pueblo o pueblos adonde les tuviese o existan; que se confisquen todos sus bienes, a cuyo fin se da la correspondiente comisión a los jueces provinciales- que todos los individuos de su familia que hasta ahora no han venido ni viniesen a poder de nuestras armas y de la justicia que suspira por ellos para castigarlos con iguales rigurosos y afrentosas penas, queden infames e inhábiles para adquirir, poseer u obtener, de cualquier modo, herencia alguna o sucesión, si en algún tiempo quisiesen o hubiese quienes pretendan derecho a ella; que se recojan los autos seguidos sobre su descendencia en la expresada real audiencia, quemándose públicamente por el veredicto en la plaza pública de Lima, para que no quede memoria de tales documentos, y de los que sólo hubiese en ellos testimonio, se reconocerán y averiguará adonde pararon los originales, dentro del término que se

asigne para la propia ejecución. Y por lo que mira a lo general de la ¡¡usa nación de los indios, se consultará a Su Majestad lo oportuno, con el fin de que si ahora o en algún tiempo quisiese alguno de éstos pretender nobleza o descendencia igual o semejante de los antiguos reyes de su gentilidad, sea con otras cosas que se le consultarán, reservado este permiso y conocimiento a su real persona, con inhibición absoluta y bajo de las más graves y rigurosas penas, a cualquier juez o tribunal que contraviniese a esto recibiendo semejantes informaciones, y que las recibidas hasta ahora sean de ningún valor ni efecto hasta que el rey las confirme, por ser esta resolución muy conforme a estorbar lo que se lee a fojas 3 4 v de estos autos, reservando del propio modo a su soberana determinación lo conveniente que es y será, atendidas las razones que van indicadas, y a que este traidor logró armarse, formar ejército y fuerza contra sus reales armas, valiéndose o seduciendo y ganando con sus falsedades a los caciques o segundos personas de ellos en las poblaciones, el que éstas, siendo de indios, no se gobiernen por tales caciques, sin que las dirijan los alcaldes electivos anuales que votan o nombren éstas, cuidando las mismas comunidades electoras y los corregidores, preferir a los que sepan la lengua castellana y a los de mejor conducta, forma y costumbres, para que traten bien y con amor a sus súbditos, dispensando cuando más y por ahora que lo sean aquellas que han manifestado justamente su inclinación, fidelidad, anhelo, respeto y obediencia por la mayor gloria, sumisión, y gratitud a nuestro gran monarca..”⁷

7 Ibid., pp. 273 – 275.

“..Al propio fin, se prohíbe que usen los indios, los trajes de su gentilidad, y especialmente los de la nobleza de ella, que sólo sirven de representarles los que usaban sus antiguos incas, recordándoles memorias que nada otra cosa influyen que el conciliarles más y más odio a la nación dominante, fuera de ser su aspecto ridículo y poco conforme a la pureza de nuestra religión, pues colocan en varias partes de el al sol, que fuera su primera deidad, extendiéndose esta resolución a todas las provincias de esta América Meridional, dejando del todo extinguidos tales trajes, tanto los que directamente representan las vestiduras de sus gentiles reyes con sus insignias, cuales son el unco que es una especie de camiseta, yacollas, que son unas mantas muy ricas de terciopelo negro o tafetán, mascapaycha, que es un círculo a manera de corona de que hacen descender cierta insignia de nobleza antigua significada en una mota o borla de lana de alpaca colorada, y cualesquiera otros de esta especie o significación, lo cual se publicará por bando en cada provincia para que deshagan o entreguen a sus corregidores cuantas vestiduras hubiese en ellas de esta clase, como igualmente todas las pinturas o retratos de sus incas, en que abundan con extremo las casas de los indios que se tienen por nobles, para sostener o jactarse de su descendencia, las cuales se borrarán indefectiblemente, como que no merecen la dignidad de estar pintados en tales sitios y a tales fines, borrándose igualmente o de modo que no quede señal, si hubiese alguno retratos de éstos en las paredes u otras partes de firme en las iglesias, monasterios, hospitales, lugares píos o casas particulares, pasándose los correspondientes oficios a los muy reverendos arzobispos y obispos de ambos virreinos por lo que hace a las primeras, substituyéndose

mejor semejantes adornos por el del rey y nuestros otros soberanos católicos en el caso de necesitarse; también celarán los mismos corregidores que no se representen, en ningún pueblo de sus respectivas provincias, comedias u otras funciones públicas de las que suelen usar los indios para memoria de sus dichos antiguos incas, y de haberlo ejecutado darán cuenta certificada a las secretarías de los respectivos gobiernos. Del propio modo se prohíben y quitan las trompetas o clarines que usan los indios en sus funciones, a las que llaman pututos, y son unos caracoles marinos de un sonido extraño y lúgubre, con que anuncian el duelo y lamentable memoria que hacen de su antigüedad, y también el que usen o traigan vestido negro en señal de luto que arrastran en algunas provincias como recuerdo de sus difuntos monarcas y del día o tiempo de la conquista, que ellos tienen por fatal y nosotros por feliz, pues se unieron al gremio de la iglesia católica y a la amabilísima y dulcísima dominación de nuestros reyes. **Con el mismo objeto se prohíbe absolutamente el que los indios se firmen incas, como que es un dictado que le toma cualquiera pero que hace infinita impresión en los de su clase, mandándose como se manda a todos los que tengan árboles genealógicos o documentos que prueben en alguna manera sus descendencias con ellos, el que los manifiesten o remitan certificados y de balde por el correo a las respectivas secretarías de ambos virreinos, para que allí se reconozcan sus solemnidades por las personas que diputen los excelentísimos señores virreyes, consultando a Su Majestad lo oportuno según sus casos, sobre cuyo cumplimiento estén los corregidores muy a la mira, solicitando o averiguando quién no lo observa, con el fin de hacérselo ejecutar, o recogerlos para**

remitirlos, dejándoles un resguardo...”⁸
(resaltado agregado por el editor).

“...Finalmente queda prohibida en obsequio de dichas cautelas, la fábrica de cañones de toda especie, bajo la pena a los fabricantes nobles de diez años de presidio en cualquiera de los de África, y siendo plebeyos, doscientos azotes y la misma pena por el propio tiempo, reservando por ahora tomar igual resolución en cuanto a la fábrica de pólvora, que seguirá luego. Y porque hay en muchas haciendas y trapiches y obrajes de estas provincias variedad de ellos de casi todos los calibres, se recogerán por los corregidores acabada íntegramente la pacificación de este alzamiento, para dar cuenta a la respectiva capitanía general con el fin de que se les dé el uso que parezca propio. Así lo proveí, mandé y firmé por esta mi sentencia definitivamente juzgando.”⁹

VI. CONCLUSIONES

1. Túpac Amaru II fue precursor y no prócer porque combatió contra la corona española y no pudo ver la independencia del Perú ni el triunfo de los patriotas.

2. La rebelión de Túpac Amaru y el proceso judicial que se derivó de dicho levantamiento fue consecuencia de las “Reformas Borbónicas” impuestas por el Rey de España Carlos III.

3. Los documentos correspondientes al proceso judicial seguido a Túpac Amaru II comprendieron cartas, recibos, inventarios, órdenes y bandos que constituyeron lo que en esa época se denominaba el epistolario.

4. La sentencia a Túpac Amaru II es muy cuestionable para la época en que se le aplicó, pero correspondió al modelo inquisitivo penal militar español de aquellos tiempos.

8 Ibid., pp. 275 – 276.

9 Ibid., p. 277.

Billy Jack López Solano¹

LA PRUEBA INDICIARIA Y SU VALORACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE VALORACIÓN PROBATORIA; III. LA PRUEBA INDICIARIA Y SU CONCEPTUALIZACIÓN; IV. ELEMENTOS DE LA PRUEBA INDICIARIA; V. CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS; VI. EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA INDICIARIA; Y VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

En el proceso penal, particularmente en el juicio oral, y dentro de él en la etapa probatoria, dos clases de pruebas pueden ser alegadas por el acusador o el defensor: las pruebas directas y las pruebas indirectas. El autor nos habla aquí de las llamadas pruebas indirectas, bajo el título de: “*LA PRUEBA INDICIARIA Y SU VALORACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO*”. Habla de la evolución del sistema de valoración probatoria, de la conceptualización de la prueba indiciaria; de cómo se clasifican los indicios; cuál es su eficacia probatoria en un proceso penal, entre otras cosas de sumo interés.

ABSTRACT

In the criminal process, particularly in the oral trial, and within it in the evidentiary stage, two kinds of evidence can be alleged by the accuser

1 Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal, con estudios de maestría en Derecho Penal en la misma universidad. Defensor Público NCPP de Lima Este.

or the defender: direct evidence and indirect evidence. The author talks to us here about the so-called indirect evidence, under the title: "INDICIARY EVIDENCE AND ITS ASSESSMENT IN THE PERUVIAN CRIMINAL PROCESS". He talks about the evolution of the evidentiary evaluation system, about the conceptualization of circumstantial evidence; of how the indications are classified; what is its probative effectiveness in criminal proceedings, among other things of great interest.

PALABRAS CLAVES: Pruebas directas, pruebas indirectas, prueba indiciaria y su eficacia probatoria.

KEYWORDS: *Direct evidence, indirect evidence, circumstantial evidence and its probative effectiveness.*

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la prueba en el proceso penal siempre ha radicado en el aporte cognitivo que se brinda al juzgador respecto a la veracidad o falsedad de una proposición fáctica. Cuando se trata de probar proposiciones fácticas, las partes tienen a su alcance la libertad probatoria que les faculta el Art. 157.1 del Código Procesal Penal (CPP),² siempre y cuando las mismas hayan sido obtenidas e incorporadas al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo³.

En ese sentido, lo que se hace en el juicio oral, es tratar de sustentar proposiciones

fácticas con la finalidad de afirmar la existencia de un hecho. Dicho sustento se efectúa a través de las pruebas directas e indirectas, las cuales se diferencian por dos aspectos muy importantes: (i) la primera está referida a la capacidad que tiene para crear convicción y, (ii) la segunda, sobre la forma de valorarla en el proceso.

La valoración de las pruebas directa e indirecta operan de distinta manera. Sobre la prueba directa no se requiere análisis inferencial para concluir el acontecimiento del hecho que se pretende probar; sin embargo, cuando se trata de la prueba indirecta, se requiere cumplir con ciertos requisitos de valoración, con la finalidad de darle la eficacia probatoria que supere la garantía constitucional de presunción de inocencia que tiene todo imputado. Es justamente ello lo que ha motivado la elaboración de este artículo, ya que consideramos que es importante que todos los operadores de justicia conozcan los aspectos fundamentales de su composición, con la finalidad de evitar errores judiciales que puedan conllevar a la impunidad o a la injusticia.

En el presente artículo haremos una breve reseña sobre la evolución de la valoración probatoria, el camino que ha transcurrido desde la libre valoración, las ordalías, la aplicación de la prueba legal o tasada y el sistema de íntima convicción, para posteriormente constituirse como el sistema de la sana crítica o el sistema de valoración racional de la prueba.

2 Art. 157.1 Código Procesal Penal: "Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley.

3 Art. VIII. Título Preliminar, Código Procesal Penal.

Es justamente este sistema el que ha sido adoptado por el Código Procesal Peruano, y sobre el cual se realiza las inferencias intelectuales que permiten construir enunciados fácticos, que, como prueba indiciaria, permitirán acreditar un hecho. Luego se abordará los aspectos más importantes de la prueba por indicio, tales como su conceptualización, elementos constitutivos, clasificación y los requisitos que deben cumplir para su eficacia probatoria.

II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE VALORACIÓN PROBATORIA

Conforme lo señala el profesor Nieva Fenoll, *“El conflicto de interés entre los seres humanos es casi tan antiguo como la humanidad misma y a razón del conflicto, siempre nace la necesidad de la búsqueda de soluciones no violentas que restablezcan la paz social entre las partes, y aunque no se tenga texto histórico de esto, es casi seguro que al inicio de los tiempos los conflictos se solucio- naban con la intervención de un tercero con alto grado de credibilidad, imparcialidad y sobre todo respetado por la comunidad”*⁴.

La decisión que emitía este tercero era necesariamente respetado y aceptado por las partes, concluyéndose la controversia

sin más que la simple invocación de dicha decisión; aunque en algunas ocasiones era necesario valerse de la posición jerárquica o autoritaria que tenía el mediador para imponer lo resuelto⁵. Conocido es el caso del Rey Salomón, quien pretendió partir a un niño por la mitad con la finalidad de resolver la disputa que tenían dos mujeres respecto a la maternidad de un niño vivo⁶.

Aunque lo más importante no es determinar quién dirimía los conflictos, sino la forma y el método que se utilizaba para hacerlo; al respecto, el profesor Jordi Nieva Fenoll, considera que *“Lo lógico es pensar que a falta de cualquier norma jurídica escrita u oral, el juzgador no tuviera otro remedio que fallar utilizando simplemente su razón personal, es decir, su leal saber y entender, atribuyendo credibilidad a quien más le convenciera a través de sus argumentos o de los medios de prueba que presentara.”*⁷ De ello se puede inferir que al principio de los tiempos la valoración de la prueba era de manera libre y espontánea, *libre valoración de la prueba*, conforme a la apreciación personal del tercero dirimente.⁸

Luego de esto surgieron las *ordalías*,⁹ también conocidas como el *juicio de Dios*, y aun cuando no es concebido como un sistema de valoración probatoria, es

4 NIEVA, Jordi. *La Valoración de la Prueba*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2010.

5 Ídem.

6 La Biblia: Reyes 3:16-28

7 NIEVA, Jordi. Op. Cit, pág. 39.

8 Ibid.

9 Ordalías, proviene de la palabra inglesa “ordeal” que significa juicio o dura prueba que debe atravesar aquella persona (el acusado) para poder demostrar su inocencia. Colaboradores de Wikipedia. Ordalía [en línea]. Wikipedia, La enciclopedia libre, 2021 [fecha de consulta: 20 de agosto de 2022]. Disponible en <<https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Ordal%C3%ADa&oldid=140151972>>.

preciso señalar que fue desarrollado como un mecanismo de resolución de conflictos, practicado, especialmente, por sociedades creyentes, que consistía en invocar e interpretar el juicio de la divinidad a través de mecanismos ritualizados o de tortura, de cuyo resultado se infería la inocencia o la culpabilidad del acusado¹⁰. Como antecedente, tenemos la prueba del agua amarga, la cual se le imponía a la mujer acusada de adulterio y consistía en probar su fidelidad a través de la ingesta de cierta porción de agua, mezclada con polvo del tabernáculo y jugos de algunas hierbas amargas. Si era adúltera, perdía el color, le giraban los ojos en la cabeza y moría en el acto, al igual que su cómplice; y, si era inocente, concebía un hijo en el plazo de un año, pariendo sin sufrimiento¹¹.

Otro mecanismo similar de solución de conflictos en la edad media fue el *juicio por combate*, donde las partes dirimientes se enfrentaban en un combate igualitario, en ausencia de testigos o confesión de parte que ayude a solucionar la discrepancia, el ganador del combate era proclamado como poseedor de la verdad¹², respecto a la controversia y absuelto de los cargos que se le imputaban si se trataba del acusado. Como

puede apreciarse, estas prácticas no fueron concebidas como un sistema de valoración de pruebas propiamente dicho, sino como un mecanismo de solución de conflictos, el cual no buscaba determinar la verdad histórica o material de los hechos, sino, brindar una solución inmediata y práctica a las discrepancias surgidas en la época. Sobre la base de situaciones propias del azar o de la propia conveniencia de una de las partes que circundaban siempre a este tipo de mecanismos.¹³

Aunque se mantuvo siempre el principio de *libre valoración de la prueba*, lo cierto es que con el tiempo las normas que regulaban la forma de cómo se debería valorar las pruebas fueron creciendo de sobre manera.¹⁴ A este sistema de valoración se le llamó *la prueba legal o sistema de valoración legal o tasada de la prueba*,¹⁵ cuya particularidad era indicar a los jueces, de manera literal, como deberían valorar las pruebas que han tenido a la vista, limitando en todo momento los argumentos que puedan expresarse, lo que piensan o sienten respecto al desahogo probatorio realizado en el juicio oral; es decir, se les indicaba, a través de las leyes, cuándo y en qué medida deberían considerar un enunciado fáctico como probado.¹⁶

10 Nieva, Jordi. Op. Cit

11 Colaboradores de Wikipedia. Prueba del agua amarga [en línea]. Wikipedia, La enciclopedia libre, 2021 [fecha de consulta: 6 de abril del 2022]. Disponible en https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Prueba_del_agua_amarga&oldid=134441617

12 Colaboradores de Wikipedia. Juicio por combate [en línea]. Wikipedia, La enciclopedia libre, 2020 [fecha de consulta: 20 de agosto del 2022]. Disponible en https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Juicio_por_combate&oldid=128554846.

13 NIEVA, Jordy, Op. Cit.

14 Ibid., pág. 52.

15 Ibid., pág. 49.

16 HERMOSILLA, Francisco *Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal, Santiago de Chile*, Editorial Librotecnia, 2006, pág. 141.

En este sistema, no se le permitirá aplicar su criterio al juez, ni mucho menos determinar qué testigo era fiable o creíble, o qué documento no debería ser valorado por ninguna circunstancia. Se descartó toda intervención discrecional del magistrado. Esto, como acción reaccionaria a las arbitrariedades cometidas por sus predecesores en la aplicación de la *libre valoración de la prueba*, el cual era aplicado sin más reflexión ni directriz que el uso cotidiano de la mente humana¹⁷.

Por ejemplo, si se pretendía admitir y valorar la declaración de un testigo, se tendría que escuchar la declaración de otros dos testigos que corroboren lo declarado por el primero y, sólo así, tendría valor esta declaración o en buena cuenta, valorar dicha declaración bajo las siguientes reglas; “*El testimonio del testigo intachable (un vasallo feudal) valía media prueba, en cambio, un testigo sospechoso (un villano) valía menos de media prueba, si en el proceso se anteponeía esos testigos, el juez concedía la razón —aplicando el sistema de prueba tasada— a la parte que ofreció como testigo al hombre intachable.*”¹⁸ Con este sistema se buscó controlar y limitar los poderes arbitrarios de los jueces, imponiéndoles un sistema en el que prevalecía el criterio de la ley y no su propia convicción, a pesar de que habían tenido la intermediación con las pruebas. Esto generaba la obligación de condenar o absolver en

base a criterios preestablecidos por la ley y no en base de criterios contruidos a través de la exposición probatoria.

El objetivo general de la actividad probatoria ha sido siempre la búsqueda de la verdad¹⁹ y el *sistema de valoración legal o tasada de la prueba* no ofrecía una adecuada solución a los conflictos sociales, generando un gran descontento por el funcionamiento de los tribunales en la aplicación excesivamente estricta y, en buena medida, absurda de las normas de prueba legal²⁰. Es por esta razón que se desarrolla el *sistema de íntima convicción*, que “*Significa la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de la sinceridad de su conciencia*”²¹; en este sistema, el juzgador tiene plena libertad de valorar las pruebas conforme a su propio entender y saber, sin estar obligado a los parámetros legales que exigía el sistema de valoración legal de la prueba.

La principal característica de este sistema es que el juzgador no estaba obligado a motivar o explicar cuáles habrían sido las causas que lo llevaron a tomar una decisión a favor de una de las partes, resultando de ello decisiones extremadamente subjetivas y ajenas al conocimiento público de las partes, ya que quedaba sólo en el saber interno del juez.²² Al no existir el deber de motivación de fallo, una vez más estábamos ante un sistema propenso a decisiones arbitrarias.²³

17 NIEVA, Jordi. Op. Cit. Pág. 65.

18 Citado por CANELO, Raúl, La Prueba en el Derecho Procesal, Lima, Editorial Grijley, 2017, pág. 267

19 NIEVA, Jordi. Op. Cid. Pág. 66.

20 Ibid., pág. 71.

21 Ibid., pág. 74.

22 Ibid.

23 TALAVERA, Pablo, La prueba en el proceso penal, Editorial y grafica EBRA Eirl, Lima 2009, pág.108.

Si, por un lado, el *sistema de íntima convicción* no satisfizo de manera concreta el fin de la actividad probatoria, sin embargo, fue un primer acercamiento a lo que hoy se conoce como el *sistema de libre convicción o sana crítica*, el cual faculta la plena libertad de convencimiento en los jueces, respecto a la exposición probatoria, siempre y cuando motive y exponga el análisis racional de las pruebas en las conclusiones a las que arriba.²⁴ Para Taruffo, este sistema cuenta con dos características principales: primero que es *justificable* y, segundo, que es *controlable*. Es justificable porque el juez tiene la oportunidad de justificar sus decisiones y explicar los motivos y las razones, tanto jurídicas como probatorias, que le llevaron a tomar una decisión judicial; y es controlable, porque cuando se plasman los argumentos en una resolución judicial, lo que se está haciendo es exponerlas al conocimiento y control de las partes, con la finalidad que estas sean evaluadas y recurridas en vía de apelación.²⁵ De la misma manera, cuando llegue a segunda instancia, los argumentos esgrimidos en la resolución apelada, serán materia de análisis por los jueces revisores, quienes determinarán si ésta decisión cumple con las garantías sustanciales y procesales que la ley exige.²⁶

En el sistema de sana crítica o de valoración racional de la prueba, vemos al juez

como un ser racional que tiene que llegar a una decisión sin interferencias de factores emocionales o subjetivos y obligado a motivar sus decisiones, siempre bajo las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.²⁷ Esta postura ha sido tomada en cuenta por el artículo 158° del CPP, cuando sostiene: “*que en la valoración el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia*”; de la misma manera, el artículo 393.2 del mismo código, señala que el “*Juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente respetando siempre las reglas de la sana crítica conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos*”.

III. LA PRUEBA INDICIARIA Y SU CONCEPTUALIZACIÓN

En términos generales lo que hacemos en un proceso penal es tratar de construir enunciados o afirmaciones fácticas relacionadas a hechos del mundo real que tengan alguna relevancia jurídica;²⁸ en ese sentido, la prueba es el único medio idóneo que permitirá no sólo sustentar dichas afirmaciones, sino, también, tomar una posición respecto a la imputación penal. La parte acusadora intentará construir proposiciones fácticas a fin de determinar si se encuentra ante un hecho con características

24 Ibid.

25 TARUFFO, Michele. *Verdad y Prueba Motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

26 Ibid.

27 TARUFFO, Michele. Op. Cit.

28 TALAVERA, Pablo. *La prueba en el proceso penal*, Editorial y grafica EBRA Eirl, Lima 2009, Pág.41.

de delito, mientras que el abogado defensor lo hará con la finalidad de generar la mejor estrategia de defensa para su patrocinado, ya que no sería saludable llevarlo al juicio oral, cuando lo más conveniente sería buscar una salida alternativa del proceso, conforme al derecho penal premial.

Para el proceso penal, la prueba puede estar constituida por pruebas directas o pruebas indirectas.²⁹ Las pruebas directas son aquellas que brindan al juez la existencia de un hecho de manera directa e instantánea que no requiera ningún tipo de raciocinio o inferencia lógica para determinar de manera fehaciente la existencia del hecho postulado;³⁰ mientras que la prueba indirecta o prueba indiciaria es aquella inferencia lógica que permite construir afirmaciones fácticas sobre la base de indicios probados, que permitirán acreditar cada uno de los elementos del tipo penal imputado y el grado de participación del acusado.³¹ En consecuencia, la prueba indiciaria no es un auténtico medio de prueba, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen.³²

Aunque existan dos tipos de prueba, lo cierto es que en el proceso penal la prueba es mayoritariamente indiciaria y esto por las características propias del delito, ya que por ser un hecho clandestino y pocas veces

evidente, no siempre se cuenta con prueba directa que permita acreditar el suceso criminal, por lo que es necesario recurrir a la prueba indiciaria, con la finalidad de construir hechos que conlleven a acreditar la responsabilidad penal del acusado y evitar la impunidad delictiva.

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional cuando señaló *“Que los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son acreditados mediante los elementos probatorios directos; para lograr ese cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente servirán para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos; en consecuencia, a través de la prueba indirecta, se acredita un hecho inicial que permitirá, a través de la inferencia lógica, llegar a un hecho final mediante la relación de causalidad”*³³.

IV. ELEMENTOS DE LA PRUEBA INDICIARIA

En términos generales la prueba indiciaria está constituida por tres elementos fundamentales: a) indicio o hecho base, b) inferencia o ejercicio intelectual para llegar a una conclusión lógica, y, c) hecho presu- mido o hecho final.

IV. 1. Indicio o hecho base

El indicio viene a ser la base fundamental de la prueba indiciaria, ya que permitirá

29 Ibid., p. 24.

30 JAUCHEN M. E., *Tratado de la prueba en materia penal*, Editorial Rubinzal Culzoni, Pág. 13 y 26.

31 Cfr. NEYRA, José. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*, Editorial Moreno S.A, Lima 2010, pág. 689.

32 SAN MARTIN, Cesar. *Derecho procesal penal lecciones*, Editorial Inpeccp – Cenales, Pág. 600.

33 Exp. N° 728-2008-PHC/TC, Fundamento 24.

inferir un hecho con relevancia penal, sobre la base de una afirmación plenamente acreditada; al respecto, el profesor César San Martín Castro señala “que los indicios son los hechos que tienen la virtualidad para acreditar otro hecho con el que están relacionados”³⁴ y que permiten establecer elementos de contacto entre hechos desconocidos y aquellos conocidos³⁵. Siempre y cuando tengan la característica de ser un dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir a otro dato aun por construir y vinculados con el *thema probandum*.³⁶ Como puede verse, es indispensable que el indicio invocado como base de la inferencia probatoria esté plenamente acreditado, y aunque no tenga relación directa con el hecho criminal, permitirá construir afirmaciones con relevancia penal. Cabe precisar que las sospechas, presunciones y rumores, están lejos de constituir un indicio, toda vez que carecen de probanza y credibilidad. Y sobre datos inexactos y sin sustento probatorio no se puede construir ni inferir nada.

IV.2. Inferencia o ejercicio intelectual para llegar a una conclusión lógica

La inferencia es el trabajo intelectual que deberá realizar el juzgador con la finalidad de construir afirmaciones fácticas

con características de delito. Pablo Talavera señala que: “La inferencia consiste en la deducción que se hace, basada en las reglas de la experiencia o en el conocimiento de determinadas cuestiones técnicas o científicas del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia.”³⁷ Como es de verse, la construcción de un hecho desconocido tiene que realizarse sobre la base de la racionalidad y la correcta interpretación de los indicios, siempre bajo las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.³⁸

Inferir bajo las reglas de la lógica implica efectuar un razonamiento mental bajo las leyes de la naturaleza y del saber. En la argumentación lógica no sería posible negar y afirmar a la vez la existencia del mismo hecho, ya que, entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra es falsa, esto por el sentido lógico de que el mismo hecho no puede ser dos cosas a la vez.³⁹ Un ejemplo de argumentación deductiva sería “*Todos los planetas conocidos son redondos, la tierra es un planeta, de modo que podemos inferir que la tierra seguramente es redonda.*”⁴⁰

Las máximas de experiencia están relacionadas directamente con las vivencias propias de quien juzga un hecho, ya que, gracias a las circunstancias propias de su entorno, podrá determinar la veracidad de

34 SAN MARTIN Cesar, *Derecho procesal penal lecciones*, Editorial Inpeccp – Ceneles, Pág. 601.

35 Ibid., pág. 599.

36 TALAVERA, Pablo. Op. Cit., pág. 138

37 Ibid., pág. 140.

38 Véase inc. 3, Art. 158°, Código Procesal Penal.

39 TALAVERA, Pablo, *La prueba en el proceso penal*, Editorial y grafica EBRA Eirl, Lima 2009, Pág.110.

40 <<https://concepto.de/inferencia/#ixzz7fdKihxSI>>

una afirmación fáctica. Al respecto, Rosas Yataco señala: “*Son premisas o definiciones autónomas obtenidas de la observación y experiencia social, lo que permite aplicar sus conclusiones en casos similares con presupuestos fácticos compartidos.*”⁴¹ Por lo que, al momento de valorar un hecho, el Juez partirá de las experiencias obtenidas de su entorno y las circunstancias particulares del caso, ya que no es lo mismo juzgar a una persona que reside en la ciudad de Lima, que juzgar a otra que reside en una comunidad campesina de la sierra peruana, dado que las vivencias y formación académica y cultural del agente son totalmente diferentes, más aun, en un país tan diverso como el nuestro.

La valoración probatoria bajo las reglas de la ciencia implica el uso del conocimiento científico al momento de dar por acreditada una afirmación fáctica, para lo cual, el juez sólo empleará aquellos conocimientos científicos cuya aceptabilidad resulte segura.⁴² Es decir, el conocimiento científico a utilizarse debe ser aceptado y comprobado por toda la comunidad científica, guardando las técnicas y formalidades de una investigación seria y realizada por personal calificado.⁴³ Conforme a los criterios establecidos por la Corte Suprema norteamericana en el caso *Daubert vs. Merrel Dow Pahraceuticals*

Incorporated 1993; para admitir o excluir la prueba científica, se debe tomar en cuenta lo siguiente: **a)** controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en que se fundamenta la prueba, que significa que la teoría haya sido probada en forma empírica; **b)** porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada; **c)** publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su revisión y control; **d)** existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada; y **e)** presencia y mantenimiento de estándares y controles relativos a la concreta técnica o teoría.⁴⁴

Por otro lado, vemos como muchos jueces no fundamentan el valor probatorio de la prueba científica, amparados en la rigurosidad y credibilidad de sus resultados, cumpliendo tan sólo con mencionarlos; sin embargo, a pesar de que la validez científica del medio de prueba dota al juez de un alto grado de certeza y credibilidad sobre el hecho expuesto,⁴⁵ el juez debe realizar un esfuerzo para fundamentar racionalmente su decisión. No basta con alegar la existencia de la prueba científica, sino que debe indicarse en qué dirección afecta u orienta la línea de decisión.⁴⁶

41 ROSAS, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*, Perú, Ediciones legales E.I.R.L., 2016, pág. 71.

42 *Ibid.*, Pág.114.

