



CAEJM

Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO I - NÚMERO 1 / JULIO - DICIEMBRE 2012



Justicia que forja
disciplina



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

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza

DIRECTOR DE LA REVISTA Y DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Contralmirante CJ Julio Enrique Pacheco Gaige

DIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Capitán de Navío CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

SUB DIRECTOR DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Comité Editorial

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Técnico Supervisor 2° AP Luis Urbina Huapaya

Licenciado Floiro Tarazona Ramírez, Asesor de Prensa e Información

Diseño de portada

Oficina de Relaciones Públicas e Imagen Institucional del FMP

Diagramación

Socorro Gamboa García

Fotografía

Portada: Técnico 1ra EP Darío Castillo Román

Corrección de estilo

General PNP (R) Jorge López Zapata

Colaboraron en esta edición

Técnico 1ra. EP Darío Castillo Román

Oficial de Mar 1° EP Regina García Espejo

Doctor José Castro Eguavil

Doctora Mirella Oré Quispe

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

Primera Edición: Octubre 2012

Tiraje: 1,000 ejemplares

Año 1 – Número 1

Segunda Edición: Febrero 2015

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú N° 2012-12542

Editado por:

FUERO MILITAR POLICIAL

Av. Arenales 321, Santa Beatriz, Lima Cercado

Telf.: (511) 6144747

E-mail: caejm@fmp.gob.pe

Impreso en IMAGIDEAS.COM

de Milagros Morales

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre, Lima

Tiraje: 500 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ

PRINTED IN PERÚ

NOTA DEL EDITOR

La primera edición del primer número de la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial” se ha agotado. La revista ha tenido muy buena acogida por los lectores, tanto del Perú como de diversos países interesados en conocer la actualidad de la justicia militar y de los problemas que viene enfrentando, lo que nos honra sobremanera y nos compromete a seguir mejorando nuestras próximas ediciones; habiendo motivado que instituciones y personas nos envíen solicitudes para contar con nuestro primer número, razón por la cual se ha decidido reeditarla en un tiraje menor.

La primera edición ha sido revisada y por recomendación del corrector de estilo se han introducido los cambios sugeridos, básicamente, los relacionados con reglas de ortografía, respetándose en lo demás el contenido de la primera edición.

En cuanto a la cubierta de la revista, ha sufrido un cambio total en su diseño, en principio, en consonancia con la línea seguida en las ediciones siguientes y fundamentalmente, por el hecho histórico de cumplirse el 12 de marzo del 2015 el bicentenario de la muerte heroica del prócer Mariano Lorenzo Melgar Valdiviezo, en Umachiri, quién fuera el Primer Auditor de Guerra del ejército del Brigadier Mateo García Pumacahua Chihuantito. El Fuero Militar Policial le quiere rendir homenaje poniendo en la cubierta de la revista una de sus imágenes representativas, pues se vincula a Melgar con el Cuerpo Jurídico Militar y el Servicio Jurídico del Ejército, de los que es su Patrono.

Teniente Coronel
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
SALUDOS	15
LA JUSTICIA MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO El delito de función en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Organización de la Jurisdicción Militar en América y Europa <i>Carlos Enrique Mesa Angosto</i>	17
CIENTO TRECE AÑOS DE EXISTENCIA DE LA FISCALÍA MILITAR POLICIAL DEL PERÚ <i>Hernán Ponce Monge</i>	27
NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIA MILITAR <i>Julio Pacheco Gaige</i>	31
COMENTARIOS SOBRE EL HONOR Y EL PATRIOTISMO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA <i>George Cárdenas Jaén</i>	35
LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL EN CONCORDANCIA CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004 <i>Antonio Armando Chacón Flores</i>	41
EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR-POLICIAL Y EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO <i>Catacora Santisteban</i>	43
DELITOS DE EXCESO EN EL EJERCICIO DEL MANDO Y AFECTACIÓN DEL MATERIAL DESTINADO A LA DEFENSA NACIONAL - COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR POLICIAL <i>Javier Castillo Zevallos / Fulgencio Galindo Ariza</i>	47
EL MANDATO DE DETENCIÓN EN LOS DELITOS MILITARES POLICIALES <i>Luis Carlos Martínez de Pinillos / Ever Wilfredo Chávez Silva</i>	51
LOS DELITOS DE REBELIÓN, SEDICIÓN Y DERROTISMO COMO COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR <i>Jorge Carlos Jara Lira</i>	55

EL FUERO MILITAR POLICIAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO EN EL FMP <i>Fernando Martín Robles Sotomayor</i>	59
EL DELITO DE INSULTO AL SUPERIOR EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL <i>Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo</i>	63
LA APLICACIÓN DE LA CONDENA CONDICIONAL Y LAS REGLAS DE CONDUCTA EN LOS DELITOS DE DESERCIÓN <i>Sergio Chumberiza Juárez</i>	73
LA FISCALÍA MILITAR EN RUSIA: HISTORIA Y ACTUALIDAD Discurso del Teniente General de la Justicia V.I. Melnikov Vice Fiscal General Militar de Rusia	79
CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO COMÚN Y EL FUERO MILITAR POLICIAL <i>Juan Carlos Monroy Meza</i>	85
CONTENIDO JURÍDICO DEL DELITO DE FUNCIÓN CASTRENSE: A PROPÓSITO DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CURSO CONTRA EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL César Abdul Aliaga Castillo	89
EL DELITO DE DESERCIÓN Y LA LIBERTAD PERSONAL Imelda Tumialán Pinto / Mirella Neyra Neyra	105
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JUSTICIA MILITAR POLICIAL <i>Gustavo Adolfo Botetano Villafuerte</i>	109
LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL Roberto Cáceres Julca	127
LA JUSTICIA MILITAR Y SU TRASCENDENCIA EN EL PERÚ <i>Luis Zevallos Paredes</i>	133
EL CONTROL DEL PLAZO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Néstor Miguel Mercado Benites	141
ACTIVIDADES ACADÉMICAS AF-2012	147

PRESENTACIÓN

La presente publicación, titulada “Revista Jurídica del Fuero Militar Policial”, ha sido creada como un instrumento de aporte académico que contribuirá y enriquecerá la doctrina y normativa relacionada a la justicia penal castrense tanto a nivel nacional como internacional.

Uno de principales objetivos de esta obra es fomentar el espíritu académico de los integrantes del Fuero Militar Policial y del Cuerpo Jurídico Militar Policial, así como de todo profesional del derecho o investigador interesado en la materia.

En cumplimiento de esta misión, la presente Revista recoge diversos trabajos de investigación jurídica relativos al derecho penal militar policial, desarrollados desde la óptica de distintas ramas del derecho; es decir, desde las perspectivas constitucional, penal castrense, penal común, procesal penal castrense, procesal penal común, Derecho Internacional Humanitario, etc.

La importancia de esta obra se cimienta en la preponderancia que la jurisdicción castrense tiene para el desarrollo y conservación de nuestro Estado. En efecto, la Justicia Militar es una institución que tiene más de cinco (5) siglos de existencia en nuestro país. Fue incorporada desde la conquista, permaneció durante el virreinato y se ha mantenido a lo largo de nuestra vida republicana.

Conforme a los artículos 139° y 173° de la Constitución Política, la justicia militar es una jurisdicción independiente y autónoma que tiene como competencia el juzgamiento a los efectivos militares y policiales cuando incurren en la comisión de un delito de función castrense.

Podemos explicar la importancia de la jurisdicción castrense en dos factores:

- A. La justicia militar es el instrumento que garantiza la efectiva defensa y seguridad de la República; y,
- B. La justicia militar vela para que los efectivos militares y policiales ejerciten sus funciones con estricto respeto de los derechos de los ciudadanos; es decir, previene toda distorsión o exceso funcional.

Al respecto, cabe destacar que la defensa y la seguridad del Estado son el presupuesto habilitador para la vigencia de los Derechos Humanos. Solo en un clima de paz y orden interno es posible el desarrollo de un sistema democrático de gobierno y un

régimen político que garanticen el desarrollo y promoción de los derechos de las personas. En contrapartida, un clima de violencia e inseguridad es el combustible para la violación de los Derechos Humanos.

En este contexto, la jurisdicción militar se erige como el instrumento constitucional cuyo fin es velar por que las Fuerzas Armadas y Policiales cumplan con idoneidad y eficacia sus trascendentales funciones constitucionales de garantizar la defensa, independencia, soberanía, integridad territorial, seguridad y orden interno de la República.

Por lo expuesto, la materia sobre la que versa la presente Revista; es decir, justicia castrense, irroga a ésta un significativo valor en los ámbitos jurídico y académico.

Congratulo al Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, representado por su Director, General de Brigada EP (r) Samuel Gamero Ramírez, por esta gran iniciativa que es acorde con la política de formación y capacitación continua de los operadores del Fuero Militar Policial.

Del mismo modo, hacemos extensivo nuestro agradecimiento y congratulación a los autores de los diversos trabajos académicos que forman parte de esta Revista.

Finalmente, aprovecho la oportunidad para renovar mi compromiso, como Presidente del Fuero Militar Policial, de luchar siempre por una justicia militar autónoma, independiente, imparcial y guardiana de las fuerzas del orden y de los Derechos Humanos.

Gracias.

CARLOS ENRIQUE MESA ANGOSTO
Contralmirante CJ (r)
Presidente del Fuero Militar Policial

INTRODUCCIÓN

Al iniciar nuestra gestión el año 2011 al frente del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), institución encargada de la capacitación y actualización académica del personal que labora en el Fuero Militar Policial, encontramos un fuero privativo amenazado por una serie de demandas de inconstitucionalidad, lo que acarreaba serios problemas de estabilidad institucional. Transcurrido el tiempo y consolidada la posición legal y formal del Fuero Militar Policial, el nuevo horizonte de nuestra institución es tan promisorio como trascendental, en concordancia con la denominación asignada al año 2012: “El año de la Excelencia”. En efecto, durante el año 2011, se avanzó en mejorar nuestra infraestructura y adecuarla para la implementación del nuevo Código Penal Militar Policial; también se concibió y formalizó la planificación académica para los años 2012-2014, período en el cual se plantea realizar una revolución del conocimiento en nuestra institución. En esa línea de pensamiento y acción, en diversos foros al interior de la institución, el CAEJM ha expuesto ante la presidencia, vocales y fiscales supremos la necesidad de capacitar a nuestro personal que labora en el área jurisdiccional, fiscal y también en el área administrativa, pues en el escenario nacional, el sistema de justicia es uno de los más criticados por falta de eficiencia y capacidad académica en algunos operadores, cuando no por falta de solvencia profesional.

Como señalé anteriormente, la necesidad de educación en el Fuero se planteó no solo como una estrategia de preservación institucional sino con la finalidad que nuestros magistrados tengan igual o mayores recursos académicos que los magistrados del fuero común, razón por la cual los actuales requisitos para ser magistrado del fuero exigen de los postulantes títulos de magister, doctorado, diplomados, artículos publicados, entre otros y el curso de magistrados en el nivel correspondiente dictado por el CAEJM. El primer objetivo de gestión fue lograr la inversión de tiempo, dedicación y un presupuesto adecuado para crear y compartir conocimiento, dado que sin un marco presupuestal mínimo es muy difícil que se pueda alcanzar logros importantes en ese campo. La respuesta del Presidente del Fuero Militar Policial, Contralmirante CJ Carlos Enrique Mesa Angosto y de los magistrados supremos fue inmediata y contundente, por ello a partir de hoy, la educación, entiéndase capacita-

ción y actualización, serán un objetivo de primer orden en nuestra institución. Es así que el plan de capacitación correspondiente al período 2012-2014 está aprobado y presupuestado y viene ejecutándose de manera sostenida, optimista e integral.

Con respecto a la ejecución del plan de capacitación y actualización, el curso de magistrados que se constituye en requisito indispensable para ser magistrado del FMP, se está dando de manera progresiva y en el presente año, habremos capacitado mediante el curso a más del 75% de nuestros magistrados a nivel nacional, en tiempo récord. Del mismo modo y con el mismo ímpetu, durante el presente año se está dando el curso de capacitación para oficiales subalternos así como para el personal de técnicos y suboficiales y empleados civiles que cumplen funciones en los órganos jurisdiccionales, fiscales y administrativos. Asimismo es preciso resaltar, la calidad profesional de nuestros catedráticos de los diversos cursos, ya que contamos con los señores Jueces Supremos del fuero común: Dr. Jorge Calderón Castillo, Dr. José Antonio Neyra Flores, Dr. Duberli Castillo, Dr. Jorge Luis Salas Arenas así como con el Dr. Edward Álvarez Irala, el perito en criminalística Oficial PNP Alberto Castro Alata y también destacados oficiales del Fuero Militar Policial.

Un hecho relevante que deseo comentar es una de las pasantías realizadas, en este caso, en el distrito judicial de Trujillo; así como los conversatorios académicos en Chiclayo, Arequipa, Cusco e Iquitos, actividades que brindan una posibilidad única a los participantes, al obtener conocimientos respecto a la doctrina aprendida de los norteamericanos y en diversos cursos en la ESAN, hoy universidad de gran prestigio, con su conocida casuística, ya que durante muchas horas de debate, presencia en audiencias reales y discusión con los actores de los hechos procesales, los participantes, alimentan su experiencia de forma concluyente y complementan el tiempo invertido en el aula. Para concluir estas apreciaciones sobre la capacitación y actualización académica en el Fuero Militar Policial, debo manifestar, con mucha complacencia, la culminación de un nuevo proyecto concretado por el CAEJM, el cual es poner a disposición de los profesionales del derecho en particular, de la sociedad peruana y extranjera en general, la Primera Edición de la Revista Académica, la misma que estoy seguro contribuirá a difundir información concerniente al Fuero Militar Policial. Asimismo, hago extensivo el agradecimiento institucional a la Presidencia del FMP por su decidido y permanente apoyo, reiterando que su gestión ha cambiado completamente el escenario del fuero privativo, ya que solo hace dos años su existencia estaba en cuestión y ahora estamos estrenando un nuevo Código Penal Militar Policial, la capacitación de nuestro personal es una realidad concreta, y nuestra infraestructura se moderniza y adecúa a lo requerido por el nuevo sistema acusatorio contradictorio.

SAMUEL GAMERO RAMÍREZ

General Brig. EP (r)

Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

SALUDOS

A nombre de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, universidad Decana de América, que me honro en representar, les hago llegar un afectuoso saludo y reconocimiento a la loable labor que lleva adelante el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), desde el año 1996, en la capacitación y actualización de los magistrados sobre cuyos hombros recae la tarea de administrar justicia en el ámbito castrense.

En ese sentido, también me sumo al reconocimiento al CAEJM por la publicación del primer número de su revista académica, la cual, no dudo, será el medio idóneo en el que sus integrantes, personas interesadas y la comunidad en general tomarán conocimiento de las actividades que desarrollan formando a un cuerpo jurídico militar debidamente preparado en materia del Debido Proceso y los Derechos Humanos.

Este nuevo medio de difusión institucional les permitirá, entonces, acercarse más a la ciudadanía que, a partir del presente mes de octubre, sabrá con mucho más detalles cuál es vuestra función y la manera cómo sus egresados contribuyen a la seguridad y defensa de la nación.

Desde aquí, reitero mi compromiso a colaborar con el CAEJM en las iniciativas académicas que lo requieran, ya que nos une el fin educativo y de excelencia profesional.

Hago llegar, de esta manera, mi deseo de éxito para todo el equipo humano que trabaja en la revista y que, estoy seguro, sabrá hacer llegar a nuestras manos nuevas ediciones caracterizadas por la calidad de sus contenidos.

Dr. Pedro Atilio Cotillo Zegarra
Rector





Ministerio Público
Fiscalía de la Nación

OFICIO N° 0251-2012-MP-FN

Lima, 24 JUL 2012

Contralmirante (r)

CARLOS ENRIQUE MESA ANGOSTO

Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial

Presente.-

Ref.: Oficio N° 120-2012/TSMP/P

Tengo el agrado de dirigirme a usted para expresarle mi cordial saludo al fuero privativo militar-policial que usted dirige y felicitarlo por el esfuerzo académico de publicar una revista, a través del Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar (CAEJM), en la que se debata y expongan los avances de la justicia en el Perú y, en particular, de la justicia militar.

La Justicia Militar es el instrumento que asegura que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan en forma idónea y eficaz sus funciones de defensa y seguridad de la República, mediante la sanción de los delitos de función. En tal sentido, la justicia militar vela por que los efectivos del orden ejerciten sus funciones con estricto respeto de los derechos de los ciudadanos, previniendo así toda distorsión o exceso funcional.

Teniendo en cuenta estas premisas, quiero expresar mis buenos deseos para la publicación de su revista y, en general, para toda su gestión al frente del Tribunal Supremo Militar Policial.

Sin otro particular, aprovecho la presente para expresarle mis sentimientos de especial consideración.

Atentamente,

DR. JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES
FISCAL DE LA NACIÓN



LA JUSTICIA MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO

El delito de función en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Organización de la Jurisdicción Militar en América y Europa

Contralmirante CJ Carlos Enrique Mesa Angosto^()*

Presidente del Fuero Militar Policial del Perú

I. IMPORTANCIA Y FIN DE LA JUSTICIA MILITAR

Las Fuerzas Armadas y Policiales de cada país tienen las trascendentales funciones de garantizar la defensa, independencia, soberanía, integridad territorial, seguridad y orden interno de sus repúblicas.

Para que estas funciones se cumplan cabalmente, resulta indispensable que se asegure la disciplina y el orden en estas instituciones, lo cual se logra, primordialmente, con la sanción de los delitos de función en la jurisdicción militar.

En este contexto, es responsabilidad de la jurisdicción militar velar por que las Fuerzas Armadas y Policiales cumplan debidamente con sus obligaciones antes referidas.

Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado con claridad, en el Caso Berenson vs. Perú, que la sanción de los delitos de función en la jurisdicción militar, es vital para garantizar el cumplimiento de las funciones de las fuerzas del orden.

El cumplimiento de estas funciones hace posible la preservación del orden constitucional y

que los Estados cumplan con su deber fundamental de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos; proteger a su población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Montero vs Venezuela, ha señalado, con claridad, que los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público.

En este orden de ideas, la justicia militar constituye una garantía de que las fuerzas del orden cumplan con eficacia e idoneidad las funciones para las que fueron creadas.

El recurso a la jurisdicción ordinaria resulta insuficiente para servir a las necesidades de la disciplina militar. Bien señalan el Tribunal Supremo del Canadá (Généreux vs la Reina) y la Corte Constitucional de Colombia (Exp. C-473/99), que el sistema punitivo de la jurisdicción militar es incompatible con el de la jurisdicción ordinaria, debido a que las reglas de comportamiento de los militares son extrañas a la vida civil. Por ello, el recurso a los tribunales civiles es inadecuado para

(*) El Contralmirante Carlos Enrique Mesa Angosto, actual Presidente del Fuero Militar Policial del Perú, estudió leyes en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y se incorporó al Ilustre Colegio de Abogados de Lima en 1969. Se asimiló a la Marina de Guerra del Perú en 1970 como Teniente Primero del Cuerpo Jurídico. Ha seguido los estudios de su especialidad y del campo militar en la Marina habiendo llevado, entre otros, el Curso de Estado mayor en la Escuela Superior de Guerra Naval. También ha seguido estudios Internacionales en la Universidad de Illinois - Estados Unidos de América. Es autor de publicaciones y artículos de opinión en diferentes revistas y periódicos. Escribe regularmente en la Columna "Tribuna Militar" del Diario EXPRESO y colabora con distintas publicaciones impresas y digitales.

servir a las necesidades particulares de la disciplina militar.

En efecto, muchos delitos que son punibles con arreglo al derecho penal común, asumen una connotación mucho más grave como delito de función, y como tal merecen un castigo más severo. Ejemplos de este tipo hay muchos, como el robo perpetrado por un oficial a otro oficial o a la institución castrense. Esta conducta es más censurable que el robo común, ya que desvirtúa la esencia del espíritu de cuerpo, el respeto mutuo, la confianza en los compañeros y las exigencias del estilo de vida castrense.

Otro ejemplo de la diferencia entre la justicia penal común y la justicia penal militar, es el derecho de huelga. Para los civiles, la huelga es el derecho a negarse a trabajar. En cambio, para un soldado, la huelga constituye un motín, un delito muy grave, pues menoscaba la disciplina y en ocasiones puede equivaler a la rebelión (imagínense a un soldado que en plena guerra se rehúsa a combatir al enemigo).

De manera similar, un ciudadano podrá dejar su empleo en cualquier momento y la única responsabilidad en que podrá incurrir es por incumplimiento de contrato. En contraste, un soldado que deja ilegalmente de servir a su institución incurre en el delito de desertión, pues el deber de defender la patria no se instituye en un mero contrato, sino en un compromiso de por vida.

La organización militar exige, como ningún otro sistema, el más alto nivel de disciplina capaz de funcionar en las más adversas condiciones. De otro lado, como sabemos, en estos tiempos la justicia militar no es un fuero personal ni un privilegio, ni está concebida para proteger a los militares o policías que cometan delitos. Por el contrario, la justicia militar es una carga pesada sobre los efectivos de las fuerzas del orden; toda vez que es el instrumento que garantiza que cumplan en forma disciplinada, idónea y eficaz sus funciones de defensa y seguridad de la patria, pues, de lo contrario, recaerá sobre ellos una sanción rigurosa y ejemplarizadora.