43 Cfr. SAN MARTIN Cesar, Editorial Inpeccp – Cenaus, Pág. 544

44 *Idem.*

45 *Idem.*

46 *Idem.*

IV. 3. Hecho presumido o hecho final

El hecho presumido o hecho indicado es el resultado de la inferencia realizada sobre la base de los indicios. Surge como consecuencia del hecho conocido o indicador.⁴⁷ Viene a ser la proposición fáctica desconocida, la misma que fue planteada y construida por una de las partes al momento de alegar sus proposiciones partiendo del indicio conocido y acreditado, lo cual, evidentemente, tiene connotación criminal y debe estar relacionado directamente con los elementos del tipo, la participación delictiva y la pretensión indemnizatoria.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS

En la doctrina nacional e internacional existe mucha información respecto a la clasificación y conceptualización de los indicios; sin embargo, aun cuando sea basta y compleja dicha información, lo cierto es que será el juez quien, conforme a la sana crítica, construya a través de la inferencia, la conceptualización de cada uno de los indicios que se expusieron en el juicio oral, con la finalidad de tomar una postura respecto a la pretensión alegada por las partes.⁴⁸ Al respecto, la conceptualización más clara y sencilla la efectúa el maestro Talavera Elguera⁴⁹ de la siguiente manera:

V.1. De acuerdo con la incidencia que tenga en el hecho indicado.

V.1.1. Indicio necesario

En la práctica penal, son pocos los casos en que se condena con el sustento probatorio de un solo indicio; sin embargo, aunque parezca poco usual, si el indicio conduce de manera irremediable a una determinada consecuencia,⁵⁰ el juez bajo las reglas de la sana crítica está facultado a dar por cierto el hecho postulado, en razón a la fuerza acreditativa del hecho probado. Siendo ésta la principal característica del indicio necesario.

V.1.2. Indicio contingente

Es el indicio que conduce a varios hechos,⁵¹ es decir la inferencia deductiva del hecho probado lleva la deducción de varias hipótesis. Clasificándose en indicio contingente grave y leve, en razón al grado de probabilidad que existe en determinar la causalidad entre el hecho indicador y el hecho indicado.⁵²

V.2. Según su relación en el tiempo con el hecho indicador.

V.2.1. Indicio antecedente

Son indicios anteriores a la comisión del delito, y que están relacionados con los

47 TALAVERA, Pablo. Op. Cit., pág. 140

48 Cfr. SAN MARTIN, Cesar. Op. Cit. Pág. 604.

49 TALAVERA, Pablo, Op. Cit. Pág.141.

50 Idem.

51 Idem.

52 Idem.

actos preparatorios para cometer el hecho criminal. Al respecto, Talavera Elguera señala que estos indicios están relacionados, “Con la capacidad para delinquir, tenencia de instrumentos materiales relacionadas al delito, amenazas previas, enemistades o el interés de desaparecer a una persona.”⁵³ Para mayor explicación, señalemos lo resuelto por la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad N° 593-2018-Lima:

“(…) Este indicio fue extraído de las testimoniales de Lizeth Milagros López de la Cruz, María Pascuala de la Cruz Camacho y Yesi Yanet Morales Celis (hermana, madre y conviviente del agraviado); las dos primeras, incluso, familiares directos del encausado (prima y tía). Estas testigos dan cuenta del problema suscitado entre los sujetos procesales, cuando la víctima, luego de trabajar para el procesado en su puesto de venta de videos, decidió abrir su propio negocio. Días anteriores, el sentenciado Hegel de la Cruz le dijo al agraviado que no iniciara un negocio con el mismo rubro y, ante la negativa de la víctima, se molestó. Dos semanas después de que el afectado abriera su propio local, frente a la tienda del procesado, ocurrió el hecho imputado (véanse a fojas veintiséis, treinta y treinta y tres). A esto se sumó la discusión que mantuvieron el imputado y el agraviado el día del evento delictivo por una deuda devenida de la época en que trabajaron juntos. Previo a los

hechos, el agraviado le cobró al imputado; sin embargo, ante la falta de dinero de este último, Hugo Moisés de la Cruz Malca (primo del acusado y del agraviado) ofreció sacar una refrigeradora para el agraviado, vía crédito, en calidad de compensación. El artefacto debía ser pagado por el procesado en cuotas. No obstante, este incumplió el pago de las letras, por lo que la víctima le reclamó y este le dijo “que deje de molestarlo, si no se arrepentiría” (véanse las testimoniales de Hugo Moisés de la Cruz, a foja sesenta, y de Lizeth Milagros López de la Cruz, hermana del agraviado y prima del procesado, rendida en juicio oral, a foja mil ochocientos veinticuatro).”⁵⁴

V.2.2. Indicio concomitante

Talavera Elguera señala: “Son indicios que resultan de la ejecución del delito y se presentan simultáneamente con el mismo; a este grupo pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito.”⁵⁵ El primer grupo busca explicar la presencia del imputado en el lugar de los hechos, (v.gr.: hallazgo de huellas dactilares en el lugar de los hechos, haber sido la última persona vista en compañía de la víctima, etc.); mientras los del segundo grupo, tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos, tales como (v.gr.: manchas de sangre en los objetos sustraídos o que sirvieron para cometer el delito, objeto de propiedad del imputado

53 Ídem.

54 Véase R.N. N° 593-2018-Lima, del 10 de mayo de 2018. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, considerando sexto.

55 TALAVERA, Pablo, Op. Cit.

dejados en el lugar de los hechos).⁵⁶ El Recurso de Nulidad N° 2257-2015-Apurimac, desarrolla esta característica de la siguiente manera:

“(...) este tipo de indicio está referido a que se debe tener certeza de la presencia física del inculpado en el lugar y momento de la comisión del delito. El procesado Cárdenas Barazorda, tanto a nivel preliminar -véase folios veintiocho- sumarial -ver folios ciento sesenta, y ciento ochenta y cuatro- así como en el juicio oral -ver folios mil uno-, ha reconocido haber sido intervenido en compañía de sus coprocesados [Gonzáles Cárdenas y Rivas Vargas] en el vehículo donde se encontraron los dos equipajes [dos bolsas tipo maletín] en cuyo interior se halló droga [pasta básica de cocaína], lo cual se condice con el Atestado Policial N°01-13-DIRTEPOL-APU-DIVICAJPF/DEPANDRO-Ab -ver folios uno-; toda vez que en dicho documento se detalló que: siendo las 11:30 horas del 24 de abril de 2013, personal de la DEPANDRO PNP de Abancay y la Fiscal Adjunta encargada de la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas de Apurímac, realizaban un operativo de interdicción al Tráfico Ilícito de Drogas en el frontis de la comisaría de Bellavista de la ciudad de Abancay y en estas circunstancias, se intervino al vehículo de placa de rodaje A8Q-963, perteneciente a la empresa de transporte “Apusuyo”, que provenía de Andahuaylas con dirección hacia Abancay y al procederse al registro respectivo, se advirtió que era

conducido por Alfredo Pahuara Alarcón y en la parte posterior, debajo de los dos últimos asientos, se hallaba una bolsa (tipo maletín) en cuyo interior se encontró nueve paquetes rectangulares, tipo ladrillo, precitados con cinta de embalaje que contenían al parecer alcaloide de cocaína. Asimismo, debajo de los asientos nueve y diez, se detectó una bolsa de en cuyo interior se encontró nueve paquetes rectangulares, tipo ladrillo, precintados con cinta de embalaje de color amarillo contenían al parecer alcaloide de cocaína (...). Acto seguido se procedió a efectuar indagaciones preliminares con los ocupantes del vehículo intervenido observándose que el pasajero Edgar Gonzales Cárdenas reconoció ser el propietario de los equipajes incautados, así como se advirtió la actitud sospechosa y de nerviosismo de los pasajeros Emiliano Cárdenas Barazorda y Dora Rivas Vargas, por lo que todos los mencionados fueron intervenidos para los fines de la investigación. En este sentido, es razonable sostener que la presencia de dicho encausado en el interior del vehículo no se debía a una mera casualidad o porque éste se dirigía a Jerónimo-Andahuaylas con el propósito de solicitar su certificado de trabajo de la empresa Apusuyo [tesis de defensa del acusador a nivel preliminar y sumarial], sino. fue coordinada con los sentenciados Gonzáles Cárdenas y Rivas Vargas para transportar la droga hallada en el interior del vehículo intervenido. Esta coordinación se corrobora por el hecho del nivel de confianza y cercanía entre todos los

56 Ibid. Pág. 142.

acusados; puesto que Gonzáles Cárdenas y Rivas Vargas, mantenían una relación sentimental; y, Gonzáles Cárdenas era sobrino del encausado Cárdenas Barazorda.⁵⁷

“(...) surge al momento de la ejecución del delito y que permite inferir las circunstancias en las que se habría cometido el delito y las personas que habrían participado..., en el caso de autos, se aprecia esta clase de indicio, por cuanto el acusado Cárdenas Barazorda colocó en el vehículo público, de placa de rodaje A8Q-963, una de las bolsas donde se encontró nueve paquetes rectangulares, tipo ladrillo, forrados con cinta de embalaje de color amarillo, conteniendo cada uno pasta básica de cocaína (según se advierte del acta registro vehicular —véase folios cuarenta— y el acta de orientación, descarte, pesaje, lacrado y embalaje de alcaolide de cocaína —ver folios cuarenta y tres—. Este hecho, ha sido probado con la declaración del testigo Alfredo Pahuara Alarcón, quien tanto a nivel preliminar —ver folios treinta y cuatro— y en presencia del representante del Ministerio Público [lo que legitima y dota de validez a la declaración, conforme lo estipula el artículo 62º del Código de Procedimientos Penales], así como jurisdiccional —véase folios trescientos setenta y uno—, ha señalado en forma reiterada y coherente que a petición del

procesado Edgar Gonzales Cárdenas detuvo su unidad vehicular cerca de un grifo a las afueras de la ciudad de Andahuaylas, lugar en el que subieron los coacusados, Dora Rivas Vargas y Emiliano Gonzales Barazorda; siendo éste último quien subió con una bolsa a cuadros —según se advierte del acta de registro vehicular, en dicha bolsa se encontró pasta básica de cocaína —ver folios cuarenta—, y la guardó en la parte trasera del vehículo”⁵⁸.

V.2.3. Indicio subsiguiente

Talavera Elguera señala que “Son aquellos indicios que se presentan con posterioridad a la comisión del delito (...); pueden ser de acciones o palabras, manifestaciones vertidas posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin ningún motivo aparente, alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, preparación de pruebas falsas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos.”⁵⁹ Al respecto el Recurso de Nulidad N° 1787-1998-Lima, contiene lo siguiente:

“(...) indicio de mala justificación: pues sin motivo alguno hace abandono de su centro de trabajo, no obstante aducir que nada tuvo que ver en el evento criminoso; y d) Indicio de actitud sospechosa: pues luego de producidos los hechos, el acusado no comunica ello ni a la Delegación Policial más cercana al

57 Véase R.N. N° 2257-2015-Apurimac, del 23 de febrero de 2017. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, Considerando sétimo, párrafo B.

58 Véase R.N. N° 2257-2015-Apurimac, del 23 de febrero de 2017. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, Considerando sétimo, párrafo C.

59 TALAVERA, Pablo, Op. Cit., pág. 142.

lugar donde se produjeron los mismos y menos a la central de la compañía [...] [de transporte de caudales], muy por el contrario decide marcharse a la ciudad de Trujillo e inclusive cambia de identidad valiéndose de documentos falsificados [...]»⁶⁰.

En el mismo sentido el R.N. N° 593-2018-Lima, de 10 de mayo de 2018, dice lo siguiente:

“...Existen comportamientos del sujeto, anteriores o posteriores al hecho, que por su especial particularidad permiten inferir que tiene relación con el delito cometido. Se trata del indicio de actitud sospechosa, que en el presente caso se materializó con la contratación de una tercera persona para que vigile el estado médico y averigüe la habitación que el agraviado ocupaba en el Hospital Nacional Hipólito Unanue. Es un hecho no controvertido que el cinco de abril de dos mil siete un vigilante del citado nosocomio interceptó al procesado Neptalí Irene Zapata Sánchez a pedido del agraviado, quien denunció que lo había visto en dos oportunidades previas pasar por su habitación mientras lo vigilaba desde el pasillo del

hospital. Cuando el vigilante le pidió una explicación al encausado Neptalí Zapata por su presencia en el lugar de los hechos, este le indicó que era un investigador privado y había sido encomendado por el señor Pinto, dueño de la empresa Alfa Centauro, para que indagara si el agraviado estaba en el Hospital Nacional Hipólito Unanue, la fecha en la que saldría de alta y, de ser posible, le tome una fotografía (véanse la primera manifestación del encausado y la rendida en juicio oral, a fojas cincuenta y uno, y mil ochocientos trece, respectivamente”⁶¹.

VI. EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA INDICIARIA

Para que se pueda enervar la presunción de inocencia de un acusado y dar por ciertas las afirmaciones facticias que lo relacionan con el hecho delictivo, es necesario que la prueba indiciaria o prueba indirecta cumpla con ciertos requisitos que están relacionados directamente con el indicio y la deducción o inferencia que se haga para construir los hechos que se pretende afirmar.⁶² Ambos requisitos, están contenidos en el artículo 158°.3 del Código Procesal Penal vigente.⁶³

60 Véase R.N. N° 1989-1998-Lima, 02 de julio 1998. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, considerando séptimo, párrafo C.

61 Véase R.N. N° 593-2018-Lima, del 10 de mayo de 2018. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, considerando octavo.

62 TALAVERA, Pablo, Op. Cit., pág. 144

63 Art. 158°.3 la prueba por indicio requiere:

Que el indicio esté probado.

Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presente contradicción consistente.

Respecto a la deducción o inferencia que se haga sobre la base de los indicios, hemos señalado que estos se realizan bajo las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia como parte del **sistema de libre convicción o sana crítica**; sin embargo, respecto a la eficacia probatoria del indicio es preciso señalar que esto nace desde la confiabilidad misma del indicio; es decir, el indicio o hecho base debe estar debidamente probado y acreditado como un hecho objetivo e histórico. No es posible admitir inferencias sobre la base de hechos improbables, conjeturas o meras sospechas, pues, únicamente aquellos hechos indicantes, plenamente establecidos y probados pueden ser objeto de valoración,⁶⁴ por la fuerza acredita que conlleva su análisis.

Aun cuando se exija que la inferencia hipotética que se realice sea sobre la base de la pluralidad de indicios, lo cierto es que sí es posible arribar a una conclusión sobre la base de un sólo indicio, siempre y cuando este indicio tenga una singular fuerza acreditativa⁶⁵ y una correlación causal evidente entre indicio y hecho indicado; esto

en razón a las características propias del indicio.

No todos los indicios tienen el mismo valor probatorio, ya que algunos tendrán mayor relación con el hecho a probar que otros. A estos indicios se les clasifica como indicios débiles y fuertes: los débiles siempre irán acompañados de los fuertes y sólo tienen fuerza acreditativa cuando su análisis no conlleve a una hipótesis alterna a la que se viene planteando,⁶⁶ además de ser concomitantes; es decir, que cuando se trate de indicios plurales, estos tienen que fortalecerse mutuamente sobre las circunstancias del hecho que se pretende probar. Implica que los indicios se entrelazan, se corroboran o confirman recíprocamente,⁶⁷ con la finalidad de acreditar la hipótesis planteada. Por último, los indicios deben converger en el mismo sentido, como las aguas del río que se conducen por el mismo cauce, direccionarse en el mismo sentido y llegar a la misma conclusión hipotética. La prueba indiciaria no admite conclusiones alternas sobre la base de los mismos hechos.

64 Bazán, Víctor. Presupuestos materiales de la prueba indiciaria necesarios para enervar la presunción de inocencia. <https://lpderecho.pe/presupuestos-materiales-prueba-indiciaria-enervar-presuncion-inocencia-comentarios-r-n-1912-2005-piura>.

65 Ver R.N N° 1912-2005-Piura, del 6 de setiembre de 2005, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, considerando 4.

66 TALAVERA, Pablo, Op. Cit., pág. 144

67 Ibid., pág. 142.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAZÁN CARRANZA, Víctor. (2018). *Presupuestos materiales de la prueba indiciaria necesarios para enervar la presunción de inocencia*. Lima Ipderecho. <<https://lpderecho.pe/presupuestos-materiales-prueba-indiciaria-enervar-presuncion-inocencia-comentarios-r-n-1912-2005-piura>>.
- CANELO RABANAL, R. (2017). *La prueba en el derecho procesal*. Primera edición, Lima: Editorial Grijley E.I.R.L
- NEYRA FLORES, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Idemsa.
- NIEVA FENOL, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Paredes Infanzón, J. (2014). *Jurisprudencia penal vinculante*. Segunda edición, Lima: Gafsol.
- ROSAS YATACO, J. (2016). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L
- ROSAS CASTAÑEDA, J. (2015). *La prueba en los delitos de lavado de activos*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2015). *Derecho procesal penal lecciones*. Primera edición. Lima: Fondo editorial INPECCP.
- TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La Prueba en el Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial y Gráfica EBRA E.I.R.L.
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, M. (2013). *Verdad y Prueba Motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación.
- VILLEGAS PAIVA, E. (2019). *El proceso penal acusatorio problemas y soluciones*. Primera edición, Lima: Gaceta Jurídica.
- VILLEGAS PAIVA, E. (2019). *La prueba por indicio y su debida motivación en el proceso penal*. Primera edición, Lima: Gaceta Jurídica.

Vanessa Pizarro Vilcapoma¹ y José Castro Egoavil²

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*“Equal justice under the law”*³
Se lee en la entrada principal de
la sede de la *U.S. Supreme Court*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. SISTEMA JUDICIAL NORTEAMERICANO; III. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; IV. EL PARADIGMÁTICO CASO *MARBURY VS. MADISON*; V. CONCLUSIONES; Y VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Los autores explican la organización judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, tanto el sistema estadual como federal, y el papel de la Suprema Corte en esa nación. Analizan el famoso “*Caso Marbury Vs. Madison*” y las consecuencias de la sentencia sobre la potestad que tienen los jueces de preferir la Constitución sobre las leyes, lo que se llama “*control difuso de constitucionalidad*”, entre otros aspectos.

1 Abogada, oficial del Ejército.

2 Abogado.

3 Justicia igualitaria al amparo de la ley (traducción libre)

ABSTRACT

The authors explain the judicial organization of the United States of America, both the state and federal systems, and the role of the Supreme Court in that nation. They analyze the famous “Marbury Vs. Madison Case” and the consequences of the sentence on the power that judges have to prefer the Constitution over the laws, which is called “diffuse control of constitutionality”, among other aspects.

PALABRAS CLAVE: Sistema judicial norteamericano, Corte Suprema de los EEUU de NA, Caso Marbury Vs, Mádison, control difuso de constitucionalidad y control concentrado de constitucionalidad.

KEYWORDS: *North American judicial system, Supreme Court of the USA of NA, Case Marbury Vs, Madison, diffuse control of constitutionality and concentrated control of constitutionality.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde la creación de su antecesor constitucional, el Tribunal de Garantías Constitucionales,⁴ hasta el actual Tribunal Constitucional⁵, esta entidad se constituye en el máximo órgano de control de la constitucionalidad en nuestro país, encargado de promover y tutelar la vigencia efectiva del Estado Constitucional de Derecho y la defensa de los derechos constitucionales, permitiendo que éstos se conviertan en realidades auténticamente gozadas por el

individuo y por la población, como derechos individuales y colectivos, respectivamente, coadyuvando de esta manera al fortalecimiento de la legalidad constitucional y del ordenamiento jurídico del país.

Si bien resulta importante conocer las prerrogativas del indicado Tribunal Constitucional, podemos afirmar que el mundo globalizado y las nuevas tecnologías, que nos acercan a otras realidades, obligan a los abogados a conocer cuáles son los alcances, en materia constitucional, de los Tribunales de otros países.

En este sentido, hemos creído por conveniente investigar sobre la Suprema Corte de los Estados Unidos de América y sus atribuciones para resolver controversias de carácter constitucional, tema que nos parece importante.

Para cumplir con ese propósito, inicialmente nos detendremos a explicar cómo funciona el sistema judicial norteamericano y cuál es la posición que ocupa dicho alto Tribunal de Garantías Constitucionales.

Luego, explicaremos las prerrogativas constitucionales, su composición, el sistema de elección de sus magistrados; y, otros datos que consideramos útiles para el propósito de este trabajo.

Finalmente, bosquejaremos los criterios que han permitido que, a lo largo del desarrollo de su jurisprudencia jurisdiccional y constitucional, dicha Suprema Corte se haya moldeado a sí misma como Tribunal

4 Constitución Política del Perú, 1979

5 Constitución Política del Perú, 1993

Constitucional, lo que analizaremos, particularmente, a través del precedente más resaltante de su amplia jurisprudencia en materia constitucional: el “*Caso Marbury Vs. Madison*”, que ha pasado a la historia como el punto de génesis del control de constitucionalidad difuso, esperando contribuir a profundizar el tema.

II. SISTEMA JUDICIAL NORTEAMERICANO

“(...) no se dé ninguna nación del planeta que haya organizado hasta ahora un poder judicial en la manera en que lo han hecho los Estados Unidos.

Ningún pueblo ha constituido jamás un poder judicial tan imponente”, dijo hace casi dos siglos Alexis de Tocqueville⁶

La primera impresión que se recibe cuando se pretende revisar la organización judicial constitucional del país del norte, es que es “muy compleja”, teniendo en consideración que su Poder Judicial no constituye una unidad orgánica, como sucede en nuestro país.

La explicación que se esboza por los conocedores de la materia es que, según lo establecido en su Constitución, políticamente coexisten los gobiernos estatales al lado del gobierno federal, división esta que se refleja en su estructura judicial, que también se caracteriza por albergar dos jurisdicciones paralelas, la federal y la estadual.

Para comprender este “complejo” sistema, debemos indicar que los Estados

Unidos de Norteamérica se configura como una organización federal compuesta de 50 Estados con sus correspondientes constituciones, legislaciones, órganos ejecutivos, judiciales, etc.; y, un Distrito Federal.

Sobre ellos, debe entenderse, que, como consecuencia, emerge un Gobierno Federal que eleva a 51 el número de los sistemas judiciales vigentes, a los cuales hay que incorporar el sistema del Estado Libre Asociado de Puerto Rico; e, incluso, para algunos, el sistema peculiar que poseen los restantes territorios norteamericanos, llamados no incorporados a la federación, pero con rango de Estado, como son las Islas Vírgenes o las Islas Guam.

Esta estructura organizacional es el resultado del legado inglés, con ocasión del período colonial, pasando por una serie de cambios coyunturales iniciados a partir de su independencia en 1776 y el proceso de expansión territorial que le sobrevino, la Guerra de Secesión y el progresivo avance industrial que caracterizó su desarrollo como nación.

Para algunos, esta compleja estructura organizativa genera retraso y dilatación en la administración de justicia, así como confusión entre los ciudadanos, a la par de elevados costos resultantes de este complicado sistema de tribunales con jurisdicción superpuesta.

La estructura de los sistemas judiciales estatales, al igual que el federal, tiene forma piramidal; ambos sistemas tienen cierta semejanza, aunque con diferencias en cuanto

6 De la democracia en América. - Volumen I, 1835.

a su organización y competencia judicial. En muchos de los Estados de la unión, su propia Constitución prevé un completo sistema de tribunales, mientras que, en otros, esa norma estatal sólo autoriza al Poder Legislativo a establecer dicha estructura.

Respetando los criterios antes señalados, a continuación, intentaremos describir los elementos más resaltantes de los sistemas de Tribunales Estatales y Federales.

II.1. Organización Judicial Estatal

Las Cortes Estatales tienen competencia general para el conocimiento de los asuntos de Derecho Privado, excepto en aquellos casos en que el conocimiento es exclusivo de las Cortes Federales.

a) *Trial Courts*⁷

Los Tribunales de primera instancia, forman la base de la pirámide judicial. En la mayoría de los Estados se encuentran divididos en: los “*Trial courts*” y los *Trial Courts of Original and General Jurisdiction*”.

Los *Trial Courts*, también conocidos como Tribunales de “*competencia limitada o especiales*”, normalmente juzgan asuntos específicos, como son los casos de familia, testamentos y sucesiones. Asimismo, en algunos Estados son

competentes según la cuantía de lo demandado como las *Small Claim Courts*⁸, para casos civiles cuyos montos no excedan los 5,000 dólares americanos.

Los *Trial Courts of Original and General Jurisdiction*, cuentan con competencia para conocer asuntos civiles y penales por su mayor jerarquía.

Por lo general, los Tribunales de primera instancia son unipersonales, no obstante, en algunos Estados, pueden estar integrados por varios jueces.

b) *Corte de Apelaciones*

Es el Tribunal Supremo Estatal, ocupa el más alto lugar entre los diversos Tribunales de cada Estado. Se constituye en las *Courts of Last Resort*⁹ o *Courts of Ultimate Review*¹⁰.

Su función primordial es conocer de los recursos interpuestos contra las sentencias judiciales dictadas por los jueces de primera instancia o por los “*Tribunales de Apelación Intermedia*”, cuando así esté establecido por la ley del Estado.

Estos Tribunales Supremos están conformados por varios jueces, entre tres y nueve jueces, dependiendo del Estado, formando Salas de tres integrantes o un pleno con nueve integrantes.

7 Conocidos como Tribunales de Juicio, cortes de circuito, cortes superiores o cortes de distrito, según el Estado.

8 Cortes de reclamos menores.

9 Tribunales de última instancia

10 Tribunales de última revisión

c) ***Tribunales de Apelación Intermedia***

Ante la carga procesal en materia de apelaciones, algunos Estados crearon Tribunales Intermedios, que reciben el nombre de *Courts of Appeals*, aun cuando en varios Estados pueden hallarse bajo el nombre de *Superior Court* o *Circuit Courts*; conformados por entre tres a nueve jueces, según el Estado.

En aquellos Estados donde existen, se trata solo de un Tribunal de Apelación Intermedia, para casos civiles como penales.

De esta manera, las apelaciones de competencia de los *Trial Courts*, se resuelven en el intermedio, dejando a la Corte Suprema Estatal para revisar las decisiones del Tribunal Intermedio, a su propia discreción. Esta Corte Suprema Estatal es fuente de derecho a través de la jurisprudencia que emite, teniendo la discrecionalidad de determinar qué casos merecen su atención, entre el número de solicitudes registradas, dejando el mayor número de apelaciones a los Tribunales Intermedios.

II.2. Organización Judicial Federal

La Sección 1 del artículo III de la Constitución de 1787,¹¹ prevé que el Poder Judicial reposa en un Tribunal Supremo,

dejando en manos del Congreso la institución de los otros Tribunales Federales.

En cumplimiento de este mandato, fue el primer Congreso de los Estados Unidos el que esbozó el primer sistema de Tribunales Federales, por medio de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1789.

Posterior, se suscitaron diversas modificaciones hasta que, en 1891, mediante una nueva Ley Orgánica, se estructuró de tal manera que persiste hasta la actualidad; a través de tres niveles jerárquicos, con competencia para conocer de los asuntos en que se discute la aplicación de una Ley Federal, de los Tratados o de la Constitución.

a) ***Tribunales o Cortes de Distrito***

Estos Tribunales o Cortes de Distrito, constituyen la primera instancia de la jurisdicción federal; para ello, el territorio norteamericano se ha dividido en 94 distritos judiciales, contando cada Estado por lo menos con un distrito judicial; y, en aquellos de mayor extensión o densidad poblacional, se cuenta con tres o más distritos judiciales.

En cada distrito encontramos un tribunal, al que están adscritos un número variable de jueces, según la carga procesal. Un dato que resulta interesante es que este Tribunal y los jueces que lo conforman son itinerantes, pudiendo

11 “The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.” (texto original)

recorrer el territorio de su demarcación geográfica, en cumplimiento de la tradición inglesa de acercar la justicia a los administrados.

A pesar que el Tribunal de Distrito se compone de varios jueces, la justicia es administrada por un solo juez, asumiendo casos por razón de competencia especializada; sin embargo, sus decisiones se consideran legalmente como sentencias del indicado tribunal.

b) *United States Courts of Appeals for the Circuits*¹²

Estos Tribunales de Apelación, órganos intermedios entre las Cortes de Distrito y la Corte Suprema, permiten aliviar el volumen procesal, cuya atribución principal es resolver las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia, por los Tribunales de Distrito.

En la mayoría de los circuitos, se tiene entre diez a quince jueces, que se organizan en salas de tres integrantes cada una.

c) *Supreme Court of the United States (SCOTUS)*¹³

Ubicado en la cúspide de la pirámide judicial federal norteamericana, constituye una Corte final de Apelaciones, sin perjuicio del cual ha contribuido,

a través de sus decisiones, a la integración nacional de los diversos Estados.

Compuesto por nueve jueces, un *Chief Justice*¹⁴ y ocho *Associate Justices*,¹⁵ que son nombrados por el presidente de los Estados Unidos, previa aprobación del Senado.

Es competente para revisar todas las decisiones de los Tribunales Federales de Apelación y sobre las decisiones de las Cortes Supremas de los Estados, en aquellos temas relacionados con la legislación federal. En ejercicio de sus atribuciones, la Suprema Corte puede revisar de manera integral y total el proceso puesto a su conocimiento.

Hay ocasiones en que, por mandato de la ley federal, se comporta originariamente como Tribunal de primera y última Instancia. Asimismo, es competente para revisar los fallos de otros Tribunales Federales de Apelaciones, así como de los denominados “Tribunales Legislativos”, tales como el Tribunal de Apelaciones Militares, Tribunal de Apelaciones de Veteranos, Tribunal de Impuestos, Tribunal de Reclamaciones, Tribunales de Quiebras.

III. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

“No debemos olvidar que estamos interpretando una constitución, que tiene que perdurar en los muchos años venideros y, consecuentemente, debe

12 Tribunales de apelación de circuito de los EEUU (traducción libre).

13 Corte Suprema de los Estados Unidos (traducción libre).

14 Presidente (traducción libre).

15 Jueces Asociados (traducción libre).

adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos del hombre”.

John Marshall, presidente de la Suprema Corte de los EEUU (1803)

III.1. Antecedentes

Como se señaló anteriormente, la Constitución de Estados Unidos instituye una Corte Suprema y deja que sea el Congreso norteamericano el que organice el sistema judicial, atribución que fue ejercida de acuerdo con la Ley Judicial de 1789 y, que, además, establece una primera conformación de la Suprema Corte con seis jueces.

III.2. The Justices¹⁶

Con el tiempo, esta primigenia composición cambió, habiendo llegado, en algún momento, a diez jueces, que luego de la guerra de secesión¹⁷ se fijó en nueve, conformación que perdura hasta hoy.

Se identifica a un presidente y ocho “*Jueces Asociados*”, quienes, para ser designados por el presidente de los Estados Unidos, deben contar con la aprobación del Senado, modalidad de elección que los convierte en jueces vitalicios, y cuyos emolumentos no pueden ser reducidos, conforme lo ordena la Constitución, en garantía de la independencia del poder judicial frente a la injerencia del poder político.

III.3. Competencia

En la Sección 2 del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, se ha precisado la jurisdicción de la Suprema Corte.

Se le atribuye competencia originaria, para casos de demandas entre dos o más Estados de la Unión; también, en aquellos casos en los que se encuentran involucrados embajadores y otros funcionarios públicos.

Esta alta Corte, cuenta con jurisdicción para conocer, en grado de apelación, prácticamente, de todos los casos relacionados con asuntos constitucionales y federales; así como, también, temas relativos a Tratados en los que los Estados Unidos es parte.

En cuanto a su potestad para conocer algún caso, a través del “*Judge’s Bill*”; más conocido como la Ley Certiorari, de 1925, el Congreso amplió la jurisdicción de revisión, permitiéndole ejercer un poder discrecional, para controlar la carga judicial.

En la década de los ochentas del siglo pasado, la Corte redujo aún más su jurisdicción obligatoria al dictarse el “*Revised Rules of the Supreme Court of the United States*”,¹⁸ cuya regla número 19, precisa que la revisión en materia de *writ of certiorari* no es una obligación legal, sino materia de sano arbitrio judicial, y solamente será otorgada cuando existan para ello razones especiales e importantes (*special and important reasons*).

16 Los Jueces (traducción libre).

17 Civil war (1861-1865).

18 Reglas de Revisión de la Suprema Corte de los EEUU (traducción libre).

En uso del derecho de *certiorari*, la Suprema Corte acepta conocer alrededor de 100 a 150 de los más de 10,000 casos que se le pone a la vista anualmente.

III.4. Control Constitucional

Tal como se ha referido, el poder más resaltante de la Suprema Corte es la revisión judicial; o, la capacidad para declarar que un acto legislativo o ejecutivo es violatorio de la Constitución; sin embargo, dicha potestad no se encuentra dentro del propio texto de la indicada Carta Magna.

La Corte fijó esta doctrina en el caso *Marbury Vs. Madison* (1803); en el cual, la Corte tenía que decidir cuál era el nivel jerárquico entre una Ley del Congreso y la Constitución.

Es preciso mencionar, que la *Judiciary Act* (Ley Judicial) de 1789, otorgó a la Corte Suprema jurisdicción original para emitir órdenes legales que obligaban a los funcionarios del gobierno a actuar de acuerdo con la ley (*mandamus*). Al respecto, se presentó una demanda, pero el Supremo Tribunal señaló que la Constitución no permitía que el Tribunal tuviera jurisdicción original en esta materia.

Volviendo al caso planteado, considerando que el artículo VI de la Constitución establecía que la Constitución es la Ley Suprema del “*Land*” (tierra), el Tribunal sostuvo que una ley del Congreso que es contraria a la Constitución no podía sostenerse.

Posteriormente, también estableció su autoridad para anular leyes estatales contrarias a la norma constitucional.

Hasta la aprobación de la 14ª Enmienda en 1869, se entendía que las disposiciones de la “Carta de Derechos”, solo eran

aplicables al gobierno federal; después de dicha aprobación, la Corte Suprema reformuló su decisión y dictaminó que la mayoría de dichas disposiciones también eran aplicables a los Estados.

Por estas razones jurídicas, es que se reconoce a la Suprema Corte de los Estados Unidos como el órgano judicial que tiene la última palabra sobre derechos reconocidos y protegidos por la Constitución o cuando un acto viola un derecho constitucional, venga de quien venga.

III.5. Importancia Constitucional

Esta Corte tiene un rol muy importante dentro del sistema constitucional de gobierno de los Estados Unidos de América. Como Tribunal de más alto nivel jerárquico, es la “*última ratio*” para el justiciable que demanda justicia; gracias a su competencia revisora, garantiza los límites del poder de los diferentes entes del gobierno.

Asimismo, protege los derechos y libertades civiles al poder derogar leyes vulneratorias y transgresoras de la Constitución. Finalmente, garantiza que la dinámica de la sociedad y los intereses de una mayoría coyuntural, no afecten los valores fundamentales comunes a todos los ciudadanos estadounidenses; vale decir, la libertad de expresión, la libertad de religión y el debido proceso legal.

IV. EL PARADIGMÁTICO CASO MARBURY Vs. MADISON

“Todos los manuales de derecho constitucional de los Estados Unidos comienzan con su exposición para explicar el significado de la Constitución de ese país.”

Miguel Carbonell

A todas luces, constituye el caso más famoso del Derecho Constitucional. Para algunos es el punto de génesis del control de constitucionalidad difuso, que se trata de un asunto de teoría general de la Constitución, de la supremacía constitucional, de la teoría del derecho procesal constitucional, que debe entenderse como el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales.

IV.1. El Contexto

El 17 de febrero de 1801, después de una desgastante campaña electoral, con un final de fotografía, la Cámara de Representantes eligió a Thomas Jefferson como presidente de los Estados Unidos.

Pocos días antes, el 4 de febrero de dicho año, John Marshall, quien a la sazón era el Secretario de Estado del gobierno saliente, juró como presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Desde dichos días y hasta la fecha de asunción de la nueva administración, el 4 de marzo de 1801, ocurrirían hechos trascendentales que dejarían huella en el derecho norteamericano y el derecho constitucional. El presidente saliente John Adams, dispuso tres medidas que generarían un enfrentamiento con el presidente entrante; propuso la modificación de la Ley Judicial, reduciendo el número de jueces de la Corte Suprema de seis a cinco jueces, justificando la decisión en que el juez Cushing estaba enfermo y no podía desempeñar su función; sin embargo, la explicación era otra, dicha reducción le

quitaba a Jefferson la posibilidad de designar un reemplazante.

Otra modificación trascendental consistía en la creación de dieciséis juzgados de circuito, que fue aprobado por el Congreso, el 13 de febrero del mencionado año.

Asimismo, Adams envió un proyecto de ley referido a la Carta Orgánica del Distrito de Columbia,¹⁹ proponiendo la creación de juzgados de paz para el distrito y que estarían a cargo de jueces elegidos por cinco años, que fue aprobado el 27 de marzo, autorizando al presidente a designar a los magistrados.

El 2 de marzo, es decir, un día antes de que Jefferson jurara como presidente, Adams propuso a cuarenta y dos personas para cubrir esos puestos y, al día siguiente, el Senado prestó su aprobación. Rápidamente, Adams firmó todas las designaciones y ordenó su notificación a James Marshall, hermano de John, quién a pesar del arduo trabajo durante toda la madrugada, no pudo comunicar los nombramientos a William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend y William Harper.

Asumido el poder, Jefferson ordenó a su secretario de Estado, James Madison, que retuviera las designaciones pendientes, ante lo cual Marbury y los otros tres nominados solicitaron a Madison sus respectivas notificaciones, lo que no se produjo. Ante esta situación, en diciembre de 1801, los cuatro perjudicados, con el concurso del abogado Charles Lee²⁰, invocando su competencia originaria, presentaron una demanda ante

19 Hoy, Washington D.C.

20 Ex Attorney General de la administración de John Adams (ministro de justicia).

la Corte Suprema, solicitando en vía de *writ of mandamus*,²¹ que ordene al nuevo secretario de Estado, Madison, cumpla con notificarlos.

A pesar de correrse traslado de la demanda a dicho alto funcionario, este nunca contestó la misma, estando la causa lista para ser resuelta. A inicios de 1802 el Congreso, mediante ley, impidió que la Corte Suprema sesionara, aboliendo el inicio de los períodos de reuniones que debían comenzar en junio y en diciembre, razón por la cual, la decisión unánime se hizo de público conocimiento recién el 24 de febrero de 1803.

IV.2. El Fallo

La Sentencia, es un texto relativamente largo, que se articula a partir de tres premisas puntuales que se plasman casi al inicio de su redacción:

1) ¿Tiene el promovente derecho al nombramiento que se solicita?

Marshall, quien fungió de ponente,²² hace una revisión del proceso de nombramiento de los jueces, el cual termina, según la sentencia, cuando se expide el nombramiento escrito, sin necesidad que se haya notificado al destinatario; es decir, que, una vez efectuado el nombramiento por el presidente, ya no puede ser revocado. En tal sentido, el gobierno viola derechos legales adquiridos, al no cumplir con entregar a Marbury su nombramiento.

2) Si tiene tal derecho y ese derecho le ha sido negado, ¿las leyes de su país le ofrecen una solución?

Constatada la violación y transgresión de los derechos de Marbury, la Sentencia pasa a resolver la segunda premisa. Se aprecian dos afirmaciones en la Sentencia, en la primera, se sostiene que la quintaesencia de la libertad civil consiste en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes, siempre que reciba una injuria; así también, afirma que al gobierno de los Estados Unidos se le ha llamado enfáticamente un gobierno de derecho y no un gobierno de hombres.

Indudablemente, dejaría de merecer este alto calificativo si las leyes no otorgaran una solución contra la violación de todo derecho legal adquirido.

3) Si le ofrecen tal remedio, ¿esa solución es un *mandamus* que expida esta Corte?

En esta parte, la argumentación de la sentencia pasa al análisis de si el *mandamus* es la acción procesal correcta para el tipo de violación que ha sufrido Marbury. Aunque la respuesta es afirmativa, la Corte formula la pregunta clave del juicio, que a la postre dará lugar nada menos que al nacimiento de la institución de la *judicial review*.²³

La pregunta es si ¿la ley que regula la competencia de la Corte para la expedición de *mandamus* es conforme a la Constitución? La Corte intenta contestar la pregunta a partir de una descripción del gobierno

21 Podríamos entenderlo como un mandato o acción de cumplimiento.

22 Procedimiento impuesto por Marshall, durante su presidencia.

23 Revisión judicial (traducción libre).

de los Estados Unidos, como un gobierno limitado por mandato de la Constitución, que impone límites a la actuación de los poderes públicos. La distinción entre gobiernos de poderes limitados y de poderes ilimitados, queda abolida si los límites no contienen a las personas a las cuales les han sido impuestos y si lo prohibido y lo permitido se equipara.

Este razonamiento, lleva a la Corte a la conclusión que la Constitución controla cualquier acto legislativo que le sea contrario; pues, de no ser así, el poder legislativo podría alterar la Constitución por medio de una ley común.

Finalmente, en los siguientes párrafos de la sentencia, se plantea la base conceptual sobre la que se asienta, desde ese momento, la lógica de la *judicial review*; párrafos en los cuales se encuentra resumida la filosofía de ese momento fundacional del constitucionalismo moderno. La supremacía constitucional, el deber judicial de proteger la Constitución, la normatividad y rigidez de la misma, fueron precisadas por Marshall en la sentencia *Marbury Vs. Madison*.

V. CONCLUSIONES

Nino (1989)²⁴ nos ayuda a entender claramente, a través de algunas premisas y una conclusión, la estructura lógica del razonamiento jurídico alcanzado por la Corte Suprema, de la siguiente forma:

1. El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.

2. Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una descartando la otra.
3. La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.
4. La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser válida.
5. La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.
6. El Congreso está limitado por la Constitución.
7. Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Así, se llega a la conclusión que, una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. Esta sentencia, también brinda las bases para lo que conocemos como "*control difuso*" de la Constitución; así, Marshall, se cuestiona ¿por qué una ley inconstitucional debe ser simplemente inaplicada y no opta por decretar su expulsión del ordenamiento jurídico, de forma que nunca más pueda ser aplicada?

De esta manera, queda claro que los jueces deben inaplicar aquellas normas que estén en contradicción con la norma constitucional, estableciéndose de esta manera el "*control difuso*" de la constitucionalidad.

24 Nino, Carlos. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. Argentina. Revista del Centro de Estudios Institucionales. Núm. 4. Set-dic. 1989

Con esta sentencia, se concluye que los jueces tienen la facultad para determinar ¿cuál es el derecho aplicable?, facultad que corresponde a la verdadera esencia del deber judicial, incluyendo la verificación de la constitucionalidad de las leyes.

La decisión alcanzada, en ese entonces, ha marcado el modelo americano de control de la constitucionalidad de las leyes, así como el de países como el nuestro.

A diferencia de dicho modelo, el europeo, se caracteriza por mostrar un esquema diferente, denominado “control concentrado”, que se encuentra a cargo de un tribunal especializado, ubicado fuera de la estructura del poder judicial ordinario, tal como, sucede con el Tribunal Constitucional de nuestro país.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, María. Sentencia Marbury versus Madison (1803). Revista de estudiantes de derecho de la universidad montevílica. En: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/4/deryso_2003_4_273-279.pdf
- CARBONELL, Miguel (2005). Notas sobre Marbury versus Madison. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1803). Fallo Marbury v. Madison. Traducción libre con apoyo de Google Traductor.
- Corte Suprema de Estados Unidos. En: <https://www.usa.gov/espanol/agencias-federales/corte-suprema-de-estados-unidos>
- Corte Suprema de los Estados Unidos y Sociedad Histórica de la Corte Suprema. La Corte Suprema de los Estados Unidos. Folleto en español para visitantes de la sede de la Corte.
- ETO CRUZ, Gerardo (2003). John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). Derecho procesal constitucional, 4ª edición. México DF.
- FERNÁNDEZ, Francisco (2011). El trasfondo político y jurídico de la decisión Marbury v. Madison. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 15, Madrid.
- GARAY, Alberto (200). La enseñanza del caso “Marbury vs. Madison”. Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 7. Número 13. Buenos Aires.
- GONZÁLEZ, Manuel (2003). Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos. CNDH. México DF.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM. Sentencia Marbury vs. Madison (1803). Lecturas sobre *Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses*. En: https://www.google.com/search?q=marbury+vs+madison+sentencia&sxsrf=APq-WBuBogtK1sNNfe060CaG4rD49X1Lew%3A1644898872981&ei=OC0LYtKvO4ej5OUpt46TiAs&oq=marbury&gs_lcp=Cgdnnd3Mtd2l6-EAMyAZIECAAQZIFCAAQgAQyBQ-gAEIAEMgUIABCABDIFCAAQgAQyBQgAEIAEMggILhCABBDUAjIFCAAQgAQyBQgAEIAEMgUIABCABDoHCCMQ-6gIQJzoECCMQJzoOCC4QgAQQs-QMQxwEQ0QM6CwgAEIAEELEDEIM-BOggIABCABBCxAZoICAAQsQMqgwE-6CAguEIAEELEDOggILhCxAXCDAToLC-4QgAQQsQMq1AI6BAGuEEM6Cg-gAELEDEIMBEEM6CwguEIAEELEDEIM-BOgcILhCxAXBDogUILhCABDoNC-4QgAQQxwEQrweEQCjoLCC4QgAQQxwMQ1AI6BwgAEIAEEApKBAhBGA-BKBAhGGABQ9gtYrBdg_kBoAXABeACAAY0BiAGUBpIBAzEuNpgBAKABAbABCsABAQ&scient=gws-wiz
- La rama judicial, La casa blanca - The white house. En: <https://www.whitehouse.gov/es/acerca-de-la-casa-blanca/nuestro-gobierno/la-rama-judicial/>

- MORALES, Francisco (2015). El Tribunal Constitucional del Perú: Organización y funcionamiento. Fondo editorial de la Academia de la Magistratura. Lima
- NINO, Carlos (1991). Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. En AAVV. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos (2000). El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Presentación para Jueces y Personal Administrativo del Ramo Judicial en Países Extranjeros. Washington DC.
- SCHWARTZ, Bernard (1993). A History of the Supreme Court. Oxford University Press. Nueva York.

José Luís Rivera Vela¹

TUTELA DE DERECHOS APLICADO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL; III. TUTELA DE DERECHOS; IV. CAUSALES DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA; V. CONVOCATORIA PARA AUDIENCIA; VI. JURISPRUDENCIA; Y VII: CONCLUSIONES.

RESUMEN

El autor nos habla sobre la tutela de derechos que el abogado del imputado puede solicitar en un proceso penal común o en un proceso penal militar policial, cuando sus derechos son vulnerados durante una investigación preliminar o preparatoria. Hace referencia a normas legales procesales penales, a la Constitución Política del Estado y a tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos y se apoya en la jurisprudencia constitucional y acuerdos jurisprudenciales de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, para sustentarlas mejor.

ABSTRACT

The author tells us about the protection of rights that the defendant's lawyer can request in a common criminal process or in a police military criminal process, when their rights are violated during a preliminary or

1 Abogado, oficial del Cuerpo Jurídico de la PNP. Juez del Juzgado Militar Policial N° 18 de Arequipa.

preparatory investigation. It refers to criminal procedural legal norms, the Political Constitution of the State and international treaties and conventions on Human Rights and is supported by constitutional jurisprudence and jurisprudential agreements of the criminal chambers of the Supreme Court of Justice of the Republic, to better support them.

PALABRAS CLAVE: Tutela de derechos, debido proceso, derechos del imputado y proceso penal.

KEYWORDS: *Protection of rights, due process, rights of the accused and criminal proceedings.*

I. INTRODUCCIÓN

La justicia penal militar policial, que se encuentra regulada por el Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, en concordancia con el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, la Constitución Política del Perú y la legislación comparada, traen como exigencia el irrestricto respeto de los derechos de las personas imputadas de cometer un delito (en el caso de la justicia penal militar policial, un delito de función); en consecuencia, los fiscales militares policiales en el Fuero Militar Policial, los integrantes del Ministerio Público en el Fuero Común y los miembros de la Policía Nacional del Perú, están obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas a quienes se les imputa un delito, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, lo que resulta del afianzamiento del Estado Constitucional del Derecho.

Los derechos del imputado se encuentran previstos en el artículo 71, numeral 4, del Código Procesal Penal, aplicable

supletoriamente conforme al artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial que señala, en los términos siguientes: “*Cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, pueden acudir en vía tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte medidas de corrección o de protección que correspondan*”.

La Corte Suprema de Justicia emitió el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, en el que se trató el tema de la audiencia de tutela, y se estableció como doctrina legal los fundamentos 10 y 19, que dispone que los jueces, en todas las instancias, invoquen sus alcances, estableciendo como derechos del imputado:

- a) Conocimiento de los cargos inculcados.
- b) De las causas de detención.
- c) Entrega de la orden de detención girada.
- d) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto.
- e) Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido.
- f) Defensa permanente por un abogado.
- g) Posibilidad de entrevistarse en forma privada con un abogado.
- h) Abstención de declarar o declaración voluntaria.

- i) Presencia del abogado defensor en toda la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso.
- j) No ser objeto de llamadas de medios coercitivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad.
- k) No sufrir restricciones ilegales.
- l) Ser examinado por un médico legislador por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

Además, en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 se estableció que la acción de tutela procede ante una falta de imputación suficiente por parte del Ministerio Público, debiendo el imputado en un primer momento acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes, en orden a la precisión de los hechos atribuidos. Este derecho lo reconoce el artículo 71, numeral 1, del Código Procesal Penal, que establece: *“El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”*.

Estos derechos se hacen valer en la audiencia de tutela. En el caso del Fuero Militar Policial, la tutela de derechos es exigible y corresponde al juez, luego de escuchar al afectado y a la Fiscalía Militar Policial, de ser el caso, emitir una resolución judicial que: **a)** Corrija lo determinado por el fiscal militar policial (tutela correctiva); **b)** Dicte una medida de protección a favor del imputado (tutela protectora); y **c)** Subsane alguna omisión que haya afectado un derecho fundamental (tutela correctiva).

II. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

Los derechos fundamentales relacionados al debido proceso son:

- a) El derecho a la acción judicial y el acceso a los tribunales como expresión de la facultad de todos a acceder a los tribunales de justicia y actuar en juicio para la tutela de sus derechos e intereses legítimos sin ninguna discriminación.
- b) El derecho a un juicio justo y público, para que su asunto sea tratado y discutido y decidido equitativa y públicamente, en un plazo razonable de tiempo, frente a un juez independiente e imparcial, preconstituido por ley.
- c) El derecho de defensa y contradicción se garantiza en cualquier momento del proceso.
- d) El derecho inviolable a defenderse en el contradictorio entre las partes en condiciones de efectiva paridad que garantice la posibilidad de ser representado, defendido, asistido y aconsejado por un abogado, y de ser el caso, por peritos.
- e) El derecho a la prueba garantiza el derecho a valerse, en el juicio, de los medios, aún atípicos, de prueba directa o contraprueba que sean legalmente admisibles y pertinentes.
- f) El derecho a asistencia jurídica gratuita que el Estado asegura, mediante los institutos pertinentes, públicos o privados.

Todos estos derechos están establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hace referencia a las garantías judiciales.

II.1. EL DERECHO DE DEFENSA

Es un derecho fundamental, regulado en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, inciso 3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2).

Toda persona tiene derecho a las garantías mínimas:

- a) A ser informado sin demora de las acusaciones contra esta;
- b) A disponer de tiempo para su defensa, y a un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente, o a que se le nombre defensor de oficio gratuito.
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo;
- f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, en caso de ser necesario; y,
- g) A no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;

El derecho a la defensa se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política del Perú, que establece: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”. Además, toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección. Los justiciables en el Fuero Militar Policial no deben quedar en estado de indefensión.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer la autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinente. El ejercicio de derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala”.

En semejante sentido, en el artículo 199 del Código Penal Militar Policial se establece:

“Artículo 199.- Derechos del Imputado

A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces informarle de manera inmediata y comprensible los derechos siguientes:

1. A conocer la causa o el motivo de su detención y el funcionario que la ordenó, entregándole la orden judicial emitida en su contra;
2. A guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad, y a designar la persona a la que debe comunicarse su captura y que el aviso se haga en forma inmediata. Si el imputado ejerciere este derecho, se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido;

3. A ser asistido desde el primer acto del procedimiento por un abogado defensor;
4. A presentarse al fiscal o al juez militar policial para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan;
5. A prestar declaración dentro de las veinticuatro horas de haber sido detenido;
6. A ampliar su declaración, con la presencia de su defensor, siempre que su declaración sea pertinente y no como un medio dilatorio del procedimiento, lo que se le hará saber cada vez que manifieste su deseo de hacerlo;
7. A no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad;
8. A que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio, estimen ordenar el juez o el fiscal militar policial; y
9. A acceder a toda la información disponible desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso, según las previsiones de este Código.

En todos los casos deberá dejarse constancia del cumplimiento del deber de información de los derechos del imputado establecidos en este artículo.”

II.2. EL IMPUTADO

Es la persona sobre quién recae toda potestad persecutoria del Estado, es sobre él quién pesa la imputación jurídico-penal de haber cometido un hecho punible. Imputado es contra quién se dirige la pretensión penal.

El profesor Oré Guardia², dice que el imputado es aquella persona sometida a una investigación o un proceso penal, conociéndolo también como procesado o acusado, dependiendo de la fase del proceso en que se encuentre. Sin embargo, por su amplitud, el término que mejor calza es el del imputado, siendo que, desde una definición amplia, es la persona frente a la que se ejercita el *ius puniendi*, mediante los órganos competentes del Estado, lo que supone que el imputado puede ejercer su derecho de defensa y exigir el cumplimiento de derechos conexos que le asisten durante la investigación como en el juicio oral, traducido en el irrestricto derecho de defensa.

II.3. LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

Por su parte, Cubas Villanueva³ refiere que los derechos del imputado surgen de las garantías procesales reconocidas en nuestra Carta Política y/los tratados de derechos humanos; así tenemos:

Derecho a la presunción de inocencia: Solo será considerado culpable cuando medie una resolución judicial que pone fin a un proceso penal (artículo 2.24.e, de la Constitución).

2 ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Reforma, Lima, 2011, p.277.

3 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano: Teoría y práctica de su implementación*. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 210-211.

Derecho a un juicio previo. Nadie puede ser penado sin previo juicio, entendiéndose por juicio la etapa procesal de juzgamiento, público y contradictorio (artículo 139, incisos 4 y 10, de la Constitución).

Derecho al debido proceso: Es decir, a ser juzgado con respeto escrupuloso de los procedimientos y garantías procesales previstos en la Constitución y en las leyes (artículo 139, inciso 3, de la Constitución).

Derecho a ser juzgado por un juez imparcial y predeterminado por la ley; juez legal, es decir, debe ser juzgado por un juez designado con anterioridad a la comisión del delito (artículo 139, inciso 1, de la Constitución).

Derecho a no ser condenado en ausencia (artículo 139, inciso 12, de la Constitución). El procesado deberá estar presente físicamente para ser juzgado, de tal manera que el juez pueda tener una vivencia real de su personalidad, los móviles de la comisión del delito, etc.

Derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa: Garantía de la Cosa Juzgada y la imposibilidad de revivir procesos ya sentenciados (artículo 139, inciso 13, de la Constitución).

Derecho a la instancia plural. Las decisiones judiciales pueden ser impugnadas para que sean revisadas y, eventualmente, modificadas por un tribunal superior (artículo 139, inciso 6, de la Constitución).

Derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes, estando proscritas toda forma de trato vejatorio (artículo 2, inciso 24.g, de la Constitución).

Derecho al propio idioma. El proceso puede expresarse en su propio idioma, así no fuese el usado por los magistrados, por lo cual tiene derecho a la intervención de un intérprete.

Derecho a ser juzgado en plazo razonable.⁴

III. TUTELA DE DERECHOS

III.1. Definición

César Alva Florián⁵ refiere: “La tutela de derechos es una institución procesal consagrada de manera expresa en el CPP, que permite dentro del mismo proceso penal se controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (en algunos

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la evaluación del plazo razonable debe ser analizado “en cada caso concreto”, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para garantizar el plazo razonable, a saber: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. (<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-plazo-razonable-como-garantia-del-debido-proceso/#:~:text=8.1%20dispone%20que%20E2%80%9Ctoda%20persona,acusaci%C3%B3n%20penal%20formulada%20contra%20ella%E2%80%9D>). Nota agregada por el editor.

5 ALVA FLORIÁN, César A. “La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 15.

casos con el auxilio de la Policía Nacional), sin necesidad de recurrir a un “Juez Constitucional”, con lo que se dota al proceso penal de un carácter garantista, respecto al cual hay un actor siempre vigilante de su constitucionalidad: el Juez Penal de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria)”.

Se puede señalar que la tutela de derechos es una garantía jurídica que tiene toda persona para la protección judicial de sus derechos fundamentales, a través de un recurso efectivo en el restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados.

Su regulación se encuentra en el artículo 71 del Código Procesal Penal, y debe utilizarse –única y exclusivamente– cuando haya una infracción consumada de los derechos que le asisten al imputado.

Se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, ya que el Juez de Investigación Preparatoria controlará la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el fiscal con el apoyo de la Policía Nacional.

III.2. MARCO LEGAL

El marco legal de la tutela de derechos se encuentra en:

- a) Artículo IX del Título Preliminar y artículo 71 del Código Procesal Penal.
- b) Artículo 139 de la Constitución Política del Perú.
- c) Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

- d) Artículo 14, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- e) Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III.3. FINALIDAD

El imputado podrá solicitar tutela de derechos ante el “Juez de Garantías” solo durante la investigación preliminar y preparatoria.

El Juez de Investigación Preparatoria (Juez de Garantías) velará por la protección inmediata de sus derechos cuando estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (fiscal o la Policía Nacional).

Siendo la finalidad esencial de la audiencia de tutela la protección, resguardo y la consiguiente efectividad de los derechos del imputado, reconocidos por la Constitución Política del Perú y las leyes, el juez debe reparar, subsanar o corregir el daño, dictando una medida de tutela correspondiente.⁶

III.4. EFECTOS DE LA TUTELA DE DERECHOS

Según Cupe Calcina,⁷ a las medidas que la defensa puede aspirar vía tutela de derechos, de acuerdo con el artículo 71.4 del CPP que delimita el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria, son:

6 Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-16, f, j, 11.

7 CUPE CALCINA; Eloy Marcelo. “Tutela de derechos: Una aproximación a su ámbito de aplicación”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 53.

- a) Subsanan la omisión.
- b) Dictar las medidas de corrección; y,
- c) Dictar las medidas de protección, según corresponda.

III.5. PLAZO

En cuanto al plazo de la investigación preparatoria en el Código Penal Militar Policial (CPMP), tratándose de causas no complejas, es de seis meses como máximo, desde la apertura de la investigación. El juez de la investigación preparatoria puede ampliar este plazo hasta por seis meses más, a petición justificada del fiscal militar policial y, extraordinariamente, la Sala Suprema Revisora del Tribunal Supremo Militar Policial puede otorgar un plazo ampliatorio que no excederá de tres meses (artículos 368 y 369 del CPMP).

Tratándose de asuntos complejos, el propio Código establece, en su artículo 428, que el plazo de la investigación preparatoria es de un año, prorrogables por dos años más a petición del fiscal y por resolución judicial, debiendo en todo caso no superar los tres años la investigación.

En el Fuero Común, “El plazo de la investigación preparatoria formalizada para casos simples es de 120 días, pudiendo el Fiscal prorrogarla por única vez por un máximo de 60 días (artículo 342° inc. 1 del CPP), para casos complejos la investigación preparatoria es de 8 meses prorrogables por 8 meses (artículo 342° inc. 2 del CPP) y para

casos de crimen organizado de 36 meses prorrogables por 36 meses (artículo 342° inc. 2 del CPP). La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria.⁸

IV. CAUSALES DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA

Al respecto, Verapinto Márquez⁹ establece cuatro causales de procedencia:

- a. Cuando no se ha dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 71.

Específicamente el numeral 1 relacionado con los derechos del imputado reconocidos en la Constitución y en la ley; y el 2, sobre los derechos que deben ser informados, de manera inmediata y directa, al imputado por los jueces, fiscales y policía.

- b. **Cuando los derechos del imputado no son respetados.** (...) Así tenemos, por ejemplo, que en el derecho a un plazo razonable no proceda, no obstante estar previsto en los artículos 334.2 y 343 del CPP. (...) En todos los demás casos en que no se respeten los derechos del imputado, procede la tutela de derechos, teniendo como límite estacional la conclusión de la investigación preparatoria.
- c. **Cuando el imputado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos.** (...) La orden judicial, por su

8 <https://www.zhconsultoresperu.com/articulo/cuales-son-los-plazos-en-el-proceso-penal-comun-para-investigar-a-una-persona/>

9 VERAPINTO MARQUEZ, Otto S. “La tutela de derechos del imputado en el nuevo Código Procesal Penal”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima. Mayo de 2010, pp. 37-37.

parte, debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del CPP.