Cabe traer a colación lo señalado por el presidente peruano Nicolás de Piérola durante la instalación del primer Consejo Supremo de Guerra y Marina en el año 1898:

“No es concebible que haya pueblo que se resigna a tener ejército sin leyes propias de su instituto; sin régimen que lo mantenga sano y robusto.”

En efecto, los magistrados militares tienen conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la existencia de la justicia militar como jurisdicción independiente.

Es tan alta la especialización de los magistrados militares que, por ejemplo en Perú, mi país, para ser Juez o Fiscal se requiere 15 años de formación jurídico militar; para ser Vocal o Fiscal Superior, 22 años; y, para desempeñarse como Vocal o Fiscal Supremo, 27 años de dicha formación jurídico militar.

En conclusión, el fuero militar es una jurisdicción altamente especializada cuyo fin es velar por que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales cumplan con orden, disciplina, idoneidad y eficiencia sus funciones de defensa y seguridad de sus repúblicas.

II. EL DELITO DE FUNCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. CONCEPTO DE DELITO DE FUNCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH) ha definido el delito de función como toda conducta cometida por un militar en actividad, en acto de servicio, que afecta los bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas del orden. Así, pues, la Corte ha precisado al respecto que:

“Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...) y estar encaiminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares.” (Caso *Benson vs. Perú*) (énfasis nuestro)

En base a esta conceptualización de la CORTE IDH, el delito de función debe presentar la siguiente triple identidad:

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

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DELITO DE FUNCIÓN:

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado, en forma clara, la naturaleza del bien jurídico tutelado por el delito de función. Así pues, este órgano jurisdiccional supranacional ha señalado, en la sentencia recaída en el Caso Radilla Pacheco vs. México emitida el 23 de noviembre de 2009, que es factible que conductas punibles de naturaleza común sean ventiladas en la jurisdicción militar, siempre que tengan relación directa y próxima con la función de las fuerzas del orden o con la afectación de bienes jurídicos castrenses. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece el siguiente concepto funcional de delito de función:

“284. (...) 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.” (énfasis nuestro)

Por tanto, el delito de función puede tutelar bienes jurídicos de naturaleza exclusivamente militar o policial así como bienes jurídicos de naturaleza común, siempre que tengan relación directa y próxima con las funciones de las fuerzas del orden.

3. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN IDEAL DE DELITO DE FUNCIÓN

Un concepto modelo de delito de función militar puede ser el siguiente:

*“El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un **militar o policía en situación de actividad**, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atentan contra **bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía**.”*

Como se puede apreciar, este concepto ideal de delito de función respeta plenamente la referida triple identidad que exige la CORTE IDH. En base a esta conceptualización, la jurisdicción militar puede conocer delitos de función típicamente militares o policiales y delitos de función militarizados, sobre la base de una concepción funcional de este tipo especial de ilícito y su conexión con la defensa y seguridad de la República, siendo su fin tutelar bienes jurídicos militares o policiales así como bienes jurídicos de naturaleza común que tengan relación directa y próxima con las funciones de las fuerzas del orden, de conformidad con la citada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Radilla Pacheco vs. México, ver supra).

a. Delitos de función típicamente militares

Son los que tutelan bienes jurídicos exclusivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía.

Ejemplos de delitos de función típicamente militares son los siguientes: violación de consigna; abandono de puesto de vigilancia; omisión de aviso o repulsión; abandono de escolta o de comando; seguridad de las instalaciones y bienes militares y policiales; desertión; empleo indebido de armas; inicio de operación innecesaria, entre otros.

b. Delitos de función militarizados

Son los que tutelan bienes jurídicos que no son, necesariamente, exclusivos de las Fuerzas Armadas o Policía pero inciden en la existencia, organización, operatividad o funciones de estas instituciones y que debido a su importancia, su trasgresión es sancionada como delito de función cuando el agente es un militar o policía que ha actuado en el ejercicio de sus funciones.

Ejemplos de delitos de función militarizados son los siguientes: espionaje, rebelión, sedición, robo de armas, falsificación o adulteración

de documentación, ultraje a los símbolos nacionales, militares y policiales; etc.

Es menester señalar que dependerá de la política criminal de cada Estado la introducción de delitos de función militarizados si con ello se busca proteger un bien jurídico vinculado, en forma directa y próxima, a las funciones de las Fuerzas Armadas y Policía, en consonancia con lo estipulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. MODELOS DE JUSTICIA MILITAR

A nivel internacional existen tres grandes modelos de justicia militar: 1) Modelo Europeo-Continental; 2) Modelo Anglosajón; y, 3) Modelo Alemán y Francés.

1. MODELO EUROPEO CONTINENTAL:

Admite la existencia de tribunales militares permanentes en tiempos de paz. Las justicias militares más representativas de este modelo son las de Italia, España y las de Latinoamérica.

2. MODELO ANGLOSAJÓN:

Se caracteriza por la inexistencia de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente en tiempos de paz. Éstos son convocados cada vez que se presenta un caso concreto.

Las justicias militares más representativas de este modelo son las de Inglaterra y Estados Unidos.

3. MODELO ALEMÁN Y FRANCÉS:

Permite la existencia de tribunales militares solo en tiempos de guerra. Después de la segunda guerra mundial, en Francia se suprimió el fuero castrense salvo para los ejércitos fuera del país o en tiempos de guerra, absorbiendo sus funciones la justicia ordinaria.

IV. JUSTICIA MILITAR EN AMÉRICA

En América podemos distinguir dos grupos de justicia militar: 1) las que se encuentran dentro de la jurisdicción ordinaria; y, 2) las que son independientes y autónomas.

1. JUSTICIAS MILITARES INTEGRADAS A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Las justicias militares de BRASIL, CHILE, NICARAGUA y VENEZUELA integran el Poder Judicial.

• BRASIL

La Justicia Militar en Brasil está organizada en Justicia Militar de la Unión y Justicia Militar de los Estados, siendo la primera competente para el juzgamiento de los delitos militares practicados por militares de las Fuerzas Armadas y la segunda es competente para juzgar a los militares de los Estados.

La justicia militar brasileña está contemplada en el texto de la Constitución como órgano del Poder Judicial, sin subordinación al Poder Ejecutivo o a las Fuerzas Armadas, siendo así autónoma en relación a estos entes, aunque tenga la participación de militares en su estructura.

a. Justicia Militar de la Unión

La Justicia Militar de la Unión juzga a los militares de las Fuerzas Armadas que cometen delitos militares. En Brasil componen las Fuerzas Armadas: la Marina, el Ejército y Aeronáutica.

La Justicia Militar de la Unión está compuesta por el Superior Tribunal Militar, en Segundo Grado de Jurisdicción y por 20 Auditorías de Justicia Militar, situadas en 12 Circunscripciones Judiciales Militares dispersadas por todo el país.

De acuerdo con el artículo 123° de la Constitución Federal: El Superior Tribunal Militar se compondrá de 15 Ministros vitalicios, 10 designados por el Presidente de la República, previa aprobación por el Senado Federal, siendo 3 Oficiales Generales de la Marina, 4 Oficiales Generales del Ejército, 3 Oficiales Generales de la Aeronáutica, todos ellos en situación de actividad.

Los otros 5 magistrados son civiles, quienes son elegidos por el Presidente de la República entre brasileños mayores de treinta y cinco años.

Los Oficiales Generales son juzgados solo por el Superior Tribunal Militar.

En primer grado, las Auditorías son compuestas por los Consejos de Justicia, siendo uno

denominado Permanente, con competencia para juzgar las pracas (es decir, soldados, cabos, sargentos, subtenientes o suboficiales y aspirantes a oficial), y otro llamado Especial, que procesa y juzga a los Oficiales¹.

Los Consejos de Justicia se componen de 1 Juez de Derecho y 4 Oficiales de las Fuerzas Armadas.

b. Justicias Militares de los Estados

Las Justicias Militares de los Estados tienen competencia para procesar y juzgar a los militares de los Estados por los crímenes militares definidos en la ley y por actos contra la disciplina militar.

En Brasil, además de los militares de las Fuerzas Armadas, existen los militares de los Estados, que son los Policías Militares y los Bomberos Militares, que tienen también por base la jerarquía y la disciplina, no poseyendo, sin embargo, subordinación funcional a los militares de las Fuerzas Armadas, salvo en los casos establecidos en la ley. Destáquese que no existen Oficiales Generales en estas Corporaciones Militares, siendo el grado máximo de Coronel.

La Justicia Militar de los Estados tienen como órgano de segundo grado a los Tribunales de Justicia Militares de los Estados, existentes en los Estados de Sao Paulo, Minas Gerais y Río Grande do Sul. En los demás Estados son los propios Tribunales de Justicia de los Estados que ejercen el Segundo Grado de Jurisdicción.

En relación a los órganos de Primer Grado, así como en la Justicia Militar de la Unión, existe el Consejo Especial de Justicia y el Consejo Permanente de Justicia, el primero competente para juzgamiento de los Oficiales y el segundo, de las pracas.

La composición también es prácticamente la misma que la de sus pares en la Justicia Militar de la Unión; es decir, un juez de Derecho y 4 Oficiales, sin embargo, la preside el Juez de Derecho, conforme al artículo 125º, inciso 5 de la Constitución.

• CHILE

En Chile, por su parte, los Tribunales Militares son especiales pero dependen, en tiempo de paz, de la Corte Suprema en virtud de lo dispuesto en la Constitución de dicho país.

La Corte Suprema de la República es la instancia de más alta jerarquía y se integra con el Auditor General del Ejército, cuando trata cuestiones del fuero militar.

Dentro de sus funciones cabe destacar la de resolver recursos de casación contra sentencias de las Cortes Marciales, recursos de revisión contra sentencias firmes, recusación contra Ministros de Cortes Marciales y extradición activa en procesos de jurisdicción militar.

En segunda instancia ayudan las Cortes Marciales: a) Corte Marcial del Ejército, de la Fuerza Aérea y Carabineros; y b) Corte Marcial de la Armada.

En primera instancia se encuentran los juzgados institucionales.

• NICARAGUA

En Nicaragua, si bien la jurisdicción militar depende del Poder Judicial, constituye una jurisdicción especial, conformada por:

- La Corte Suprema de Justicia;
- El Tribunal Militar de Apelaciones, integrado por 4 Oficiales Superiores del Ejército; y,
- Los Juzgados Militares de Juicio y los Juzgados Militares de Audiencia, cuyos titulares son Jueces Militares.

• VENEZUELA

En Venezuela, los tribunales militares forman parte del Poder Judicial y son considerados tribunales especiales para procesar y juzgar al personal militar.

La Constitución venezolana del año 1999 estableció que la jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial y que la comisión de delitos comunes, violaciones de Derechos Humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por

1 Oficiales son de tenientes hasta el puesto de coronel (Ejército y Aeronáutica) o Capitán de Mar y Guerra (Marina).

los tribunales ordinarios, limitándose la competencia de los tribunales militares a los delitos de naturaleza militar.

La organización de la justicia militar venezolana es la siguiente:

- Corte Suprema de Justicia;
- Corte Marcial;
- Consejos de Guerra Permanentes; y,
- Juzgados Militares Permanentes de Primera Instancia.

2. JUSTICIAS MILITARES INDEPENDIENTES DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Las justicias militares de Bolivia, Colombia, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México y Perú, son independientes de la jurisdicción ordinaria.

• BOLIVIA

La organización de la justicia militar boliviana es la siguiente:

- Tribunal Supremo de Justicia Militar (instancia máxima), es un órgano colegiado que en lo administrativo, depende del Ministerio de Defensa Nacional y en lo técnico, del Comandante en Jefe.
- Tribunal Permanente de Justicia Militar.
- Como órganos auxiliares están la Policía Militar y el Cuerpo Jurídico Militar.

• COLOMBIA

En Colombia, la organización de la justicia militar es la siguiente:

- Corte Suprema de Justicia.
- Tribunal Superior Militar.
- Juzgados de Primera Instancia del Comando General de las Fuerzas Militares.
- Juzgados de Primera Instancia para el Ejército Nacional.
- Juzgados de Primera Instancia para la Armada Nacional.
- Juzgados de Primera Instancia para la Fuerza Aérea.
- Juzgados de Primera Instancia para la Policía Nacional.

- Juzgados de Comando Unificado.

• EL SALVADOR

Su organización es la que sigue:

- Corte Suprema de Justicia: Es la máxima instancia de apelación.
- Comandante General de la Fuerza Armada: Es la última instancia de recursos contra sentencias de las Cortes Marciales.
- Corte Marcial Ordinaria: Es la primera instancia en delitos militares con pena superior a 10 años de reclusión.
- Corte Marcial Extraordinaria: Opera cuando los acusados son Generales y/o Almirantes.
- Cámaras de Segunda Instancia: Pertenecen al fuero civil.
- Jueces de Primera Instancia Militar: Juzgan delitos militares con pena inferior o igual a 10 años de reclusión.

• ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En Estados Unidos existe un sistema de Cortes Marciales de 3 niveles, similar al sistema civil:

1. Una Corte Marcial General para los delitos graves;
2. Una Corte Marcial Especial, que trata los delitos de menor gravedad; y,
3. La Corte Marcial Sumarial para el personal enlistado, que comete delitos menores.

En todos los casos en que la pena sea de muerte, cárcel por un año o más o la expulsión del servicio, la sentencia es revisada por la Corte de Apelación Criminal, compuesta por tres jueces que deben ser abogados y pueden ser oficiales o civiles. Cada rama armada tiene su propia Corte de Apelación Criminal.

La Corte de Apelaciones para las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, compuesta por tres jueces civiles, es la máxima instancia judicial civil responsable de la revisión de las decisiones tomadas por las Cortes Marciales. Las decisiones de esta Corte son apelables ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Además del personal militar, desde el año 2001, se ha autorizado que los Tribunales Militares

sean usados para juzgar a los extranjeros sospechosos de haber planeado y llevado a cabo atentados terroristas, creándose para ello las denominadas Comisiones Militares.

• GUATEMALA

En Guatemala, la justicia militar está conformada de la siguiente manera:

- Corte Marcial: Es la segunda instancia definitiva. Está compuesta por 3 jueces de la Corte de Apelaciones y 2 Vocales Militares.
- Corte de Apelaciones.
- Consejos de Guerra Ordinarios.
- Consejos de Guerra de Oficiales Generales.
- Jefes de Zonas Militares.

• MÉXICO

La justicia militar mexicana juzga todo delito cometido por militares, sea estrictamente militar o de derecho común.

La administración de justicia militar mexicana depende directamente del Secretario de Defensa Nacional, funcionario designado por el Presidente de la República.

La jurisdicción penal militar es especializada e independiente del Poder Judicial, estando subordinada al Poder Ejecutivo.

Su organización es la siguiente:

- Supremo Tribunal Militar.
- Consejos de Guerra Ordinarios.
- Consejos de Guerra Extraordinarios; y,
- Juzgados Militares.

• PERÚ

El Fuero Militar Policial es una jurisdicción independiente del Poder Judicial por mandato expreso del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que señala lo siguiente: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral."

A mayor abundamiento, es menester resaltar que la Justicia Militar ha estado presente a lo largo de la Constitución Histórica del Perú. Así, pues, ha sido contemplada, por ejemplo, en las constitucio-

nes políticas de los años 1823, 1828, 1834, 1856, 1933 y 1979.

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

1. Estructura y conformación jurisdiccional

a. Tribunal Supremo Militar Policial

Tiene su sede en Lima y está conformado por los siguientes órganos:

- La Sala Suprema Revisora: Integrada por 3 Oficiales Generales o Almirantes en situación de retiro.
- La Sala Suprema de Guerra: Integrada por 4 Oficiales Generales o Almirantes en situación de actividad.
- La Vocalía Suprema Militar Policial: Integrada por 1 Oficial General o Almirante en situación de actividad.

b. Tribunales Superiores Militares Policiales

Son un total de 5 Tribunales Superiores, integrado cada uno de ellos por 3 Coroneles o Capitanes de Navío en situación de actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial.

c. Los juzgados militares policiales

Son en total 29 juzgados. Están a cargo de 1 Oficial Teniente Coronel o Capitán de Fragata en situación de actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial.

Cabe señalar que existe una Fiscalía Militar Policial integrada al Fuero Militar Policial; es decir, como órgano fiscal independiente del Ministerio Público ordinario.

V. JUSTICIA MILITAR EN EUROPA

• ESPAÑA

En España la jurisdicción militar tiene un reconocimiento expreso en la Constitución que establece que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los

tribunales, dejando librado a la ley, la regulación del ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio.

La actual jurisdicción militar española está organizada, en tiempo de paz, con un órgano máximo que es la Quinta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que no es propiamente un Tribunal Militar, sino que forma parte, tanto orgánica como funcionalmente, del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Quinta está compuesta por el Presidente y 7 Magistrados de los cuales, 4 de ellos, proceden de la carrera judicial, y los 4 restantes, del Cuerpo Jurídico Militar (Generales y/o Almirantes Consejerosogados o Auditores).

La Quinta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conoce los recursos de casación y revisión contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales.

El Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales también están integrados por militares letrados; es decir, abogados.

Cuando una conducta constituya a la vez delito común y delito militar, la jurisdicción militar puede conocer, por excepción, del delito común, cuando sea la que conoce del delito que prevea la pena más grave (artículo 14 de la Ley Orgánica 4/1987 sobre competencia y organización de la jurisdicción militar). Cabe señalar que este criterio ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional español en la Resolución N° 440/2006.

• ITALIA

La Justicia Militar Italiana circunscribe la competencia de la justicia militar a los militares que cometan delitos militares, no pudiendo juzgar en tiempos de paz a civiles ni delitos comunes cometidos por militares.

El artículo 37° del Código Penal Militar italiano define el delito militar como cualquier violación a la ley penal militar, así pues, persigue defender todo interés militar.

En procura de respetar la regla general del principio de unidad de la función jurisdiccional, la Corte Suprema se constituye en una instancia

de casación de las sentencias emitidas en el fuero castrense, conforme a la Constitución italiana. Esta garantía solo se suspende en época de guerra con lo que se establece claramente la sujeción de la justicia militar a la jurisdicción ordinaria.

Con el objeto de asegurar la emisión de sentencias con mayor contenido técnico-jurídico, en los tribunales militares italianos predominan los oficiales abogados frente a los de armas.

El Tribunal de Apelaciones tiene 5 miembros de los cuales 3 son oficiales abogados.

Los magistrados militares tienen el mismo régimen de los magistrados ordinarios.

VI. CONCLUSIÓN

Como hemos podido apreciar, los sistemas de justicia militar que hoy tienen una diversidad de estructuras y responden orgánicamente a distintas formas administrativas, mantienen en común los principios básicos de especialización y exclusividad (fueros especializados para conocer exclusivamente delitos en el ámbito militar y/o policial) así como de independencia en el aspecto jurisdiccional y una diferenciación y/o separación por razones de especialidad con relación a la justicia ordinaria. En la gran mayoría de estados del mundo la justicia militar afronta el escrutinio público y hasta el cuestionamiento de su existencia, pero ello, lejos de afectar su vigencia, la ha fortalecido y las demandas han servido, por una parte, para impulsar su modernización y, por otra, para corroborar su importancia y lo indispensable de su función en el sistema de defensa y seguridad de las naciones, donde actúa como garante de la disciplina y calidad moral de las Fuerzas Armadas y Policiales. Aún en los casos de países en los cuales se ha extremado la reducción de sus atribuciones y jurisdicción, la Justicia Militar se mantiene firme como una columna sólida que da soporte a la conducta de los efectivos de armas y fuerzas de seguridad. De tal manera que la Justicia Militar no solo demuestra nuevo vigor sino que se viene modernizando y adoptando nuevos principios como los del Derecho Internacional Humanitario, lo cual la fortalece y optimiza el cumplimiento de su misión.

Finalmente, quisiera remarcar que, como hemos explicado, la Justicia Militar coadyuva al cumplimiento del deber primordial de los Estados de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general, toda vez que garantiza el rol protector que se les asigna a las fuerzas del orden.

Quisiera exhortarlos a que sigan apoyando la noble tarea de consolidar la Justicia Militar en sus respectivos países y hacer de este fuero el cimiento de las instituciones castrenses y policiales.

Mi calidad de Presidente del Fuero Militar Policial del Perú y mis valores éticos, me obligan a luchar siempre por una justicia militar autónoma, independiente, imparcial y guardiana de las fuerzas del orden.

CIENTO TRECE AÑOS DE EXISTENCIA DE LA FISCALÍA MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

Contralmirante CJ (r) Hernán Ponce Monge^()*

Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial.