- d. Requerimientos ilegales.** El Ministerio Público es el director de la investigación siempre bajo las limitaciones y contrapesos que el nuevo sistema procesal penal supone. Asume el rol de titular de la acción penal, de conductor de la investigación y de acusador; así como un rol dispositivo, de parte y requiriente. El fiscal, mediante requerimientos, insta al juez de la Investigación Preparatoria para la realización de los actos preliminares de la investigación, el dictado de actos jurisdiccionales (por ejemplo: constitución de partes, limitación de derechos, etc.) o la autorización para realizar determinados actos restrictivos de derechos (como video vigilancia, incautación de bienes, control de comunicaciones y de documentos, etc.). Estos supuestos se refieren a los requerimientos ilegales que formula el Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria, al practicar actos de investigación regulados en los artículos 64, 122, 322.2 y 323 del CPP.

Siendo que estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos,

según sea el caso, siempre y cuando vulnere los derechos establecidos en el artículo 71 del CPP.

- e. Cuando se actúe prueba ilegítima.**
- f. Cuando la disposición de formalización de investigación preparatoria tiene omisiones en la imputación fáctica.** (...) El imputado, en primer orden, debe acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones conforme lo establece el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República¹⁰. Ante la desestimación o la reiterada falta de respuesta, puede recurrirse al Juez de Investigación Preparatoria para que se le emplace y requiera al fiscal la corrección del mismo por ser requisitos de admisibilidad.

IV. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA

Conforme lo determina el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2010, emitido por el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, que es de observancia obligatoria, el juez está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva, y, en su caso, disponer el rechazo liminar. Así, los jueces de garantías podrán rechazar liminarmente una solicitud de tutela de derechos cuando¹¹:

10 Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, f.j.10.

11 Acuerdo Plenario N°4-2010/CJ-116, pp. 5-6.

- a. Se cuestione requerimientos o disposiciones fiscales, que vulneran derechos fundamentales constitucionales, pero que tiene por la denuncia o control respectivo.
- b. La admisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, puesto que para ello rige lo establecido en el artículo 337.4 del CPP.
- c. No se vulnere los derechos fundamentales relacionados con los enunciados en el artículo 71, numerales del 1 al 3 del CPP.

V. CONVOCATORIA PARA AUDIENCIA

El Juez de la Investigación Preparatoria no se encuentra obligado a convocar a audiencia de tutela, sino que puede rechazar este pedido en base a la calificación a priori del requerimiento, lo cual significa que puede declararla improcedente cuando no se advierta la vulneración de un derecho fundamental del imputado ceñido a lo que establece, básicamente, el artículo 71, incisos 1 y 3 del CPP.

El Juez de la Investigación Preparatoria que convoca a una "Audiencia de Tutela", está obligado a llevarla adelante con la presencia del afectado y el representante del Ministerio Público. Ante la inconcurrencia injustificada del abogado solicitante, la petición deberá ser declarada inadmisibles y disponer el archivo definitivo de los actuados, conforme lo dispone el artículo 423.3 del CPP y el artículo 41.3 del Reglamento General de Audiencias, bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 096-2006-CE-PJ, de fecha 28 de junio de 2006, aplicable al caso, debiéndose emitir en dicho acto la resolución que corresponda.

En efecto, el juez debe dictar el fallo inmediatamente, luego de culminada la audiencia de tutela, en base a la inmediación que pueda tener de los elementos de convicción que se actúen en la misma, y constatada la vulneración de los derechos del imputado previstos en el artículo 71.1 y 3 del CPP, que deberá contener: **a.** La identificación del sujeto o sujetos de los cuáles proviene la amenaza o vulneración; **b.** Hechos materia de imputación; **c.** La determinación del derecho del tutelado; **d.** Pretensión de la conducta a cumplir con el fin de que la tutela sea efectiva; **e.** El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto; **f.** El apercibimiento ante el incumplimiento de lo resuelto; **g.** Otras que establezca el juez de garantías, con el fin de reestablecer el derecho vulnerado del imputado.

VI. JURISPRUDENCIA

El VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió el **Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116**, estableciendo como doctrina legal que no toda vulneración de derechos fundamentales se puede cuestionar a través de la audiencia de tutela, pues esta es residual, que opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado:

“Fundamento 14°. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado pueda cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, **pues solamente se puede cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los**

enumerados en el artículo 71°, numeral del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1 342.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). **Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado**¹². (resaltado agregado)

“Fundamento 19°. En síntesis, es de afirmar que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quién puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle, judicialmente, la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela

judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.”

El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00788-2020-PA/TC, HUAURA, del 13 de mayo de 2021 ha establecido, sobre la igualdad procesal y la tutela de derechos:

(...) “de acuerdo con lo establecido por el artículo 358 del Código Procesal Civil –de aplicación supletoria– el recurrente tiene el deber de utilizar el recurso que corresponda; y, de otro lado, que **en el marco de las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria, a fin de preservarse el principio de igualdad procesal, cualquiera de los sujetos procesales o partes involucradas pueden cuestionar y controlar mediante tutela de derechos el ejercicio regular de las funciones del fiscal como titular de la acción penal frente al juez de garantías** (artículos I.3 del Título Preliminar y 71, inciso 4 del Nuevo Código Procesal Penal). (resaltado agregado).

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 864-2016 Del Santa, se pronuncia en los términos siguientes sobre el derecho a la defensa técnica:

“5.1. El derecho a la defensa técnica, constituye un derecho instrumental vinculado a la defensa procesal y se halla consagrada en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú. **Es un derecho fundamental e**

12 RODRIGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema.

imprescindible en el debido proceso. Su restricción acarrea la nulidad absoluta, conforme se halla previsto en el literal d., del artículo ciento cincuenta y nueve del Código Procesal Penal.” (resaltado agregado).

“5.4. Los Jueces de Investigación Preparatoria están facultados normativamente por los artículos IX.1 del Título Preliminar y el inciso quinto del artículo veintinueve del Código Procesal Penal para cautelar el derecho de las partes y que puedan intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria. **El Juez de Investigación Preparatoria, en el esquema procesal fijado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, debe garantizar que las partes procesales ingresen a juicio oral con los medios de prueba necesarios para acreditar su pretensión o contradecirla. La negación fundada en razones estrictamente formalistas o que surjan de un error material, no constituye justificación suficiente para limitar el derecho al ofrecimiento de pruebas que les asiste a los sujetos procesales** –V.gr. la imprecisión en el sumillado del escrito en el que contradice la acción penal-. Su función garantista le forja la obligación de indicar los supuestos de desigualdad, así como advertir la eventual indefensión en la que incurre el procesado por falta de una defensa técnica idónea, Esta obligación se incrementa en la etapa intermedia, dado que constituye un periodo de saneamiento.” (resaltado agregado).

“5.14. **La indefensión no solo se produce cuando se priva a las partes de manera irrazonable o desproporcionada de la posibilidad de hacer valer sus derechos** o se sitúe a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria; **sino también cuando el procesado no cuenta con una**

defensa ineficaz, materializada en la falta de un defensor con los conocimientos jurídicos que exige el caso para la etapa respectiva.” (resaltado agregado).

VII. CONCLUSIONES

- i) Los órganos jurisdiccionales tienen que respetar escrupulosamente los mandatos de un debido proceso, constitucionalmente aferrado a un proceso penal, sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de conflictos, en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los procesados.
- ii) La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas solicitadas y ejecutadas durante el proceso, es una garantía. Asimismo, el derecho de defensa permite la legitimidad en la intervención de un proceso penal, así como participar en la fundamentación o legitimación de las medidas solicitadas. Es una garantía que le asiste a todo imputado, en pro del respeto de a todos sus derechos.
- iii) La tutela de derechos busca garantizar los derechos del imputado, desde la investigación preliminar, siendo que la ley brinda a toda persona procesada la protección de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo, esto es, cuando resulten vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública.
- iv) El artículo 71 del Código Procesal Penal, “Derechos del imputado”, se convierte en la vía para el cumplimiento de instrumentos internacionales sobre la materia, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de

- Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, inciso 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2), etc.
- v) La tutela procederá, cuando: **a)** No se haya dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 71 del CPP; **b)** Cuando los derechos del imputado son objeto de medidas limitativas de derechos indebidamente y ante requerimientos ilegales; **c)** Cuando se actúe prueba ilegítima, conforme a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, fundamento 17; **d)** Cuando la disposición de formalización de la investigación preparatoria tiene omisiones en la imputación fáctica, conforme quedó establecida en el Acuerdos Plenarios N° 2-2012/CJ-116 y N° 4-2010/CJ-116.
- vi) Producido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable deberá cumplirlo sin demoras; de no hacerlo, el juez podrá tomar las acciones siguientes: a) Remitir copia al Ministerio Público para la denuncia, por presunto delito de desobediencia; b) Dirigirá al superior del responsable para que éste haga cumplir lo resuelto y abra el procedimiento disciplinario correspondiente; en la justicia penal militar policial, ante el ÓRGANO DE CONTROL DE LA MAGISTRATURA (OCMAG), **para que proceda conforme a ley.** En todos los casos el juez mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.
- vii) En la justicia penal militar policial, se debe respetar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú, como son: la legítima defensa; el principio de no ser privado de sus derechos en ningún estado del proceso y, particularmente, sus derechos constitucionales: a) Debido proceso; b) Principio de estricta legalidad; c) Plazo razonable y plazo legal de la investigación preliminar, en el caso que no se hubiera planteado control de plazo, para no dar motivo a que los justiciables petitionen tutela de derechos.

Luis Martín Cuchula García¹

EL DELITO DE CERTIFICACIÓN FALSA SOBRE ASUNTOS DEL SERVICIO EN RELACIÓN CON LOS INFORMES DE CONFORMIDAD EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ¿QUÉ ES EL INFORME DE CONFORMIDAD REGULADO EN EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO?; III. INCIDENCIA DEL INFORME DE CONFORMIDAD EN EL DELITO DE CERTIFICACIÓN FALSA SOBRE ASUNTOS DEL SERVICIO; IV. TRATAMIENTO PROCESAL; V. CASUÍSTICA; VI. OPINIÓN DEL AUTOR Y VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN

De acuerdo con el autor, en los procedimientos de contrataciones del Estado, el informe de conformidad sobre el cumplimiento del contrato de entrega de un bien, un servicio o la realización de una obra, resulta esencial para que el contratista cobre el monto de dinero pactado en el contrato.

Por otro lado, emitir un informe falso de conformidad puede implicar el procesamiento del emisor, entre otros. En el caso de contrataciones pactadas en la Fuerzas Armadas o en la Policía Nacional, puede dar lugar a la comisión del delito de “Certificación falsa sobre asuntos del servicio”, que se pena hasta con ocho años de pena privativa de libertad.

1 Abogado, oficial del Ejército.

ABSTRACT

According to the author, in State contracting procedures, the compliance report on compliance with the contract for the delivery of a good, a service or the performance of a work, is essential for the contractor to collect the agreed amount of money. in the contract.

On the other hand, issuing a false compliance report may involve prosecution of the issuer, among others. In the case of contracting agreed upon in the Armed Forces or the National Police, it can lead to the commission of the crime of "False Certification on service matters", which is punishable by up to eight years in prison.

PALABRAS CLAVES: Contrataciones del Estado, informe de conformidad y Certificación falsa sobre asuntos del servicio.

KEYWORDS: *State contracting, compliance report and false certification on service issues.*

I. INTRODUCCIÓN

El manejo del presupuesto público implica gestionar, dirigir y ejecutar recursos financieros del Estado, a través de los procedimientos de selección,² regulados en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

De acuerdo con el artículo 9 del TUO de la Ley N° 30225, los funcionarios y servidores que participan en las etapas del procedimiento de selección son responsables de las actuaciones que realicen, lo cual puede derivar en responsabilidades civiles y penales.³

Conforme a la normativa que regula las contrataciones con el Estado, las áreas que participan en dicho procedimiento, desde la elaboración de las bases, convocatoria, absolución de consultas y observaciones, registro de las ofertas presentadas, evaluación de las mismas, otorgamiento de la buena pro, suscripción y ejecución contractual, y finalmente la recepción y conformidad del cumplimiento de las obligaciones del contrato, son: (1) El área usuaria y (2) El órgano encargado de las contrataciones.

En dichas áreas, resulta indispensable que la elaboración, análisis, custodia y ejecución de los procedimientos de selección y los expedientes respectivos, se lleven a cabo por profesionales calificados, que conduzcan las contrataciones públicas conforme a ley, debido a que estos expedientes son materia de fiscalización por parte de la Oficina de Control Interno y la Contraloría General de la República, quienes en caso de encontrar responsabilidades de los funcionarios y/o servidores que participaron en dichos procedimientos, deberán iniciar

2 Artículo 21 del TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado: Procedimientos de selección Una Entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento (...)

3 Segundo párrafo del artículo 9 del TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado: (...) De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

las acciones correspondientes, con la finalidad de que intervenga la Fiscalía anticorrupción, y demás órganos judiciales, como el Fuero Militar Policial, para el caso de las contrataciones públicas realizadas en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional.

En este artículo se analizará la importancia del “Informe de Conformidad”, su trascendencia en las contrataciones públicas, la configuración del delito de “Certificación Falsa sobre Asuntos del Servicio” en caso el informe de conformidad se elabore sin ajustarse a los términos contractuales suscritos, el posible perjuicio económico al Estado; además, se presentará una casuística relacionada con la mala gestión en las contrataciones públicas, la opinión que tenemos sobre el tema, para finalmente arribar a algunas conclusiones.

II. ¿QUÉ ES EL INFORME DE CONFORMIDAD REGULADO EN EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO?

La fase de culminación de la ejecución contractual es la última etapa del procedimiento de selección de las contrataciones públicas, en la que se recibe lo acordado, según los términos contractuales, pudiendo ser un servicio o la recepción de bienes u obras, debiendo el área competente

verificar que la entrega se haga cumpliendo las condiciones previstas en las bases del proceso de selección, para luego extender la conformidad de lo recibido.

Esa conformidad se viabiliza con el “Informe de Conformidad”, que es un documento que emite el área usuaria a la culminación de la ejecución del contrato, tras verificarse que las obligaciones contractuales del contratista se hayan cumplido conforme a la “(...) naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.”⁴

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, ambas acciones, tanto la recepción como la conformidad, son de responsabilidad del área usuaria.⁵

II.1. Efectos del Informe de Conformidad

El Informe de Conformidad puede acreditar que el contratista ha cumplido con las obligaciones contractuales derivadas del procedimiento de selección, lo que obliga a la entidad pública a realizar el pago correspondiente, por los servicios cumplidos.

Si el informe que se emite establece que el contratista no ha cumplido con sus obligaciones, el área usuaria debe informar

4 Art. 168.2 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado: La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

5 Art. 168.1 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado: La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

al órgano encargado de contrataciones para que proceda a notificar una ampliación del plazo, vencido el cual, en caso de incumplimiento, proceda a resolver el contrato, y de cumplirse realice el cálculo de las penalidades correspondientes.

II.2. ¿Qué son las penalidades por incumplimiento en las contrataciones públicas?

Es la sanción pecuniaria que aplica el Estado cuando se configure una situación que perjudique al Estado; se caracterizan por ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.⁶

Existen dos tipos de penalidades, de acuerdo con la opinión técnico normativa del **Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)**,⁷ de 12 de enero de 2022: “Las penalidades que la entidad puede aplicar al contratista son: **i) la penalidad por mora**, que se aplica cuando el contratista incurre en un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones; y **ii) las “otras penalidades”**, que se aplican ante la comisión de algún incumplimiento distinto al retraso injustificado.” De acuerdo a la norma de la materia, cada uno de estos dos tipos de penalidades puede alcanzar un monto máximo de 10% del monto del contrato.

La norma ha previsto que las penalidades se deducen de *“los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.”*⁸

III. INCIDENCIA DEL INFORME DE CONFORMIDAD EN EL DELITO DE CERTIFICACIÓN FALSA SOBRE ASUNTOS DEL SERVICIO

III.1. Falsedad en el Informe de conformidad (penalidades)

El manejo de fondos públicos, a través de los distintos procedimientos de selección de las contrataciones, implica que los funcionarios sean profesionales calificados y con experiencia comprobada en la materia; asimismo, en nuestro concepto, deben tener sentido de responsabilidad y honradez probada.

Sin embargo, existen muchos casos en los cuales el área usuaria emite el informe de conformidad a pesar de no haberse cumplido con la ejecución de las obligaciones contractuales, induciendo al órgano encargado de las contrataciones y al titular de la entidad a aceptar la ejecución del servicio, bien u obra, y como consecuencia el pago pecuniario de lo acordado.

6 Art. 161.1 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado: El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

7 Opinión Técnica de OSCE N° 003-2022/DTN, del 12 de enero de 2022.

8 Art. 161.4 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

El problema surge con la fiscalización posterior o en una eventual inspección, en la que se comprueba que el servicio, obra o bien recepcionado, no cumple con las especificaciones técnicas o el expediente técnico, provocando el inmediato inicio de las investigaciones, generando que los funcionarios involucrados se vean envueltos en acciones judiciales, dependiendo de la gravedad del hecho.

III.2. Delito de Certificación Falsa sobre Asuntos del Servicio

El legislador peruano redactó el tipo penal de **Certificación Falsa sobre Asuntos del Servicio**, en el artículo 140 del Código Penal Militar Policial, de la manera siguiente:

“El militar o el policía que expida certificación falsa sobre asuntos del servicio, en provecho propio o de otro militar o policía, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien para obtener cargo, puesto, función o cualquier otra ventaja o lo exima de ellos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.”⁹

Este es uno de los tantos delitos en que se puede ver inmerso un servidor público, (en este caso militar o policía en actividad) que labora en las contrataciones públicas, siempre y cuando, no actúe de acuerdo a lo que señala la norma.

Se busca sancionar la conducta maliciosa del personal que, con conocimiento y voluntad plena, no cumple con la norma de

la materia, configurando esto un atentado contra “La fidelidad a la función militar policial, que es un bien jurídico castrense.

III.2.1. Elementos del delito

a) Tipicidad Objetiva

Respecto a las partes o sujetos que participan del delito, se tiene:

- i) **Sujeto activo:** Debe ser cometido por un militar o un policía. Además de encontrarse en actividad, debe desempeñar una función especial, o participar dentro de las etapas de la contratación pública; en este caso, ser el funcionario que expide el “Informe de Conformidad”, sustentando falsamente que el contratista ha cumplido con sus obligaciones, induciendo a error a la entidad, omitiendo que se le cobre las penalidades correspondientes, y obligando a la entidad a pagar la contraprestación por un servicio, bien u obra no cumplida a cabalidad.
- ii) **Sujeto pasivo:** El afectado por la conducta vienen a ser las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú, ambas en representación del Estado.

b. Tipicidad Subjetiva

Cuando el sujeto activo comete la conducta delictiva, debe realizarla con conocimiento y voluntad (dolo) de que está expidiendo información falsa, que va a perjudicar a la institución y beneficiar a un tercero, que viene a ser el contratista, con

9 Art. 140 del Código Penal Militar Peruano.

la finalidad de que este último obtenga un beneficio, que es el no cobro de las penalidades y el pago de la contraprestación contractual.

c. Antijuricidad

En el análisis se debe comprobar que no existan elementos que justifiquen la acción de emitir certificación falsa y, respecto a la culpabilidad, se considera la imputabilidad y conocimiento del injusto penal.

Considero que, en este caso, el funcionario encargado del área usuaria, tiene pleno conocimiento que, si emite una certificación falsa sobre las obligaciones contractuales del contratista, tiene pleno conocimiento de dichos actos, por lo que argumentar lo contrario resultaría ampliamente cuestionable; sin embargo, se debe respetar el principio de inocencia, hasta que se pruebe lo contrario.

d. Bien jurídico

Nos encontramos frente a un delito de función, que afecta a un bien jurídico protegido por el Derecho Penal Militar, que en este caso es la “Fidelidad a la función Militar Policial”, y como señala el español Fernández Segado,¹⁰ el bien jurídico afectado debe vincularse directamente con el ámbito castrense, protegido por la norma, el carácter militar de los deberes cuyo incumplimiento

se tipifica como delito, y sobre todo que el sujeto que comete la conducta delictiva ser un personal militar o policial que se encuentre en la situación de actividad.

Para Juan Carlos Monroy Meza¹¹, en el derecho penal militar, los bienes jurídicos protegidos deben estar vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las FFAA o de la PNP, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y el concepto de delito de función.

IV. TRATAMIENTO PROCESAL

El personal militar o policial comprometido en este delito, a criterio del fiscal militar policial, puede verse involucrado en el **Procedimiento para Asuntos Complejos, que se encuentra regulado en el Capítulo III del Título XI, de Procesos Especiales del Código Penal Militar Policial.**

A este tipo de procesos se les denomina “Especiales”, debido a la complejidad del caso, lo cual será solicitado por el fiscal¹², en virtud de:

- a) La pluralidad de hechos;
- b) El elevado número de imputados;
- c) El elevado número de agraviados; o
- d) Por ser delitos graves.

Una vez solicitado, el juez será el llamado a autorizar su realización, para lo cual se regirá por las disposiciones del Título III del CPMP.

10 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Jurisdicción Militar en la Constitución Española”, pág. 158.

11 MONROY MEZA, Juan Carlos (2015) El Bien Jurídico Protegido en los Delitos de Función Militar policial en el Perú. El Jurista del Fuero Militar Policial. Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Lima, Fuero Militar Policial, pág. 137.

12 Art. 427 del Código Penal Militar Policial.

Características del Procedimiento para Asuntos Complejos:

- a. El acusado puede cumplir una prisión preventiva de tres (3) años, como máximo.
- b. La investigación preparatoria tiene el plazo de un (1) año, prorrogable un (1) año más.
- c. Todo plazo del proceso común, se duplica:
 - (i) Para que las partes realicen actuaciones procesales.
 - (ii) Para celebrar audiencias.
 - (iii) Para la deliberación del tribunal, si el debate es menos de 30 días, podrán deliberar en 3 días y para sentenciar serán 10 días.
 - (iv) Para la deliberación del tribunal si el debate es mayor a 30 días, podrán deliberar en 10 días, y sentenciar en 20 días.
 - (v) Para presentar recursos impugnatorios.
 - (vi) Para la reserva parcial de actuaciones, será de 30 días.
- d. En este tipo de procesos, es común la existencia de una pluralidad de agravados y/o testigos, por lo que el fiscal encargado puede solicitar al fiscal superior, que otros fiscales (adjuntos o suplentes) realicen los interrogatorios, debiendo presentar un informe de las declaraciones.

V. CASUÍSTICA

V.1. Sentencia N° 02- 2016-SSG¹³ (caso público)

La Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial, en la sentencia recaída en el expediente N° 0009- 2015-00-00, por hurto de combustible en la sede central de la Dirección contra el terrorismo (DIRCOTE), condenó a miembros de la Policía Nacional.

En ese caso, algunos miembros de la PNP fueron condenados por el hurto de material destinado al servicio; sin embargo, al ser un caso complejo, hubo miembros condenados por delito de “Certificación Falsa sobre asuntos del servicio”, previsto y penado en el artículo 140° del Código penal Militar Policial, debido a que falsificaron diversos documentos referentes al abastecimiento de combustible, emitiendo información falsa, que benefició económicamente a terceros.

V.2. Sentencia 0001-2015-SSG/REL

En marzo del 2015, la Sala Suprema de Guerra del Tribunal Supremo Militar Policial expidió la sentencia recaída en el Expediente 0003-2015-00-00, que condenó a los responsables a once años y seis meses de pena privativa de libertad por delitos de función, entre otros, de certificación falsa sobre asuntos del servicio, por irregularidades en la adquisición de material del servicio (carpas entre otros).

En ese caso, las conductas imputadas se encontraban relacionadas con el

13 Fuente: <https://rpp.pe/politica/estado/condenan-a-11-anos-de-prision-a-coronel-y-comandante-pnp-por-robar-gasolina-noticia-932639>, visto el 11 ABR 22

cumplimiento de deberes militares o policiales, consistentes en elaborar documentación falsa para gestionar el pago de bienes adquiridos que no fueron oportunamente internados; sin embargo, posteriormente, los involucrados recurrieron al Tribunal Constitucional, logrando revocar la condena por tratarse de delitos comunes.

VI. OPINIÓN DEL AUTOR

Considero que el manejo de fondos públicos a través de los distintos procedimientos de selección, es una labor no sólo de alta responsabilidad, sino que involucra bastante compromiso de los funcionarios y/o servidores que laboran dentro de las distintas fases del procedimiento. Dentro de esos procedimientos, en el caso de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, puede producirse la comisión del delito de “Certificación falsa sobre asuntos del servicio”, por información falsa contenida en el informe de conformidad, con los consecuentes perjuicios económicos para las instituciones castrenses y la Policía Nacional y el indebido beneficio de terceros.

Este perjuicio tiene que ser en provecho de un tercero, que en este caso viene a ser el contratista, que, tras la información falsa contenida en el informe de conformidad, que emite el área usuaria, se beneficia de varias maneras; entre ellas, el cobrar el monto pactado sin haber cumplido sus obligaciones y sustraerse del pago de penalidades, entre otras.

En mi opinión, el funcionario encargado del área usuaria no tiene margen de error para justificar la emisión de información falsa en el informe de conformidad, toda vez que su labor consiste en comprobar que se haya cumplido con lo pactado,

salvo que existan factores externos que atenuen su responsabilidad.

Si el funcionario y/o servidor público encargado del área usuaria se viera inmerso dentro de un proceso penal bajo esta modalidad, podría no sólo recibir una pena privativa de la libertad, sino que podría ser inhabilitado para ejercer cualquier función pública y pagar una indemnización a favor del Estado.

VII. CONCLUSIONES

1. El informe de conformidad es el documento que le va a permitir a la institución, conocer si el contratista cumplió o no con las obligaciones contractuales de acuerdo a las especificaciones técnicas o al expediente técnico; en caso de incumplimiento, le permitirá cobrar las sumas de dinero por concepto de penalidad, resolver el contrato, demandar el pago de indemnizaciones, entre otros; es por ello, que su elaboración implica un importante compromiso y responsabilidad del funcionario a cargo, en otras palabras, es el documento final dentro de las fases del proceso de selección que dará fe al cumplimiento del contrato.
2. En caso de contener información falsa, el funcionario encargado del área usuaria se vería inmerso en el delito de “Certificación Falsa sobre asuntos del servicio”, previsto y penado en el artículo 140° del Código Penal Militar Policial.
3. Este delito, tiene como finalidad sancionar al militar o al policía, que, en el ejercicio de sus funciones, emita certificación falsa, permitiendo que un tercero obtenga un beneficio que no le

- corresponde; esto se puede reflejar en la información contenida en el Informe de Conformidad, que inducirá a la institución a no cobrar penalidades y, por ende, beneficiar económicamente al contratista (tercero), conllevando, además, al favorecimiento del militar encargado del área usuaria.
4. De acuerdo al legislador, la pena que reciben los que incurrir en este delito es una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación, por el perjuicio causado a la institución.
 5. El desempeño irregular en las contrataciones públicas no se limita únicamente a la comisión del delito de certificación falsa, sino que puede involucrar un concurso de delitos de función como el de desobediencia, por no cumplir el mandato normativo, la información falsa, falsificación o adulteración de documentación militar, destrucción de documentación, que perjudican directamente a los bienes protegidos por el Derecho penal militar policial.

Joanna Fischer Battistini¹

LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL A CARGO DEL SENACE Y SU APORTE EN LA PREVENCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES EN EL PERÚ²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS PROCESOS DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL A CARGO DEL SENACE Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL; III. EL PROCESO DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL; IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL; V. LA GESTIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EFECTUADA POR EL SENACE; VI. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA MÁS UTILIZADOS EN LOS PROCESOS DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL; VII. CONCLUSIONES; VIII. DISCUSIÓN; IX. RESULTADOS; X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

La Defensoría del Pueblo ya destacaba a finales del año 2022 que los conflictos sociales derivados de casos socioambientales representaban un 64.5 % de todos los conflictos registrados en el país; de ellos, aquellos vinculados a la actividad minera representaban un 66.9 % del total (Defensoría del Pueblo, 2022).

1 Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. Correo electrónico: jfischer@senace.gob.pe

2 La prevención de los conflictos sociales en el Perú, como en cualquier otro país, son importantes, porque limitan la actuación a futuro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que de escalar el conflicto debe actuar en estados de emergencia o en el control de desbordes político sociales, que como es sabido y visto reiteradamente, genera muertes y destrucción de bienes públicos y privados. Es evidente que en nuestro tiempo hay una fuerte corriente de oposición a la exploración y explotación minera en el país, con el argumento de la contaminación ambiental, real o ficticia. El surgimiento de grupos opositores y organizaciones no gubernamentales ambientales atiza el conflicto social, que debe controlarse desde sus inicios, de allí la importancia de lo que hace el SENACE y el interés de su editor por incluir en esta revista el artículo escrito por Joanna Fischer Battistini.

En números fríos, estas alarmantes cifras nos llevarían a pensar que los mecanismos de participación ciudadana no se encuentran funcionando y, por el contrario, existiría una brecha de diálogo entre los titulares de los proyectos de inversión y quienes de alguna manera se sienten afectados por las actividades a desarrollarse.

No obstante, a lo largo del presente trabajo se muestra data que pone en evidencia que el trabajo que se ha venido desarrollando en SENACE en los últimos años ha venido dando resultados positivos, de modo que actualmente ninguno de los conflictos sociales por razones medioambientales se encuentra vinculado a procesos en los que dicha entidad ha intervenido y aplicado los mecanismos de participación que se han requerido, al aprobar los diferentes instrumentos ambientales puestos a su consideración.

En ese sentido, mecanismos como la avanzada social permiten conocer más de cerca la problemática sobre la cual se desarrollarán los proyectos y prever con anticipación los tipos de mecanismos de participación a utilizarse. Los mecanismos no tradicionales surgidos de la pandemia vienen permitiendo que el panorama de conflictos pueda ser visto de una manera más optimista, con proyectos de inversión estables en los que titulares y afectados concilien sus intereses.

ABSTRACT

The Ombudsman's Office already highlighted at the end of 2022 that social conflicts from socio-environmental cases represented 64.5% of all conflicts registered in the country, of which those related to mining activity represented 66.9% of total conflicts. In cold numbers, these alarming figures would

lead us to think that the citizen participation mechanisms are not working and, on the contrary, there is a dialogue gap between the holders of the investment projects and those who somehow feel affected by the activities to develop.

However, on the contrary, throughout this work, data is evidenced showing that what has been developed in SENACE in recent years has given positive results, so currently, any of the environmental social conflicts are related to proceedings where said entity has intervened and applied the participation mechanisms required to approve the different environmental instruments for consideration.

In this sense, mechanisms such as the social outpost allow us to learn more about the problems on which the projects will be developed and foresee the types of participation mechanisms to be used, with the new application of non-traditional mechanisms arising from the pandemic allowing that conflicts can be seen with more optimism, with stable investment projects in which owners and affected persons reconcile their interests.

PALABRAS CLAVE: Conflictos sociales, participación ciudadana, certificación ambiental.

KEYWORDS: Social conflicts, citizen participation, environmental certification.

I. INTRODUCCIÓN

“Hay algo tan necesario como el pan de cada día y es la paz de cada día. Sin ella, el mismo pan es amargo”; la frase del poeta mexicano Amado Nervo es lírica, pero aplicable al Perú de hoy, que nos obliga a situarnos en la realidad.

De acuerdo con el último reporte realizado por la Defensoría del Pueblo

(Defensoría del Pueblo, 2023), en el Perú a la fecha existen 218 conflictos sociales de los cuales se encuentran activos 157 y latentes 61. La mayoría de ellos en zonas donde la actividad minera tiene presencia: Cusco con 9,2% de participación en conflictos, Apurímac con 8%, Áncash con 6,9% y Puno con 6%; es decir, cuatro regiones concentran el 30% de todos los conflictos sociales.

Es este contexto, una primera lectura apresurada podría llevarnos a plantear la idea de que el sistema de certificación ambiental actual, lejos de coadyuvar a la prevención de conflictos sociales en los lugares donde se desarrollan proyectos de inversión pública o privada, los ha venido generando. Sin embargo, una mirada detallada del problema permitirá concluir que, contrariamente a lo que arrojan estas cifras, **el sistema de participación ciudadana contenido en las normas ambientales ha generado estabilidad**, en beneficio de las inversiones sostenibles y la paz social.

II. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS PROCESOS DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL A CARGO DEL SENACE Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL

Como se menciona, las principales regiones con mayor carga de conflictividad social como Cusco, Apurímac, Áncash o Puno albergan enclaves mineros de modo que se tiende a asociar este tipo de conflictos con dicha actividad. No obstante, es preciso resaltar que desde la creación del SENACE, ninguno de los proyectos de inversión evaluados, no solo en estas zonas sino en todo el país, es decir 66 proyectos de Estudio de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) y/o sus modificaciones (MEIA-d), **se encuentran en situación de conflictividad social**,

de acuerdo con el listado de la Defensoría del Pueblo.

Estos hechos hablan positivamente de la aplicación de los **mecanismos de participación ciudadana** que viene ejerciendo el SENACE y que, aunados a los nuevos mecanismos recogidos por la experiencia de la pandemia, se vienen implementando, como veremos en detalle más adelante.

Actualmente el SENACE cuenta con una cartera de 15 grandes proyectos de inversión en evaluación, que implican US \$ 10,417 millones en inversiones sostenibles, aproximadamente. Estos proyectos se vienen desarrollando en base a la experiencia alcanzada durante los últimos años por lo que, si bien no es posible establecer que ninguno llegue a una etapa de conflicto social, las posibilidades de que ello suceda son bastante escasas (SENACE en Cifras, Certificaciones ambientales).

Es preciso destacar el trabajo no sólo desarrollado por el SENACE sino también por los titulares de los proyectos de inversión y los actores sociales que permiten la participación, gracias a ellos los esfuerzos del SENACE tienen este tipo de resultados.

A continuación, explicaremos cómo se desarrolla el proceso de certificación ambiental que ha contribuido de manera objetiva en la prevención de la conflictividad social en nuestro país.

III. EL PROCESO DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL

La certificación ambiental es un instrumento de gestión a través del cual la autoridad ambiental competente emite un pronunciamiento aprobando o no el estudio de impacto ambiental presentado para su evaluación y certifica finalmente que el

mismo ha cumplido con todos los requisitos establecidos en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Junto a la aprobación del instrumento, se establecen una serie de obligaciones que debe cumplir el titular del proyecto de inversión a fin de prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los impactos ambientales negativos que pudieran generarse a raíz del proyecto que se aprueba (Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM).

La obligatoriedad de obtener una certificación ambiental nace a través de la expedición de la Ley N° 27446 (modificada por Decreto Legislativo 1078), Ley del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental, aprobada en el año 2001 (en adelante Ley del SEIA), y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N°019-2009-MINAM, normas que establecieron que no puede iniciarse la ejecución de ningún proyecto de inversión pública, privada o de capital mixto, cuando impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar un impacto ambiental negativo significativo. De igual forma, ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local puede aprobar, autorizar, permitir, conceder o habilitar dicha obra, si esta no cuenta previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

Cabe señalar que, producto de la citada Ley N° 27446, se crea el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) a través de la Ley N° 29968, otorgándole las funciones de evaluación y aprobación de los “*Estudios de Impacto Ambiental*” detallados y semidetallados cuando corresponda, así como sus modificaciones bajo cualquier modalidad y actualizaciones, los planes de participación

ciudadana y los demás actos vinculados a dichos estudios ambientales.

De esta manera, el SENACE tiene como misión, brindar un servicio de certificación de estudios de impacto ambiental de los proyectos de inversión a las instituciones públicas y privadas de manera oportuna, transparente, con calidad técnica y confiable, comprometiéndose con el desarrollo sostenible del país.

Desde su creación, el SENACE ha venido desarrollando una serie de estrategias de participación ciudadana que tratan de asegurar que la población se encuentre correctamente informada de los alcances de los proyectos de inversión que les afectan, promoviendo al mismo tiempo la participación informada y responsable de todos los interesados en el proceso de evaluación de impacto ambiental, para una adecuada toma de decisiones sobre dichos proyectos, con miras a su desarrollo responsable y sostenible.

IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

Antes de abordar el tema relativo a la participación ciudadana que se desarrolla actualmente en el marco de los procesos de certificación, es pertinente comentar que, si bien la Ley N° 29968 crea el SENACE, posteriormente se emite el Decreto Legislativo N° 1394 que fortalece y optimiza el funcionamiento de las autoridades competentes, en el marco del SEIA, teniendo como finalidad modernizar, mejorar y asegurar una oportuna, efectiva y eficiente evaluación ambiental de los instrumentos de gestión ambiental, a través de precisiones de sus instancias, competencias, regulaciones y funciones.

La principal novedad contenida en el Decreto Legislativo 1394, radica en la Tercera Disposición Complementaria Final, que contiene una disposición que faculta al SENACE, mediante Decreto Supremo refrendado por el ministro del Ambiente, presentar la propuesta de un procedimiento único del proceso de certificación ambiental.

En virtud de este marco normativo, el Ministerio del Ambiente, mediante Resolución Ministerial N° 310-2019-MINAM, de fecha 10 de octubre de 2019, dispuso la publicación del proyecto de Decreto Supremo que aprueba las Disposiciones para el Procedimiento Único del Proceso de Certificación Ambiental del SENACE, con la finalidad de que este último pueda ser compartido con la población y contar con sus respectivos aportes, en especial del sector público, como de personas naturales y personas jurídicas que interactúan directamente con el proceso de certificación ambiental. Así, el 26 de enero de 2022 se emite el Decreto Supremo N° 004-2022-MINAM, mediante el cual se aprueba el Procedimiento Único del Proceso de Certificación Ambiental -PUPCA- del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles.

El PUPCA uniformiza los criterios dispersos de evaluación que venían aplicándose hasta entonces de manera fragmentada y sectorial, contribuyendo a la simplificación administrativa, en tanto estandariza los procedimientos de evaluación de los subsectores ya transferidos al SENACE, tal como sucede en los sectores minería, electricidad, hidrocarburos, transportes, agricultura, residuos sólidos y vivienda y construcción. De este modo, el PUPCA irá regulando los procesos de certificación incluso de los sectores en

proceso de transferencia, conforme al “Cronograma de Transferencia de Funciones de las Autoridades Sectoriales”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2015-MINAM, y modificado por el Decreto Supremo N° 001-2017-MINAM.

Asimismo, el PUPCA obedece a la aplicación del “Principio de Uniformidad” establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Ley de Procedimiento Administrativo General), en virtud del cual, la autoridad administrativa debe establecer requisitos similares para trámites similares, de modo que garantice que las excepciones a los principios generales no serán convertidas en regla general, ya que toda diferenciación se basa en criterios objetivos debidamente sustentados.

El PUPCA coadyuva además a realizar una evaluación más predecible de los estudios ambientales presentados: a partir de su vigencia, ya no es necesario aplicar reglamentos de protección ambiental sectoriales, sino un procedimiento único. Esta predictibilidad introducida por la norma redundante en el cumplimiento de la propia misión del SENACE, que se encuentra orientada al servicio al ciudadano, brindando una respuesta eficiente, eficaz y oportuna en sus procesos.

En este sentido, como ya hemos mencionado, para obtener una certificación ambiental, es necesario previamente revisar el Decreto Supremo N° 004-2022-MINAM, el cual contiene, dentro de sus anexos, toda la información correspondiente para la obtención de la misma, a través de diez (10) procedimientos administrativos recogidos en el artículo 5 del PUPCA, los cuales se inician con la respectiva solicitud del titular, dependiendo del tipo de procedimiento que se desee realizar.

Una vez recibida la solicitud presentada por el titular, se inicia el procedimiento administrativo de evaluación, cuyo plazo dependerá del tipo de procedimiento a realizarse. Los plazos se encuentran entre los 30, 40, 90 o 120 días hábiles, contados desde el día siguiente de admitida a trámite la solicitud, conforme con lo establecido en el artículo 39 y el numeral 142.1 del artículo 142 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.

A manera de conclusión podemos decir que los diez procedimientos administrativos que recoge el PUPCA garantizan la tutela de bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, como es el derecho a que los ciudadanos gocen de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, el derecho de acceso a la información pública y el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, respectivamente (Decreto Supremo 004-2022-MINAM).

La importancia de obtener una “Certificación Ambiental” es encontrar por medio de una evaluación eficiente, los impactos ambientales reales significativos del proyecto, además permite que dentro del desarrollo de la evaluación se ejecuten mecanismos de participación ciudadana, que a continuación desarrollamos.

V. LA GESTIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EFECTUADA POR EL SENACE

El SENACE desarrolla una estrategia de gestión social aplicada en las distintas etapas del proceso de evaluación en un estudio de impacto ambiental, es decir antes de su elaboración, durante su elaboración y durante la evaluación, siendo una de ellas la “Avanzada Social”.

Conforme establece la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 00026-2023-SENACE-PE, que aprueba “*Los Lineamientos de Gestión Social para el fortalecimiento de la Certificación Ambiental del SENACE*”, la “Avanzada Social” es el despliegue inicial que realizan los servidores del SENACE en el área de influencia preliminar de un proyecto de inversión, antes del inicio de la elaboración de un EIA-d, EIA-sd (cuando corresponda), durante sus modificaciones o durante su elaboración, con la finalidad de reconocer y contrastar la información del entorno social y ambiental, sobre la base de lo remitido por el titular o motivada por el equipo evaluador del SENACE, según la necesidad identificada para cada proyecto.

Toda “Avanzada Social” sigue criterios de oportunidad y pertinencia técnica, según las necesidades identificadas relacionadas a cada proyecto de inversión. Se considera la primera interacción presencial y/o no presencial, entre los servidores del SENACE y los grupos de interés, de ahí la importancia de construir y/o afianzar las relaciones de confianza y credibilidad con la población.

Durante la “Avanzada Social”, el SENACE colabora brindando la información a la población sobre cuáles son sus derechos, el área de influencia preliminar sobre el procedimiento de evaluación ambiental, la forma de participación ciudadana y los canales de comunicación para informarse sobre el proyecto. De este modo, el SENACE ayuda a reconocer los aspectos sociales, culturales y ambientales relevantes de la población (antes de la elaboración de un EIA-d, EIA-sd y sus modificaciones). **El SENACE aplica, dentro de la participación ciudadana, el enfoque de género** con la finalidad de generar igualdad de oportunidades tanto para las mujeres como para los varones, dentro de la participación ciudadana; así mismo,

promueve la participación ciudadana con un **enfoque intercultural**, respetando las costumbres culturales de la población.

La avanzada es el primer paso para todo proceso de evaluación ambiental, permitiendo garantizar el derecho a la información y la participación de los ciudadanos en el proceso de elaboración y evaluación de los “Estudios de Impacto Ambiental”.

Estas estrategias se vienen implementado tanto de manera presencial como virtual en la aplicación de los diferentes mecanismos de participación ciudadana. Conforme se puede apreciar del portal interactivo del SENACE, denominado “SENACE en cifras” (SENACE en cifras. Gestión social), se realizaron, entre el 2022 y 2023, 49 acciones de prevención de conflictos desarrollando una estrategia de gestión social en el marco de los talleres participativos o visitas informativas como, por ejemplo, las realizadas el presente año en la ciudad de La Libertad y Loreto de manera presencial.

La participación ciudadana ambiental es el proceso mediante el cual los ciudadanos participan responsablemente, de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y en el proceso de toma de decisiones públicas sobre materias ambientales, así como en su ejecución y fiscalización. Las decisiones y acciones de la gestión ambiental buscan la concertación con la sociedad civil (Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM).

Para introducirnos un poco dentro del ámbito de la participación ciudadana es necesario traer a colación la Ley del SEIA (Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental), que en sus objetivos establecía

el contar con mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación. Cabe recordar que todos los estudios de impacto ambiental y los demás instrumentos de gestión ambiental deberán contener un plan de participación ciudadana, propuesto por el titular del proyecto.

Las leyes ambientales peruanas contienen múltiples y hasta reiterativas referencias a la importancia de la participación ciudadana en los procedimientos para la toma de decisiones públicas relevantes en este campo (planes, programas, disposiciones generales y proyectos), sin embargo, es necesario descender a los reglamentos para encontrar una articulación precisa de todas esas exigencias y afirmaciones de principio contenidas en las leyes (Valencia, 2013).

Como sabemos, el reglamento sobre transparencia, acceso a la información pública y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales del Ministerio de Medio Ambiente, tiene la finalidad de establecer las disposiciones sobre acceso a la información pública con contenido ambiental, para facilitar el acceso ciudadano y regular los mecanismos y procesos de participación y consulta ciudadana en los temas de contenido ambiental.

Asimismo, señala que la participación ciudadana se verifica al menos en los procesos de elaboración y difusión de información ambiental, diseño y aplicación de políticas, normas e instrumentos de la gestión ambiental como planes, programas y agendas ambientales, evaluación y ejecución de proyectos de inversión pública y privada, así como de proyectos de manejo de los recursos naturales en el marco del SEIA, seguimiento, control y monitoreo ambiental, incluyendo las denuncias por infracciones a la legislación ambiental o por amenazas o

violación a los derechos ambientales y la vigilancia ciudadana, y otros que definan las entidades del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

Adicionalmente, se establecen los mecanismos de participación ciudadana que pueden ser realizados por titulares durante el proceso de participación ciudadana, entre los cuales se encuentran las audiencias públicas, talleres participativos, encuestas de opinión y buzones de sugerencias. Además, se ha establecido la posibilidad de ejecutar otros mecanismos de participación ciudadana regulados por la normativa sectorial correspondiente o en aquella emitida por el Ministerio del Ambiente (MINAM).

En este sentido y teniendo como base lo anteriormente desarrollado, el PUPCA establece en su artículo 24 la obligación del titular de presentar una solicitud de evaluación y aprobación del Plan de Participación Ciudadana (PPC), donde debe consignar tanto los mecanismos de participación a ejecutarse antes y durante el proceso, así como durante la evaluación de dichos instrumentos de gestión ambiental.

Deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 64 del PUPCA, el cual señala que el titular debe ejecutar obligatoriamente talleres participativos y audiencias públicas, así como dos mecanismos adicionales a elección del titular, como son las encuestas de opinión o buzones de sugerencia. La elección de estos mecanismos se realiza en virtud de las características particulares de cada proyecto, su magnitud y envergadura, área de influencia (preliminar o no) del proyecto, situación del entorno, sensibilidad ambiental y social, así como el contexto social, económico y cultural de la población o grupos de interés. Dicha elección será evaluada por el SENACE, en el procedimiento de aprobación del PPC.

Adicionalmente, se establece que los titulares pueden formular y proponer en su PPC, para evaluación del SENACE, otros mecanismos de participación ciudadana que no estén mencionados en el PUPCA, siempre y cuando se realicen de manera adicional a estos, es decir, no reemplazan a los obligatorios.

De esta manera, el PUPCA regula el procedimiento de evaluación y aprobación del PPC, que deberán presentar los titulares para las etapas previas a la elaboración, durante la elaboración y la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o sus modificaciones. Cabe señalar que una de las virtudes del PUPCA, respecto a la participación ciudadana, se encuentra en la posibilidad de complementar medios de participación clásicos como las audiencias y/o talleres, con otros de reciente aplicación a raíz del contexto vivido por la pandemia, como son métodos virtuales, mediante radio, televisión e incluso el uso de plataformas informáticas.

Sobre este particular, destacamos el grado de participación obtenido a través de estas nuevas herramientas, el mismo que da cuenta del incremento de la participación ciudadana a través de medios electrónicos, virtuales u otros medios de comunicación, según sea posible. Esto es factible debido a que mediante el Decreto Legislativo N° 1500, se establecen medidas especiales para reactivar y optimizar la ejecución de los proyectos de inversión pública, privada y público privada, ante el impacto de la COVID - 19.

Teniendo en cuenta la experiencia obtenida en los últimos años con la participación ciudadana a través de dichos medios, el SENACE ha considerado importante el uso de ambos medios de participación, legitimando así no sólo el derecho de participación directa, inmersa en los mecanismos

de participación clásicos, sino también, mediante la difusión de métodos que en la experiencia han consignado una mayor participación de otros agentes que quizá no eran recogidos por la diferencia del método utilizado, garantizando así un mayor acercamiento de la gente al conocimiento de los alcances de los proyectos de inversión que pueden afectarlos directa o indirectamente.

Se recalca que, a la fecha, de los 66 proyectos evaluados y aprobados por SENACE, donde se han utilizado diversos medios de participación ciudadana, **ninguno se encuentra dentro de los proyectos con conflicto social recogidos en la Defensoría del Pueblo**, lo que habla favorablemente de los sistemas de evaluación que se vienen utilizando y que se refuerza con la aplicación de un sistema único de evaluación nacido de la propia experiencia del SENACE, de los últimos siete años de trabajo.

VI. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA MÁS UTILIZADOS EN LOS PROCESOS DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL

Conforme se aprecia en el Portal Interactivo de Gestión Social en la página web del SENACE, desde 2016 hasta febrero de 2023, el SENACE ha realizado 716 talleres participativos y 129 audiencias públicas, como parte de su proceso de certificación ambiental.

Hasta el 2019, antes de la pandemia de la COVID-19, ambos mecanismos de participación ciudadana se realizaban de manera presencial en su totalidad. A raíz de

la pandemia, a partir del año 2020, a fin de cumplir con la participación ciudadana, los proyectos realizaron sus talleres y audiencias de manera virtual o mixta.³

Del cuadro, se puede observar que durante el año 2020 a 2022, el 73% y 41% de talleres participativos y audiencias públicas, respectivamente, se realizaron de manera virtual. Por otro lado, en lo que va del 2023, el 96% de talleres participativos se realizaron de manera presencial y el 4% en formato mixto.

VII. CONCLUSIONES

1. La manera como SENACE viene trabajando el tema de participación ciudadana y la metodología que utiliza en todo el proceso de evaluación revelan un proceso transparente hacia las comunidades y ciudadanía en general.
2. El SENACE cuenta con el mecanismo de “Avanzada Social”, que procura obtener información relevante del entorno social y ambiental del área de influencia preliminar de un proyecto de inversión, a fin de encontrar los mejores mecanismos a ser utilizados en cada caso concreto.
3. A los mecanismos de participación ciudadana tradicionales como las audiencias y/o talleres se ha sumado el uso de nuevas herramientas que garantizan una participación ciudadana efectiva, por ejemplo, a través de medios electrónicos, virtuales u otros medios de comunicación cuando es posible.

3 Abundante referencia a la labor de SENACE, en todos los ámbitos de su obligación y los datos estadísticos pertinentes pueden encontrarse en la página web: <https://www.gob.pe/senace>.

4. La participación ciudadana aplicada por el SENACE viene asegurando inversiones responsables y estables. En ese sentido, ninguno de los instrumentos aprobados por el SENACE a la fecha y en los que se han desarrollado mecanismos de participación, se encuentra en conflicto.

VIII. DISCUSIÓN

Actualmente se vienen presentando una serie de conflictos sociales, principalmente relacionados con el despliegue de proyectos de inversión; sin embargo, es conveniente determinar si dichos conflictos se deben a una inadecuada implementación de procedimientos de participación ciudadana o, si, por el contrario, el desarrollo de éstos en los últimos años, especialmente a raíz de la creación del SENACE, vienen dando resultados positivos.

IX. RESULTADOS

Del análisis de la información recopilada por la Defensoría del Pueblo se evidencia que, a la fecha, ninguno de los proyectos aprobados por el SENACE se encuentra entre los conflictos sociales reportados por dicha institución. En ese sentido, se puede concluir que el despliegue de los distintos métodos de participación ciudadana en los procesos sin conflicto viene dando resultados positivos, generando confianza en los mismos proyectos de inversión en el país.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DECRETO SUPREMO N° 002-2009-MINAM, Aprueba el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales.

DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental - Anexo I. Definiciones.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2022 <https://www.defensoria.gob.pe/la-defensoria-del-pueblo-registro-211-conflictos-sociales-durante-el-mes-de-septiembre-2022/#:~:text=En%20cuanto%20a%20la%20tipolog%C3%ADa,socioambientales%2C%20es%20de%2066.9%20%25.>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2023. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. Reporte de Conflictos Sociales N° 228. Febrero 2023. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/03/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-228-Febrero-2023.pdf>.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO SUPREMO N° 004-2022-MINAM, Disposiciones para el Procedimiento Único del Proceso de Certificación Ambiental del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE.

LEY N° 27446 - LEY DEL SEIA, modificada por el Decreto Legislativo N° 1078.

SENACE en Cifras. Certificaciones ambientales. SENACE <https://www.senace.gob.pe/senace-en-cifras/portal-interactivo-de-certificaciones-ambientales/>

SENACE en Cifras. Gestión social. SENACE (<https://www.senace.gob.pe/senace-en-cifras/portal-interactivo-de-gestion-social/#social>).

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

VALENCIA MARTÍN. G., 2013 “La participación ciudadana en el procedimiento administrativo” en Revista de Derecho Administrativo, N°. 13, 2013, págs. 375-398.

Cedelina Norma Vargas Padilla¹

EL DEBIDO PROCESO EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBIDO PROCESO; III. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO; IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA MILITAR; V. DEBIDO PROCESO EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL; Y VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La autora expone los antecedentes históricos del debido proceso, su concepto, como se entiende esta institución jurídica en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, en la Constitución Política del Perú y en las leyes procesales peruanas. Afirma, citando diversos artículos del Código Penal Militar Policial, que el debido proceso se encuentra previsto en este Código y en el Fuero Militar Policial se cumplen tales preceptos.

ABSTRACT

The author exposes the historical background of due process, its concept, how this legal institution is understood in international instruments on Human Rights, in the Political Constitution of Peru and in Peruvian procedural laws. It affirms, citing various articles of the Police Military Penal Code, that due process is provided for in this Code and in the Police Military Jurisdiction such precepts are met.

1 Abogada.

PALABRAS CLAVE: Debido proceso, justicia militar policial, Código Penal Militar Policial, instrumentos internacionales sobre debido proceso.

KEYWORDS: *Due process, military police justice, Military Police Penal Code, international instruments on due process.*

I. INTRODUCCIÓN

En 1887, el escritor inglés Lord Acton, en una carta remitida al obispo Mandell Creighton, acuñó una frase que ha quedado para la posteridad: “*El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente.*” Aunque dicha frase sea controvertida en razón de que el hombre no es un ser indefenso a ser influenciado por un medio que puede ser el más vil, quizá sea este el motivo por el que desde siglos atrás, el hombre consiente de que es necesaria la intervención punitiva del Estado para mantener la convivencia social, también busca establecer parámetros y límites dentro de un proceso penal, orientado hacia fines represivos y restaurativos; en el que en todo momento se respete en absoluto la dignidad humana.

El concepto debido proceso, como se presenta en este artículo, tiene origen en el derecho anglosajón, siendo tenido después como mandato en la normativa internacional vinculante en la mayor parte de Latinoamérica y a nivel mundial.

En ese sentido, también dicha garantía está contenida dentro de la parte dogmática de nuestra Constitución, por lo que el Supremo Intérprete, en reiterada

Jurisprudencia,² ha señalado que el cumplimiento de este garantiza que el procedimiento o proceso en que se encuentre una persona sea justo, siendo este derecho continente aplicable hacia todo órgano que ejerza funciones jurisdiccionales o incluso administrativas.

En tal virtud, y sabiendo que la justicia militar policial encuentra plena justificación de su existencia en base a las necesidades funcionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no queda exenta de que se apliquen en su ámbito estándares internacionales de Derecho, así como los derechos constitucionales contingentes a un Estado Democrático; por ello, el Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo 1094, de 1 de setiembre del 2010, contiene en su Título Preliminar, artículo III, la disposición por la que los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales ratificados por el Perú, tienen incluso prevalencia sobre la normativa sustantiva y procesal aplicable en la jurisdicción militar policial.

Bajo esta premisa se puede señalar como un claro ejemplo de aquello, que dentro de la parte procesal del referido Código se estatuya, entre otras garantías: la necesidad de un juicio previo para la condena, actuación libre e independiente de los magistrados, igualdad de trato a las partes, respeto al derecho de defensa, entre otros. Por ello, en el presente artículo se comentará aspectos del debido proceso dentro de la justicia militar policial, así como su justificación.

2 Sentencias del Tribunal Constitucional (Perú) [STS]. Exp. N° 6149-2006-PNTC Y 6662-2006-PNTC (11 de diciembre del 2006). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf>

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBIDO PROCESO

Jiménez³ (2019) refiere que es posible hallar el origen del Debido Proceso en el “*law of the land*” de la Carta Magna de 1215, durante el reinado de Juan Sin Tierra, más precisamente en el texto siguiente:

“*Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino (cláusula 39)*”⁴

Ferrer (2015)⁵ señala por su parte, que dicha idea fue evolucionando hasta consagrarse bajo el reinado de Eduardo III en 1354, en el que esta garantía “*due process of law*” contiene tanto el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares, limitándose la condena realizada por el Rey o incluso por comisiones particulares; mientras que, por otro lado, se preveía el juzgamiento

conforme al orden jurídico y no a voluntades particulares.

Rodríguez (2015)⁶ agrega que la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, surgida en un contexto en el que las leyes se sometían a la voluntad del soberano, contenía el anhelo del desarrollo de un proceso con pleno respeto de los derechos del hombre.

García (2006)⁷ señala, por su parte, que este Derecho ingresó a la constitución estadounidense en dos momentos, primero a través de las enmiendas V y XIV, tutelando bienes como la vida, la libertad y la propiedad y en un segundo momento a través de las enmiendas VI y VIII, que puede corresponder al debido proceso adjetivo.

En ese sentido, es posible afirmar que el Debido Proceso tiene su origen en el derecho anglosajón inglés; no obstante, también pasa a ser utilizado por el Derecho penal internacional. Un claro ejemplo de ello nos da Agudelo⁸ (2004), para quien el fiscal norteamericano Jackson, en su acusación durante el proceso en el Tribunal de Nuremberg, utiliza la frase: “*homenaje que*

3 Jiménez, J. (2019).- El derecho humano a un debido proceso frente al procedimiento administrativo peruano. Revista oficial del Poder Judicial. 9 (11), 325-354. <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.11>

4 Carta Magna expedida el 15 de junio del 1215 durante el Reinado de Juan Sin Tierra (1215). Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>

5 Ferrer, F. (2015). - El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.14 (1), 155-184.

6 Rodríguez, J. (2015). -La evolución de los Derechos Humanos en el sistema Penal Colombiano. La materialización de la Dignidad humana y el debido proceso una mirada desde 1789. Monografía para optar el grado de Magister en Derecho Penal. Universidad Libre de Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9364>

7 García, S. (2006). El debido proceso: Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Boletín mexicano de derecho comparado, 39(117), 637-670. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000300002&lng=es&tlng=es

8 Agudelo, M. (2004). - El debido proceso. Opinión Jurídica, 4(7), pp: 89-105. Disponible en <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1278>

el poder debe rendirle a la razón”, significando que para el sometimiento de hombres a un proceso es imprescindible la justicia y el respeto de su dignidad.

III. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

Espinoza y Hurtado⁹ (2005) definen al debido proceso como el “*conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.*”

Por ello también Landa y Ferrer (2013)¹⁰ lo consideran como un derecho humano de naturaleza procesal orientado a proteger a las personas en un proceso hacia la búsqueda de una solución más justa, que conlleva dentro de sí un conjunto de garantías e institutos procesales.

Ramírez¹¹ (2018) tomando la universalidad de este derecho humano, hace referencia al ordenamiento jurídico alemán, en el sentido que afirma que para que se cumplan los requisitos de un debido proceso es menester que las partes se desenvuelvan en un procedimiento justo.

Al respecto de la categoría de Derecho Humano, agregan Landa y Ferrer (2013), que se justifica esta denominación por su naturaleza universal, siendo que además es el más demandado dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con respecto a ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagró en 1948, en su artículo 10, el derecho de toda persona de que en situación de igualdad sea atendida por un tribunal independiente e imparcial, que determine sus derechos y obligaciones con justicia en el marco de una acusación penal.

Años después, otro dispositivo jurídico internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, prescribe, en su artículo 14, un conjunto de garantías cuyo cumplimiento es exigible por todas las personas sometidas y oídas por tribunales que deben ser independientes e imparciales.