HISTORIA

En los albores de la independencia del Perú, surge la Fiscalía Militar Policial, siendo su acto fundacional la Suprema Resolución sin número, de fecha 17 de marzo de 1899, firmada por el Presidente Constitucional de la República don Nicolás de Piérola Villena, con rúbrica de su Ministro de Guerra y Marina el Coronel José R. de la Puente, en la cual se nombra, por primera vez, al Fiscal Supremo del Consejo Supremo de Guerra y Marina, el doctor don Miguel Antonio de la Lama, eminente Jurista, Abogado, Magistrado, ex Vocal de la Corte Suprema de la República, Notario, Catedrático de amplia trayectoria en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, autor de 21 libros de derecho, siendo una de sus piezas jurídicas la “Retórica Forense”, de invaluable importancia para la formación de los estudiantes de derecho, editado en Lima en 1896. Demostró en su profesión una rectitud y competencia, maestro de innumerables generaciones.

El doctor Jorge Basadre Grohmann, en su cátedra sanmarquina que dictó en los años treinta,

cuarenta y cincuenta del siglo pasado, realizó una clasificación de los Juristas Peruanos del Siglo XIX, Época Republicana, en primer lugar los Enciclopedistas, los que abarcaron el derecho como una totalidad e integridad de conceptos, en cuyo casillero se encuentra el Dr. Miguel Antonio de la Lama.

El Dr. De la Lama fue Fiscal Supremo Militar durante 13 años, (1899 - 1912), hasta su muerte en Chorrillos en 1912. Qué orgullo para el Fuero Militar Policial y por ende para la hoy Presidencia de la Fiscalía Suprema Militar Policial.

ORGANIZACIÓN

El Fuero Militar Policial es un órgano Jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial; juzga únicamente delitos de función; es una institución única y ejerce jurisdicción en el ámbito nacional, a través de sus órganos jerárquicamente organizados. Está integrado por órganos jurisdiccionales y fiscales de nivel equivalente.

El Fuero tiene sustento constitucional en los Artículos 173º y el 139º, Inciso 1, segundo párrafo

(*) El Contralmirante CJ(r) Hernán Ponce Monge estudió leyes en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas en 1975, Título Profesional de Abogado, incorporándose en 1976 al Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Desempeñándose en altos cargos como Asesor Legal del Estado Mayor General de la Marina (1977-1981); Jefe de la Asesoría Jurídica del Comandante General de la Marina (1988, 1991-1996); Representante del Estado Peruano como Agente Adjunto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica, audiencia de pruebas, caso de la Marina, (1993); Asesor de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa (1997-2001); Presidente de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar (2006-2008). En la actualidad es Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial.

de la Constitución Política del Perú. Sus principales normas son la Ley N°29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y su modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1096 y el novísimo Código Penal Militar Policial.

La sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00001-PI/TC, de 4 diciembre 2009, estableció que la existencia de la jurisdicción militar se encuentra expresamente prevista en la Constitución, por lo que no es materia debatible. La jurisdicción militar debe poseer iguales o mayores garantías que la jurisdicción ordinaria, para el juzgamiento de efectivos militares o policías en actividad, única y exclusivamente por los delitos de función. Los principios de Independencia e Imparcialidad en la función jurisdiccional. Proceso de Nombramientos, Inamovilidad en el cargo. El Delito de función y la prohibición de que el Fuero Militar no alcanza a civiles. El Órgano Fiscal Militar es uno distinto al creado por el Artículo 159° de la Constitución, que es el Ministerio Público, es factible su existencia en razón de la particularidad del bien jurídico tutelado en los delitos de función, con lo cual ha quedado definitivamente aclarada la constitucionalidad de la justicia militar policial.

La Fiscalía Militar Policial es el órgano componente del Fuero Militar Policial, que ejerce la acción penal militar, posee autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, está integrada por tres Fiscales Supremos, Oficiales Generales o Almirantes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, integran la Junta de Fiscales, quienes actúan ante las Salas del Tribunal Supremo Militar Policial; Fiscales Superiores Militares Policiales quienes actúan ante los Tribunales Superiores Militares Policiales y Fiscales Militares Policiales, a nivel nacional.

MISIÓN

Ejercer la defensa de la Legalidad; actuar de acuerdo al debido proceso en el ámbito de su competencia; ejercitar la acción penal militar policial de oficio o a petición de parte; prevenir y perseguir el delito de función y el pago de la reparación civil, con el fin ulterior de ser soporte real de la disciplina en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

VISIÓN

Los Órganos Fiscales Militares Policiales camino a la excelencia; aplicando el modelo procesal penal acusatorio, con definición de roles, consolidándose como una organización moderna, accesible, justa, eficiente y respetada, que contribuya a una recta administración de justicia en el Fuero Militar Policial

SISTEMA PROCESAL

El novísimo Código Penal Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1094, aplica desde el 1° de enero del 2011, el Sistema Procesal Penal Acusatorio-Adversarial-Garantista, en lugar del antiguo Sistema Inquisitivo.

Recordemos al Juez y por extensión al Fiscal, cuando el jurista Marco Tulio Cicerón los llamaba “La Ley Hablada”, el filósofo Aristóteles “La Ley Animada” y el jurista Piero Calamandrei, “El Juez era el Derecho hecho hombre”.

El Sistema Acusatorio se caracteriza por la separación de funciones de investigación y juzgamiento; activa participación de las partes procesales; equilibrio entre garantía y eficacia, respeto a los derechos del imputado; racionalidad del proceso penal; configuración del proceso penal militar policial conforme a los principios de la Constitución Política del Perú y los tratados de Derechos Humanos en vigor.

NUEVO ROL Y RETOS DE LOS FISCALES MILITARES POLICIALES

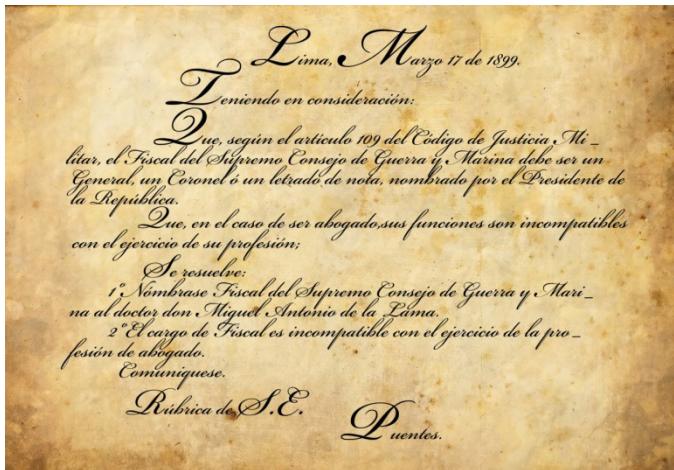
El Fiscal tiene la responsabilidad de constituirse en el Director de la Investigación, diseña las Estrategias para la Teoría del Caso, aplica técnicas de negociación, se constituye la Oralidad del proceso en una herramienta, con examen directo y contraexamen, particulariza su Alegato Final independiente de su expresión oral y corporal.

Los operadores del sistema de justicia militar policial, cada uno debe cumplir con su labor. El Fiscal responsable de aportar el material probatorio y sustentarlo en juicio; el Abogado verifica las pruebas; y el Juez controla la actividad probatoria, que le permite lograr la convicción de los hechos

y fijar la responsabilidad penal en su sentencia. También tiene el Juez el control de las garantías de los derechos procesales, así como lograr el cambio de actitud de los Fiscales Militares Policiales para que cumplan su importante rol, que permita una justicia militar policial transparente, legítima, justa, que constituya el pilar para la modernización real de la administración de la justicia militar policial.

El Fuero Militar Policial organizó el V Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y

Derecho Militar durante el año 2011, en Lima, con la participación de ilustres Presidentes y magistrados de la justicia militar, con presencia de nuestro continente, Europa, África, Asia y Oceanía, se busca fortalecer el sistema de justicia militar en el mundo, analizando sus avances y contradicciones, se llegó a una visión de futuro de lograr en un primer plano un Código Penal Militar de aplicación en América, para, en un segundo plano, darle el carácter de intercontinental.



Suprema Resolución del 17 de marzo de 1899 que nombró al Primer Fiscal Supremo del Consejo de Guerra y Marina.



Doctor Miguel Antonio de la Lama,
Primer Fiscal Supremo del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIA MILITAR

Contralmirante CJ Julio Pacheco Gaige^()*

Vocal Supremo del Fuero Militar Policial

En el mes de abril de 2011, se desarrolló en la ciudad de Lima el V Encuentro de Derecho Militar, organizado por el Fuero Militar Policial del Perú y la Asociación Internacional de Justicias Militares. A dicho encuentro asistieron representantes de más de 16 países de América, Europa, Asia y África. Fueron tres días de intenso trabajo, que contó con un variopinto número de participantes, a fin de garantizar la neutralidad e imparcialidad en el tratamiento de los temas. Hubo representantes de las fuerzas armadas y policías nacionales, magistrados civiles y militares, todos ellos de diversos países, representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, representantes de diversas Organizaciones No Gubernamentales, algunas de ellas, manifiestamente contrarias a la existencia de la Justicia Militar, entre otros.

Es importante señalar que Lima fue sede de este V Encuentro de Justicias Militares, por iniciativa del Presidente del Fuero Militar peruano Contralmirante Carlos Enrique MESA Angosto, quien asistió al IV Encuentro del mismo tipo que se desarrolló en España en el 2009 y propuso al Perú

como sede del siguiente encuentro, pues el Perú estaba en ese momento viviendo momentos muy difíciles por el embate de ciertas Organizaciones no Gubernamentales, que sin ningún fundamento jurídico válido, pretendían cuestionar una Justicia Militar policial peruana, que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, había establecido que cumplía con los estándares básicos para su existencia y funcionamiento.

Durante la realización de este V Encuentro, fue evidente que el común denominador de la razón que deba existir la justicia militar como instancia de administración de justicia en la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional militarizada por los delitos de función, es que el bien jurídico que debe ser protegido, es la disciplina en las Instituciones y la experiencia ha llevado a confirmar que la magistratura civil no está capacitada para entender cómo funciona la disciplina en la Instituciones armadas. Solo a manera de ejemplo, se informó que en el Perú un Juez determinó que el hecho que un Cadete se hubiera quedado dormido en su guardia no era infracción disciplinaria, porque es normal

(*) Obtuvo el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Grado Académico de Maestro en Derecho en la Universidad de Southampton, Inglaterra. Ingresó a la Marina de Guerra el 01 enero 1985. Ha sido Jefe de Asesoría Legal de la Oficina Naviera Comercial, Asesor Legal del Frente Ucayali, Asesor Legal del Jefe Estado Mayor General de la Marina, Director General de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Secretaría de Defensa Nacional. Secretario General del Consejo Supremo de Justicia Militar, Auditor del Consejo de Guerra Permanente de la Zona Judicial de Marina, Asesor Legal en la Capitanía de Guardacostas Marítima del Callao, Jefe de la Secretaría Institucional de Asuntos Jurídicos de la Comandancia General de Marina. Es profesor de Derecho Marítimo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

que un muchacho de 17 años tenga sueño después de un día de actividades. Si eso ocurre en infracciones disciplinarias, imaginémonos lo que puede suceder con delitos de función.

En adición a concordar que la disciplina es el bien jurídico a proteger por la jurisdicción militar policial, hubo acuerdos en que hay delitos que no deben ser vistos en la jurisdicción militar, que ésta alcanza al personal militar en actividad que comete delitos de función estando en esa situación militar, que es conveniente que la fiscalía militar sea autónoma de la fiscalía común, entre otras coincidencias.

Esta realidad me llevó a plantear en las conclusiones que, como Presidente del Comité Organizador me cupo el privilegio de redactar, el iniciar la evaluación de la conveniencia de preparar un Código Modelo de Justicia Militar a nivel americano.

Terminado el V Encuentro y a tenor de la experiencia peruana para revertir nueve sentencias de inconstitucionalidad contra la jurisdicción militar, el General de Brigada Waldo Martínez Cáceres, Auditor General del Ejército de Chile, invitó al Presidente del Fuero Militar Policial Peruano y una delegación a visitar Chile para que expusiéramos las acciones que habíamos realizado para defender el Fuero Militar en nuestro país, situación que era importante para la justicia militar chilena, por encontrarse, en ese momento, también cuestionada en sus atribuciones.

Aprovechando de esta visita, que se denominó I Encuentro Bilateral entre la Auditoría General de Ejército de Chile y el Fuero Militar Policial peruano, ambas delegaciones retomaron la propuesta para evaluar la posibilidad de estudiar alternativas para la unificación de la legislación militar a nivel americano.

Es importante señalar que en el año 1998, el Comité Americano Militar Legal (COJUMA), estructuró un Proyecto de Código Modelo de Justicia Militar, en un primer intento de uniformar la legislación sobre la materia. Lamentablemente este Proyecto no prosperó y el intento quedó archivado, quizá entre otras razones, porque no existían en esos momentos, cuestionamientos serios contra el funcionamiento del Fuero Militar.

Con este antecedente, en ese I Encuentro Bilateral entre Chile y Perú, exploramos la posibili-

dad de avocarnos a preparar un documento base para proponer un Proyecto de Código Modelo de Justicia Militar y debo decir que la receptividad, tanto de los chilenos como de los peruanos, fue clara. Estábamos en condiciones de efectuar el trabajo y liderar este empeño. Es así como en el Acta de clausura de este I Encuentro, se consignó que: "Las partes consideran conveniente iniciar el estudio de la elaboración de un Código de Justicia Militar modelo para Latinoamérica".

Ya la semilla había sido sembrada y ahora era necesario regarla y alimentarla para que creciera y madurara. En efecto, inmediatamente terminado el I Encuentro, empezamos a trabajar en la recopilación de información, llámese jurisprudencia, legislación y doctrina, que nos permitiera empezar a darle forma a nuestro Proyecto. Esto requería un paso fundamental, que era evaluar la terminología utilizada, ya que en cada país, no necesariamente, un término es igualmente entendido en otro. Comenzando con el delito de función o delito castrense o delito militar, lo mismo con los principios que sustentan a la justicia militar o la naturaleza jurídica de esa misma justicia. Había entonces que ordenar varias cosas antes de entrar en el Proyecto de Código propiamente dicho.

Tanto el General MARTÍNEZ, como el Contralmirante MESA, nombraron a sus grupos de trabajo para que empezaran a coordinar directamente entre ellos y así lo hicieron, hasta que un avance significativo en el trabajo hacía aconsejable efectuar un II Encuentro Bilateral, ahora en Lima, para evaluar el avance del trabajo e ir consolidando las bases del Proyecto de Código.

Este II Encuentro se desarrolló a comienzos de agosto de este año, específicamente con dos objetivos. El primero, que ahora la delegación chilena expusiera los avances en su normativa interna sobre su justicia militar, y el segundo, consolidar los avances en el Proyecto de Código.

Fueron nuevamente tres días de intenso trabajo que permitieron consolidar varios meses de coordinaciones y propuestas. Este II Encuentro plasmó consideraciones jurídicas base para el trabajo de un sistema de justicia militar unificado. Es así como se acordaron Principios orientadores en materia de organización, tales como la existencia de un Fuero Militar autónomo, independiente e

imparcial, el ejercicio de la jurisdicción conforme a principios y garantías constitucionales, con pleno respeto a los derechos fundamentales, jueces y fiscales pertenecientes a los Cuerpos Jurídicos Militares, la prohibición de juzgamiento de menores y por regla general, de civiles, la integración de la Policía en la Justicia Militar, entre otros.

Se acordaron también Principios orientadores en materia procedimental, como el juicio previo, legalmente tramitado, anterior a la condena, el proceso contradictorio, basado en la intermediación, simplificación, celeridad, oralidad, publicidad y no duplicidad funcional, la presunción de inocencia y derecho a defensa letrada, la igualdad de trato, la separación de funciones de investigación y juzgamiento, la oportunidad del enjuiciamiento criminal, la inexcusabilidad de juzgamiento, la motivación de las resoluciones, la legalidad y validez de la prueba, la interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos, entre otros principios.

Por otro lado se fijaron Principios orientadores para un futuro Código Modelo de Justicia Militar, tales como la legalidad del juzgamiento, la prohibición de analogía, lesividad de la pena, juez natural, defensa del imputado, doble instancia, prohibición de doble incriminación, territorialidad de la ley y extraterritorialidad de la ley en casos específicos. Finalmente, en cuanto al derecho sustantivo, existieron acuerdos iniciales sobre los tipos penales elementales que deberían considerarse; no obstante se estimó pertinente posponer su tratamiento con el objeto de desarrollar los análisis de fondo que demanda la sensibilidad de esta materia. Esto está también vinculado a la conceptualización y contenido de la figura denominada "Delito de Función".

Las conclusiones y proposiciones de este II Encuentro Bilateral, que se encuentran en el Acta de Clausura suscrita por el General Martínez y el Contralmirante Mesa, son las de desarrollar un estudio de detalle que permita dotar de contenido normativo específico a los criterios esbozados precedentemente, incorporar al análisis a los representantes de las Justicias Militares de mayor afinidad en el concierto latinoamericano y materializar

un III Encuentro, que involucre a otros países cuya Justicia Militar tenga lineamientos afines a las propuestas en ese II Encuentro.

Deseo terminar este recuento, señalando algunas apreciaciones personales. La justicia militar no es un invento moderno para justificar impunidad. La justicia militar tiene la antigüedad de los ejércitos y existe para mantener la disciplina en ellos. Su naturaleza jurídica es eminentemente ejemplarizadora y sancionadora, a diferencia de la justicia ordinaria que es rehabilitadora y resocializadora. Los principios rectores de la justicia militar son generalmente uniformes en todos los países que tienen Fuerzas Armadas y Policías militarizadas. Son contados con los dedos de una mano los países que teniendo Fuerzas Armadas, su sistema de administración de justicia no contempla una organización de justicia militar.

El Perú, finalmente a través del Tribunal Constitucional, ha validado la doctrina y jurisprudencia internacionales, incluida la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ratifica que la justicia militar debe existir y que el Perú cumple esas condiciones internacionales. En efecto, en el Perú los Magistrados cuentan con estándares suficientes de autonomía, independencia, imparcialidad e inamovilidad. Los Fiscales pueden estar incorporados en la organización de la justicia militar. Los miembros de la justicia militar pueden ser Oficiales en actividad y que estos Oficiales en actividad pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar; es decir, son abogados. No se investiga ni juzga a civiles y oficiales en retiro, ni se juzgan delitos estrictamente comunes. Finalmente se juzgan delitos de función militar, que son los estrictamente castrenses y los delitos de función militarizados. En los certámenes internacionales que he señalado, fue claro que el Perú está a la vanguardia de las justicias militares en el mundo y somos un referente a seguir. Como toda obra humana, es perfectible, pero las bases están dadas. Eso nos ha llevado a iniciar este intento de unificar la normativa internacional, en un gran acuerdo de principios y postulados. Primero con Chile y confiamos que en los próximos meses, podamos incluir otros países americanos.

COMENTARIOS SOBRE EL HONOR Y EL PATRIOTISMO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

George Cárdenas Jaén (*)

General CJ PNP

Fiscal Supremo ante la Vocalía Suprema del Fuero Militar Policial

EL HONOR, es uno de los valores que va intrínseco al Patriotismo, porque un verdadero patriota está rebotante de honor, defiende su patria con honor, da la vida por su patria con honor, renuncia a los placeres y bienes materiales por su patria con honor; es decir, los valores del patriota tienen como principal sustento EL HONOR CONSAGRADO A LA PATRIA QUE LO VIO NACER. Es realmente difícil definir lo que es el honor, porque saltan a la mente un sinnúmero de ideas, conceptos, acciones épicas, llenas de honor y heroísmo, por tanto en un ensayo por definir el honor, damos el siguiente concepto:

“El honor es la cualidad de comportarse de modo irreprochable ante la sociedad, con todas las personas y consigo mismo, tanto personal como profesionalmente, y en toda circunstancia, tanto en la vida pública como privada”.

Por esto, cuando vemos una persona correcta, intachable, llena de prestigio y de cualidades morales, decimos ESE ES UN HOMBRE DE HONOR... PUES EL HONOR ES UN PATRIMONIO

DE LOS HOMBRES QUE TIENEN UN CONCEPTO AMPLIO DE LO QUE ES HACER EL BIEN Y EVITAR EL MAL.

Podemos decir que el honor de un militar es cumplir de la manera más escrupulosa los deberes respecto a la patria, realizar acciones meritorias y heroicas, teniendo como máximo valor el amor a la patria; habrá perdido el honor el militar que ha cometido delito de traición a la patria, asimismo podemos decir que el honor tiene rasgos diferentes cuando hablamos del honor de una madre, cuya principal virtud será el criar y educar en forma ejemplar a sus hijos; el honor de una doncella, se enmarcará principalmente en mantener un prestigio que debe arrogarse toda mujer, de belleza interior. Asimismo el honor de un padre será predicar con el ejemplo a sus hijos y luchar por hacerlos hombres de bien. En realidad estos mismos preceptos se pueden aplicar al honor que debe tener todo profesional.

Por ejemplo un médico que lucra traficando órganos humanos habrá perdido su honor, porque el objeto de su profesión es salvar vidas y curar

(*) Estudió Antropología y Derecho en la Universidad San Antonio Abad del Cusco. Egresado del CACOP (Curso Avanzado de Comando Operativo Policial), CUSCAP (Curso Superior de Comando y Asesoramiento Policial) y del INAEP (Programa de Investigación en Administración y Ciencias Policiales). Maestría en Derecho Administrativo en la U. Garcilaso de la Vega. Diplomado en Despacho Judicial en la Universidad de San Marcos. Realidad Peruana, en la Universidad Católica. Derecho Informático y Comercio Electrónico en la U. Garcilaso de la Vega. Derecho Procesal en la U. Federico Villarreal. Proyectos de Inversión Pública en la Universidad Ricardo Palma. Administración de Empresa en ESAN. Gestión Pública y Orden Interno en la U. San Martín de Porres. Docente desde el año 1987 al 2006 en Escuelas de Suboficiales PNP y Docente en la U. Tecnológica de los Andes – Cusco, de 2006 a 2010.

enfermos; el abogado que se vale de coimas, chantajes, extorsiones, amistades para lograr sentencias favorables, será un abogado sin honor, porque está destruyendo las leyes y los conceptos éticos, con artimañas ilegales y delincuenciales, cuando la estrella que lleva en el pecho le obliga a desempeñarse respetando las siete virtudes morales de todo abogado que son: sabiduría, ciencia, inteligencia, piedad, consejo, fortaleza y temor a Dios. En realidad toda profesión tiene su propio honor que es vivir en perenne cumplimiento de las leyes morales que su profesión le impone, las cuales necesariamente tendrán como base la educación del hogar, de la escuela y la preparación profesional inicial donde se cimentarán los conceptos de lo que es el honor en su respectiva profesión.

Los hombres de honor, nunca realizarán una acción ilegal en forma deliberada, esto si nos referimos a las personas que tienen la obligación de hacer cumplir las Leyes, como son los efectivos policiales. En sentido más amplio, la Profesión del Abogado al administrar justicia, exige un grado superior de lo que es el honor, porque el emitir resoluciones sin respetar las leyes morales que la profesión le impone, es actuar con deshonor.

También podemos comentar, sin temor a equivocarnos, que el primer requisito para ser funcionario público es la vocación de servicio porque el funcionario debe estar al servicio de sus compatriotas.

El funcionario público que utiliza los bienes que el Estado le asigna para servir a la patria y a la sociedad en provecho propio, podemos colegir que ha perdido su honor como funcionario público al darle mal uso a los recursos que el Estado le ha brindado, para cumplir su cometido de satisfacer las necesidades o los requerimientos de la población en general. Con mayor razón si el lugar en que se desempeña se encuentra en estado de emergencia, estado de sitio, reponiéndose de una catástrofe o en similar situación donde debe primar la atención al ciudadano común y corriente, la defensa de la patria antes que intereses personales de cualquier índole.

Podríamos ensayar que el honor de un magistrado estrictamente conlleva la obligación de administrar justicia en forma transparente y honesta, con pleno respeto de la ley; y el honor del magistrado militar policial tendrá esta misma

condición con la aleatoria de defender los intereses de la patria, mantener la disciplina y sentenciar a los malos elementos que se sirven de un uniforme o de un grado para buscar acrecentar su patrimonio, utilizando los medios que el Estado le ha brindado para mantener el orden, defender a la patria de los delincuentes, narcoterroristas y buscan su beneficio personal en desmedro de la sagrada misión que el Estado les ha encomendado.

EL PATRIOTISMO

Respecto del patriotismo el Crl. CJM Hernán Monsante Rubio, ha escrito un ensayo en el cual define que *El Patriotismo es el amor a la Patria. Quien siente verdadero amor a la Patria se hallará siempre dispuesto a consagrarle todo lo que posee o puede poseer: bienestar, fortuna y vida.*

El patriotismo antes que afecto, impone deberes; entre otros, el derecho de gratitud, tan grande como el que profesamos a la madre que nos dio la vida, porque ella nos da el sustento y el bienestar y porque no solo es una realidad tangible, sino que encarna también, el sublime ideal que es la razón de nuestro ser.

Empero, el ser patriota no debe limitarse solo a proferir gritos o a entonar himnos que ensalcen o glorifiquen a la Patria. Consiste ante todo, en amarla, dedicándole todo nuestros pensamientos y todos nuestros esfuerzos.

Se ama a la Patria, en la guerra, defendiéndola, luchando por ella, y en la paz, engrandeciéndola con nuestro empeño, procurando superarnos en nuestro trabajo y nuestra cultura y haciendo intachable nuestro proceder; siendo dignos y honrados para que el nombre de peruano signifique siempre probidad y nobleza.

Al respecto, puedo comentar que quienes administramos justicia en el Fuero Militar Policial podemos sentirnos patriotas, cuando cumplimos a cabalidad nuestra función, por ejemplo si identificamos malos elementos dentro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, que cometen delitos de función en desmedro del Estado, la sociedad y nuestras propias instituciones, les imponemos sentencias ejemplarizadoras y si es posible separarlos de la institución con sentencias efectivas que motiven a otros miembros de

la institución a no cometer delitos de función; de esta manera estaremos contribuyendo a separar a quienes habiendo sido preparados en las escuelas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional para cumplir una sagrada misión, se dedican a incrementar su patrimonio con los instrumentos que el Estado les ha confiado para proteger a la sociedad y a la patria.

Consideramos un gran patriota a Alcides Carrión, quién siendo médico se inoculó el virus de la verruga para descubrir su desarrollo y evolución y poder encontrar el antídoto para curar este mal que estaba minando en forma alarmante la población del centro del país. Este héroe de la medicina, sin ser militar, dio un ejemplo de patriotismo inolándose en defensa de la vida de sus compatriotas.

Otro ejemplo clarísimo de patriotismo es nuestro mártir, héroe y patrono de la justicia militar Mariano Melgar y Valdivieso, quién en la batalla de Humachiri, luchando por la independencia de nuestra patria, fue hecho prisionero y fusilado; este joven abogado era el Auditor de Guerra del ejército patriota y nunca claudicó en sus principios, hasta cuando el ejército realista le ofreció perdonarle la vida si es que se rendía y arengaba a los patriotas a rendirse y reconocer la corona española. En forma valiente se negó y predijo que América sería libre en menos de diez años. La historia le dio la razón.

Los pueblos que nos rodean son nuestros amigos. Respetémoslos en el mismo grado que ellos lo hacen con nosotros, procurando siempre ser fuertes por la unión y el trabajo, para que nadie pretenda acrecentar sus fronteras ni enriquecerse a nuestra costa; en esta tarea, los abogados tenemos la gran obligación patriótica de que en el lugar donde nos encontremos, sustentar la tesis peruana que está siendo vista en la Corte Internacional que debe definir el problema marítimo entre Perú y Chile.

La historia nacional exhibe con orgullo, a aquellos que al inmolarse en aras del deber patrio, legaron al soldado peruano un ejemplo que imitar, en cada una de las acciones que le deparó la guerra: como José Olaya y María Parado de Bellido, de cómo muere un peruano en el suplicio antes que revelar los secretos que le han sido confiados; en Miguel Grau, de cuál ha de ser el heroísmo, la

tenacidad, la audacia en la lucha y ser denominado el Caballero de los Mares, por el respeto de la vida a sus propios enemigos; en Francisco Bolognesi: de cuál ha de ser la actitud de un militar digno cuando defiende no solo la integridad territorial sino también el honor de la Patria, en Leoncio Prado: de cómo ha de ser el valor moral del soldado peruano cuando pide como última gracia, la de mandar por sí mismo, el pelotón que habría de ultimarlos.

COMENTARIOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

Sobre este tema realizaremos comentarios estrictamente basados en la ley, la doctrina y la jurisprudencia en vista que este tipo de excepción procede por causas expresa y claramente señaladas en la ley.

La excepción de naturaleza de juicio es deducible cuando se ha dado a la denuncia una sustanciación distinta a la que corresponde en el proceso penal. Es infundada, si se fundamenta en la delictuosidad de la conducta inculpada al inculpado, por tanto no se puede resolver una excepción de naturaleza de acción analizando el fondo del asunto o la culpabilidad del inculcado. Solo y únicamente debe analizarse si el hecho investigado se encuentra tipificado como delito en nuestro ordenamiento legal.

Cabe, en este espacio, hacer un comentario que en el año aproximadamente de 1984, cuando el delito de adulterio fue despenalizado, se presentó una avalancha de excepciones de naturaleza de acción, ya que los procesados por el delito de adulterio, vieron que el ilícito por el cual venían siendo juzgados, dejó de ser delito y por consiguiente, dichas excepciones fueron acogidas y declaradas procedentes por el Poder Judicial. En ningún caso se analizó el fondo del asunto en litigio, solo y únicamente que el tipo penal por el cual venían siendo juzgados, ya no constituía delito en nuestro ordenamiento jurídico penal.

La naturaleza de acción procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. La adecuación de la conducta al tipo se puede realizar de dos maneras: o el correcto comportamiento humano encuadra

directamente en uno de los tipos penales (adecuación directa) o tal encuadramiento se produce a través de uno de los dispositivos legales identificados con el tipo (adecuación indirecta).

La excepción de naturaleza de acción es deducible cuando la inexistencia del delito surge con toda evidencia de los términos de la denuncia o de lo actuado, o cuando el hecho no es justiciable penalmente.

La excepción de naturaleza de acción procede cuando los hechos denunciados no constituyen delitos o cuando el hecho no es justiciable penalmente. En este sentido, consideraciones de irresponsabilidad en los hechos de ningún modo, pueden ser tenidos en cuenta para este medio de defensa técnico.

Conforme establece el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, un primer supuesto jurídico para amparar la excepción de naturaleza de acción, es que el hecho denunciado no constituya delito, teniendo como segundo supuesto de aplicación de la conducta reproachable que siendo típica, no sea justiciable penalmente, ya sea porque se presentan condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias o causas de justificación, entre otras circunstancias.

1. La Excepción de Naturaleza de Acción en nuestro Código Penal Militar Policial está señalada en el Art. N° 167 numeral 1) literal b) que indica que la Excepción de Naturaleza de Acción podrá interponerse cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. Por citar el ejemplo más sencillo cuando a un militar o policía lo denuncian ante el Fuero Militar Policial por el delito de Usurpación, por una falta administrativa, o por un incumplimiento de contrato. En ninguno de estos casos los hechos constituyen delito de función penal militar policial por lo cual será procedente la excepción de naturaleza de acción, sin analizar el aspecto de fondo; es decir, si el denunciado perpetró el delito de usurpación, o cometió la falta administrativa (Ejemplo: faltar al trabajo menos de siete días) o no cumplió los términos de un contrato laboral, en estos tres casos el simple hecho que no están tipificados como delito es el sustento por el cual la excepción de naturaleza de acción es procedente. Como vemos, las Excepciones

tienen por finalidad destruir el fundamento de la pretensión punitiva del Estado y demostrar la improcedencia de la acción penal en nuestro caso, por no encontrarse el hecho tipificado como delito de función militar policial.

2. La doctrina sostiene que la excepción de naturaleza de acción se debe entender como el derecho de todo inculpado de solicitar que se archiven definitivamente los actuados porque considera que los hechos no tienen contenido penal; es decir, son atípicos, carecen de antijuricidad o culpabilidad; o que el hecho denunciado no es justiciable penalmente se refiere a un hecho que si bien puede ser calificado como delito, puede estar rodeado de alguna circunstancia que lo exima de la acción penal. En un ejemplo de lo más sencillo no podrá ser denunciado por tenencia y uso ilegal de armas el policía que en el ejercicio de su función utiliza el arma de reglamento en defensa de la vida de personas que están siendo asaltadas por delincuentes.

Por otro lado solo se puede amparar una excepción de naturaleza de acción si el hecho denunciado es atípico; es decir, no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente o no se adecúe a la hipótesis típica de una disposición penal vigente y persistente invocada en la denuncia penal. Nos referimos a la tipicidad absoluta y atipicidad relativa.

Todo este comentario sobre la procedencia de la Excepción de Naturaleza de Acción, está ampliamente sustentado en múltiples ejecutorias que algunas de ellas detallamos y que debe tenerse en consideración para resolver estas excepciones, primero que con el nuevo código procesal penal y en nuestro propio código penal militar policial, nunca deben ser resueltas en la etapa preliminar, porque en esta etapa recién se está acopiando los indicios del hecho delictivo, de existir los indicios recién se judicializa el proceso pasando a la etapa preparatoria en la cual ya se debe acopiar las pruebas del hecho delictivo; si queremos actuar con mayor profesionalismo las excepciones debieran resolverse en el juicio oral, antes de analizarse los aspectos de fondo, porque está claramente señalado en la

ley cuando proceden estas excepciones. No puede ser sustento de la procedencia de una excepción la inculpabilidad o inocencia del procesado.

JURISPRUDENCIA SOBRE CASOS DE EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

1. R.Nº 289-99 APURÍMAC – IDENTIDAD: No debe confundirse este medio procesal de Defensa con un Alegato de Irresponsabilidad.
2. R.Nº 127-99 - 28-09-99- PROCEDENCIA: Procede la excepción de naturaleza de acción cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente, y en el presente caso no se presentan ninguna de estas dos situaciones dado que los hechos denunciados han merecido acusación fiscal.
3. EXP. Nº 1258-87 LIMA- RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES QUE PONEN FIN AL PROCESO: Se deduce una excepción de naturaleza de acción, la misma que no ha sido tramitada; que las excepciones destinadas a obtener el fenecimiento del proceso y archivamiento de la causa deben ser materia de previo pronunciamiento a la sentencia.
4. EXP. Nº 1611-97-C- 10/11/97 NOCIÓN: Las excepciones atacan el ejercicio de la potestad represiva del Estado, impugnando la existencia misma de la relación procesal; que, en el caso de la excepción de naturaleza de acción, ésta procede cuando el hecho en que se funda la denuncia no constituye delito o no es justiciable penalmente, y se basa en los principios de economía, regularidad y estabilidad procesal, evitándose con dicha excepción que prospere la acción penal cuando se ha abierto instrucción por hechos que no corresponden a las características objetivas y subjetivas del tipo legal.
5. EXP. Nº 619-90-LIMA- 19/06/90 PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO: El Juez instructor, al fundamentar la resolución mediante la cual declara fundada la excepción de naturaleza de acción, se refiere a que no se encuentra acreditada la comisión del delito ni la responsabilidad penal del encausado, sustento que no corresponde al de la excepción deducida.
6. EXP. Nº 1007-90-LA LIBERTAD DESNATURALIZACIÓN: La participación o no en la comisión de un delito no se determina mediante la excepción de naturaleza de acción.
7. EXP. Nº 6375-96 – SAN MARTÍN ATIPICIDAD POR EL VALOR DE LA MERCADERÍA: Se reprime con pena privativa de libertad los casos en que eludiéndose el control aduanero, ingresa del extranjero o se extraen mercaderías del territorio nacional cuyo valor sea mayor de cuatro UITs; en el presente caso el valor de la mercadería no supera las cuatro UITs conforme se desprende del aforo, avalúo y liquidación, deviniendo a la fecha en atípicos los hechos materia de juzgamiento, resultando procedente declarar de oficio, fundada la excepción de naturaleza de acción.
8. EXP. Nº 5342-97 Puno-Data 35,000 G.J. Art.5: La excepción de naturaleza de acción es el medio de defensa de quien ha sido imputado de la comisión de algún delito y se refiere a que el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente .
9. EXP. Nº 1611-97-Lima Data 35,000 G.J. Art.5): Las excepciones atacan el ejercicio de la potestad represiva del Estado impugnando la existencia misma de la relación procesal. En el caso de la naturaleza de acción, esta procede cuando el hecho en que se funda la denuncia no constituye delito o no es justiciable penalmente, basándose en los principios de economía, regularidad y estabilidad procesal. Con esta excepción se evita que prospere la acción penal cuando se ha abierto instrucción por hechos que no corresponden a las características objetivas y subjetivas del tipo legal.
10. EXP. Nº 60-88-, 7132-97 (Lima), R.N.Nº 2132-2002 Cusco, R.N.Nº 686-2003-Ica, R.N. Nº 518-2004-Cusco - Data 35,000 G.J. Art.5: La excepción de naturaleza de juicio es deducible cuando se ha dado a la denuncia una sustanciación distinta a la que corresponde en el proceso penal. Es infundada la excepción de naturaleza de juicio si es que se fundamenta en la delictuosidad de la conducta inculpada al inculpado.

11. Vía incidental no se pronuncia sobre argumentos de defensa: (R.N.N° 2138-2003, Exp. N° 6509-97A y Exp N° 1337-92-Callao-Especial de Derecho Penal 35,000 G.J. Art.5°: La conducta que se imputa a la procesada contiene los elementos materiales que describen los tipos penales de receptación y encubrimiento real; por lo que su argumentación sobre su irresponsabilidad penal será objeto de análisis en un pronunciamiento de fondo, mas no en esta vía incidental y por tanto dicha argumentación no cumple el supuesto previsto en la ley procesal para que proceda la excepción de naturaleza de acción.

Los argumentos expuestos por la imputada conforme se advierte de autos, se refiere a la responsabilidad de esta en los hechos materia de instrucción, los que serán resueltos al momento de emitir sentencia, no siendo esta excepción la vía idónea para determinar si la conducta de la procesada constituye el ejercicio regular de un derecho conforme alega la inculpada.

La excepción de naturaleza de acción es deducible cuando la inexistencia del delito surge con toda evidencia de los términos de la denuncia o de lo actuado, o cuando el hecho no es justificable penalmente, conforme lo dispone el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 126.

LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL EN CONCORDANCIA CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

Antonio Armando Chacón Flores

General Cuerpo Jurídico Policía Nacional del Perú
Asesor de la Dirección General de la Policía Nacional del Perú
Vocal Supremo del Fuero Militar Policial

La medida de conducción compulsiva, es trasladar inmediatamente a la persona, por la policía, de un determinado lugar al despacho del magistrado que solicitó su presencia en horario de atención; y, de ofrecer resistencia, la Policía actuará en base a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, y estos deben ser puestos en práctica con racionalidad en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones.

El moderno Código Penal Militar Policial, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 1094 de fecha 31 de agosto de 2010 y publicado el 01 de septiembre de 2010, el cual recoge el modelo acusatorio adversarial, en su artículo 206° inciso 3, establece: “El auto que declara la contumacia o la ausencia ordenará *la conducción compulsiva del imputado (...)*”; también el artículo 293°, señala: “Si el testigo no se presenta a la primera convocatoria, se le hará *comparecer compulsivamente* por medio de la fuerza pública (...)”¹; asimismo, el artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, precisa: “supletoriamente las normas sustantivas y procesales que rigen para la justicia ordinaria son aplicables al Fuero Militar Policial”; al respecto, el nuevo Código Procesal Penal - 2004, en sus artículos 66°, 79° inciso 3, 122° inciso 2, 164°, 291° inciso 2, 337° y 379°²; recoge la medida de conducción compulsiva. En este sentido, queda claro, que en ambos cuerpos legales se expresa, únicamente, la terminología “conducción compulsiva”.

En cuanto a las definiciones de las palabras; conducción y compulsiva, el diccionario de la real academia de la lengua española, señala CONDUCCIÓN significa: “acción y efecto de conducir, llevar, transportar, guiar, dirigir”; y, COMPULSIVA significa: “Apremio que se hace a una persona por parte de un juez o de una autoridad, compeliéndola a realizar algo o a soportar una decisión o una situación ajena”³. Considerando las definiciones expuestas, y desde una visión jurídica, la conducción compulsiva, es trasladar inmediatamente a la persona, por la policía, de un determinado lugar al despacho del magistrado que solicitó su presencia en fecha y hora programadas o en horario de atención; y, de manifestar resistencia el requerido, la Policía actuará en base a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, y estos deben ser puestos en práctica con racionalidad, en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones.

41

1 Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, Legislación del Fuero Militar Policial, primera edición, enero 2011, p.127.

2 Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N°957, Juristas editores, edición actualizada, agosto 2011, pp. 444, 448, 458, 467, 499, 511 y 526.

3 www.rinconcastellano.com/drae.html - España

Estas disposiciones de coerción procesal, son medidas restrictivas al ejercicio de derechos de las personas, derechos que se encuentran reconocidos en las normas constitucionales, tratados relativos a los Derechos Humanos y la Ley; por tanto, las medidas cumplen función cautelar o de garantía y de naturaleza provisional, su duración está en función del peligro procesal y para concretarlas, se puede recurrir al empleo de la fuerza pública, en forma directa, como en los casos de detención y restricciones. Deben dictarse en resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional y en algunos supuestos, por el Ministerio Público.

Sin embargo, algunos magistrados de la jurisdicción ordinaria y militar vienen consignando en sus disposiciones o resoluciones, **ubicación, captura, detención y conducción**, en vez de **conducción compulsiva** como establecen las leyes procesales vigentes.