A nivel regional, también tenemos normativa propia al respecto, prueba de ello es el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que, bajo el epígrafe de Garantías Judiciales, presenta una serie de mandatos de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados sometidos por la norma jurídica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “*el artículo 8 reconoce el llamado debido proceso legal, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.*”

El Perú tiene consagrado este derecho a lo largo de su historia constitucional, que

9 Espinoza, C. y Hurtado, A. (2005). - El Debido Proceso en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Jurídica. Chile.

10 Landa, C y Ferrer, M. (2013). - Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Advocatus*, (29), 27-46. <https://doi.org/10.26439/advocatus.2013.n029.4232>

11 Ramírez, L. (2018). - El debido proceso como un Derecho Humano.

para Rubio deben ser tomados como “*antecedentes de declaración al debido proceso*”, hasta la Constitución de 1979, que en su artículo 2, numeral 20, literal l), prescribe, al igual que la Constitución de 1993, el contenido del debido proceso en los términos siguientes:

“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción establecida por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación.”¹²

Tomando en cuenta, por tanto, toda la normativa jurídica internacional y nacional al respecto, podemos decir con Bustamante (2021)¹³ que:

“El debido proceso es un derecho fundamental que se encuentra como norma positiva constitucional y, para abordarlo, hay que comprenderlo como parte de los derechos humanos reconocidos por los Estados en sus cartas políticas y mediante los tratados por los que se compromete.”

IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA MILITAR

Podemos encontrar que, desde el Derecho Romano, se pueden ubicar disposiciones específicas en el ámbito militar, como por ejemplo el Digesto de Justiniano, sobre la *Re militari* que otorgaba especificidades al oficio militar, siendo estas utilizadas durante el medioevo e incluso por algunos estados nacionales ya en la era moderna, tal como lo señala Rial (2010)¹⁴. Refuerza esta afirmación Delpón (2007)¹⁵ y haciendo una referencia al delito de deserción afirma que este era considerado dentro de la historia militar de Roma como un *crimina*, siendo por tanto merecedor de una pena pública.

Por otro lado, en América, una vez producida la independencia de varias de las colonias de España y no habiendo aún legislación propia, continuó rigiéndose por las antiguas normativas de la Península Ibérica. En el Perú, nos dicen Chirre y Caballero (2006),¹⁶ que según el artículo 18 del Reglamento Provisional de Huaura, así como el artículo 121 de la Constitución Política de 1823, quedaban aun en vigencia las leyes y

-
- 12 Constitución Política del Perú [Const]. (1993), tit. IV, cap. VIII, art. 139. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- 13 Bustamante, S.; Mujica, M.; Muñoz, A. y Rojas, D. (2021). -El Debido Proceso como Derecho Fundamental. Estudio del proceso desde la teoría del Derecho. Universidad Privada del Norte.
- 14 Rial, J. (2010). - La justicia militar: entre la reforma y la permanencia, Buenos Aires, RESDAL. Disponible en <https://www.resdal.org/justicia/libro-justicia-militar-final.pdf>
- 15 Delpón, M. (2007). - Evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Histórico Militar: Desde el Constitucionalismo decimonónico hasta nuestros días. Cuadernos de Historia del Derecho. 14:117-165. Disponible en file:///C:/Users/Admin/Downloads/20217-Texto%20del%20art%C3%ADculo-20257-1-10-20110603%20(1).PDF
- 16 Chirre, E. y Caballero, B. (2006). - La justicia Militar en el Perú. Lex Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la Universidad Alas Peruanas.4(6):311-322

ordenanzas que no fueran contrarias a los principios de libertad e independencia.

En la Constitución de 1834¹⁷ se califica a los tribunales militares como especiales y se establece la forma de su composición, de la forma siguiente:

Artículo 110°.- Habrá también un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales, y un Fiscal, nombrados por el Congreso. Asimismo, tribunales especiales para el comercio y minería. La ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus vocales y sus respectivas atribuciones. (p.16).

Las Constituciones de 1856, 1860 y 1867 no realizan mayores aportes hasta la Constitución de 1920, que en el artículo 156 delimita su jurisdicción:

*“Art. 156°.- La justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional.”*¹⁸

No obstante, en la Constitución de 1933 se dejó sin efecto esta disposición, estableciéndose: *“Artículo 229.- La ley*

*determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas.”*¹⁹, delimitando no solo en función del sujeto sino del fin perseguido.

En este estado, el Código de Procedimientos Penales de 1940, en su artículo 10, sobre Jurisdicción Especial, indica:

*“Artículo 10.- La instrucción y el juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo; por menores de dieciocho años; o de los que por su naturaleza o por la condición personal del agente sean objeto de leyes especiales, caerán bajo la jurisdicción privativa de la Corte Suprema de la República, de los Tribunales Correccionales, de la especial de Menores, o de los Tribunales de Guerra, Militares, Navales o de Policía, según los casos.”*²⁰ (resaltado agregado).

Redacción que según San Martín (2005)²¹ resulta muy llana en razón que solo delimita en función de la condición personal del imputado y no como lo señala la Constitución en razón de la naturaleza de las cosas.

17 Constitución Política del Perú [Const]. (1934), tit. VI, art. 110. Disponible en <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/Constitucion-1834.pdf>

18 Constitución Política del Perú [Const]. (1920), tit. XVII, art. 156. Disponible en https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf

19 Constitución Política del Perú [Const]. (1933), tit. VI, art. 229. Disponible en https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1933/Cons1933_TEXTO.pdf

20 Código de Procedimientos Penales (1940). Libro Primero. Título I, art. 10. Disponible en <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682693>

21 San Martín, C. (2001). -Algunos aspectos de la Justicia Militar. La reforma del derecho penal militar - Anuario de derecho penal 2001-2002. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2001_07.pdf

Por otro lado, la Constitución de 1979, reconoce taxativamente, en su artículo 232, numeral 2, la existencia de la justicia militar en su rol jurisdiccional; y en el artículo 282 el juzgamiento de militares y policías solo en casos de delito de función, siendo excluidos de este fuero los civiles, a excepción del delito de Traición a la Patria en caso de guerra exterior.

En ese mismo sentido, la actual Constitución, establece en su artículo 139, numeral 1: *“No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”* y en el artículo 173 reconoce la competencia no solo en razón de la persona sino por la comisión de delitos de función, en los que será de aplicación el Código de Justicia Militar Policial.

En relación a los códigos de justicia militar, San Martín (2001)²² señala que el primero fue promulgado en 1898, estableciendo entre alguna de sus disposiciones, criterios de competencia; el segundo código fue expedido en 1939 repitiendo muchas de las disposiciones anteriores y reafirmando la razón del fuero en la naturaleza de las cosas; el tercer código de 1950, por su parte, organiza el Cuerpo Jurídico. En relación al cuarto Código de Justicia Militar de 1963, dejaba regular aspectos de las leyes no obstante con limitaciones en razón de la naturaleza de las cosas, mientras que el quinto código en 1980 buscaba tener concordancia con la Constitución del 1979.

Posteriormente a estos códigos, Monroy (2021)²³ manifiesta que mediante Decreto Ley N° 23201, se dictó la Ley Orgánica de Justicia Militar, modificándose años después mediante ley 26677, y en 2005 se promulgó la ley N° 28665 denominada Ley de Organización y Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, hasta el 2008 en que la ley N° 29182 queda estatuida como Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

Al respecto de los últimos códigos en justicia militar, Monroy (2021)²⁴ agrega que mediante Decreto Legislativo N° 961 de 2006, se promulgó el Código de Justicia Militar Policial para, finalmente, cambiarse en el 2010 hacia el Código Penal Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo 1094.

V. DEBIDO PROCESO EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Durand Ugarte vs Perú, señaló que:

“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. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de

22 San Martín, C. (2001). -Algunos aspectos de la Justicia Militar. La reforma del derecho penal militar - Anuario de derecho penal 2001-2002. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2001_07.pdf

23 Monroy, J. (2021). - El Proceso Penal Militar Policial en el Perú. Jurista Editores, Lima, Peru.

24 Ibidem

civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (p.38).²⁵

Con respecto a la justicia militar, Salmon y Blanco (2012) afirman que “el *debido proceso debe ser salvaguardado en toda situación en la que afecten los derechos humanos, incluyendo aquellas que supongan el ejercicio competente de la justicia militar*” (p.177)²⁶.

Por lo tanto, corresponde, en este estado, delimitar los derechos que contiene el debido proceso a fin de correlacionarlos con la normativa procesal en el Código Penal Militar Policial.

V.1. Derecho al juez predeterminado por ley

La sentencia recaída en el expediente N° 0290-2002-HC/TC²⁷ indica que esta prerrogativa es una manifestación del derecho al debido proceso, teniendo dos ámbitos; el primero, por el que quien juzga debe tener potestad jurisdiccional, estando, por tanto, prohibida la delegación a comisiones particulares; mientras que, en el otro ámbito, podemos señalar que se exige a la jurisdicción

y competencia la predeterminación por la ley.

Respecto a la potestad jurisdiccional, el artículo 139, numeral 1, reconoce a la justicia militar como independiente, teniendo para Vidal (2005)²⁸ espacio dentro del constitucionalismo peruano, especialmente a través del artículo 233 de la Constitución de 1979.

En cuanto a su jurisdicción y competencia, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, reconoce su jurisdicción para militares y policías en actividad, quienes cometan tipos penales contemplados en dicho código; por lo tanto, merece en este estado señalar los elementos del delito de función, determinados por la jurisprudencia, como la sentencia EXP. N° 02557-2009-PHC/TC:

“a) el hecho debe ser cometido por un agente en situación de actividad; b) la conducta imputada debe ser cometida en el ejercicio de las funciones policiales o militares, es decir, en acto de servicio; y c) que el acto en cuestión infrinja un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses, el que además se configura

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Durand Ugarte vs Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf

26 Salmon, E. y Blanco, C. (2012).- El derecho al debido p https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf foceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú. https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

27 Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 0290-2002-HC/TC (06 de enero del 2003). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00290-2002-HC.html>

28 Vidal, F. (2010). - La Constitución comentada. Tomo II. Compilador Walter Gutiérrez. Editorial Gaceta Jurídica, Lima

de los fines constitucionales y legales establecidos a dichas instituciones.” (Párrafo 8)²⁹.

Por otro lado, la competencia, según Gozaini (2017), significa que “*El órgano judicial que recibe la demanda debe tener jurisdicción, esto es, que quien vaya a representar el poder-deber de juzgar cuente con los atributos exclusivos y excluyentes que acreditan la función.*”³⁰ En ese mismo sentido, el Código Penal Militar Policial, en su artículo 178, establece que: “1. *La competencia objetiva, funcional, territorial y por conexión; 2. Por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso.*”

V.2. Juez imparcial

Rosas (2009)³¹ señala que esta garantía rige el actuar de los magistrados, quienes, alejados de subjetividad y contaminación de acto procesal previo, no deberán romper el equilibrio de la balanza de la justicia, por lo que sus decisiones deberán ser transparentes; siendo esto exigible no solo a los jueces sino a fiscales, policías y otros funcionarios.

Por su parte, Bordalí (2009)³² señala que tomando en cuenta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imparcialidad de los jueces tiene una vertiente subjetiva y otra objetiva. La vertiente subjetiva, según la sentencia 60/2008 del el Tribunal Constitucional Español, consiste en:

“(…) *que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; y, (...) que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra*” (Fundamento jurídico 3)³³.

Mientras que la imparcialidad objetiva, según la Sentencia STC 36/2008 del mismo órgano, “*se dirige a garantizar que los jueces y magistrados que intervengan en (...) una causa se acerque a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso*” (Fundamentos Jurídico 2.2)³⁴.

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho al juez

29 Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 02557-2009-PHC/TC (11 de noviembre del 2009). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02557-2009-HC.html>

30 Gozaini, O. (2002). -Elementos del Derecho Procesal Civil. Colección de Análisis Jurisprudencial, Editorial La Ley, Buenos Aires. Disponible en <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf>

31 Rosas, J. (2009). - Manual del Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Proceso Penal. Jurista Editores, Lima.

32 Bordalí, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de derecho (Valparaíso), (33), 263-302. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>

33 Sentencia del Tribunal Constitucional de España 60/2008, de 26 de mayo. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6292#ficha-tecnica>

34 Sentencia del Tribunal Constitucional de España 36/2008, de 25 de febrero de 2008. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2008/03/28/pdfs/T00029-00037.pdf>

imparcial como parte del debido proceso, no obstante, a que este no está señalado explícitamente dentro del artículo 139, numeral 3. Su justificación se deriva de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, por la que todos los derechos fundamentales se interpretarán y aplicarán de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano. (párrafo 49).³⁵

En el ámbito militar policial, el artículo 145 de su Código Penal, correspondiente a los principios y garantías procesales, estatuye que las decisiones de los magistrados en cada etapa del proceso se realizarán con independencia; en ese mismo sentido, del artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, podemos deducir que la función jurisdiccional y fiscal en este Fuero no se encuentra sometida a dependencia o subordinación.

V.3. Plazo razonable

Para Oré (2016) constituye un principio, en virtud del cual el órgano jurisdiccional tiene el deber u obligación de emitir, en un tiempo prudencial, un pronunciamiento que ponga fin al proceso en que se encuentra el imputado (p. 145)³⁶.

Encuentra pleno reconocimiento internacional en el artículo 14, numeral 3,

inciso c., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que a la letra dice:

“(...) toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (resaltado agrgado).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, señala tres elementos para determinar, de acuerdo al caso concreto, si es que en un proceso hay retraso indebido: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (párrafo 77).³⁷

Por su parte el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 000295-2012-PHC/TC, ha fijado como precedente que el plazo razonable es un derecho de naturaleza inclusiva, porque su cobertura no solo involucra al imputado sino (también) a la víctima o incluso al actor civil, dado su derecho a obtener satisfacción jurídica en un plazo razonable.³⁸

35 Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. 6149-2006-PNTC Y 6662-2006-PNTC (11 de diciembre del 2009). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf>

36 Ore, A. (2016). -Derecho Procesal Peruano. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf

38 Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. EXP. N. 0 00295-2012-PHC/TC (14 de mayo del 2015). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00295-2012-HC.pdf>

Los plazos en el Código Procesal Penal, para delitos comunes, es de sesenta días para la investigación preliminar (artículo 334.2) y siguiendo la línea jurisprudencial de la Casación 02-2008 - La Libertad, es posible inferir que, en casos simples, incluso el plazo total de la investigación preliminar puede ser de 120 días. Para los casos complejos, el artículo 342.2 dispone el plazo de 8 meses.

Por otro lado, en la investigación preparatoria propiamente dicha, el plazo establecido en el artículo 342° para las investigaciones simples es de 120 días naturales, prorrogables por 60 días naturales más, y para casos complejos el plazo es de 8 meses.

Para delitos de función, y en aplicación del artículo 30 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, así como del artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, que dispone que se puede aplicar, de manera supletoria, las normas sustantivas y procesales del Fuero Común en casos de vacío de la legislación privativa, el plazo de la investigación preliminar, conforme al artículo 334 del Código Procesal Penal, es de 60 días, siendo el plazo de la prórroga, conforme a la Casación N° 02-2008- La Libertad, de seis meses.

En cuanto a la investigación preparatoria en el Fuero Militar Policial, como ya se señaló antes, según el artículo 368 del Código Penal Militar Policial es de seis meses,

siendo prorrogable por seis meses más si el juez considera que el plazo ha sido insuficiente; no obstante, incluso se puede solicitar a la Sala Suprema Revisora del Tribunal Supremo una prórroga que no exceda de tres meses, cuando no se ha llevado en concreto un acto de investigación (artículo 369 del Código Penal Militar Policial).

V.4. Ne bis in ídem procesal o interdicción de persecución penal múltiple

La Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el EXP. N° 2050-2002-AA/TC, señala que este principio está referido a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, indicando que se encuentra implícito en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, por ser parte del debido proceso.³⁹

El artículo XIII del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial (Prohibición de doble incriminación) prescribe que *“Ningún militar o policía será procesado o sancionado penalmente más de una vez en el Fuero Militar Policial cuando exista la identidad del sujeto, hecho y fundamento.”*

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 02704-2012-PHC/TC, concurre copulativamente esta triple identidad en el sujeto activo, de hecho (misma conducta: acciones u omisiones) y de fundamento (mismo contenido del ilícito penal o calificación legal).⁴⁰

39 Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. EXP. N. 2050-2002-AA/TC (16 de abril del 2003). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>

40 Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. EXP. N. 02704-2012-PHC/TC (24 de mayo del 2013). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02704-2012-HC.html>

VI. CONCLUSIONES

El debido proceso se encuentra garantizado por tratados internacionales, así como por nuestra Carta Magna, en la que también se ha reconocido que si bien es cierto hay unidad y exclusividad en la función jurisdiccional, se admite jurisdicciones como la militar y la arbitral; no obstante, en estas jurisdicciones, según normas internacionales en materia de Derechos Humanos, también se debe respetar las garantías del debido proceso.

El Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1094, se encuentra en plena consonancia con dicha garantía, ya que desarrolla en su Título Preliminar, así como en sus otros artículos, derechos implícitos al debido proceso; por tanto, todos los procesos que se lleven a cabo en el Fuero Militar Policial deberán desarrollarse respetando los derechos de los justiciables, en un marco de búsqueda de la justicia para restablecer y proteger los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Javier Oswaldo Salazar Morales¹

EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL TIPO PENAL DE DESOBEDIENCIA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TAXATIVIDAD PENAL; III. PROPUESTAS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE DESOBEDIENCIA; IV. JURISPRUDENCIA DEL FUERO MILITAR POLICIAL; V. CONCLUSIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El principio de legalidad exige taxatividad en cualquier tipo penal, como en los tipos penales de competencia del Fuero Militar Policial. El delito de Desobediencia, regulado en el artículo 117° del vigente Código Penal Militar Policial, no cumple dicho mandato de certeza; por lo que, a fin de que los efectivos militares y policiales no sean imputados y sentenciados de forma arbitraria por su comisión, se propone la aplicación del principio de mínima intervención y lesividad del Derecho penal, principio de consunción, su interpretación restrictiva y estimar la condición objetiva de punibilidad que el tipo contiene; sin perjuicio de su necesaria y urgente modificación.

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, correo electrónico: javierosw2016@gmail.com.

ABSTRACT

The principle of legality requires limitation in any criminal type, as in the criminal types of jurisdiction of the Military Police Jurisdiction; the offense of Disobedience regulated in art. 117 of the current Military Criminal Police Code does not fulfill said mandate of certainty; therefore, so that the military and police forces are not imputed and sentenced arbitrarily for their commission; it is proposed the application of the principle of minimum intervention and lesividad of the criminal law, the principle of consumption, its restrictive interpretation and to estimate the objective condition of punishability that the type contains; without prejudice to its necessary and urgent modification.

PALABRAS CLAVES: Derecho Penal Militar, principio de taxatividad, tipo penal de Desobediencia, principio de mínima intervención y lesividad, principio de consunción, interpretación restrictiva, condición objetiva de punibilidad.

KEYWORDS: Military Criminal Law, principle of limitation, penal type of Disobedience, principle of minimum intervention and lesividad, principle of consumption, restrictive interpretation, objective condition of punishability.

I. INTRODUCCIÓN

Después de cuatro años aproximadamente de haberse publicado el presente artículo en la revista Actualidad Penal N° 53, de noviembre del año 2018, se ha observado varios pronunciamientos sobre el problema planteado en dicha oportunidad referente a las deficiencias en la tipificación e interpretación del delito de Desobediencia por parte de la magistratura del Fuero Militar Policial; siendo así que, a través de su actualización en varios puntos y remisión a nueva jurisprudencia del Fuero Militar Policial, es que nos propusimos la difusión del mismo a través de la revista especializada “El Jurista del Fuero Militar Policial”.

El principio de taxatividad o mandato de determinación (*lex certa*), como uno de los presupuestos del principio de legalidad penal,^{2,3} es un principio exigible al legislador o a quien haga sus veces, al momento de crear cualquier tipo penal;⁴ por lo que, dicho presupuesto o principio se irradia tanto en el derecho penal común, el derecho penal castrense y el derecho administrativo sancionador y disciplinario (*ius puniendi*).

El Código Penal Militar Policial (CPMP) vigente regula el tipo penal de Desobediencia en el artículo 117, el mismo que es materia de discusión y cuestionamiento

2 “El principio de determinación es el último y más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad”. URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Determinación de la Ley Penal*. Recuperado de <<http://www.cienciaspenales.net>>.

3 El principio de legalidad que exige como postulados básicos: la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*), la prohibición de cláusulas legales indeterminadas o abiertas (*lex certa*); y la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

4 “35. (...) el dato de certeza determinación -lex certa- impone al legislador, el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada (...)” CAS. N° 92-2017 Arequipa.

por parte de los operadores jurídicos de las fiscalías, juzgados, tribunales del Fuero Militar Policial u otros profesionales del derecho vinculados al mismo, debido a la falta de certeza en su regulación, lo que puede generar inseguridad jurídica y ausencia de predictibilidad en su aplicación concreta. Mas aun, cuando el principio de legalidad y su certeza configurativa del tipo deben entenderse como la carta magna del ciudadano y toda restricción de su contenido afectara los derechos fundamentales de la persona.⁵

Si bien hace un siglo, aproximadamente, la ley penal, según Franz Von Liszt, se constituía en la «Carta Magna del delincuente», considerando que, como consecuencia del principio de legalidad, “la ley no sólo es la fuente del derecho a castigar, sino, asimismo, su límite no garantiza sólo la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también de éstos frente al poder del Estado”, hoy en día se puede sostener, por influencia del constitucionalismo, que el principio de legalidad penal se constituye en la «Carta Magna del ciudadano que se ve sometido a un proceso», y que toda restricción de su contenido vulnerará principalmente derechos fundamentales.⁶ Ámbito de protección constitucional que incluye al *ius puniendi* castrense de carácter penal.

Es fácilmente verificable la abierta generalidad e indeterminación del tipo objetivo del delito de Desobediencia, además de su estructuración como tipo penal en

blanco; por lo que, con un breve análisis y argumentaciones razonables, proponemos mitigar la ausencia de certeza de este el tipo penal, recurriendo a la interpretación restrictiva del mencionado tipo penal omisivo, la absorción ante un concurso aparente con otros tipos penales castrenses, etc. Asimismo, debe considerarse previamente como presupuesto o requisito *sine qua non*, que, para la configuración del tipo penal de Desobediencia castrense, la conducta omisiva debe lesionar efectivamente, de forma relevante y grave, un bien jurídico estrictamente castrense (disciplina, subordinación, etc.).

El mero hecho que el legislador haya emitido una disposición penal, en la cual pueda encajarse un sin número de conductas omisivas castrenses y este acto humano logre sobrepasar el filtro de las categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), no necesariamente esta acción injusta y culpable conlleva a su punibilidad; ya que, previamente existen principios penales —a manera de filtros— que deben ser respetados tanto por el legislador al momento de crear la norma —tipo penal— y en su defecto por el juzgador al momento de realizar el ejercicio de subsunción y establecer la configuración de dicha conducta como delito. Si el primero de los mencionados no ha tenido la diligencia debida al momento de crear un tipo penal conforme a las exigencias del principio de legalidad enmarcados en un estado constitucional de derecho; más exigible será la labor del juez

5 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, 1º Edición, España: Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 15.

6 Exp. 0012-2006-PI/TC, f.j. 19, Proceso de Inconstitucionalidad seguido contra el derogado Código de Justicia Militar Policial (D. Leg. N° 961).

al momento de declarar a una persona responsable o inocente de una conducta omisiva en el ámbito castrense, más aun, cuando el proceso penal castrense tiene la capacidad de afectar los derechos fundamentales como la libertad personal y la dignidad del militar o del policía sometido al mismo.

En el ámbito del fuero común, el juez también se enfrenta a leyes penales abiertas, genéricas y con penas desproporcionadas, creadas por el legislador; así se tiene, el caso del tipo penal en blanco de Contaminación Ambiental (Art. 304 del Código Penal) o la sobre punición en la modalidad agravada en los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad en agravio de efectivos policiales (artículos 365, 366 e inciso 3 del 367 del Código Penal).⁷

Esta forma de regulación penal abierta y genérica, como el delito de Desobediencia, en el que pueden verse inmersos muchos militares y policías en el ámbito de actuación funcional, cuando omiten alguna norma, directiva, u orden superior impartida y plasmada en un documento, genera incertidumbre en saber, a ciencia cierta, si dicha omisión configura delito de Desobediencia o solo se trata de conductas de lesividad administrativa. Es necesario que el mensaje de los tipos penales tenga cierto grado de certeza para evitar la

comisión del delito de Desobediencia, más aún, si se quiere lograr el fin preventivo general negativo de las penas⁸. No en vano, en la doctrina se discute la constitucionalidad de los tipos penales en blanco y abiertos. Los tipos penales que se remiten a otras disposiciones jurídicas recogidas en otros sectores del ordenamiento para complementar el tipo penal, afecta al lado subjetivo del hecho: tanto en los tipos penales en blanco como en aquellos supuestos en los que el legislador introduce elementos normativos en los tipos penales.⁹

En vista a los cuestionamientos que existen al delito de Desobediencia, algunos operadores del derecho castrense argumentan que este tipo penal ha pasado el filtro de constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional; sin embargo, debe resaltarse que dicha argumentación es falsa, ya que en el proceso de inconstitucionalidad contra varios tipos penales del vigente Código Penal Militar Policial (D. Leg. 1094 del 01 de septiembre de 2010), en el Exp. N° 00022-2011-PI/TC, el tipo penal de Desobediencia (art. 117 CPMP) no fue materia de cuestionamiento ni verificación por el máximo intérprete de la Constitución, a pesar que la regulación vigente es diferente al tipo penal de Desobediencia regulado en el derogado Código de

7 “11° (...) La actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino —y, ante todo— un razonamiento constitucional. Desde este enfoque, el primer análisis que debe realizarse no es el de la aplicación inmediata de la norma, sino la evaluación de su validez al interior del sistema jurídico; esto es, de su conformidad con la Constitución.” Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116.

8 Código Penal Militar Policial
Art. IX Función de la pena y medida de seguridad
La pena tiene función sancionadora y preventiva. (...)

9 FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *Teoría del dolo Vs. Teoría de la culpabilidad*, en Gaceta Penal y Procesal Penal. N° 09, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2010.

Justicia Militar (D. Leg. N° 961 del 11 de enero de 2006)¹⁰.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TAXATIVIDAD PENAL

La Constitución Política del Perú en su artículo 2, inciso. 24 literal d), regula el principio de legalidad de la siguiente forma: “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible*”. Asimismo, el Art. IV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, señala respecto al principio de legalidad: “*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*.”¹¹

Tanto la norma constitucional como el Código Penal Militar Policial, al referirse al principio de legalidad, son enfáticos en señalar, que cualquier tipo penal debe ser expreso e inequívoco, es decir, que estos deben ser claros, patentes y sin amplios márgenes de incertidumbre en su configuración. Sin embargo, es evidente que el tipo penal de Desobediencia como se encuentra regulado actualmente, transgrede abiertamente esta exigencia de certeza constitucional y legal,

conllevando, a que en los procesos penales ante el fuero militar policial por la comisión del delito de Desobediencia, existan investigaciones abiertas y sentencias que aplican este tipo penal de forma desmedida y soslayándose los postulados básicos del derecho penal, asentándose la afectación al principio de legalidad y básicamente en su mandato de certeza. No tener certeza real del contenido del tipo es no tener certeza de lo que se quiere explicar o interpretar, constituyendo una teoría penal del tipo poco o nula de garantismo.¹²

También se ha entendido y se a verifica que, ante la necesidad de cumplir con este mandato de certeza, se procede a integrar el tipo penal en cuestión con normativa del derecho administrativo básicamente; dejándose todavía sin aclarar si toda normativa que implique a los miembros de las fuerzas armadas o de la Policía Nacional del Perú, puede ser pasible de integrar el tipo penal de Desobediencia.

Por ello, es necesario e imperativo, que tanto el legislador como el juzgador tengan en cuenta los presupuestos que exige el principio de legalidad y su mandato de certeza al momento de crear y aplicar un tipo penal; al respecto, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia de la República, han manifestado sobre esta exigencia:

10 Artículo 126.- Desobediencia: “*El militar o policía, que se negare a cumplir las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.*” Tipo penal que fue denunciado, pero no declarado inconstitucional en el Exp. 0012-2006-PI/TC.

11 Fórmula similar a lo regulado en el art. II del Título Preliminar del Código Penal del fuero común.

12 HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *El tipo penal y sus funciones en el orden general y específico de su constructo*, en Actualidad Penal N° 03, Instituto Pacífico, Lima, setiembre de 2014, pág. 125.

“45. El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca” (Lex certa).” (Exp. N.º 010-2002-AI/TC Lima).

“14° (...) la validez constitucional de la norma penal, también es necesario analizar si la misma es o no conforme a los principios del Derecho Penal. Cabe resaltar que los principios mencionados, por lo general, son concreciones de principios ya recogidos en la Constitución Política del Estado. La interpretación conforme a principios viene a corregir una situación de injusticia creada por la falta de precisión de la norma, o, por la ausencia de la misma. Los principios fundamentales a analizar, enunciativa y no exclusivamente, son: el principio de legalidad, el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.” (Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116 La agravante del delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad Policial).

En ese sentido, se puede conceptualizar al principio de legalidad como un postulado básico del derecho penal, de exigencia

constitucional y legal para que, de forma escrita, previa, cierta y estricta, se establezca las conductas delictivas y las penas correspondientes. Es por ello que, el principio de taxatividad, es una exigencia principista y legal que debe contener cualquier tipo penal a efectos de generar certeza y seguridad jurídica.

II.1. Antecedes del principio de taxatividad

Es casi indiscutible que el principio de legalidad y, dentro de la misma, el principio de taxatividad, tienen como origen la revolución francesa, movimiento liberal que conllevó al surgimiento del Estado de Derecho regido por la ley, a partir del cual el derecho penal centró sus bases en el principio de legalidad como fuente para determinar qué conductas configuraban delitos, dejando de lado el poder omnímodo y arbitrario del soberano para establecer y perseguir las conductas ilícitas configuradas a su propia discrecionalidad y arbitrariedad.