Respecto a la observación descrita, los Códigos Penal Militar Policial y Procesal Penal vigentes, la terminología ubicación, captura, detención y conducción que amparaba el derogado Código de Procedimientos Penales de 1940, **no lo advierte**, creando con ello, problema a los magistrados y policías a efecto que las personas asistan a las diligencias para el esclarecimiento de la investigación y proceso. La policía, al recibir un pedido de conducción compulsiva, se ve limitado a cumplirla, como se ha señalado, resaltando que la conducción compulsiva, es trasladar a la persona y si ofrece resistencia se emplea el uso de la fuerza racional para ser puesto en el despacho del magistrado solicitante. La policía, para cumplir la disposición de conducción compulsiva, previamente requiere la ubicación de la persona, significando esto, averiguar y seguir sus paraderos, lo cual, al traspasar los límites de la orden dispuesta, podría afectar la legalidad y convertirse en un posible acto arbitrario; previsto en el artículo 376 del Código Penal, delito de Abuso de Autoridad⁴.

Otra falencia, se evidencia en que los días feriados, sábados o domingos de la semana, la policía, en el supuesto de aprehender a las personas para trasladarlas ante la autoridad competente, por

lo general no atiende ese tiempo o momento para ser puesto a disposición al requerido en el despacho fiscal o judicial, motivando a no continuar la intervención, y este hecho afecta la imagen de la institución; y, al ser prolongado el tiempo al requerido, se incurriría en detención ilegal contraviniendo el artículo 2º, inciso 24, literal f) de Nuestra Constitución Política, que establece, expresamente, las detenciones válidas de la persona **por la policía**, que será por orden judicial y motivada, y flagrante delito, pero en ambos casos se pondrá a disposición del Juzgado dentro de las 24 horas o en el término de la distancia⁵; salvo los casos excepcionales; lo que es en concordancia con lo preceptuado por el artículo 9º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 7º.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Expreso mi preocupación que nuestros Códigos Penal Militar Policial y Procesal Penal 2004, no prevén las medidas de ubicación y detención para la conducción compulsiva, por lo que los magistrados deben seguir haciendo uso de los términos jurídicos procesales de “ubicación” y “detención”, a efecto de asegurar los fines de la investigación y del proceso penal, y de igual modo la Policía pueda ejecutar los mandatos fiscales o judiciales con eficacia y dentro del marco constitucional; y, para los efectos de garantizar las actividades policiales dentro del procedimiento establecido en acatamiento del principio de legalidad, convendría para que no surjan dudas, la modificación de los artículos indicados en las leyes procesales en mención.

BIBLIOGRAFÍA

- Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, Legislación del Fuero Militar Policial, primera edición, enero 2011, p.127.
- Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N°957, Juristas editores, edición actualizada, agosto 2011, pp. 444, 448, 458, 467, 499, 511 y 526.
- Código Penal, Decreto Legislativo N° 957, Juristas editores, edición actualizada, agosto 2011, p.258.
- Manual de Legislación Policial, Ediciones Rivadeneyra, edición actualizada 2012, pp. 7 y 8.
- www.rinconcastellano.com/drae.html - España

4 Código Penal, Decreto Legislativo N°957, Juristas editores, edición actualizada, agosto 2011, p.258.

5 Manual de Legislación Policial, Ediciones Rivadeneyra, edición actualizada 2012, pp. 7 y 8.

EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR-POLICIAL Y EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

MAG FAP (r) Percy Catacora Santisteban^(*)

RESUMEN

El principio del NON BIS IN ÍDEM tiene alcance en la vía penal militar y administrativa, y la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor militar – policial. En esta dualidad existe una doble sanción, una en el ámbito administrativo y penal, previstos en el reglamento y en el Código de Justicia Militar Policial. Para esa identidad se cumplen los requisitos de ser el mismo sujeto, hechos y fundamentación.

- a. La identidad subjetiva supone que el sujeto imputado debe ser el mismo.
- b. La identidad fáctica supone que los hechos materia del proceso son los mismos.
- c. La identidad del fundamento o causal. Se considera que las medidas sancionadoras deben concurrir si responden a una misma naturaleza.

43

DESARROLLO

En el procedimiento administrativo sancionador, encontramos características parecidas en Derecho Penal, en ambos se imponen sanciones o penas, en la vía administrativa los hechos sometidos a investigación pueden terminar en una sanción disciplinaria, y si el caso amerita, puede recomendarse que los hechos se pongan en conocimiento de la autoridad jurisdiccional, no existiendo incompatibilidad legal.

Actualmente la normatividad en materia del principio del Non bis in ídem, todos los compendios lo contemplan, como en el Código Penal Militar Policial, D.L. N° 1094, en el TÍTULO PRELIMI-

INTRODUCCIÓN

El *non bis in ídem* es un principio, que viene del Latín “No dos veces por el mismo”.

En muchos países es un derecho Constitucional que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito.

Por regla general, no podrá imponerse sanciones penales o administrativas por unos mismos hechos ya sancionados. La aplicación del principio non bis in ídem requiere de tres elementos concurrentes:

(*) Abogado. MAG FAP (r). Grado de Magister en Derecho Civil y Comercial – Doctoral en Derecho. Actual Catedrático Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Ex Decano de la Fac. de Ciencias Administrativas de la UNMSM. Ex Vocal y ex Fiscal General Militar del Consejo Supremo de Justicia Militar. Ex miembro de la Junta Interamericana de Defensa en Washington.

NAR se establece - Art. XIII: Prohibición de doble incriminación “Ningún militar o policía será procesado o sancionado penalmente más de una vez en el Fuero Militar Policial cuando exista la identidad de sujeto, hecho y fundamento”. La Ley 27444, en el inciso 10° del Art. 230° sobre Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, considera que “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

El Código Procesal Penal – D.L. N° 957°, en su inciso c) del Art. 6°, contempla el principio del *Non bis in ídem*, al indicar en las excepciones la “Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona”, lo que concuerda con el inc. 1° sub inc. c. del Art. 167° del Código de Justicia Militar Policial que dice: “Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona”. Esto significa el reconocimiento, en que las autoridades jurisdiccionales tienen en cuenta el principio del *Non bis in ídem* bajo el contexto de alcance internacional.

El inc. 13°. del Art. 139° de la Constitución, sostiene: “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada”, lo que tácitamente constituye el principio *Non bis in ídem*.

Dentro del análisis referido a la dualidad de procedimientos, si el caso se ha ventilado primero administrativamente, concluyéndose con una sanción disciplinaria y a posteriori, en el Fuero Militar Policial, el mismo caso, ha terminado con sobreseimiento o absolución, el agente no podrá utilizar la resolución jurisdiccional para anular la sanción disciplinaria anexada a su legajo personal, sobre este criterio, existen abundantes ejecutorias que las extraemos del Fuero Común, v.g. la R.N. N° 2090 – 2005 – Lambayeque, del 07.0706. *Non bis in ídem* material. Contenido. “La existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurí-

dicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes”. Esta referencia, coincide con el Acuerdo Plenario N° 1 – 2007/ESV-22 (& 3): “Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración Pública. Las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto a las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica que conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece, en general, con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho Administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”¹.

Tratamos de hacer un análisis sistémico mediante una interpretación contraria, en el supuesto previo a que el órgano jurisdiccional impuso una pena privativa de libertad a un sujeto con la consiguiente pena accesoria o limitativa de derecho; y el segundo está referido a la declaración de sobreseimiento en el proceso penal, cuando no exista una sanción punitiva y menos una limitativa de derechos, en ambos casos el órgano administrativo deberá acatar lo ordenado por la autoridad jurisdiccional; la administrativa se limitará a hacer cumplir la sanción judicial impuesta contra el sujeto, absteniéndose de imponer otra sanción administrativa que se base en los mismos hechos, las consecuencias jurídicas en las instituciones militares y policiales, se materializan en vista que la sanción penal se inserta en el legajo personal del

titular involucrado y puede conllevar el pase a la situación de disponibilidad o de retiro. En el supuesto, al haber sido declarado sobreseído el proceso y no existir sanción penal ni limitativa de derechos, la autoridad Administrativa no puede aplicar sanción alguna, porque el órgano jurisdiccional ha establecido la inexistencia de responsabilidad penal, por lo tanto, al no existir la imposición de una pena principal, la pena accesoria tampoco puede ser impuesta.

Cuando se imponga una sanción administrativa por los mismos hechos, se estaría infringiendo el carácter vinculante que contiene una resolución judicial firme en un procedimiento administrativo sancionador, según lo establecido en el Art. 234º inc. 2º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma que se aplica supletoriamente cuando las entidades administrativas no cuenten con un procedimiento propio.

Toda autoridad administrativa en este caso castrense, debe acatar lo que disponga la autoridad judicial militar policial, que tiene la categoría de cosa juzgada, por ser la que declara el derecho, estableciendo la responsabilidad penal de los sujetos, imponiendo sanciones por los hechos cometidos o declarando la inexistencia de la responsabilidad penal, no siendo pasible de alguna sanción o pena. Se puede apreciar, que la aplicación del principio *Non bis in ídem*, es de carácter genérico para ambos supuestos.

Existiendo dualidad de sanciones, a nivel administrativo como penal, es factible que en materia penal, por la existencia de mecanismos procesales, no se sancione al sujeto que cometió la falta. Dichos mecanismos pueden ser aplicados por el órgano jurisdiccional y están previstos en la legislación objetivamente, ello permite corroborar el objetivo del Derecho Penal en general, como medio jurídico para proteger bienes jurídicos relevantes, sin dejar de mencionar la finalidad despenalizadora.

“Un mismo hecho puede ser objeto de una regulación sancionadora administrativa y de otra penal. La conducta en este caso se tipifica en am-

bos ordenamientos. El problema que se plantea consiste en determinar la posibilidad de aplicar o no acumulativa o sucesivamente la sanción administrativa junto con la penal: *bis in ídem* o el *Non bis in ídem* significa resolver la coexistencia de diversas sanciones por un hecho único, la culpabilidad de la sanción penal y la de otra clase. *Non bis in ídem* supone una colisión de dos Leyes sobre un mismo hecho que puede ser sancionado por ambas, cuya concurrencia de normas es posible que sea total o parcial”².

En el concepto del principio que comentamos, se trata de impedir que una persona pueda ser sancionada de manera sucesiva, simultánea o reiterada por un hecho que fue sancionado por otra autoridad administrativa o una judicial, específicamente en el ámbito penal. Morón Urbina indica, “La incorporación de este principio sancionador presupone la existencia de dos ordenamientos sancionadores en el Estado que contienen una doble tipificación de conductas: el penal y el administrativo; y, además, admiten la posibilidad que dentro del mismo régimen administrativo exista doble incriminación de conductas. Precisamente este principio intenta resolver la concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de imponer sobre la base de los mismos hechos, dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal”³.

45

NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM*

Los textos constitucionales sancionan la garantía de *Non bis in ídem* como un complemento de las demás garantías que protegen la libertad individual. Esto lo eleva a la categoría de principio básico y previo al proceso. Al igual que los principios *nullapoena sine lege*, *nullapoena sine iudicio*, etc. El principio *Non bis in ídem* es regulador de la estructura procesal y constituye una base constitucional. No surge del proceso, sino que existe antes que él, y, al igual que las otras reglas, prefija su estructura mínima de instrumento de resguardo

2 Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. Madrid. 1994.- p. 165.

3 Marón Urbina, Juan Carlos. Ley del Pro. Adm. Gral. Gaceta Jurídica. Lima. 2003. P. 522.

de la libertad individual. El principio de *Non bis in idem*, no debe ser confundido con el de la autoidad de la cosa juzgada. La cosa juzgada existe en el proceso penal en tanto toda resolución contra la que no se haya interpuesto recurso alguno en el término legal queda firme y ejecutoriada, pero tratándose de la situación del imputado, la misma no es un principio, sino una derivación de la regla superior y previa al proceso que prohíbe la doble persecución.

La jurisprudencia ha aceptado esta excepción del principio –*Non bis in idem*– determinando que alcanza a la simple formación de un proceso y resolviendo que se afecta con la detención o arresto si la medida obedece a la misma razón por la cual a la persona se le sigue proceso judicial.

En una persecución penal idéntica que se quiere intentar, esta puede ser enervada por la interposición de la excepción, que tiene su fundamento, en la improcedencia de la acción por violación del principio del *Non bis in idem*. Si el primer proceso ha concluido por una decisión de mérito, sea aplicando una pena, sobreseyendo la causa o absolviendo al encausado, la persecución no puede ser reeditada, porque aquella ha decidido, definitivamente, la causa, y tiene fuerza de cosa juzgada, por imperio del principio del *Non bis in idem*. La decisión de mérito puede ser una sentencia, que es la resolución que pone fin al proceso, dictada luego del contradictorio por la oportunidad en que se dicta. Esto nos permite considerar que no prospera el *Non bis in idem*, si la causa anterior está en pleno proceso de investigación. Debe estar concluida con sentencia firme, en caso contrario procede la acumulación de las causas.

Sin decir denominación del *Non bis in idem*, encontramos tácitamente su aplicación en el campo tributario, cuando se impone doble impuesto sobre un mismo hecho. En el pleno jurisdiccional nacional comercial realizado en Chiclayo el 24 y 25 de agosto 2012, se consideró: En la impugna-

ción y nulidad de acuerdos de junta general de accionistas, el acuerdo “No, si las pretensiones se fundan sobre los mismos hechos que hubieran justificado la estimación de la pretensión de impugnación, aunque la calificación hubiese sido variada en la segunda demanda de nulidad”⁴. En la Res. del CNM N° 126 – 2011 – PCNM de 14/02/11, que da por concluido el proceso disciplinario, el Dr. Vicente Walde, en su impugnación invocó el principio del *Non bis in idem*; dice: “Que, también se debe valorar que el invocado principio *Non bis in idem*, implícitamente enunciado en el artículo 139° inciso 13 de la Constitución Política, en su concepción legal, jurisprudencial y doctrinal instituye una interdicción del ejercicio reiterado del *iuspuniendi* del Estado, en el ámbito penal y administrativo, cuando concorra la identidad de sujeto, hecho y fundamento; regulado en tal sentido el Art. 230° inciso 10 de la Ley N° 27444: “*Non bis in idem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad...”; estando a que como el recurrente reconoce, en el proceso de amparo signado con el N°..., se declaró fundada la demanda, nula la resolución que dispuso su destitución, y se ordenó su reincorporación como Juez Supremo, en el presente procedimiento disciplinario no se dan los elementos que configuren la vulneración del principio *Non bis in idem*”⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo XX DRISKILL S.A. Bs. Aires.
- Legislación del Fuero Militar Policial. Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial. Primera edición. Lima. enero 2011.
- Procesal Penal – Jurista Editores. 4ta edición. 2005. Lima. p. 462.
- Guzmán Napuri, Christian – El Procedimiento Administrativo – ARA Editores. Primera Edición 2007.

4 Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial – Chiclayo – Imagen Institucional y Prensa. Pj. Gob.pe.- 01/09/2012.

5 Diario El Peruano – Normas Legales del 9 julio 2012. p. 470267.

DELITOS DE EXCESO EN EL EJERCICIO DEL MANDO Y AFECTACIÓN DEL MATERIAL DESTINADO A LA DEFENSA NACIONAL - COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Crl. SJE Javier Castillo Zevallos^()*

*Cmdte. CJ PNP Fulgencio Galindo Ariza^(**)*

El Derecho Penal Militar y, por ende, la justicia penal militar existe desde la antigüedad. Los historiadores dan cuenta de su empleo en Atenas, en Macedonia, en Cartago, Persia y la India, donde determinadas conductas ejecutadas por los militares se hacían punibles y eran juzgadas por las mismas autoridades militares, especialmente en épocas de guerra o alzamiento armado.

En el Perú, diremos que, a semejanza de la gran mayoría de los países, el Derecho Penal Militar tuvo su origen en la legislación española, particularmente en las llamadas Leyes de Indias, que contenían algunas normas relacionadas con la actividad castrense, y en las cuales se contemplaba el procedimiento de los Consejos de Guerra. Después de nuestra emancipación, en 1821, se expidió un Decreto que prolongaba la vigencia de leyes españolas con drásticas medidas disciplinarias militares. Posteriormente y hasta nuestros días se han

expedido normas de diferente carácter referentes al Derecho Castrense.

Esta tendencia histórica se manifestó en la Constitución Política del Perú de 1823, estableciendo, que todas las leyes anteriores a la misma, que no se opusieran al sistema de la independencia y a los principios establecidos por dicha Carta, quedaban vigentes hasta la promulgación de los Códigos civil, criminal, comercial y militar.

En las últimas décadas, la Justicia Militar, hoy denominada también policial, ha afrontado problemas legales, a partir del año 2003. Una demanda de inconstitucionalidad, contra los Decretos Leyes 23201 y 23214, que aprobaron en julio de 1980, la “Ley Orgánica de Justicia Militar” y “El Código de Justicia Militar”, en el año 2004 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional gran parte de la estructura legal de la Justicia Militar Policial y exhortó al Congreso para que

(*) Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, promoción 1979 de la Facultad de Derecho. Graduado en Maestría en la especialidad de Derecho Penal en la Universidad Nacional Federico Villarreal en octubre del 2004 con la tesis “El Principio NE BIS IN IDEM en el ámbito Jurídico Militar Peruano”. Puestos desempeñados en la Administración de Justicia en el Fuero Castrense: Secretario de Juzgado de Instrucción, Relator-Secretario del Tribunal Militar, Juez Militar, Vocal del Consejo de Guerra y actualmente Relator de la Sala Suprema Revisora del Tribunal Supremo Militar Policial.

(**) Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos –Facultad Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho Penal en la EPG de la U. Garcilaso de la Vega. Doctorado en Derecho, en la EPG de la Universidad Federico Villarreal. Asesor Legal, en la Dirección de Criminalística PNP (1990-1995). Secretario Judicial en la II Zona Judicial PNP (1996-1997). Asesor Legal en la Dirección de Criminalística PNP (1998). Asesor Legal, en la oficina de Asesoría Legal de la DIRGEN PNP (1999–2000). Auditor en la OCI del Ministerio del Interior (2001–2006). Asesor Legal, en la Dirección de Protección de Carreteras PNP (2007). Fiscal de Juzgado en la II Zona Judicial PNP (2008). Asesor Legal en la Inspectoría General PNP (2009 – 2010). Juez en el Juzgado Militar Policial Nro.25 PUNO del 2011 a la fecha.

apruebe nuevas normas legales para la Justicia Militar Policial.

Actualmente, el nuevo marco legal de organización y funciones del Fuero Militar Policial, está integrado por la Ley 29182 y el Decreto Legislativo 1094, los cuales han sido declarados por el Tribunal Constitucional, como normas que se encuentran dentro del ordenamiento constitucional, guardando concordancia con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, reforzando de esta manera la independencia e imparcialidad de los magistrados militares, que sustenta la carrera del Oficial Jurídico en el ámbito de la Justicia Militar Policial.

En tal perspectiva, los delitos de Exceso en el Ejercicio del Mando y la Afectación del Material Destinado a la Defensa Nacional, son los tipos penales militares policiales previstos y sancionados en los artículos 130° y 133° del Código Penal Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 1094, considerados como delitos de función tal como lo señala el artículo 173° de la Constitución, que únicamente pueden ser cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que deben ser juzgados en el fuero respectivo y sobre la base de lo estipulado en el referido Código castrense y policial.

De manera que el Tribunal Constitucional ha definido el **delito de función** como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”. Entre las características básicas de los delitos de función se mencionan las siguientes:

En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses y policiales.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código Penal Militar Policial. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto

lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

1. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, que el efectivo estaba obligada a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en la Constitución Política (deber militar).
2. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.
3. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar, por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este haya sido en acto del servicio o con ocasión de él. De lo antes señalado, se aprecia que para que un ilícito califique como delito de función, deben concurrir tres exigencias:

- 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 hecho en cuestión infrinja un bien jurídico propio, particular y relevante para

la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses y policiales.

Luego de haber sentado algunos conceptos y características de los delitos de función militar y policial, se señala que el **delito de Exceso en el Ejercicio del Mando**, previsto en el artículo 130° del Código Penal Militar Policial vigente desde el 01 de setiembre de 2010, que textualmente dice:

“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 o policial, o del personal o militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, y el pago de ciento ochenta días de multa.

Si a consecuencias de los excesos se incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años, con la accesoria absoluta del servicio y el pago de ciento sesenta días de multa.

Si los excesos se cometen en enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se configura la agravante del inciso 17 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinticinco años”.

Tiene su fuente legal en el artículo 179° del Código de Justicia Militar de 1980 (Decreto Ley N.° 23214), y artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961), de los que se advierte que la situación que se pretende sancionar, es la misma: el exceso en el mando por parte de un oficial, el cual se encuentra investido de un cargo al interior de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, lo que genera perjuicios para el mismo personal militar o policial. De ello se infiere que el delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar de 1980 (Decreto Ley N.° 23214) no fue despenalizado por la entrada en vigencia del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961), sino que dicha conducta pasó a estar regulada en su artículo 139° y, que actualmente, se encuentra tipificado en el artículo 130° del Código Penal Militar Policial vi-

gente, aprobado por Decreto Legislativo 1094. El sujeto activo puede ser todo militar o policía, que tenga mando o mayor grado que actúa con dolo, en agravio de cualquier militar o policía de menor grado o jerarquía; con las circunstancias agravantes, cuando a consecuencia de los excesos se causan lesiones graves (inciso 16 del Artículo 33° del C.P.M.P). Si los excesos se cometen en enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se causa la muerte (inciso 17 del Artículo 33 del C.P.M.P.)

AFECTACIÓN DEL MATERIAL DESTINADO A LA DEFENSA NACIONAL

Haciendo un recuento de cómo se normó este tipo penal en los tres últimos Códigos Militares, ha ido variando en el transcurso de los últimos treinta años, hasta el novísimo **Código Penal Militar Policial de 2010; en el Código de Justicia Militar del año 1980 se encontraba previsto en el artículo 276°; Código de Justicia Militar Policial (D. Leg. 961- año 2006) en el articulado 142°; por último en el Código Penal Militar Policial (D. Leg. 1094-año 2010) en el artículo 133° que taxativamente señala:**

“El militar o el policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda: armas, municiones, explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o parte de estos y además 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.

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

El bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado destinado a la Defensa Nacional, representado en armas, municiones, explosivos, vehículos terrestres, navales (buques de guerra, de superficie y submarinos), aéreos (aviones y helicópteros de transporte y combate), así como todos aquellos bienes o pertrechos militares o policiales, necesarios para el servicio (Defensa Nacional). Específicamente se protege la posesión del patrimonio del Estado para la defensa del país.

El sujeto activo debe tener la disponibilidad física sobre el bien y que esta disponibilidad lo haga indebidamente, puesto que la forma debida de disponer de él es utilizarlo exclusivamente para el servicio de la defensa nacional.

Este delito se consuma cuando el bien confiado en posesión del agente, es indebidamente dispuesto, destruido, deteriorado o perdido.

Jurisdiccional natural, se ha delimitado que el ámbito de competencia de la Justicia Militar Policial es por la comisión del delito de función, que solo un militar o policía en situación de actividad puede realizar, por el lugar donde se cometió el delito, ejemplo: dentro de un cuartel militar o comisaría policial, un buque de guerra o un avión militar. Que tiene derecho a ser investigado y juzgado por los jueces, fiscales, salas y tribunales militares policiales, que corresponde a la jurisdicción natural predeterminado por la ley, reconocido en el artículo 139, inicio 3, de la Constitución, concordante con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, en el sentido de que: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”. Al respecto el referido derecho establece, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción del juzgamiento por juez excepcional, o por comisión especial creada ex profeso para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación; y se exige que la jurisdicción y la competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso.

RECOMENDACIONES

PRIMERO.- Que por coordinación del Tribunal Supremo Militar Policial se autorice que personal jurídico Militar Policial capacitado en el

nuevo Código Penal Militar Policial se apersona a las Inspectorías de los Institutos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional a difundir los alcances y precisiones respecto de los delitos de función contenidos en el código, y que en las investigaciones por hechos o actos ilícitos del personal, correspondan ser denunciados al Fuero Militar Policial.

SEGUNDO.- Que se programe un curso o seminario específico para los Asesores Jurídicos Administrativos de los Institutos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, para hacerle conocer el contenido de la nueva legislación del Fuero Militar Policial: D. Leg. N° 1094 “Código Penal Militar Policial”, Ley N° 29182 y D. Leg. N° 1096” TUO de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial”, para un atinado asesoramiento, en la posible circunstancia que tengan que denunciar hechos delictuosos ante la Fiscalía Militar Policial.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú.- Edición enero 2012.- Juristas Editores E.I.R.L.
- Código Penal Militar Policial.- Edición enero 2012 – Juristas Editores E.I.R.L.
- Código Penal Peruano.- Edición enero 2012 – Juristas Editores E.I.R.L.
- Código Procesal Penal.- Edición enero 2012 – Juristas Editores E.I.R.L.
- BLUME ROCHA, Ernesto Jorge: “La Justicia Militar en la Historia del Perú”. Primera Edición. Editorial Adrus, S.R.L.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: Manual del Derecho Penal – Parte Especial “ Cuarta Edición. Editorial “San Marcos” – Lima 1998.
- PEÑA CABRERA, Raúl: “Tratado de Derecho Penal – Parte Especial. Tomo II – Delitos Contra el Patrimonio. “Ediciones Jurídicas” – Lima 1995.
- LEGISLACIÓN DEL FUERO MILITAR POLICIAL. Biblioteca del Fuero Militar Policial, Primera Edición 2001.
- LAURENCE CHUNGA Hidalgo: “La posición del particular en el delito de Abuso de Autoridad” -Juez Penal Unipersonal Morropón - Chulucanas PIURA-PERÚ.

EL MANDATO DE DETENCION EN LOS DELITOS MILITARES POLICIALES

Coronel FAP Luis Carlos Martinez de Pinillos^()*

*Comandante FAP Ever Wilfredo Chávez Silva^(**)*

El reconocimiento de la jurisdicción militar policial a través del tiempo en las diversas Constituciones del Perú y los recientes cambios legislativos y constitucionales en materia sustantiva, procesal y de ejecución penal, han marcado una etapa muy importante en la Justicia Militar Policial, puesto que su legislación ha evolucionado y cambiado de acuerdo a la realidad funcional del personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales establecidos por la legislación internacional y el derecho interno, encontrándose a la vanguardia en la aplicación de un nuevo modelo procesal con rasgo acusatorio – adversarial y garantista vigente a nivel nacional, manteniendo las particularidades propias de la Justicia Militar

Policial en razón a las funciones que cumple el personal militar y policial en situación de actividad, teniendo como objeto la prevención de comisión de delitos de función militar o policial, como medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, contribuyendo, de esta manera, en el mantenimiento del orden, seguridad y disciplina, que son pilares fundamentales en los ejércitos del mundo y que en el Perú debe perennizarse en sus instituciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

Uno de los derechos naturales del ser humano reconocido internacionalmente y en nuestro derecho interno como fundamental es justamente la libertad, entendida en cuanto a la privación

(*) Doctorado en Derecho, Magister en Derecho Penal, Título Profesional de Abogado en 1986 en la Universidad Federico Villarreal. En el 2004 egresado de la Maestría en Derecho Penal, Universidad Nacional Federico Villarreal. Doctorado en Derecho en el 2010 en la U. Federico Villarreal. En el 2012 Magister en Derecho Penal. Con diversas felicitaciones durante su desarrollo como Oficial FAP. En 1990 por haber superado el mayor número de Audiencias y eficiencia, en 1996 por el esfuerzo y dedicación en el 1er. Seminario de Capacitación para jueces instructores y secretarios, en 1998 por el cumplimiento de sus funciones asignadas en el Consejo de Guerra en el 2004, por buena participación como Juez instructor Permanente, en la investigación de los casos encomendados. Ha obtenido condecoraciones como: Cruz Peruana al mérito aeronáutico “Caballero” por 20 años de servicios.

(**) Título de Abogado en 1991 en la U. San Martín de Porres. Ingresó a la Fuerza Aérea con el grado de Capitán del Cuerpo Jurídico. Posgrado en Administración de Justicia en la U. de San Marcos y la Corte Superior de Justicia de Lima. Magister en Derecho en Ciencias Penales. Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la U. Federico Villarreal. Curso de Estado Mayor Especial en la Escuela Superior de Guerra Aérea; Curso Básico y Avanzado de Instructores de Derecho Internacional Humanitario “DIH” del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas e instructor de Derecho Penal Militar Policial por el Fuero Militar Policial. Docente en la Escuela de Oficiales de la FAP en el Curso de Legislación Militar en el que se encuentra el de Derecho Penal Militar Policial. Ha sido Asesor Legal de diferentes Unidades en situaciones normales como estados de emergencia y en lo que respecta a Justicia Militar Policial, Secretario Letrado, Juez Militar Policial, Fiscal para casos de Traición a la Patria y Terrorismo Agravado.

del derecho a decidir respecto al desplazamiento locomotor y que esta se vea afectada y/o supeditada a la decisión de un tercero, que a través de una medida coercitiva legal, le prive de este derecho fundamental. El reconocimiento e inclusión de principios se debe a una exigencia constitucional como producto de la suscripción de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, entre otros, que no son ajenos a los militares y policías y que obligan a los órganos jurisdiccionales a interpretar y decidir la concurrencia de los presupuestos materiales desde la perspectiva de los principios constitucionales, para aplicar una medida privativa de la libertad.

La detención se constituye, como señala GIMENO SENDRA, en un acto de investigación indirecto, ya que aunque no sea una verdadera fuente de prueba sí suele significar el origen de actuaciones probatorias (intervenciones corporales, cacheos, toma de huellas, ruedas de reconocimiento e interrogatorios policiales, entre otras). También se la puede definir como la medida coercitiva excepcional, por la cual se dispone el encarcelamiento del procesado, en razón de que además que se cumplen los requisitos formales para su procedencia resulta necesario para afrontar un grave peligro procesal que no ha sido posible neutralizar con otra medida de coerción menos grave.

El novísimo Código Penal Militar Policial, vigente en la parte sustantiva a partir del 02 de setiembre del 2010 y en la parte procesal a partir del primero de enero del 2011, en concordancia con la Constitución Política del Perú, ha creado la institución jurídica de aprehensión sin orden judicial, donde faculta al militar a practicar el arresto en caso de flagrante delito y ponerlo a disposición inmediatamente de la autoridad competente más cercana, en el entendido de que las personas sujetas de aprehensión sean militares y policías en actividad, descubiertos en delito flagrante, señalando la particularidad del intento o comisión, o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente vestigios que permitan sostener, razonablemente, que acaba de participar de un delito, facultando al Fiscal Militar Policial, a tomar la decisión de mantener o no la detención por veinticuatro horas, de

lo contrario tendrá que poner en conocimiento en forma inmediata al Juez de la Investigación Preparatoria. De la misma forma se faculta al responsable donde se encuentre detenido el intervenido para que otorgue libertad si en este mismo plazo no se resolviera una medida de coerción privativa de la libertad, poniendo en conocimiento de la autoridad que dispuso su detención. En esta situación nos encontramos frente a dos supuestos, la existencia de un delito flagrante y la probable disposición judicial de un mandato de detención, pues bien, por ahora, nos centraremos en la detención preliminar y la prisión preventiva, emanados y dispuestos exclusivamente por el órgano jurisdiccional a requerimiento del órgano fiscal o del actor civil, cuando exista en este último caso, una investigación preparatoria de por medio.

El análisis respecto a la procedencia del mandato de detención en los delitos militar – policial, nos involucra en un conflicto entre dos derechos fundamentales: de un lado la libertad y del otro la finalidad procesal, por lo que ante esta colisión de derechos constitucionalmente protegidos, es necesario que nuestro órgano jurisdiccional realice una ponderación de bienes y derechos en función al supuesto de derecho planteado, tratando siempre de armonizarlo, pero si ello no es posible, precisando las condiciones y requisitos en que admita la prevalencia de uno de ellos.

Nuestro Código Penal Militar Policial, en el Título IX, Capítulo I, refiere a las Medidas Cautelares Personales, señalando que las únicas medidas cautelares personales son las autorizadas por ese Código. Su carácter es excepcional y durarán el tiempo mínimo razonable dentro de los máximos previstos por la ley, señalando en primer orden, que el imputado permanecerá en libertad durante todo el proceso, salvo delito grave o que existiere peligro de fuga, o cuando su libertad ponga en riesgo la efectividad de la investigación; medida que será tomada como última ratio, cuando otras medidas alternativas no funcionen. Como podrá advertirse, la particularidad de estos preceptos, es que no necesariamente deben concurrir copulativamente, sino que pueden ser aplicados en forma alternativa, cuando alguno de ellos se presente, los mismos que guardan correlación con la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito y que por la apreciación

de las circunstancias del caso, exista presunción suficiente, de que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación. Asimismo, señala que la prisión preventiva no podrá durar más de dos años o tres cuando el proceso haya sido declarado complejo.

La detención preliminar, sin bien es cierto, no se encuentra señalada de esa forma en el novísimo Código Penal Militar Policial, también es cierto, que esta se encuentra insertada en nuestro ordenamiento penal militar policial cuando señala que el juez, a pedido del fiscal militar policial, podrá ordenar la detención del imputado cuando razonablemente existan suficientes indicios de que es autor o partícipe de un delito por el que proceda prisión preventiva y que esta no podrá durar más de veinticuatro horas. Y respecto a la prisión preventiva, sí la encontramos textualmente señalada dentro las medidas de coerción, cuando señala que el fiscal militar policial o el actor civil, entre otras medidas limitativas de la libertad, podrán solicitar al juez la imposición de la prisión preventiva, en el entendido, que tratándose de un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política y los tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, de acuerdo a los principios y garantías procesales establecidas en el novísimo Código Penal Militar Policial, solo podrán ser limitados en el marco del proceso penal militar policial, si la Constitución Política y la Ley así lo permiten con las garantías previstas en ellas, requiriendo de expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesarias, existan suficientes elementos de convicción y solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir se obstaculice la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva, teniendo carácter instrumental, excepcional, provisional y variarán dependiendo de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción.

La prolongación y/o extensión de la medida cautelar personal, respecto a las medidas coercitivas – prisión preventiva, podrá ser ampliada hasta tres años. En cuanto a la detención preliminar, prisión preventiva y extensión y/o prolongación de

la misma, el juez de la investigación preparatoria, deberá tener muy en cuenta los recaudos que ofrece el requerimiento fiscal, así como los elementos ofrecidos por la defensa técnica que deberán ser debatidos y verificados en audiencia pública. Aquí hay una nota muy importante: en principio la regla general es que el imputado debe encontrarse libre durante todo el proceso basado en la presunción de inocencia, puesto que se trata, en la mayoría de los casos, de un personal militar o policial que se encuentra en la situación de actividad, por lo tanto no se presentaría el presupuesto del peligro de fuga, lo que a nuestro entender, no es tan cierto. La situación militar o policial en actividad, en nada garantiza que frente a los graves elementos de convicción y prognosis de pena a imponer, que sería mayor a aquella para obtener una libertad condicional con periodos de prueba, no rehuiría a la acción de la justicia, entonces se podría presentar el consecuente entorpecimiento de la investigación, resultando inútil la aplicación de los mecanismos procesales para los fines del trámite, que justamente buscan la presencia del imputado, la no perturbación de la actividad probatoria y la ejecución efectiva de la sentencia. Por ello la particularidad de la nueva legislación, atendiendo a la naturaleza de los justiciables, es que, no necesariamente, deban concurrir en forma copulativa los elementos para dictar una medida coercitiva que prive de la libertad, como sí lo deja entrever la legislación ordinaria; bastará para ello, la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito y cuando exista la presunción suficiente, de que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación. Es obvio, que siendo personal militar o policial en situación de actividad, lo primero que se piensa es que teniendo dicha condición y dependiendo de una institución, no existiría el peligro de fuga. Pues bien, que pasaría si el delito cometido, de acuerdo a la prognosis de la pena, esta sería de una pena efectiva que conlleve, no solo la privación de la libertad, sino el resarcimiento del daño que es considerable, obviamente estando en libertad, si existe esta posibilidad de fuga y entorpecimiento de la investigación y la desaparición de bienes con los que pudiera contar, haciendo en cierta forma inútil un proceso penal, por ello el órgano jurisdiccional al momento de resolver el requerimiento fiscal o del actor civil respecto a la prisión preventiva de un imputado,

además de los elementos de convicción, deberá tomar en consideración la gravedad e importancia del hecho imputado.

Las medidas de coerción que restringen la libertad personal son ampliamente cuestionadas por estar en contradicción con los derechos fundamentales, como son la libertad personal y la presunción de inocencia, más aún sin que medie una sentencia firme que la justifique y sea ésta durante la substanciación de un proceso penal. Teniendo en cuenta lo que persigue esta medida de coerción, puede y debe ser aplicada en última ratio, y que el órgano fiscal lo requiera solo en casos de estricta necesidad y urgencia, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Debe fortalecerse el procedimiento señalado en nuestro ordenamiento jurídico penal militar respecto a las medidas coercitivas personales, propendiendo a ser más específico, claro y concreto respecto a la detención preliminar y prisión preventiva. La dispersión de normas, podrían traer como consecuencia la confusión en su aplicación y suspensión.

Asimismo, desarrollando el tema relacionado a la extensión y/o prolongación de la prisión preventiva, deberá puntualizarse los presupuestos, observándose los requisitos establecidos en el Código Penal Militar Policial y en aplicación supletoria del artículo XV del Título Preliminar de este cuerpo de leyes, el Código Procesal Penal Común, estableciéndose un mecanismo ágil, claro y de fácil entendimiento respecto a los presupuestos de la detención preliminar y prisión preventiva, procedimiento específico donde contemple no solo los presupuestos de su procedencia, sino el trámite, plazos y de qué forma y quiénes resuelven los recursos impugnativos en un capítulo especial, equiparados al modelo procesal común, manteniendo las particularidades propias en razón de la naturaleza de sus personas y funciones a desarrollar.

Este modesto artículo, está orientado básicamente a identificar la forma de aplicación de los principios constitucionales comúnmente utilizados para darle contenido, orientar la interpretación de la norma procesal o para llenar las lagunas existentes en ella, debido, principalmente, a que en la práctica de requerimiento fiscal y de decisión judicial no se aplica o su aplicación es incorrecta de acuerdo a los preceptos constitucionales y a los presupuestos materiales, reconociendo la inclu-

sión de los principios por una exigencia Constitucional y como producto de la suscripción de la Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, entre otros; que obligan a los órganos jurisdiccionales a interpretar y decidir la concurrencia de los presupuestos materiales desde la perspectiva de los principios constitucionales, mostrando la preponderancia expansiva de los principios constitucionales en la medida cautelar, como es el mandato de detención. De esta forma tratamos de enmarcar el estudio de esta institución procesal dentro del más amplio mapa constitucional, proponiendo alternativas de mejoramiento al procedimiento señalado en el novísimo Código Penal Militar Policial para el requerimiento e imposición de la detención preliminar y la prisión preventiva, así como su mecanismo que permita su fácil aplicación, sin apartarnos de las recomendaciones dadas por el derecho universal y los organismos de protección de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. "Derecho Procesal Penal"; Volumen II, Editorial Grijley, Lima-Perú, 1999, Pág. 804.
- Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE. / MORENO CATTENA, VÍCTOR / ALMAGRO NOSETTE, JOSE. / CORTES DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. "Derecho Procesal Penal", 4ta. Edición, Tomo II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 1992, Pág. 354
- Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. "Manual de derecho penal", Editorial IDEMSA, Lima-Perú, 2004, Pág. 821. Al respecto, el citado jurista precisa que aparte del mandato de autoridad judicial y el caso de flagrante delito, no existe otra forma legal de proceder a la detención por la autoridad policial. No hay detención por sospecha o por indocumentado, en cuyos casos se deberá procurar superar el estado de sospecha o establecer mediante las fórmulas más rápidas la identidad de la persona intervenida.
- SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. "La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los Derechos Humanos". En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10ª Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay, pag. 629.

LOS DELITOS DE REBELIÓN, SEDICIÓN Y DERROTISMO COMO COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

CRNL. CJ PNP Jorge Carlos Jara Lira^()*

INTRODUCCIÓN

Históricamente los delitos de Rebelión y Sedición han sido tipificados en nuestra legislación tanto en el Código Penal como en el Código de Justicia Militar, de ahí debemos considerarlos como delitos militarizados, por estar reprimidos tanto en el Código Penal Común (Arts. 346 y 347) como en el Código Penal Militar Policial (Arts. 60 y 62), con la diferencia que en el Código Penal Común tienen como bien jurídico el Orden Constitucional, y en nuestro Código el bien jurídico es la Defensa Nacional en lo relativo a la Seguridad Interna.

Entendiendo como delito militarizado, al que afecta bienes jurídicos militares y bienes jurídicos comunes. Es también delito militarizado la Traición a la Patria, el cual se encuentra contemplado en el Art. 325° del Código Penal, pero también se encuentra en el artículo 58° del Código Penal Militar Policial, teniendo como bien jurídico, en ambos casos, a la Defensa Nacional.

Finalmente, debo agregar que los delitos de Rebelión, Sedición y Derrotismo se encuentran en la Parte Especial del Código Penal Militar Policial, dentro del Título I “Delitos Contra la Defensa Nacional”, conjuntamente con el delito de Traición a la Patria que es un delito militarizado.

A. Antecedentes de los delitos de rebelión y sedición

Desde el primer Código de Justicia Militar de 1898, y posteriormente en los Códigos de Justicia Militar aprobados por la Ley N° 8991 del 19 de octubre del año 1939, y Decreto Ley N° 11380 de 1950, los delitos de Rebelión y Sedición fueron considerados como delitos militares, teniendo inicialmente como bien jurídico el Orden Constitucional y la Seguridad del Ejército. Posteriormente, en los Códigos de Justicia Militar aprobados por Decreto Ley N° 14612 del 25 de julio de 1963 y Decreto Ley N° 23214 del 24 de julio de 1980, cambia el bien jurídico protegido, pues se le considera como delitos contra el Orden Constitucional y la Seguridad del Estado.