El Estado de Derecho del siglo XVIII es producto de las ideas liberales que impulsaron la revolución francesa contra el Machtsstaat (Estado bajo el régimen de la fuerza) y el Polizeistaat (Estado bajo el régimen de la policía) donde el poder estaba concentrado en las manos de un solo hombre. A raíz de las ideas de Montesquieu (Principio de separación de poderes, principio de legalidad, etc.) se crea el Estado de Derecho, en el que ya no se hablaría de un gobierno de hombres, sino de un gobierno de leyes.¹³

13 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley Derechos, Justicia*, traducción edición italiana (1992), 2da edición, Madrid-España: Editorial Trotta, 1997, pág. 21 y Sgts.

Hacia 1764, Beccaria, en su famosa obra *De los delitos y las Penas*, ya establecía las bases del principio de legalidad, al señalar: “*solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esa autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad por el contrato social*.”; para posteriormente, en 1810, Feubach señale la formulación latina *Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis* (No hay pena sin ley, no hay pena sin crimen, a todo hecho criminal le corresponde una ley penal).¹⁴

Sin embargo, la consagración del principio de legalidad se da con la Revolución Francesa al emitirse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 26 de agosto de 1789, que en su artículo 8 establecía: *La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada*. Lo que conllevó a que las constituciones y códigos penales empiecen a introducir el llamado principio de legalidad, a excepción, claro está, del derecho penal regido por el *Common Law*.

Esta consagración del principio de legalidad dentro del derecho penal moderno, devino también en la exigencia del mandato de certeza en los tipos penales, a efectos que cualquier ciudadano común pueda entender qué conductas estaban criminalizadas, con la finalidad de lograr la prevención general de las penas.

II.2. Fundamentos del principio de taxatividad

El principio de taxatividad tiene como base el principio de legalidad y su exigencia constitucional es la misma; por lo que, cualquier Estado que se aprecie de ser un Estado Constitucional de Derecho, en el ejercicio del *ius puniendi* no puede afectar la libertad de las personas o dignidad de las mismas mediante la creación o aplicación arbitraria y desmedida de tipos penales abiertos o genéricos; lo que conlleva generalmente a interpretaciones analógicas en *malam partem*, abandonándose la exigencia de certeza y prohibición de la analogía establecida por el principio de legalidad penal.¹⁵

De no existir límites en el derecho penal, así desde que el legislador crea un tipo penal, por efectos de los aspectos normativos o valorativos, la protección jurídica resulta difícilmente delimitada, ampliándose desmedidamente su núcleo de significación y sus fronteras, creando verdaderas situaciones de indeterminación; de tal manera que la certeza jurídica que debe surgir de la ley termina siendo resuelta por el juzgador. Más aun, cuando el principio de “*lex certa*” de la ley penal se halla vinculado a los criterios preventivos generales de la pena. Una norma indeterminada al carecer de un objeto de regulación específico difícilmente puede motivar a los ciudadanos a evitar un comportamiento.¹⁶

Es imperativo la exigencia de certeza de cualquier tipo penal, en virtud de que “*(...) el principio de legalidad se configura,*

14 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ídem, pág. 19-20.

15 URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho Penal. Principios Fundamentales*. 1ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pág. 103.

16 URQUIZO OLAECHEA, José, *Principio de Determinación de la Ley Penal*, ídem.

así como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos., ya que protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en forma clara e inequívoca en una norma penal.” (CAS. N° 011-2007 La Libertad, 14 de febrero de 2008, fundamento jurídico 03); de lo contrario, si el injusto penal no se define con suficiente precisión, se corren dos riesgos: la impunidad o el castigo injusto.¹⁷

Empero, el mandato de certeza no significa irse al otro extremo de exigir un tipo penal detallado y preciso milimétricamente respecto a las conductas punibles, ya que esta exageración conllevaría a una serie de interpretaciones irracionales y con ciertos vacíos punitivos. Es que, el derecho penal, en su configuración punitiva, requiere de tipos penales en cierta manera genéricos pero estrictos a la vez, lo que no es una contradicción; de tal manera que el común de los ciudadanos -incluidos los militares y policías sometidos al Código penal Militar Policial- entienda cuando su conducta contravencional puede caber en un tipo penal. El casuismo exagerado es expresión de la pérdida de racionalidad por parte del legislador, que trae consigo una secuela de “indefensión” jurídico penal al resto de los ciudadanos. Con lo cual se concluye que la solución (“exceso de taxatividad”) reconduce a una nueva crisis, siendo ésta más perjudicial que el propio problema que se

pretendía solucionar.¹⁸ Muestra de este casuismo se verifica en el vigente tipo penal de Femicidio (art. 108-B del Código Penal) o el delito de Traición a la Patria (art. 58 del Código Penal Militar Policial). Es decir, los dos extremos en la formulación de un tipo penal no llegan a buen puerto (taxatividad versus casuismo).

II.3. Ausencia de taxatividad en el tipo penal de desobediencia

El delito de Desobediencia está regulado en el artículo 117 del vigente Código Penal Militar Policial, bajo el siguiente tenor: *“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.”* (Cursiva y negrita nuestras).

Es de verificarse que, dicho tipo penal es un delito de omisión propia, regulado bajo la estructura de un tipo penal en blanco,¹⁹ conteniendo varios elementos normativos, una cláusula general y con una condicionalidad para su punibilidad.

Cualquier militar o policía sometido a un proceso penal castrense, en el cual se le imputa una conducta omisiva que configure

17 URQUIZO OLAECHEA, José, *Principio de Determinación de la Ley Penal*, ídem.

18 URQUIZO OLAECHEA, José, *Principio de Determinación de la Ley Penal*, ídem.

19 “... para la aplicación de una ley penal en blanco es menester que ella sea complementada por otras leyes penales o extrapenales. Esta es una técnica legislativa que permite abarcar un amplio número de supuestos, que por su naturaleza flexible, compleja y variable no pueden ser regulados en forma precisa en el Código Penal.” PÉREZ LÓPEZ, Jorge. *Derecho Penal – Parte General*. 1ra Edición. Lima: Instituto Pacifico S.A.C., 2021, pág. 116.

el delito de Desobediencia; se podrá verificar, que en la mayoría de la veces, dichas imputaciones adolecen de la ausencia de la norma de remisión integrativa (tipo penal en blanco), por el cual el militar o el policía estaba obligado a cumplir como norma prescriptiva (no una norma prohibitiva o permisiva); norma integrativa que debería de regular estrictamente una función militar o policial. En otros casos, es de verse, que la norma extrapenal prescriptiva que integra el tipo penal en blanco, no contiene la relevancia penal como para que el derecho penal intervenga como las ultima *ratio*. Por último, existen casos en los que la norma integrativa no es una norma prescriptiva que regule en sentido estricto las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

Cualquier militar o policía imputado penalmente necesita saber previamente, qué es lo que se le atribuye como conducta omisiva, a efectos de defenderse plenamente; por lo que la vulneración del principio de taxatividad penal perjudicaría el ejercicio pleno de su derecho de defensa. Por ello, la doctrina penal señala que el ciudadano queda desprotegido y desarmado frente al empleo del *ius puniendi*. No puede interponer, de manera válida, un medio de defensa, pues a la conducta que se le atribuye le pueden suceder variadas interpretaciones pues, la falta de fijación nunca beneficia al ciudadano, sino legitima las intervenciones estatales más abiertas.²⁰

Lo problemático de los tipos abiertos, como elemento fundamental de la estructura del delito, también fue percibido en su oportunidad por Hans Welzel, afirmando que, por lo menos con respecto a los tipos de los delitos culposos y los delitos de omisión, que en estos casos sólo puede hablarse de tipos en un sentido impropio.²¹ Por lo que, el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho.²²

Es evidente que el tipo penal en estudio adolece de ausencia de certeza, a efectos de que cualquier militar o policía se vea conminado realmente a no quebrantar normas de mandato específicas de relevancia penal, debido a que el tipo penal de Desobediencia no lo establece con claridad; lo que podría conllevar a que el juzgador castrense aplique la referida norma de manera arbitraria y desmedida ante cualquier omisión contra un mandato que se encuentre simplemente documentada de manera formal.

Consecuentemente, una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una auto-limitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir, además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno

20 URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Determinación de la Ley Penal*, ídem.

21 ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, ed. alemana, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 266.

22 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: Bosch; 1992; pág. 256.

legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.²³ Contrario sensu, tanto mayor es la certeza, tanto menor es el subjetivismo ideológico o de carácter, del juez.²⁴

II.4. Cláusula general en el tipo penal de desobediencia

Se verifica que el tipo penal de Desobediencia contiene una cláusula general como elemento de su tipicidad objetiva, que se conecta directamente con el verbo rector omitir: “... **CUALQUIER OTRO DOCUMENTO** que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú.”²⁵

En principio, debe considerarse que la mencionada frase típica refiere al sustantivo normativo de “documento”, el mismo, claro está, tiene que referirse a un documento público, que se encuentra definido en el artículo 235 del Código Procesal Civil, en el sentido de que es “*El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones*”; en ese entendimiento, para la contravención de la conducta omisiva, esta tendría que estar necesariamente prescrita en un documento público, que regule las funciones castrenses, de conformidad a la cláusula general “*cualquier otro documento*”. Bajo

dicha cláusula, el tipo penal de Desobediencia se configuraría ante cualquier omisión de una norma de mandato, establecida en cualquier documento que regule la funcionalidad de las fuerzas armadas y policiales.

Consideramos que dicha cláusula general conlleva que se quiebre el principio de legalidad en su mandato de certeza, más aún cuando este no viene precedido del núcleo fundamental materia de omisión conductual por parte de cualquier efectivo militar o policial; por lo que, bajo ese simple entendimiento, el tipo penal de Desobediencia devendría en inconstitucional. Dicha regulación es demasiado genérica e indeterminada que puede conllevar a subsumir hasta la más simple o banal de las conductas omisivas; siendo así, cualquier militar o policía puede y podría ser procesado y declarado responsable de forma arbitraria por la comisión del delito de Desobediencia, sin que de forma objetiva se haya omitido algún mandato estrictamente castrense ni mucho menos vulnerado seriamente un bien jurídico penal castrense.

Respecto a las cláusulas generales, el jurista alemán Jakobs ha manifestado su rechazo mediante ejemplos típicos: Los supuestos escolásticos de regulación indeterminada son la punición de cualquier persona que “infrinja el orden público” y en

23 ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed. alemana, Civitas, Madrid, 1997; pág. 169.

24 MANTOVANI, FERRANDO; *Diritto Penale*. En URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de Determinación de la Ley Penal. Recuperado de <<http://www.cienciaspenales.net>>.

25 Casi similar a lo regulado en el art. 209º del Código Penal del fuero común, delito de Fraude Concursal, que también contiene un elemento del tipo penal en forma de clausula general -claro está guardando las distancias correspondientes-: “Será reprimido (...), el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores (...)”.

el caso curioso de una norma del Consejo muniqués de 1919 “se castigará toda vulneración de los principios revolucionarios. El Tipo penal estará sujeto al arbitrio del juez”. Tales normas no son sino normas en blanco, que no indican ningún elemento del ordenamiento a proteger, por eso son indeterminadas por antonomasia; (...) castigar a quien “perpetre desórdenes públicos”. Tampoco esta norma menciona ningún elemento de protección más, sino que protege el orden en general (...). Los desórdenes públicos no se pueden convertir en determinados ni siquiera mediante interpretación restrictiva, ya que por no aludirse al objeto de regulación falta un objeto de la interpretación que no sea el propio orden. El principio de legalidad exige una determinación al menos también legal y no solo interpretativa.²⁶

En un Estado Constitucional no es posible sustentar, o pretender sostener, la comisión de una infracción (v. gr. penal, disciplinaria, de conducta ética) únicamente sobre la base de una cláusula jurídica indeterminada, dada su amplitud, generalidad e imposibilidad de concreción a un caso determinado. Representa un claro quebrantamiento del principio de legalidad (*exigencia del lex certa*) el pretender plantear una sanción por la comisión de una supuesta infracción cuyo núcleo del injusto (ético, disciplinario, etc.) no se encuentra determinado con precisión ni se puede conocer

de manera anticipada, clara y diáfana cuál es la conducta concreta y específicamente prohibida.²⁷

La remisión normativa para integrar el tipo penal en “cualquier otro documento”, que ordena cumplir acciones funcionariales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, es una frase normativa demasiado abierta; por lo que, cualquier conducta omitiva podría encajar en el tipo penal de Desobediencia, vulnerándose con ello la exigencia de determinación que toda norma penal debe contener; es así que, bajo el tenor de dicha cláusula general, podría incluirse a las circulares, directivas, memorándums, manuales o cualquier documento como mandato funcional que obligaría de forma genérica a cualquier miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, y que ante su simple omisión, los operadores judiciales —en especial el fiscal y juez militar— den por configurado el delito de Desobediencia. Más aun, cuando dicha cláusula abierta no permite deslindar con las omisiones de corte netamente administrativo, que, en muchos casos, son actos alejados de la función estrictamente castrense o policial y de relevancia penal.

Las dificultades técnicas que configuran estos supuestos radican en su incapacidad de proveer razonablemente seguridad jurídica: la conducta incriminada no tiene definición alguna.²⁸

26 JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 2da Edición alemana (1991), corregida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997; pág. 94-97.

27 CASTILLO ALVA, José. *El Principio de Taxatividad en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador. Una lectura constitucional y convencional*. Recuperado de <http://perso.unifr.ch/derecho-penal/assets/files/articulos/a_20140908_01.pdf>.

28 URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Determinación de la Ley Penal*, ídem.

II.5. El delito de desobediencia como tipo penal en blanco

Para que el tipo penal en blanco de Desobediencia quede integrado y la conducta penal omisiva quede subsumida en la misma, se remite a otras normas de diferente rango normativo: *leyes, reglamentos y cualquier otro documento* que prescriba una conducta de funcionalidad castrense o policial; es decir, se trata de un tipo penal en blanco propio e impropio.²⁹

Mediante la ley penal en blanco la especificación de la conducta prohibida se lleva cabo mediante una remisión a normas extrapenales, tratándose, por tanto de una especificación que no depende del juez.³⁰ Lo que genera, que el magistrado militar o policial se convierta como una especie de legislador e integre el tipo penal con cualquier norma de forma genérica y de forma ilimitada, deviniendo generalmente en una puesta en peligro o afectación de la libertad personal de cualquier militar o policía imputado penalmente por una conducta omisiva de desobediencia genérica.

En la doctrina se critica a los tipos penales en blanco, en vista que, para completar algún elemento del tipo, se remite a normas no penales; más criticable entonces sería remitirse a normas totalmente indeterminadas y demasiado genéricas, debido a no saberse cuáles son estas a ciencia cierta. Si queremos que el tipo penal de Desobediencia cumpla con el mandato

constitucional de legalidad, este debe sufrir cambios legislativos para generar una norma taxativa fiel al mandato de certeza, de tal manera que los efectivos policiales y militares sepan previamente y con seguridad cuál acción omisiva podría configurar el delito de Desobediencia.

El principio de legalidad ha sido afectado desde la génesis del tipo penal de Desobediencia, primer escalón para la construcción de cualquier tipo penal, cuando el legislador emite formalmente tipos penales contravencionales del principio de taxatividad (*lex certa*); situación irregular que no es ajena en el ámbito del derecho penal castrense.

Empero, el cuestionamiento más grande que se le puede hacer a dicho tipo penal en blanco, es remitirse de forma indeterminada a cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas, desconociendo la génesis del contenido de dicho documento (autoridad que la emite) y rango normativo de dicha norma contenida en dicho documento.

II.6. Elementos normativos en el tipo penal de desobediencia

A efectos de tener en claro todas las aristas de indeterminación del tipo penal de Desobediencia, se verifica que contiene una serie de elementos normativos que coadyuvan más a su cuestionamiento; así podemos

29 “Las normas penales en blanco en sentido estricto o propio, son aquellas cuya amplitud se realiza exclusivamente por remisión a disposiciones reglamentarias y normas penales en sentido amplio o impropio, son aquellas en las que la remisión se realiza a normas de rango legal”. SANTANA VEGA, Dulce. *El concepto de la ley penal en blanco*. 1° Edición. Argentina: AD-HOC SRL., 2000, pág. 35.

30 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, Lima: Jurista Editores, 2ª Edición, 2012, Pág. 298.

mencionar los términos: “leyes”, “reglamentos”, “documento”, “funciones” y “servicio”; los cuales deben ser materia de valoración e interpretación por parte del fiscal y del juez militar, a efectos de lograr una correcta subsunción de la conducta omisiva de un efectivo militar y o policial en el mencionado tipo penal castrense.

Con el mencionado cuestionamiento, no estamos indicando que necesariamente el tipo penal debe contener solamente elementos descriptivos, ya que somos de la opinión que la propia naturaleza de la función militar policial y su regulación administrativa castrense, conlleva necesariamente a utilizar una serie de elementos normativos como aparecen en el tipo penal en cuestión. No se crea, como entienden usualmente algunos, que el mandato de determinación exige el empleo preferencial de los elementos descriptivos sobre los elementos normativos³¹.

Es de considerarse, en la definición usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues, incluso elementos a primera vista descriptivos como “sustraer” o “edificio”, en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y, por tanto, conforme a criterios normativos; así vimos ya que incluso conceptos como “ser humano” o “cosa” no se pueden precisar sin ayuda de valoraciones jurídicas. (...). Sin perjuicio que por razones terminológicas se quiera seguir manteniendo una distinción practicable de elementos descriptivos y normativos (...)

entonces términos como “ajeno”, “buenas costumbres”, “reprobable”, “documento”, “injuria”, etc. serán elementos normativos.³²

III. PROPUESTAS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE DESOBEDIENCIA

Sin perjuicio de postular la inconstitucionalidad del tipo penal Desobediencia, así como se encuentra regulado actualmente; para tratar de salvar las deficiencias del tipo penal genérico de Desobediencia en su aplicación práctica, en los estrados del fuero militar policial, proponemos las siguientes líneas de acción:

III.1. Aplicación del principio de mínima intervención y lesividad

El tipo penal de Desobediencia busca prevenir la omisión de un mandato castrense vinculado a la función militar policial; sin embargo, las conductas omisivas que cualquier persona puede cometer de forma dolosa en el ámbito de actuación social o institucional, no necesariamente devienen en la aplicación simplista del *ius puniendi* del Estado, derecho penal común y del militar.

Muchas conductas de desobediencia —omisivas— por parte de los funcionarios castrenses sólo son de corte administrativo disciplinario; lo que conlleva, primeramente, se recurra al derecho administrativo disciplinario para su sanción y corrección, en razón a la función de última ratio del derecho penal común o castrense (principio

31 URQUIZO OLAECHEA, José, *Principio de Determinación de la Ley Penal*, ídem.

32 ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, ídem, pág. 306-307.

de mínima intervención del derecho penal); más aún, cuando se trata de tipificar un tipo penal omisivo tan abierto como el comentado, donde podrían caer un sinnúmero de infracciones administrativas. Es decir, debe descartarse, en principio, si la acción omisiva del militar o del policía encaja en alguna infracción administrativa; y sin perjuicio del mismo, verificar si dicha conducta omisiva es de relevancia penal y de grave afectación a la función estrictamente militar o policial (principio de lesividad), para calificarlo como delito de función militar o policial.

En tal sentido, la Corte Suprema de la República, en la contienda de competencia del conocido caso del Técnico FAP Ariza Mendoza, respecto a deberes infringidos de configuración penal por parte de los militares y policías de competencia del Fuero Militar Policial, señaló que: *“La infracción de este deber ha de ser de una entidad tal, de cierta gravedad, que justifique una sanción penal, lo que por lo demás constituye una exigencia del principio de proporcionalidad y la naturaleza fragmentaria del Derecho penal.”* (Contienda N° 37 – 2009 8 de febrero de 2010 Sala Penal Permanente, Lima, Considerando 6, literal E.)

Ante las conductas omisivas de los funcionarios castrenses, es necesario que el operador jurídico castrense tenga en cuenta el principio de mínima intervención del derecho penal y el de lesividad de un bien jurídico estrictamente castrense;³³ con la

finalidad de mantenerse en sintonía con los principios del derecho penal tanto en el fuero común como en el militar, conllevando que solo se sancione las conductas de estricta relevancia penal, de tal manera que el derecho penal militar adquiera racionalidad en este ámbito de actuación; a modo de ejemplo podemos mencionar:

“(…) uno de los principios fundadores del derecho penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente en la doctrina penal, según el cual “el derecho penal ha de reducir su intervención en aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general” (...) de manera que carece de sentido la intervención del derecho penal allí donde existe un mecanismo de sanción a través de un mal menor, como las sanciones propias del Derecho Administrativo y Derecho Civil (...).

En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, sin embargo no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solamente aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otros medios de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho

33 Artículo VI del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial: *“La pena debe precisar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, previstos en la Constitución Política y la ley.”*

lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz administrativo.” (Recurso de Nulidad N° 3763-2011 Huancavelica, fundamento 6 y 7)

“(…) el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad de la conducta estos resulten sumamente gravosos, y de ultima ratio (...), igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.” (Casación N° 211-2014, Ica 22 de julio de 2015, fundamento 6).

“El principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal.” (Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, fundamento 15).

Un delito, para ser tal, debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, cuya literalidad señala: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción.³⁴

III.2. Concurso aparente del delito de desobediencia con otro delito castrense (principio de consunción)

Mediante el concurso aparente se trata de resolver un problema de interpretación de normas, para determinar la ley aplicable y excluir a las demás; es decir que, ante un mismo supuesto de hecho, aparentemente, más de un precepto penal pretende comprenderlo dentro de su ámbito de aplicación. La vinculación o relación de estas normas penales se dan a través de una relación de especialidad, consunción y subsidiariedad. En ese sentido la relación se consunción se da cuando un tipo penal contiene o incluye el desvalor de otro tipo penal respecto a un mismo hecho.³⁵

Habrà concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido del ilícito de un

34 CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*, Lima: Ara Editores, 2010, pág. 29.

35 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas, *El delito de enriquecimiento ilícito*, 2da Edición, Lima: Instituto Pacifico, 2017, Pág. 216-2017.

hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor solo ha cometido una única lesión a la ley penal. Esta situación se da cuando entre los tipos penales que serían aplicables al caso concreto, exista una relación de especialidad, de subsidiaridad o de consunción. La consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que solo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no se deben computar otras violaciones de la ley, dado que solo se ha infringido una de las normas aparentemente concurrentes.³⁶

Ante un concreto concurso aparente de normas de otro tipo penal castrense con el tipo penal de Desobediencia, de acuerdo a nuestra experiencia, creemos que la solución gira generalmente en la aplicación del principio de consunción. La consunción de un tipo descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir porque hay un encerramiento material, o sea, un tipo legal comprende también el desvalor del otro.³⁷

Existen muchas situaciones, que ante el procesamiento penal de un militar o de un policía ante el Fuero Militar Policial, este

es imputado por el Delito de Desobediencia en concurso con el delito de Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional³⁸, con el delito de Exceso en el Ejercicio del Mando³⁹, etc.; ante dicha situación, se verifica que el contenido del injusto del delito de Desobediencia se encuentra subsumido o absorbido por estos otros injustos penales. Por ejemplo, el delito de Afectación de Material Destinado a la Defensa Nacional, se configura a través de las conductas de disponer, destruir, deteriorar, abandonar o perder bienes militares; es decir, para la configuración de este delito en afectación de material de guerra o policial, muchas veces y necesariamente el sujeto activo castrense tendría que omitir disposiciones estrictamente castrenses, por lo que esta conducta omisiva de desobediencia queda absorbida por el otro delito.

Muchas veces, para solucionar el concurso aparente de leyes, en el fuero común también se recurre al principio de consunción, por ello su operatividad también puede ser de aplicación en el derecho penal militar, donde tipo penal de Desobediencia quedaría absorbido en otros tipos penales. Así se tiene, en el caso de lesiones leves que

36 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Limas: Ara Editores, 2004, pág. 536-537.

37 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo 3, 1ra Edición, Lima: Ediciones Legales, 2016, pág. 1674.

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

El militar o el policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda, armas, municiones, explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o partes de éstos, y demás bienes o pertrechos militares o policiales, 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.

39 Artículo 130.- Exceso en el ejercicio del mando

El militar o el policía que se exceda en las facultades de empleo, mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y el pago de ciento ochenta días multa.

resultan de la violencia ejercida en acciones cuya tipicidad requiere la violencia (robo, violación, etc.); los daños causados en el rompimiento de pared, techo o fractura de una puerta, etc., para acceder donde se encuentra las cosas muebles ajenas, quedan consumidos por el delito de robo con fuerza en las cosas.⁴⁰

III.3. Interpretación restrictiva del tipo

En el caso del Derecho Penal, la interpretación restrictiva, por lo general, determinara una limitación a la potestad punitiva del Estado y la consiguiente ampliación de los márgenes de libertad.⁴¹ Trasladándose dicha exigencia al derecho penal militar, ámbito que busca y se enmarca en la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses, la interpretación restrictiva⁴² de cualquier tipo penal es un imperativo del derecho penal constitucionalizado, debido a que como todo derecho penal su aplicación concreta afecta directamente los derechos fundamentales de los militares y policías procesados y sentenciados por Desobediencia. Por lo que, la interpretación restrictiva también es exigible en el fuero

militar, a efectos de mantener la legitimidad y sistematicidad del orden penal común con el militar.⁴³

Esta interpretación restrictiva debe ser más exigente cuando el tipo penal está construido con términos lingüísticos demasiado genéricos, como por ejemplo en el tipo penal “Desobediencia” se exige una condicionalidad punitiva construida en términos genéricos: “atentar contra el servicio”.⁴⁴

No en vano el derecho internacional exige que el derecho penal militar debe ser restrictivo en su aplicación:

*“Este Tribunal ha establecido que [e]n 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. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia***

40 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *idem*, pág. 1674.

41 CASTILLO ALVA, José y otros, *Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de la Resoluciones Judiciales*. 2da Edición. Lima, Ara Editores, 2006, Pág. 57.

42 “14º (...) La interpretación conforme a principios viene a corregir una situación de injusticia creada por la falta de precisión de la norma, o, por la ausencia de la misma. Los principios fundamentales a analizar, enunciativa y no exclusivamente, son: el principio de legalidad, el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.” (Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116.)

43 “El significado atribuido a un concepto tiene como límite la conservación del orden del sistema de las normas jurídico – penales.” En GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Jurista Editores, 2ª Edición, 2012, Pág. 168.

44 *La ambigüedad de los vocablos conceptos como “buenas costumbres”, “paz social”, “deshonesto”, “medio ambiente”, entre otros, por su carácter amplio, abierto, de un gran contenido variable de acuerdo a espacio, tiempo, circunstancias, sentimiento individuales y sociales puede constituir en manos de un juez decisorista una fuente permanente de peligro real para la libertad del individuo.* HUGO ÁLVAREZ, JORGE, *Idem*, pág. 128.

naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.” (Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú párr. 142, Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos párr. 272, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia párr. 165, Caso Las Palmeras Vs. Colombia párr. 51; y Caso Cantoral Benavides, párr. 113, Caso Durand y Ugarte Vs. Perú párr. 117).

“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 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.” (Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 284).

Al momento de realizarse la interpretación del tipo penal Desobediencia, esta debe ser restrictiva, con la finalidad de evitar arbitrariedades extensivas punitivas en su aplicación concreta e imputar penalmente omisiones netamente administrativas y que no tienen relevancia penal. Esta forma de interpretación resulta especialmente exigible en el caso de tipo penales que recurren a conceptos indeterminados al momento de establecer cuál es la conducta prohibida.⁴⁵

La función específica del juzgador es aplicar la ley, pero está constantemente obligado a interpretar la norma que debe aplicar, buscando su sentido para el caso concreto que lo lleva muchas veces a flexibilizar o interpretar restrictivamente para lo cual deberá preferir en materia de derechos humanos a los tratados y convenciones celebrados por el Estado y la Constitución.”⁴⁶

Por ello, el juez no puede realizar una mayor generalización de los elementos del tipo penal, de manera que amplíe el ámbito de aplicación de la ley penal para un supuesto concreto.⁴⁷ Si la interpretación literal o gramatical de la ley es sobrepasado, con la finalidad de sancionar o agravar conductas únicamente al fin de protección, entonces se caerá en una analogía prohibida por el derecho penal.⁴⁸

III.3. Condición objetiva de punibilidad

Como última línea de solución ante la indeterminación del tipo penal de Desobediencia, es de verificarse que, para la punición de la conducta omisiva del funcionario castrense, el tipo penal de Desobediencia exige cumplir una condición de punibilidad: *“siempre que atente contra el servicio”*. Término normativo condicional vinculado al “servicio” militar o policial, que aparte que debe ser interpretado de forma restrictiva respecto a la funcionalidad castrense, dicho servicio afectado debe ser una lesión

45 GARCÍA CAVERO, Percy, *idem*, Pág. 305.

46 HUARCAYA RAMOS, Betty, *Comentarios de los Acuerdos Plenarios I*, 1ª Edición. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pág. 459.

47 GARCÍA CAVERO, Percy, *idem*, Pág. 169.

48 GARCÍA CAVERO, Percy, *idem*, Pág. 167

gravísima, mejor dicho, que se haya afectado real, concreta y severamente la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

Al hablar de condición objetiva de punibilidad, también debemos evitar una interpretación analógica o extensiva de la condicionalidad “atentado contra el servicio”, de lo contrario esta condicionalidad se convertiría en un evento incierto del cual se hace depender la punibilidad.

La condición objetiva de punibilidad, hace que la pena solamente sobrevenga, si es que se presenta dicha condición de forma objetiva. Así, por ejemplo, en un tipo penal del fuero común se tiene el delito de concentración crediticia o crédito fraudulento, regulado en el art. 244 del Código Penal, que antes de su modificatoria, configuraba una acción típica, antijurídica y culpable, la cual era punible, solo si, a consecuencia del otorgamiento de dicho crédito, sobreviniera el estado de insolvencia de la institución o entidad. De no presentarse dicha insolvencia sobrevinida, el hecho no era punible.⁴⁹ Casi en los mismos términos se puede encontrar dicha condicionalidad de punibilidad en los delitos contra la Fe Pública en sus modalidades de Falsificación de Documentos y Falsedad Ideológica (artículos 427 y 428 del Código Penal Común): “será reprimido, si del uso del documento fraudulento puede resultar un perjuicio”.