Mediante el Decreto Legislativo N° 961 - Código de Justicia Militar Policial -, ya se considera a dichos delitos contra el Orden Constitucional y la Seguridad Interna, e incluye, por primera vez, el delito de derrotismo en el artículo 75°. A la fecha, se encuentra vigente el Código Penal Militar Policial, que los considera como delitos contra la Seguridad Interna, dentro del Título I “Delitos Contra la Defensa Nacional”.

(*) Oficial de Investigaciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Fuero Militar Policial.

B. El Orden Interno y el Orden Público como bienes jurídicos tutelados en los delitos de rebelión, sedición y derrotismo

En nuestro país, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N° 0017-2003-AI/TC¹ define el delito de función como aquella acción tipificada expresamente en la ley de la materia, que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales; y que tal acto, sea por acción u omisión y debe afectar necesariamente un bien jurídico privativo de la institución a la que pertenece.

Pero el delito de función no se circunscribe a un único modelo, sino que se distinguen hasta dos tipos: el esencialmente militar y el militarizado.

Será esencialmente militar cuando solo afecte bienes jurídicos militares, y militarizado si afecta bienes jurídicos militares y comunes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Durand y Ugarte vs. Perú, para los delitos militares estableció el criterio de “vinculatoriedad”:

“En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

De ahí, que cuando se hable de “bienes jurídicos propios del orden militar”, se debe efectuar una interpretación relacionando las misiones constitucionales encomendadas tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional; y al revisar el texto constitucional, observamos que sus artículos 165° y 166°, encomiendan como misión a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional, el mantenimiento y control del Orden Interno.

Ante la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados

de Lima contra el Decreto Legislativo N° 961-Código de Justicia Militar, que cuestionó entre otros, los delitos de Rebelión y Sedición, argumentando que estas conductas se encuentran tipificadas en los artículos 346° y 350° del Código Penal, el Tribunal Constitucional, en el fundamento número (65) de la sentencia de quince de diciembre del año dos mil seis, sostiene lo siguiente sobre el orden interno:

“Esta noción “es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. (...) El orden interno es sinónimo de **orden policial**, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía (...)”.

De otro lado, al examinar el artículo 78° del CJMP delito de Infidencia, en el fundamento 66 establece lo siguiente:

“El militar o policía que se apropia, destruya, divulgue o publique, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación”. (Bienes jurídicos que tienen también un ámbito militar o policial, respectivamente, y que comprometen las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución”².

1 Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto legislativo N° 961 - Código de Justicia Militar Policial.

2 Expediente N° 0017-2003-AI/TC.

De los fundamentos de dicha sentencia podemos concluir lo siguiente:

1. Existe vinculación entre Defensa Nacional, Seguridad Interna, Orden Interno y las funciones asignadas a las FF.AA. y la PNP.
2. El Orden Interno es una noción concurrente, complementaria y subsidiaria con las nociones de orden público como de la Defensa Nacional.
3. La Defensa Nacional, Orden Interno y Orden público son bienes jurídicos que también pueden estar protegidos en el Fuero Militar Policial.

Sin embargo, y contradiciendo sus propios fundamentos 65 y 66, el Tribunal Constitucional declaró que el delito de Sedición tipificado en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 961 era inconstitucional por no presentar las características del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, a pesar que en dicho artículo 70° se protege el Orden público.

Respecto al delito de Rebelión, precisó en los **fundamentos 56** y 57 de la Sentencia de 15 de diciembre de 2006, que cuando se consagra como delito de función la conducta de un militar o policía que alzándose en armas busca alterar o suprimir el régimen constitucional, no se está buscando proteger un bien jurídico propio y particular de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni se está afectando la defensa militar de la Nación, sino antes bien se busca proteger un bien jurídico como el régimen constitucional, y que por lo tanto, por no ser un bien jurídico estrictamente castrense, debe ser protegido mediante la legislación penal común, tal como efectivamente sucede en los artículos 46-A, 346° y 353° del Código Penal.

Respecto de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 68° (Rebelión), incisos 1 y 4 del artículo 70° (Sedición): "impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción"; "participar en algún acto de alteración del orden público"; y el extremo del artículo 75° (Derrotismo) en la parte que establece "y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del Estado", por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estimó que resultaban inconstitucionales.

A pesar de ese fallo del Tribunal Constitucional, al expedirse el Código Penal Militar Po-

licial publicado el 01 de setiembre de 2010, se observa que en la Parte Especial Título I de los Delitos Contra la Defensa Nacional, Capítulo II (Artículos 58 a 74) tipifica y sanciona los delitos Contra la Seguridad Interna, entre ellos los delitos de Rebelión Militar Policial y Sedición, pero reiterando los términos del derogado Código de Justicia Militar y que fueron declarados inconstitucionales "Alterar o afectar el régimen constitucional" en el delito de Rebelión, e impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción"; "participar en algún acto de alteración del orden público" al tipificar el delito de Sedición. Respecto al delito de Derrotismo) si se ha eliminado la parte que establece "y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del Estado".

CONCLUSIONES FINALES

- A. No contraviene el artículo 173° de la Constitución, la actual tipificación del delito de Sedición en el artículo 60° del Código Penal Militar Policial, pues presenta las características básicas del delito de función; toda vez que sobre el Orden Interno el propio Tribunal Constitucional ha sostenido que "es una noción concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional", y que son "bienes jurídicos que tienen también un ámbito militar o policial, y que comprometen las funciones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú".
- B. Es constitucional la actual redacción del artículo 67° del Código Penal Militar Policial, que reprime el delito de Derrotismo, al haberse suprimido la frase: "y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del Estado", declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 15 de diciembre del 2006.
- C. Debe replantearse el texto del artículo 60° del Código Penal Militar Policial aprobado por Decreto Legislativo N° 1094, bajo el contexto que los bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses y policiales se deben relacionar directamente con sus misiones constitucionales.

EL FUERO MILITAR POLICIAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO EN EL FMP

TC SJE Fernando Martín Robles Sotomayor

Todas las personas que superamos los 30 años, seguramente recordamos como era la vida en la década del 80, particularmente recuerdo cuando tipeaba los trabajos universitarios en máquina de escribir y como malograba hojas de hojas cuando el sueño me comenzaba a vencer en la madrugada. Otro recuerdo era contestar el teléfono de discado redondo que se giraba introduciendo el dedo en la cavidad del número correspondiente, un recuerdo más son las horas de investigación que pasábamos en diversas bibliotecas o comprando los libros recorriendo a las librerías especializadas de derecho.

¿Qué es lo que ha cambiado en nuestras vidas las últimas dos décadas? ¿Qué nos hace avizorar esos recuerdos tan lejanos?, son las llamadas nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que podemos resumirlas en “computadora”, “celular” e “Internet”. Lógicamente no nos referimos a las grandes computadoras que trabajaban con tarjetas perforadas, ni a los celulares que popularmente después serían llamados “ladrillos”, sino a la gama de diversas computa-

doras personales, que se volvieron portátiles con las Lap Tops, y luego se fueron reduciendo en las Net Books, así como las Tablet y Smartphones que ahora inundan nuestro mercado y que son el fruto de la unión entre la computadora y el celular, con el añadido del reloj despertador, calculadora, consola de juegos, agenda y cuantas otras funcionalidades han convergido en esos pequeños aparatos que nos resultan ahora indispensables en nuestra vida cotidiana.

Sin embargo, esos avances tecnológicos de hardware, han ido de la mano con los avances en software, que son los diversos programas que funcionan en la computadora, y su capacidad para captar la señal de Internet, la red de redes informáticas, que se ha constituido en el fenómeno que nos ha permitido que la información de todo el mundo esté a nuestro alcance.

Han sido solo dos décadas, pero el avance ha sido tan vertiginoso que es probable que muchos ni nos hayamos percatado del cambio ocurrido en nuestras vidas, de cómo las TICs han ingresado en

(*) Abogado y Licenciado en Educación en la U. Católica, Magister en Educación Superior y Doctorado en Derecho. Registrado en el Ministerio de Justicia como Fedatario Juramentado con Especialización en Informática. Docente en la Especialidad del Derecho Informático y las Nuevas Tecnologías, en diferentes Universidades y La Academia de La Magistratura (AMAG), Conferencista en diversos eventos de la especialidad, presencialmente y en medios virtuales. Miembro de la Asociación de E-Fedatarios del Perú. Ha desarrollado trabajos de investigación sobre la enseñanza del Derecho Informático, el Abogado en la sociedad de la información, fedatarios informáticos, patrimonio digital del Estado, implementación del gobierno electrónico. Abogado desde 1993. Consultor en Derecho Informático y Derecho Ambiental, Conciliador Extrajudicial. Ingresó en 1995 al Ejército. Ha sido Adjunto del Auditor General en el Fuero Militar Policial, Secretario Letrado, Fiscal Militar, Asesor Legal del Comandante General del Ejército. Actualmente en el Comando Logístico del Ejército (COLOGE).

nuestro mundo y se han vuelto indispensables en nuestro trabajo, en nuestro estudio, en nuestras relaciones personales, en nuestro entretenimiento inclusive, queremos ver el partido de fútbol, podemos hacerlo en la computadora, oír y ver viejas canciones de los sesentas, vamos a Youtube, desconocemos alguna palabra extranjera, buscamos un diccionario en Google, desconoces algún concepto, recurres a Wikipedia, deseas leer la Biblia, puedes hacerlo en tu Smartphone y en 50 ediciones o idiomas diferentes, no has vuelto a ver a tus compañeros del colegio, los encuentras en Facebook, en fin, para nuestra vida diaria se han vuelto una necesidad; ahora me encuentro escribiendo este artículo, y si no lo hiciese en la computadora seguramente no sabría cómo escribirlo; es más, la revista impresa en donde lo estás leyendo llega a una gran cantidad de personas, pero no es comparable con los millones que podrían leerlo en Internet.

Este cambio en nuestras vidas, quiere decir que hemos ingresado a la Sociedad de la Información. Ya Alvin Toffler señalaba en su libro “La Tercera Ola”:

“... la historia de la humanidad se puede dividir en tres etapas a las que denomina “olas”. La primera “ola” corresponde a la utilización de la agricultura, cuando las primitivas sociedades dejan de ser nómadas y se crea un orden social teniendo como principal actividad la agricultura. En la segunda ola se produce el cambio de la sociedad agrícola a la sociedad industrial, conocida como la primera revolución industrial que puede ubicarse entre fines del siglo XIX y principios del XX, y la tercera “ola”, que corresponde al tiempo actual, caracterizada por el desarrollo y em-

pleo de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC)”¹.

La Sociedad de la Información, en pocas palabras, es la que se caracteriza por el uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en especial las que se encuentran representadas por Internet, gracias al desarrollo de las telecomunicaciones y la informática. En efecto, tal como nos dice Camargo Nassar, “La utilización de las TIC ha dado nacimiento a la sociedad de la información, que se caracteriza por la utilización masiva de herramientas electrónicas para la generación y transmisión de la información”².

Este cambio no ha sido ajeno a los diferentes Gobiernos, ya que en los años 2003 en Ginebra y 2005 en Túnez, se llevó a cabo la “Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información”, participando el Perú en ambas sesiones, que constatan el reconocimiento internacional a esta nueva sociedad y cuyas recomendaciones globales, fueron recogidas en nuestro país en un documento llamado la “Agenda Digital Peruana”, el mismo que fue aprobado en el año 2006³, cuyo objetivo era **acercar los servicios estatales a los ciudadanos y empresas mediante el uso de las TICs, innovando prácticas que simplifiquen los procedimientos tradicionales e implementando proyectos de gobierno electrónico.**

En la actualidad, en el Perú hemos evolucionado a la Agenda Digital Peruana 2.0⁴, que plantea nuevos retos en los diferentes objetivos planteados originalmente, pero mantiene los temas eje, como el del Gobierno Electrónico, que sigue siendo una de sus “Mesas de Trabajo”, cuya dirección está a cargo de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (ONGEI)⁵.

- 1 NIETO MELGAREJO, Patricia. La Sociedad de la Información. En Alfa-Redi Revista de Derecho Informático. [En línea]. Perú, N° 106. mayo 2007. P. 01. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9220> (Consulta: 04 julio, 2010).
- 2 CAMARGO NASSAR, Javier Ignacio. La Sociedad de la Información en el Derecho Mexicano. En Alfa-Redi Revista de Derecho Informático. [En línea]. México, N° 142. mayo 2010. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=16145> (Consulta: 04 julio, 2010).
- 3 Con Decreto Supremo N° 031-2006-PCM del 20 de Junio de 2006, se aprobó el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú - Agenda Digital Peruana.
- 4 Con Decreto Supremo N° 066-2011-PCM del 28 de julio de 2011, se aprobó la Agenda Digital Peruana 2.0.
- 5 La Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (ONGEI), es el órgano técnico especializado que depende directamente del Despacho de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). ONGEI y en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Informática, se encarga de liderar los proyectos, la normatividad, y las diversas actividades que en materia de Gobierno Electrónico realiza el Estado.

El Gobierno Electrónico, según lo define la Organización de las Naciones Unidas, es el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), por parte del Estado, para brindar servicios e información a los ciudadanos, aumentar la eficacia y eficiencia de la gestión pública, e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación ciudadana.⁶

A partir de dicha definición podemos inferir la importancia que tiene el Gobierno Electrónico en la Sociedad de la Información, puesto que impulsa el uso de las TICs entre los ciudadanos, para que puedan obtener los beneficios y servicios que brinda el Estado (como es el servicio de la administración de la justicia militar policial).

Asimismo observamos que el Gobierno Electrónico aumenta la eficacia y eficiencia de la gestión pública, ya que permite un mejor trabajo y más rápido por parte de las diferentes dependencias estatales. Por otra parte, incrementa sustantivamente la transparencia, y ello podemos entenderlo fácilmente, si nos ponemos a pensar en la facilidad con que los papeles pueden desaparecer o ser sustituidos, a diferencia del documento electrónico, que una vez realizado, automáticamente genera varias copias en la computadora, dejando así un “rastros” visible ante cualquier modificación. Es por ello que es una importante herramienta para disminuir la corrupción en el sector público, ya que no es posible “encarpetar” un asunto, dadas las ventajas de control que permiten los sistemas informatizados.

El Fuero Militar Policial no es ajeno a las políticas estatales sobre Gobierno Electrónico, lo cual, seguramente, nos lleva a pensar en servicios online; es decir, trámites que se pueden hacer por la página web (tramitación de antecedentes penales militares, consulta de expedientes, intranet para trabajo virtual, etc.), pero que constituye mucho más, ya que para adquirir efectivamente eficiencia, eficacia y transparencia, es necesario comenzar a trabajar con “Sistemas de Trámite Documentario”, que incluyan el uso del Expediente Electrónico (formado por documentos electrónicos firmados

digitalmente), de archivos electrónicos y también de notificaciones por medios electrónicos.

Las políticas de Gobierno Electrónico en el Perú, han permitido desarrollar en los últimos años, algunos proyectos emblemáticos⁷ que son base para el desarrollo del Expediente Electrónico en las diferentes dependencias del Estado, cuyas experiencias iniciales las dieron la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores –CONASEV, en el año 2003, y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, en el año 2005.

En esas dependencias, se ha migrado del expediente en papel al expediente electrónico, y por ende, ahora usan archivos electrónicos en lugar de archivos físicos. Si alguna persona presenta sus escritos en papel, lo primero que se hace en mesa de partes, una vez recibidos, es digitalizarlos para ser incorporados al expediente electrónico, pero se prefiere que sean enviados por email o presentados en CD, lo cual también es perfectamente posible en el Fuero Militar Policial.

La seguridad sobre la autenticidad de los documentos, se ve validada con el uso de la firma digital, que reemplaza a la firma manuscrita, identificando a su titular y vinculándolo con el documento electrónico que ha firmado; además, la aplicación de estas nuevas tecnologías se basa en el principio de equivalencia funcional, que quiere decir que los dispositivos electrónicos tienen las mismas funciones y valor legal que sus equivalentes en papel.

Hace más de una década, se promulgó en el Perú la Ley 27269 – Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley 27291 – Manifestación de Voluntad por Medios Electrónicos, Ley 27309 – Ley de Delitos Informáticos y Ley 27419 – Ley de Notificaciones Electrónicas, las cuales complementadas por normas de carácter abierto que han incluido tanto el Código Penal Militar Policial como el nuevo Código Procesal Penal, constituyen el marco normativo mínimo para implementar el uso del documento electrónico, del expediente electrónico, de los archivos electrónicos, de la firma digital y de las notificaciones electrónicas en el Fuero Militar Policial.

6 <http://www.ongei.gob.pe/quienes/ongei QUIENES.asp> Consulta: 29 de mayo de 2012.

7 El DNI electrónico, la Implementación de la Infraestructura Oficial de Firma Digital y las Partidas electrónicas son tres de ellos.

Cabe precisar, que en CONASEV y RENIEC, ha sido necesario que se emitan disposiciones claras y precisas para el funcionamiento de estas nuevas tecnologías, ya que para su correcta ejecución se requiere normatividad específica, a fin de que el personal archive del mismo modo los documentos electrónicos, de que revise cotidianamente el trabajo que recibe por medio virtual, de que cumpla los plazos que tiene para emitir su opinión o resolver (los cuales además le son recordados por el Software de Tramitación Documentaria), etc.

En la Administración de Justicia, también tenemos referentes internacionales sobre los primeros pasos en el uso del Expediente Electrónico y las otras tecnologías que van de la mano, como son los casos de Brasil y España; en nuestro Poder Judicial, también se ha iniciado con el uso de las notificaciones electrónicas y las audiencias grabadas y realizadas con sistemas de video conferencia, que vienen a ser documentos electrónicos que no son transcritos al papel, dado que tienen pleno valor legal en su formato digital.

En definitiva, la implementación del Gobierno Electrónico en el Fuero Militar Policial, será

significativa en el trabajo jurisdiccional y fiscal, cuando se deje de usar el papel y las firmas manuscritas, para ser reemplazadas por el expediente electrónico y la firma digital, lo cual es un camino ineludible, puesto que la Sociedad de la Información poco a poco irá exigiendo que todas las Instituciones se acoplen en el uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación.

Esta implementación no debe darse solo en el ámbito tecnológico; es decir, nuevo hardware y software, sino que debe comprender también el ámbito jurídico, constituido por ese marco normativo adicional para su funcionamiento y en especial por el ámbito cultural, que comprende no solo la capacitación en ofimática básica y el uso de algunas herramientas informáticas adicionales, sino que implica, sobre todo, un cambio de mentalidad en todos nosotros, que hemos sido educados en una “cultura del papel”, para aceptar y comprender que el trabajar en soporte digital nos permitirá ser más eficientes y eficaces, pero, sobre todo, más transparentes, tal como refiere el Dr. Chayer cuando afirma que: “Producir un cambio cultural a nivel organizacional es una condición indispensable para la introducción exitosa de las TI en el sistema judicial”⁸

8 HÉCTOR MARIO CHAYER. “El Sistema Judicial Argentino y las Tecnologías de la Información”. Consulta 05 de junio de 2012. En: http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/693-el-sistema-judicial-argentino-y-las-tecnologias-de-la-informacion

EL DELITO DE INSULTO AL SUPERIOR EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL^(*)

TC EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I. Generalidades

Los tipos penales relativos al insulto al superior, históricamente, han estado configurados sobre tres supuestos: (I) pasar a vías de hecho contra el superior (agresión física que puede causar lesiones e incluso la muerte), (II) intentar pasar a vías de hecho contra el superior en grado, empleo o mando (amenazas ostensibles); y, (III) ofensas al superior, de palabra, por escrito, imagen o mediante la propagación de manuscritos, etc.

Con el tiempo, la experiencia y la evolución de las técnicas legislativas, la tendencia ha sido simplificar los elementos normativos de los tipos penales, de forma que esas “precisiones” que antaño se hacían respecto del medio empleado para cometer el delito: “(...) con arma blanca o de fuego, palo, piedra u otro objeto capaz de producir la muerte o lesiones graves”, por ejemplo: no están más consignadas en los tipos penales vigentes y no precisamente las figuras típicas resultan agravadas por los medios empleados en su comisión, sino por las circunstancias en que han ocurrido, por ejemplo, conflicto armado, frente al enemigo, etc. En nuestra legislación, el delito de insulto al

superior está contemplado en el Título IV (Delitos contra la integridad institucional), Capítulo I, del Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094) y abarca los artículos 112.- Agresión al superior en grado; 113.- Acto tendente a agredir o amenazar; y 114.- Ofensas al superior.

63

II. Precedentes normativos del Código Penal Militar Policial

1. Código de Justicia Militar de 1898 (CJM-1898)¹

El insulto al superior (Insulto a Superiores) estuvo tipificado en el Título III del Libro Segundo del CJM-1898, en los artículos del 262 al 269. El tipo básico estaba consignado en el Art. 262 y cometía insulto al superior el “militar” (sujeto activo) “que en acto del servicio o con ocasión de él..., con arma blanca o de fuego, palo, piedra u otro objeto capaz de producir la muerte o lesiones graves” (**elemento normativo**), “maltrataba a un superior en empleo o mando” (**elemento objetivo**).