Cuando el tipo penal de Desobediencia nos indica que la conducta omisiva está restringida al atentado efectivo del servicio militar o policial —siempre que atente contra el servicio—, se trata de una condición objetiva de punibilidad de una conducta omisiva que previamente es típica, antijurídica y culpable; es decir, si se quiere aplicar una pena privativa de libertad dentro de los márgenes de uno a cinco años de pena privativa de libertad, se establece como requisito previo la afectación del servicio pero, claro está, que debe tratarse de una grave afectación del servicio, valga la redundancia.

La doctrina señala respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, que estas constituyen un impedimento real para la aplicación de la sanción punitiva. Son determinados presupuestos previstos en determinados tipos penales.⁵⁰ Por otro lado, el profesor Peña Cabrera Freyre indica: Las condiciones objetivas de punibilidad son elementos que condicionan la punibilidad, ajenos al injusto y la culpabilidad, pero que por razones de conveniencia política criminal o social, el legislador ha considerado oportuno instestarlos en determinadas figuras delictivas, para que el injusto se haga merecedor de punición; comportan criterios de selección, que tiene función esencial: armonizar el derecho penal con intereses extra-penales, restringiendo la aplicación de los tipos penales, a circunstancias, cuya especificidad da contenido

49 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas, El delito de enriquecimiento ilícito, 2da Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2017, Pág. 212.

50 URTECHO BENITES; Santos, El perjuicio en los delitos de Falsedad Documental, 2ª Edición, Lima: IDEMSA, 2015, pág. 183.

material a la necesidad de punición.⁵¹ En tal, sentido, la condición objetiva de punibilidad verificada en el tipo penal de Desobediencia establece una limitación para la represión punitiva del mismo en el fuero castrense.

IV. JURISPRUDENCIA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Debido a la indeterminación regulativa del tipo penal Desobediencia, dicha deficiencia legislativa conlleva o se traslada a diversos pronunciamientos del Fuero Militar Policial, donde claramente se verifica la vulneración del principio de legalidad del tipo penal en estudio, en clara vulneración al mandato de certeza, así mencionamos, por ejemplo:

4.1. *“(...) la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento norman las funciones del Ejército, por lo que no corresponde su aplicación; en consecuencia, el Oficial incumplió sus funciones como Jefe del Departamento de Abastecimiento..., por no haber remitido la documentación pertinente al Departamento de Almacén para la verificación correspondiente y posterior control de calidad, para el internamiento del bien; y al haber suscrito el Acta de Recepción y Conformidad incumplió la Directiva... sobre Normas y Procedimientos para el proceso técnico de almacenamiento y control de bienes adquiridos... que atribuye a los Jefes de*

Almacén..., la responsabilidad de presentar, verificar y suscribir la conformidad sobre el ingreso de los bienes adquiridos..., habiendo causado perjuicio en la operatividad del (instituto armado, al ocasionar que la Oficina Económica pague los bienes no internados...; por lo que, la conducta reúne los elementos típicos del delito de Desobediencia” (Exp. 0003-2015-00-00 Sentencia de fecha 24 de marzo de 2015, Sala Suprema de Guerra, Considerando 11).

La judicatura castrense, como parte central de su justificación punitiva, en principio se remite a una norma que no prescribe la realización de una conducta funcional netamente castrense, y adicional y contradictoriamente se remite a una obligación que corresponde a otro cargo funcional que no correspondía al sentenciado.

4.2. *“La Conducta del Oficial... reúne los elementos típicos del delito de Desobediencia, al haber en su condición de comandante del..., omitido intencionalmente dar cumplimiento a las regulaciones de (Instituto Armado) ..., atentando contra el servicio en razón que vulnera la seguridad de las instalaciones militares, más aún si se encuentra en zona de emergencia; ilícito penal previsto y penado en el artículo ciento diecisiete del Código Penal Militar Policial, ...” (Exp. 0002-2012-00-00 Sentencia de fecha 10/09/2012 Sala Suprema de Guerra, Considerando 10).*

51 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, 4ª Edición. Lima: IDEMSA, 2013, Pág. 1130.

En este caso, la referida sentencia no menciona ni por asomo el dispositivo concretamente castrense omitido y que sea de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario castrense sentenciado.

Por otro lado, de forma positiva, debemos señalar que existe jurisprudencia de nuestros tribunales castrenses, conforme a la exigencia de integración, que el tipo penal Desobediencia exige; empero, dejándose de lado la cuestión o discusión sobre si la norma integrativa recae en el ámbito estricto de los delitos de función militar policial, es de resaltarse su correcta técnica para su configuración penal del tipo en cuestión, así se tiene:

4.3. *“Si bien el (efectivo policial)... habría omitido funciones como Comando Operativo señalada en la Orden de Operaciones..., estas no han sido señaladas ni oralizadas por el Fiscal Supremo Adjunto al momento de formular la imputación contra el referido Oficial Superior, sino por el contrario, le ha imputado omisiones de funciones generales contenidas en la Ley de la Policía Nacional del Perú, Decreto Legislativo N° 1148 –norma vigente al momento de los hechos con la relevancia penal militar policial–, Nuevo Código Procesal penal y Manual de Doctrina de Estado Mayor, por lo que no puede ser sujeto activo del delito de Desobediencia el (efectivo policial)..., ya que el Fiscal Supremo Adjunto no ha imputado la omisión de una norma jurídica que*

regule específicamente las funciones como Comando Operativo, concurriendo una atipicidad relativa por falta de sujeto activo – elemento objetivo del tipo penal de Desobediencia.” (Exp. 0034-2017-00-00 Auto de Sobreseimiento, Resolución n.º 05 de fecha 05 de noviembre de 2020, Vocalía Suprema del Tribunal Supremo del Fuero Militar Policial, Considerando 12).

Si bien discrepamos sobre la atipicidad por la ausencia del sujeto activo materia de pronunciamiento, en este caso, es relevante resaltar que la Vocalía Suprema, para sobreseer la causa, resalta la ausencia normativa específica integrativa del tipo penal de Desobediencia, lo que claramente conlleva a la atipicidad y por ende al sobreseimiento correctamente.

4.4 *“... el acusado teniendo conocimiento de la existencia de la normativa que regula el relevo de unidades omitió lo previsto en el RE 1-6 literal a) y c) del numeral 4) antes descrito,⁵² como normas generales que regulan el procedimiento de relevo, si bien éste no se realizó en el plazo establecido, el mismo fue sujeto a ampliación por parte de la Unidad que funcionalmente tenía a cargo los Almacenes que se encontraban dentro del Batallón...; de igual forma omitió intencionalmente el numeral 5) relacionado a la Coordinación que debió promover como Jefe saliente e interesado de la correcta entrega de su cargo mediante el relevo correspondiente y hasta que se*

52 Reglamento de Relevo en las Unidades y Dependencias del Ejército (RE 1-6), aprobado con fecha 03 de noviembre de 2000.

terminen todas las actividades para realizarse éste...” (Exp. 0007-2021-00-00 Sentencia N° 10 de fecha 16/12/2021 Sala Suprema de Guerra, Considerando 11).

En este caso, la judicatura resuelve el caso y realiza un ejercicio argumentativo de integración típica, conforme y remitiéndose una normativa estrictamente castrense, en específico a un reglamento del Ejército del Perú.

V. CONCLUSIONES

- Para que el delito de Desobediencia y su pena conminada cumpla fines preventivos, la certeza en su estructuración típica es el único presupuesto que permitiría una real motivación o disuasión en la comisión de hechos delictivos de omisión de funciones estrictamente castrenses; es decir, es necesaria que se apele la claridad de su descripción como tipo penal.
- El principio de taxatividad en su rol limitador de flexibilización en la tipificación de delitos y por ende del tipo penal de Desobediencia, exige certeza en el mismo por voluntad del principio de legalidad; por lo que, cualquier tipo penal necesariamente debe ser cierto, por exigencia constitucional y legal.
- En caso de que el fiscal y el juez militar se encuentren ante la imputación del delito de Desobediencia, abierto y vulneratorio del principio de taxatividad, se propone, como soluciones, la aplicación de los principios penales de mínima intervención y lesividad penal, aplicación

del principio de consunción, considerar la exigencia de una condición objetiva de punibilidad en el tipo objetivo y la interpretación estricta del mismo; para evitar que el derecho penal militar -en casos de indeterminación concreta- caiga en el ámbito del abuso argumentativo de la existencia positiva de la ley e irracional aplicabilidad formalista.

- El actual tipo penal de Desobediencia no ha pasado por el tamiz del control de constitucionalidad, por lo que, no se puede aducir argumentativamente que el Tribunal Constitucional haya declarado su constitucionalidad, siendo necesaria su modificación a efectos de mantener vigente el principio de unidad de la Constitución en relación al derecho penal castrense.
- Ante un tipo penal tan abierto como el de Desobediencia, el común de los efectivos policiales y militares, no podrían comprender ni saber si toda conducta de infracción funcional omisiva configuraría dicho delito; generándose ausencia de seguridad jurídica y predictibilidad en el ámbito del derecho penal castrense.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*, Lima: Ara Editores, 2010.
- CASTILLO ALVA, José, *El Principio de Taxatividad en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador. Una lectura constitucional y convencional*. Recuperado de <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140908_01.pdf>.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, 1º Edición, España: Tirant Lo Blanch, 2004.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *Teoría del dolo Vs. Teoría de la culpabilidad*, en Gaceta Penal y Procesal Penal N° 09, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2010.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, Lima: Jurista Editores, 2ª Edición, 2012.
- HUARCAYA RAMOS, Betty, *Comentarios de los Acuerdos Plenarios I*, 1ª Edición. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *El tipo penal y sus funciones en el orden general y específico de su constructo*, en Actualidad Penal N° 03, Instituto Pacífico: Lima, setiembre de 2014.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 2da Edición alemana (1991), corregida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 4º Edición. Lima: IDEMSA, 2013.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge. *Derecho Penal – Parte General*. 1ra Edición. Lima: Instituto Pacífico S.A.C., 2021.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo 3, 1ra Edición, Lima: Ediciones Legales, 2016.
- ROXIN, Claus, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed. alemana, Civitas, Madrid, 1997.
- SANTANA VEGA, Dulce, *El concepto de la ley penal en blanco*, 1º Edición. Argentina: AD-HOC S.R.L., 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- URQUIZO OLAECHEA, José, *Principio de Determinación de la Ley Penal*. Recuperado de <<http://www.cienciaspenales.net>>.
- URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho Penal. Principios Fundamentales*. 1ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.
- URTECHO BENITES, Santos, *El perjuicio en los delitos de Falsedad Documental*, 2ª Edición, Lima: IDEMSA, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley Derechos, Justicia*, traducción edición italiana (1992), 2da edición, Madrid-España: Editorial Trotta, 1997.

Juan Raúl López Villa¹

MITOS Y REALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN MÉXICO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN IMPONERSE AL IMPUTADO SEGÚN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES; III. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL DEBEN RESPONDER A NECESIDADES DE NATURALEZA PROCESAL Y NO PUNITIVA; IV. ARGUMENTOS O JUSTIFICACIONES DE LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES PARA MANTENER LA PRISIÓN PREVENTIVA SIN SUFICIENTE FUNDAMENTO; Y V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El autor hace un análisis de la aplicación en México de la prisión preventiva y, particularmente, la prisión preventiva oficiosa, dentro de los procesos penales, de forma que hay un altísimo número de personas detenidas sin sentencia.

Señala que la institución de la prisión preventiva se utiliza en ese país de forma excesiva y se aplica sin respetar lo que las normas internacionales sobre Derechos Humanos dicen al respecto, con el argumento que es necesario, porque entre otras razones, *“la prisión preventiva brinda a la ciudadanía*

1 Es doctor en Derecho, autor de dieciséis libros, expositor a nivel nacional e internacional, abogado postulante especialista en Derecho Penal-fiscal, cuenta con tres Doctorados Honoris Causa uno otorgado en la México y tres en Perú, Cuatro Diplomados, una especialidad en Justicia Constitucional en la Universidad de Castilla de la Mancha. Dirige un programa de Radio denominado Defensa Fiscal Definitiva en <www.sinergiainteligente.com>, es Director General de la firma de abogados LOPEZVILLA & ASOCIADOS S.C., es Director General de la firma FRECUENCIA LEGAL, es Director General del Centro de Estudios Tributarios (CETRI). Ha sido considerado por la Revista DEFENSA FISCAL dentro de los abogados más importantes en materia fiscal en México de 20016 a 2022.

un sentimiento de mayor seguridad y mayor confianza en la autoridad”, lo que el autor considera un mito, entre otras cosas.

ABSTRACT

The author makes an analysis of the application in Mexico of pretrial detention and, particularly, informal pretrial detention, within criminal proceedings, so that there is a very high number of people detained without sentencing.

It points out that the institution of pretrial detention is used excessively in that country and is applied without respecting what international standards on Human Rights say in this regard, arguing that it is necessary because, among other reasons, “pretrial detention provides citizens a feeling of greater security and greater confidence in authority”, which the author considers a myth, among other things.

PALABRAS CLAVES: Prisión preventiva, prisión preventiva oficiosa, medidas cautelares, mitos y realidades.

KEYWORDS: Preventive detention, informal preventive detention, precautionary measures, myths and realities.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más controversiales que existen en el ámbito jurídico mexicano, que ha dado lugar a muchas controversias y puntos de vista, sin duda alguna es la prisión preventiva y, más recientemente, la prisión preventiva oficiosa que ha sido considerada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como **inconvenional**, acorde con las voces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde hace algunos años ya se habían pronunciado en ese mismo sentido y que finalmente fueron escuchadas.

En ese sentido, debemos señalar en primera instancia, que el primer párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, literalmente, lo siguiente:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”

De igual forma, el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional previene lo siguiente:

“... El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, femicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos,

delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud..."

En ese tenor de la Carta Magna se establece de una forma clara y precisa que el Ministerio Público puede **únicamente solicitar al juez la prisión preventiva cuando "otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio"**, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

II. MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN IMPONERSE AL IMPUTADO SEGÚN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que, por solicitud del Ministerio Público, de la víctima o del ofendido, el juez puede imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

- I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo de bienes;
- IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

- V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;
- VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- IX. La separación inmediata del domicilio;
- X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
- XII. La colocación de localizadores electrónicos;
- XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
- XIV. La prisión preventiva.

Tales medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

De igual forma, el artículo 156 del mismo ordenamiento legal establece que el juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en ese mismo ordenamiento legal, deberá tomar en

consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo que dispone el artículo 19 Constitucional.

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL DEBEN RESPONDER A NECESIDADES DE NATURALEZA PROCESAL Y NO PUNITIVA

En ese contexto nos queda claro que las medidas cautelares de carácter personal impuestas dentro de un proceso penal *“deben responder a necesidades de naturaleza procesal y no punitiva”*, ya que en caso

contrario (como lo es la prisión preventiva oficiosa) se trataría de una pena anticipada; en consecuencia, entendemos que la acción represiva del Estado frente a las infracciones directas al Derecho Penal se legitiman únicamente cuando se comprueba la responsabilidad del sujeto activo y siempre que se respete el debido proceso y la tutela judicial efectiva, por lo que la privación de la libertad de los gobernados al aplicar dicha medida bajo el carácter y naturaleza cautelar, ya sea por el peligro inminente de que el indiciado se pueda dar a la fuga frente al proceso instaurado en su contra o por que pretenda obstaculizar la investigación, de tal suerte que la resolución que imponga una medida cautelar deberá contener al menos lo siguiente:

- I. La imposición de la medida cautelar y la justificación que motivó el establecimiento de la misma;
- II. Los lineamientos para la aplicación de la medida, y
- III. La vigencia de la medida.

Lo anterior, conforme al artículo 159 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Derivado de lo señalado podríamos formular las siguientes preguntas:

- ¿La prisión preventiva en México es indebida?
- ¿Es exorbitante y es injusta?

Al respecto, **Open Society Justice Initiative** publicó en 2010 el Informe denominado: *“Los Mitos de la Prisión Preventiva en México”*², en el que se señala de

2 Los Mitos de la Prisión Preventiva en México, Open Justice Initiative, Guillermo Zepeda Lecuona.

una manera muy cruda pero veraz, que la prisión preventiva en México se utiliza de una manera irracional, es extensiva y excesiva, contraviniendo la presunción de inocencia, y generando altos costos económicos y sociales; de igual forma, señala que la prisión preventiva es indebida, exorbitante, injusta y costosa. Indebida porque contradice los principios constitucionales y del derecho internacional; es exorbitante porque la autoridad la utiliza extensa e indiscriminadamente; de igual forma señala que más del 40% de las personas señaladas como probables responsables son encarceladas, y a la fecha de la emisión de dicho reporte se señalaba que aproximadamente 95 mil personas se encontraban privadas de su libertad esperando a que las investigaciones y sus procesos concluyeran, representando en 2010 el 41.5% de las personas encarceladas.

En primera instancia, debemos partir de la base de que la prisión preventiva (en cualquier modalidad) es profundamente restrictiva del derecho a la libertad personal de los imputados, en el proceso penal acusatorio y, por tanto, debe ser revisable.

IV. ARGUMENTOS O JUSTIFICACIONES DE LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES PARA MANTENER LA PRISIÓN PREVENTIVA SIN SUFICIENTE FUNDAMENTO

Es importante señalar que dentro de los argumentos o justificaciones más usadas por las autoridades jurisdiccionales para mantener la prisión preventiva (sin fundamento alguno) como “*pilar de la política criminal mexicana*”, se encuentran los siguientes:

- La prisión preventiva reduce el número de delitos que se registran;

- La prisión preventiva garantiza la reparación del daño a la víctima;
- La prisión preventiva protege a la sociedad de sujetos peligrosos;
- La prisión preventiva solo se aplica a sujetos peligrosos;
- La prisión preventiva es un mal necesario en la lucha contra el crimen;
- La prisión preventiva es el único medio eficaz para impedir la fuga del imputado;
- La amenaza de la prisión preventiva disuade a posibles delincuentes; y
- La prisión preventiva brinda a la ciudadanía un sentimiento de mayor seguridad y mayor confianza en la autoridad.

En ese sentido, tales argumentos podemos considerarlos que se han llegado a configurar como mitos de aquellos que en forma vehemente han defendido la figura de la prisión preventiva.

Cabe señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció mediante tesis de jurisprudencia **1a./J. 32/2022 (11a.)** (cuyo título establece: PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. PROCEDE REVISAR SU DURACIÓN EN EL PLAZO DE DOS AÑOS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, FRACCIÓN IX, CONSTITUCIONAL Y, EN SU CASO, DETERMINAR SI CESA O SE PROLONGA SU APLICACIÓN), en el sentido de que la prisión preventiva oficiosa es una restricción constitucional a la libertad personal, y que bajo la normatividad internacional debe ser una medida excepcional para su imposición, por lo que ni el legislador de la Constitución ni el legislador ordinario propiciaron distinción alguna de dicha figura en cuanto a la posibilidad de su:

- Revisión,
- Cese o
- Prolongación, a los dos años de su imposición.

Consecuentemente, en caso de que el plazo de duración de la prisión preventiva oficiosa se deba prolongar, esta decisión de la autoridad jurisdiccional deberá estar debidamente justificada, a efecto de evitar que dicha medida cautelar se extienda en forma innecesaria.

Por lo que acorde a estándares internacionales y a los precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para realizar dicho escrutinio es menester que las autoridades respectivas tomen en consideración tres elementos:

- a) la complejidad del asunto;
- b) la actividad procesal del interesado; y,
- c) la conducta de las autoridades.

En ese contexto le corresponderá al fiscal la carga de la prueba ante la autoridad judicial que, en el caso concreto, se actualizan dichos elementos; es decir, que el asunto es complejo, que la actividad procesal del interesado es la detonante de la dilación para la culminación del proceso y que la conducta de las autoridades ha sido diligente en la conducción del proceso.

En su caso, la autoridad ministerial deberá acreditar la necesidad de que continúe dicha medida cautelar. La consecuencia de no demostrar debidamente lo anterior, será el cese de la prisión preventiva oficiosa y en todo caso, dará lugar a que se debata en la audiencia respectiva la imposición de otra u otras medidas cautelares que prevé el referido artículo 155 del Código Nacional

de Procedimientos Penales, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 161 y demás aplicables de dicho código procesal.

La prisión preventiva (en cualquier modalidad) es profundamente restrictiva del derecho a la libertad personal de los imputados en el proceso penal acusatorio y, por tanto, debe ser revisable.

V. CONCLUSIÓN

Finalmente señalamos que hasta 2010 en México había más de 95 mil personas que se encontraban en prisión aún sin que existiese una condena, que se presumían como inocentes, perdiendo su libertad en condiciones deplorables e insalubres, en las cárceles mexicanas, de autogobierno, y de violencia, y en ese contexto fueron liberadas 40,000 personas, habiendo sido sometidas a investigación y procesos judiciales, privándoles de su libertad por varios meses o años, perdiendo con ellos su trabajo, familia y la salud.

Ha subsistido hasta nuestros días la creencia de que la prisión preventiva justificada reduce la incidencia delictiva y la inseguridad ciudadana, lo cual a su vez **“garantiza la reparación del daño”** y que únicamente aplica a todos aquellos individuos que, en caso de permanecer en libertad, serían un gran peligro tanto para la sociedad, como para las víctimas del delito.

En conclusión, la práctica de la prisión preventiva ha sido utilizada en forma desmesurada, irracional e indiscriminada por las autoridades jurisdiccionales en México, misma que parece ser la única respuesta del Estado frente al incremento de la violencia y de la inseguridad en el país.

■ BIOGRAFÍA

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA GERMÁN GUILLERMO YÁÑEZ LEÓN²

El general Yáñez nació en Tarma, el 28 de mayo de 1883. Fue hijo de Guillermo Yáñez y Manuela León. Se casó en Lima con doña Esther María Ordóñez Erásquin.

En su legajo personal aparece que ingresó al ejército el 13 de marzo de 1901, como alumno de la Escuela Militar de Chorrillos. Ascendió al grado de alférez de artillería el 1° de febrero de 1902; a teniente el 27 de julio de 1904; a capitán el 1° de febrero de 1908; a mayor el 27 de julio de 1912; a teniente coronel el 27 de julio de 1917; a coronel el 17 de marzo de 1928 y a general de brigada el 2 de enero de 1941, este último ascenso mediante resolución Legislativa N° 9244, de 31 de diciembre de 1940.

En cuanto a los servicios que prestó en el Ejército, su legajo personal precisa, que, graduado de alférez, permaneció en la Escuela Militar de Chorrillos hasta enero de 1903, pasando a servir, el 27 de enero de ese año, en el Regimiento de Artillería de Montaña. Con el grado de teniente, prestó servicios en el Regimiento de Artillería de Montaña a partir del 27 de julio de 1904; en el Grupo de Campaña, desde el 6 de marzo de 1906 y en la Inspección de Artillería desde el 7 de febrero de 1907.

Ascendido a capitán el 1° de febrero de 1908, continuó sirviendo en la Inspección de Artillería; en el Grupo de Campaña desde el 7 de febrero

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

2 Esta biografía ha sido tomada de: BRAVO MAXDEO, Roosevelt, La Justicia Militar en la Historia del Perú, tercera parte: Desde 1926 hasta 1950, Fuero Militar Policial, 2019, páginas 451 a 455.

de 1908; en el Estado Mayor General del Ejército desde el 12 de diciembre de 1908 y en el Grupo de Campaña desde el 3 de marzo de 1910.

Estuvo en la Escuela Superior de Guerra del Ejército los años de 1911 y 1912. El 27 de marzo de 1913 viajó a Europa y a su retorno, desde el 24 de noviembre de 1914, fue designado segundo jefe del Grupo de Campaña; el 17 de mayo de 1916 jefe de grupo del Regimiento de Artillería N° 2; el 24 de abril de 1917 fue nombrado sub director del Servicio Geográfico; el 17 de mayo de ese mismo año fue jefe de grupo del Regimiento de Artillería de Montaña N° 2, pero casi de inmediato retornó al Servicio Geográfico y permaneció en el puesto de sub director hasta el 27 de julio de 1917.

Ascendido ya a teniente coronel, fue sub director de la Escuela Militar de Chorrillos, cargo para el cual fue designado el 7 de agosto de 1917; pasó al Ministerio de Relaciones Exteriores el 7 de agosto de 1918; el 26 de setiembre de ese mismo año fue designado primer jefe del Regimiento de Artillería de Montaña N° 2; el 11 de julio de 1919 pasó al Ministerio de Guerra y el día 24 de ese mismo mes y año se le designó sub director de la Escuela Superior de Guerra del Ejército; fue nombrado adjunto a la Inspección de Artillería el 14 de agosto de 1919; jefe de Estado Mayor de la IV División el 13 de marzo de 1923; jefe de la segunda sección del Estado Mayor General del Ejército; director de la Escuela Superior de Guerra del Ejército el 27 de enero de 1925; jefe de la tercera sección del Estado Mayor General del Ejército el 29 de marzo de 1927; jefe de departamento en la III Región de Arequipa el 10 de mayo de 1927; jefe del Estado Mayor de la IV División el 30 de setiembre de 1927 y jefe de Estado Mayor de la III División el 7 de febrero de 1928.

Ascendió a coronel el 17 de marzo de 1928 y diez días después fue designado jefe de la III División; jefe de la II División el 11 de diciembre de 1928; jefe de la III División el 2 de febrero de 1929; en la Inspección General del Ejército desde el 15 de enero de 1930; director del Servicio de Armamento y Arsenal, desde el 11 de marzo de 1930; jefe del Estado Mayor General del Ejército del 30 de agosto de 1930 al 28 de enero de 1931; en la Inspección General del Ejército desde el 10 de diciembre de 1932; y director de Administración Militar desde el 18 de febrero de 1936.

Ascendió a general de brigada el 2 de enero de 1941 y fue nombrado Inspector General del Ejército el 24 de enero de ese año y el 15 de enero de 1942 vocal del Consejo de Oficiales Generales³, presidiéndolo entre el 10 de mayo de 1945 y el 28 de mayo de 1947.

3 La información sobre los servicios prestados por el general de brigada Yáñez León ha sido tomado de su legajo personal, que obra en el Archivo Central del Ejército, caja Y-01.

Nuestro biografiado cumplió también importantes comisiones durante su carrera militar. En 1904 integró la “*Comisión examinadora de los cañones Krupp de 87 m/m, bajo las órdenes del coronel René Chaumont.*” Un año después, integró la “*Comisión examinadora de los cañones Schneider – Canet de 75 m/m, modelo de campaña, bajo las órdenes del general J. M. (Juan Martín) Echenique.*” En enero de 1914, en Francia, fue miembro de la “*Comisión receptora de armamento, presidido por el coronel R. B. Peña.*”

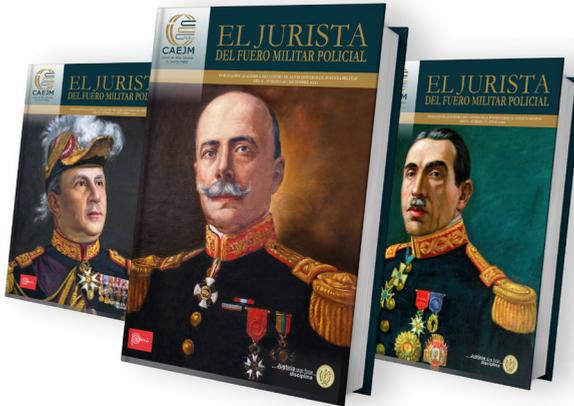
■ ANEXOS

PRESENTACIÓN DE LOS NÚMEROS 16, 17 Y 18 DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL”

El 16 de diciembre de 2022, en el auditorium del Fuego Militar Policial, se llevó a cabo la presentación de los números 16, 17 y 18 de la revista “El Jurista del Fuego Militar Policial”, correspondientes a diciembre de 2020, julio de 2021 y diciembre de 2021, respectivamente, que no se publicaron oportunamente.

La presentación de la revista N° 16 estuvo a cargo del coronel EP (R) Luis Antonio Rocca Erquiaga, quien fuera director del Centro de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas y autor del artículo “*Detenciones en el marco de conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales*” en este número de la revista; igualmente, en la revista N° 18 ha escrito otro artículo sobre “*La protección del medio ambiente en escenarios de conflicto armado*”.

La presentación de las revistas N° 17 y N° 18 corrió a cargo de Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo, quien escribió artículos en ambas revistas, además de la revista N° 16. El presentador es también editor de “El Jurista del Fuego Militar Policial”.



Presentación

Revista El Jurista del Fuero Militar Policial

Nº 16, 17 y 18



Coronel EP (R) Luis Antonio Rocca Erquiaga, presentando la revista "El Jurista del Fuero Militar Policial" N° 16



El mayor general FAP José Villavisencio Consiglieri, presidente del Fuero Militar Policial, hace entrega al coronel EP (R) Luis Antonio Rocca Erquiaga un certificado por haber presentado la revista "El Jurista del Fuero Militar Policial" N° 16.



Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo presentando las revistas "El Jurista del Fuero Militar Policial" números 17 y 18.



El mayor general FAP José Villavisencio Consiglieri, presidente del Fuero Militar Policial, entregando a Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo un certificado por la presentación de la revista "El Jurista del Fuero Militar Policial", números 17 y 18.

PRESENTACIÓN DEL IV TOMO DE “LA JUSTICIA MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ”

El 20 de diciembre de 2022, en el marco de la ceremonia por la celebración del 124 aniversario del Fuero Militar Policial, se presentó el IV TOMO DE “LA JUSTICIA MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ”, que corresponde al período 1951 – 1980, cuyo autor es Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo. Esta obra ha sido publicada por el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM) y la presentación corrió a cargo del autor.



Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo presentando el IV tomo de la “Justicia Militar en la Historia del Perú”, en el auditorium del Fuero Militar Policial.



El autor del libro con el mayor general FAP José Villavisencio Consiglieri, presidente del Fuero Militar Policial.



El mayor general FAP José Villavisencio Consiglieri, presidente del Fuero Militar Policial, hace entrega del IV tomo de "La Justicia Militar en la Historia del Perú" a la doctora Carmen Milagros Velarde Koechlin, Jefa Nacional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).



El mayor general FAP José Villavisencio Consiglieri, presidente del Fuero Militar Policial, hace entrega del IV tomo de “La Justicia Militar en la Historia del Perú” al Vicario General Castrense, obispo Juan Carlos Vera Plasencia.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en el año 2023
en Impreso en Partners Print S.A.C. con RUC 20606691204
Calle José de la Torre Ugarte 265, Miraflores



Juramentación del Mayor General FAP José Luis Villavisencio Consigliero como Presidente del Fuero Militar Policial.