La comisión de este delito importaba una acción dolosa (**elemento subjetivo**), el sujeto pasivo

(*) En el presente trabajo, el autor hace una síntesis sobre la evolución histórica del delito de insulto al superior en los Códigos de Justicia Militar que se han sucedido en el Perú; explica como está concebido el delito de insulto al superior en el Código Penal Militar Policial vigente (Decreto Legislativo N° 1094); los bienes jurídicos protegidos; los elementos objetivo, subjetivo y normativo que integran el tipo penal y cómo se trata el tema en el derecho comparado, entre otros aspectos.

1 Código de Justicia Militar del Perú; Edición Oficial; Oficina Tipográfica de “El Tiempo”, por I. H. Jiménez; 1899, Lima.

del delito era el “superior en empleo o mando” y la pena que le correspondía era la de muerte. No siendo en acto del servicio ni con ocasión de él (Art. 263), las penas eran privativas de libertad (reclusión en distintos grados), dependiendo, incluso, del grado del agraviado (oficial, sargento o cabo); no obstante, cuando del maltrato al superior resultaba la muerte de éste o lesiones que lo dejaban impotente o inutilizado (agravantes) para el servicio, la pena era de muerte.

Cometía también insulto al superior, de acuerdo con el CJM-1898, el que echaba mano a un arma ofensiva o revelaba, con actos, tendencia a ofender de obra a un superior (Art. 266) y el que en acto del servicio o con ocasión de él ofendía al superior en empleo o mando, “de palabra, por escrito o imagen”; igualmente, el militar que “con demostración de menosprecio devolvía títulos, despachos, diplomas o nombramiento, o se despojaba de sus divisas o condecoraciones” (Art. 267).

Resultaba circunstancia atenuante el “consumarse el maltrato de obra, sin armas...” (Art. 265) y el que fuese cometido por un asimilado militar, en acto o con ocasión del servicio profesional, siempre que no se causase muerte o lesiones (Art. 269).

2. Código de Justicia Militar de 1939 (CJM-1939)²

En este Código, el insulto al superior estuvo previsto en la Sección Quinta (Delitos contra la disciplina), Título Primero, en los artículos del 274 al 286.

El artículo 274 describía las conductas antijurídicas básicas del “militar”, respecto del “superior en clase (grado), empleo o mando”, que importaban la comisión del delito de insulto al superior: (I) pasar o intentar pasar a vías de hecho; y, (II) las ofensas al superior de palabra, por escrito o imagen, o mediante la propagación de manuscritos o la publicación de impresos o láminas. El pasar a “vías de hecho” (Art. 274°) es equivalente a “mal-

trato de obra al superior” (Art. 275°- elemento objetivo) que se ejecuta “empleando arma blanca o de fuego, fierro, palo, piedra u otro objeto contundente capaz de producir la muerte o lesiones.” (Elemento normativo), siendo la pena a imponerse la de internamiento (Absolutamente indeterminada, más allá de un mínimo de veinticinco años) si tal maltrato de obra se producía en “acto del servicio o con ocasión de él”.

Cuando el agresor, en acto del servicio o con ocasión de él, no hacía uso de las armas, no obstante portar las reglamentarias, o de los objetos arriba mencionados (fierro, palo, etc.), para “maltratar de obra al superior”, la pena que se imponía era de penitenciaría (de 06 a 25 años de pena privativa de libertad). No habiendo ocurrido el insulto al superior en acto de servicio o con ocasión de él, la pena que se imponía era la de prisión (de 02 a 05 años), estimándose si se causó lesiones leves, si fue el agresor un oficial, clase o soldado.

Las circunstancias calificativas en la comisión de este delito y que merecían la pena de muerte, estaban dadas por la muerte del superior, por cometerse el delito “en momento de combate o acción de armas, o en momento de peligro inminente, tal como incendio, naufragio u otros estragos, o con ocasión de rebelión, sedición o motín, o encontrándose el superior desempeñando servicios de seguridad en campaña, servicio de facción o encontrándose al frente de sus tropas” (Art. 278°). Cuando la agresión causaba lesiones graves o la muerte del superior, fuera de los actos del servicio, la pena era de penitenciaría; no pudiendo ser menor de doce años en caso de haberse producido la muerte (Art. 279).

El “intentar pasar a vías de hecho” se sancionaba con las penas inmediatamente inferiores previstas para el “maltrato de obra al superior” (Art. 280°). Las ofensas al superior (de palabra, por escrito o imagen, o mediante la propagación de manuscritos o la publicación de impresos o láminas y otros) estaban previstas en los Arts. 281° y 282° de dicho Código.

2 Ley N° 8991, Código de Justicia Militar de 1939, promulgado por el General de División Oscar R. Benavides, Presidente Constitucional de la República. Tomado del Anuario de la Legislación Peruana.

Se consideraban atenuantes en la comisión del delito de insulto al superior, el hecho de haber sido precedido inmediatamente de un grave abuso de autoridad o haber sido el subalterno ofendido en su honor. Se consideraba circunstancia agravante el haberse cometido el delito de insulto al superior contra el jefe de la unidad al que pertenecía el subalterno o contra el comandante de guardia, por los centinelas o individuos de la misma.

3. Códigos de Justicia Militar de 1950³ y 1963⁴

El CJM-1950 trata el delito de Insulto al superior en la Sección V, Delitos contra la disciplina, artículos del 232° al 245°. En este Código se han reproducido casi textualmente los artículos del Código de 1939, siendo las diferencias muy puntuales, como la prevista en el Art. 243° que considera circunstancia atenuante “el encontrarse acusado o agraviado en la situación de disponibilidad o de retiro en el momento de cometerse el delito”. El CJM-1963 mantuvo las particularidades del CMJ-1950 sobre el delito de insulto al superior.

4. Código de Justicia Militar de 1980⁵

El delito de insulto al superior estuvo previsto en la Sección V (Delitos que afectan a la disciplina de los Institutos Armados), Título Primero, artículos del 142° al 151°.

Los elementos subjetivos, objetivos y normativos de estos artículos son muy semejantes a los previstos en los Códigos de 1939, 1950 y 1963; así, conforme al Art. 142°, cometía delito de insulto al superior el militar que: (I) pasaba o intentaba pasar a vías de hecho contra el superior en grado, empleo o mando; y, (II) ofendía al superior de palabra, por escrito, imagen o mediante la propagación de manuscritos, o la publicación de impresos o láminas, “cualquiera que sea la situación militar en que se encuentren agraviado u ofensor”; es decir, en situación militar de actividad, disponibili-

dad o retiro, aunque, se tomaban estas condiciones como atenuantes, conforme al Art. 150°, como ya se preveía en el CJM-1950, en el entendido de que la condición de militar no se pierde ni siquiera después de muerto y que ciertos honores y privilegios concedidos se mantienen en el tiempo, en atención al grado militar obtenido en actividad y a los muy altos servicios prestados, que incluso autorizan al militar en situación de retiro a vestir uniforme en determinadas situaciones que se hallan reglamentadas.

En relación con sus antecesores, el Código de 1980 no contempla la pena de muerte para el insulto al superior, cualquiera sea la circunstancia en la que se haya cometido. Causar la muerte del superior, en acto de servicio o con ocasión de él, se sancionaba con pena de internamiento (indeterminada, más allá de 25 años) y las lesiones graves con penitenciaría (de 02 a 20 años) o prisión (de 60 días a 20 años). Los elementos normativos del delito, singularmente citados en los Códigos que lo antecedieron, como las referencias a las armas y objetos empleados para la agresión: fierro, piedra, arma blanca, arma de fuego, etc., o el hacer referencia a las circunstancias en que se puedan cometer: frente al enemigo, mediando incendio, naufragio, terremoto o teniendo el superior agredido la condición de Comandante de Unidad, etc., no fueron ya contemplados en el CJM-1980, por razones de técnica legislativa.

La supresión de la pena de muerte para el delito de insulto al superior en el CJM-1980, tenía que ver con una disposición de la Constitución de 1979⁶ que prohibía la pena de muerte en la legislación penal peruana, salvo en caso de Traición a la Patria, existiendo guerra exterior. De hecho, una de las razones que se expresa en la parte considerativa del Decreto Ley N° 23214, con el que se promulgó el CJM-1980, hace referencia a “adecuar el Código de Justicia Militar a la nueva Constitución Política”, resultando de ello, entre otras cosas, que los civiles no podían ser juzgados en el Fuero

3 Código de Justicia Militar, Decreto-Ley N° 11380 de 29 de mayo de 1950, Ratificado por la Ley 11490 de 1° de setiembre de 1950, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1950, Lima.

4 Código de Justicia Militar; Decreto-Ley N° 14613 de 25 de julio de 1963.

5 Decreto Ley N° 23214 de 24 de julio de 1980. - Editores Consejo Supremo de Justicia Militar; 1998; Lima-Perú.

6 “Artículo 235.No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior.”

Militar⁷ y que la pena de muerte tenía un carácter excepcional (solo podía ser impuesto por Traición a la Patria en caso de guerra exterior), cuestión esta última que tuvo que ver también, según nos parece, con la suscripción por el gobierno del Perú, el 27 de julio de 1977, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su aprobación mediante Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978, todo ello, durante el gobierno del General de División Francisco Morales Bermúdez Cerrutti.

5. Código de Justicia Militar de 2006 (Decreto Legislativo N° 906)

El delito de insulto al superior se encontraba previsto en el Título IV (Delitos contra la integridad institucional), Capítulo I (Insulto al Superior), entre los artículos del 121° al 123°, que se citan textualmente:

“Artículo 121°.- Insulto al Superior-Agresión

El militar o policía que agreda a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años.

1. Si el delito se comete en conflicto armado o si se causa lesiones graves al superior, la pena privativa de la libertad será no menor de dos ni mayor de diez años.

2. Si el delito se comete frente al enemigo o si se causa la muerte del superior la pena privativa de la libertad será no menor de diez ni mayor de veinte años.”

“Artículo 122°.- Acto tendiente a agredir o amenazar

El militar o policía que en ocasión de servicio, ejecuta actos o toma las armas con demostración manifiesta de agredir o amenazar a un superior, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años.

Si el delito se comete frente al enemigo o en situación peligrosa para la seguridad del establecimiento militar o policial, nave o aereo-

nave será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años.”

“Artículo 123°.- Coacción, injuria y difamación

El militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años.”

Como se podrá apreciar de los artículos glosados, estos estaban referidos: (I) a la agresión física en acto de servicio que causare lesiones leves, graves o la muerte (Art. 121); (II) al acto tendiente a agredir o amenazar (físicamente), con ocasión del servicio (Art. 122); y, (III) al acto de coaccionar, injuriar o difamar al superior, mediante la palabra, por escrito o con publicidad, conductas penales militares que meridianamente apreciadas no son “creación heroica”, sino más bien, “calco y copia” de los tipos penales considerados de forma semejante en los cinco Códigos de Justicia Militar que lo antecedieron (1898, 1939, 1950, 1963 y 1980), entonces, ¿son entendibles los argumentos que esgrimió el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre del 2006, para declarar inconstitucionales, entre otros, extremos de los artículos 121 y 123 del CJMP-2006, relacionados con el insulto al superior, alegando la vulneración de bienes jurídicos comunes –vida, integridad física, honor y libertad personal– que no serían propias de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional?

III. Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de partes de los artículos 121 y 123 del CJMP-2006

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en Expediente N° 0012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006, refirió respecto del Art.

7 “Artículo 282. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, **cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles**, salvo lo dispuesto en el Artículo 235. Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar.” (Resaltado agregado)

121° que las “lesiones leves” afectan el bien jurídico integridad física, que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y que en la referida norma legal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Dice el Tribunal Constitucional, textualmente:

“(…) Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en acto de servicio o con ocasión de él, agrede a un superior, causándole LESIONES LEVES, afectando el bien jurídico INTEGRIDAD FÍSICA de una persona (que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.” (FJ 79)).

En cuanto a las lesiones graves y muerte, por idénticas razones, resultaban inconstitucionales, aunque habría que precisar que en caso de muerte, el bien jurídico protegido es la vida. Al respecto, el Tribunal Constitucional dijo:

“80. Respecto de los incisos 1 y 2 del artículo 121° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales los siguientes extremos “o si se causa lesiones graves al superior” y “o si se causa la muerte del superior”, respectivamente”.

En cuanto al Art. 123°, el Tribunal Constitucional dijo:

“(…) Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en acto de servicio o con ocasión de él, COACCIONE, INJURIE o DIFAME, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, afectando bienes jurídicos como el HONOR DE UN INDIVIDUO o la LIBERTAD PERSONAL (que no son bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del artículo 123° del

CJMP que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional” (FJ 81).

Puntualizando diremos, que si bien el artículo 173° de la Constitución hace referencia al delito de función, no hace ninguna precisión respecto de sus “características básicas”, tema este que ha sido desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente. Volveremos, más adelante, para precisar nuestros conceptos sobre delito de función, cuando hagamos la exégesis de los tipos penales de insulto al superior que se encuentran vigentes a la fecha en el ordenamiento penal militar policial.

IV. El insulto al Superior en el Código Penal Militar Policial (Código Penal Militar Policial-2010)

1. Tipificación del insulto al superior en el Código vigente

El delito de insulto al superior está tipificado en el Título IV del Libro Segundo, Capítulo I, del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, en los artículos del 112, 113 y 114, que se citan textualmente:

“Artículo 112. - Agresión al superior en grado

El militar o el policía que agrede al superior en grado, empleo o mando, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de ciento ochenta días multa.

Si el autor incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de trescientos sesenta días multa.

Si la agresión se comete, durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se configura la figura agravante del inciso 17 del

artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinticinco años.”

“Artículo 113. - Acto tendiente a agredir o amenazar

El militar o el policía que ejecuta actos o toma las armas con demostración manifiesta de agredir o amenazar a un superior, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años y el pago de ciento sesenta días multa.

Si el acto tendiente a agredir o amenazar, se comete durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o en situación peligrosa para la seguridad de un establecimiento militar o policial, nave o aeronave, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con la accesorio de separación absoluta del servicio.”

“Artículo 114. - Ofensas al superior

El militar o el policía que coaccione u ofenda al superior en grado, empleo o mando, con el ánimo de menoscabar su autoridad o la disciplina, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años y el pago de ciento veinte días multa.”

2. Significado gramatical de la palabra agredir

El significado gramatical de la expresión agredir, que integra el tipo objetivo del injusto (tipo básico-Art. 112°), según el diccionario de Real Academia Española (RAE), equivale a “cometer agresión” y agresión es a su vez: (I) **acto de acometer para matarlo, herirlo o hacerle daño;** (II) acto contrario al derecho de otra persona; y, (III) ataque armado de una nación contra otra, sin declaración previa.

En un sentido técnico-jurídico, es la primera acepción de la RAE lo que importa para relacionar la palabra agredir con la acción y efecto de utilizar violencia física, como se ha entendido siempre por la doctrina y el derecho comparado para una de las formas del insulto al superior.

3. Bien jurídico protegido

El Insulto al superior se encuentra comprendido en el Título “Delitos contra la integridad institucional” de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En términos generales, es la disciplina el bien jurídico que se pretende proteger con los tipos penales del insulto al superior. En un sentido más estricto, para Jiménez Jiménez el bien jurídico protegido es la subordinación y el respeto al Superior y Querol y Durán afirma que en este delito “el interés lesionado es la disciplina, y dentro de ella la subordinación, que es su parte más esencial”⁸.

Este deber de subordinación que debe concretarse en la obediencia, no está solo referido a los jefes inmediatos, sino además, en términos generales, a todo superior con independencia del instituto al que pertenezca (Ejército, Marina, Fuerza Aérea o la Policía Nacional) y las manifestaciones exteriores de la disciplina que se encuentran previstas en los reglamentos militares, como el Reglamento de Servicio en Guarnición que es común a los cuatro institutos armados.

4. Sujetos activo y pasivo del delito

Solo personas de una determinada condición jurídica –militares y policías– pueden ser sujetos activo y pasivo del delito de insulto al superior. El sujeto activo del delito es el “inferior” (subalterno) y el sujeto pasivo el “superior en grado, empleo o mando”. Estos sujetos, activo y pasivo, deben encontrarse en la situación militar o policial de actividad; en tal sentido, los militares o policías que se encuentren en la situación militar o policial de retiro no cometen insulto al superior (como se preveía en Códigos anteriores), pues si bien conservan el grado y los honores y preeminencias que le son consustanciales en determinados casos, no tienen empleo o mando militar o policial, por lo tanto, no pueden cometer ya delitos de función militar-policial.

5. Precisiones sobre los tipos penales de insulto al superior

Los tres artículos relativos al insulto al superior en el Código Penal Militar Policial-2010

8 Citado por Pascual García Ballestar en Comentarios al Código Penal Militar (español), Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, p. 1099.

están referidos: (I) a la agresión física que cause lesiones leves, graves o la muerte (Art. 112°); (II) al acto tendiente a agredir o amenazar (físicamente) (Art. 113°); y, (III) al acto de ofender al superior, “mediante la palabra, por escrito o con publicidad, etc.” (Art. 114°).

De acuerdo con el tipo básico del Art. 112° (Agresión al superior en grado), comete insulto al superior el “militar o el policía” (**sujeto activo**) que “agreda al superior en grado, empleo o mando” (**elemento objetivo**). La comisión de este delito importa una acción dolosa (**elemento subjetivo**), el sujeto pasivo del delito es el “superior en grado, empleo o mando” y las penas previstas son: (I) pena privativa de libertad “no menor de dos ni mayor de cinco años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de ciento ochenta días multa”, para el primer párrafo del artículo, cuando haya agresión física (Vg. Empujar al superior) y se cause o no lesiones (las lesiones leves están comprendidos en este párrafo); (II) pena privativa de libertad “no menor de cuatro ni mayor de diez años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de trescientos sesenta días multa”, si el autor incurre en la **figura agravante del inciso 16 del artículo 33** (causar lesiones graves); y, (III) Con pena privativa de libertad “no menor de diez ni mayor de veinticinco años”, si la agresión se comete, **durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se configura la figura agravante del inciso 17 del artículo 33** (causar la muerte). (Lo resaltado con negritas: Elementos normativos).

El insulto al superior ha sido comprendido en el Código Penal Militar Policial-2010 de la forma descrita, siguiendo los parámetros establecidos para el delito de función (Art. II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial-2010) y cuyas características son: (I) el sujeto activo del delito es un militar o un policía en situación de actividad (si se encuentra en retiro, pero cometió el delito de función estando en situación de actividad, el Fuero Militar Policial es competente para procesarlo); (II) el delito debe ser cometido en acto del servicio o con ocasión de él; y (III) el hecho punible, cometido por acción u omisión, debe atentar contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Como referimos retro, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, de 25 de diciembre del 2006, declaró inconstitucionales ciertos extremos de los delitos de Insulto al superior previstos en el CJMP-2006, con el argumento de que los bienes jurídicos vida, integridad física, el honor de un individuo o la libertad personal no eran bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, al manejar, en principio, una tesis restrictiva sobre el delito de función, que considera que solo los delitos “típicamente militares” o “estrictamente castrenses” pueden ser tipificados en un Código de Justicia Militar. La parte especial del Código Penal Militar Policial-2010 está sustentada en una tesis funcional del delito de función, lo que permite incluir los llamados delitos militarizados, es decir aquellos que estando tipificados en el Código Penal Común pueden ser también previstos en el Código Penal Militar Policial, a condición de que tengan una vinculación directa y próxima con las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco vs. México y que la legislación y la doctrina comparada lo han comprendido también así desde siempre.

Debo decir más, los bienes jurídicos que los artículos relativos al delito de insulto al superior del CJMP-2006 pretendían proteger y que pretende proteger los del Código Penal Militar Policial-2010, no son la integridad física, la vida, el honor o la libertad del individuo, como lo afirmó el Tribunal Constitucional, sino otros distintos y esenciales para que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional puedan cumplir con las misiones que la Constitución les ha señalado y que siguiendo a Querol y Durand diremos que el bien jurídico lesionado es la disciplina, y dentro de ella la subordinación, que es su parte esencial. Las lesiones, la muerte, la afectación del honor del individuo o la libertad personal, son tomadas en los tipos penales militares solo como circunstancias agravantes.

Sobre la disciplina y la subordinación habría mucho que decir, sin ellos habrá hombres armados, pero sin mística, sin valores, sin ideales, hordas que se desboquen con el vaivén de las circunstancias, sin respeto a los ideales democráticos y a la convivencia social. Los ejércitos técnica

y tácticamente preparados, con soldados disciplinados, subordinados, con clara visión de que los mandatos constitucionales son de obligatorio cumplimiento, que cuentan con soldados dispuestos a sacrificar la vida por el cumplimiento del deber, que están poseídos de una mística excepcional y saben que el respeto a la autoridad del superior es esencial, esos serán los ejércitos que perdurarán para la gloria de su nación. ¿Qué queremos nosotros para el Perú, el relajo, la anarquía, la destrucción de sus instituciones tutelares? El hombre no es solo sujeto de derechos, sino también de obligaciones..., dejemos esto allí suspensivamente y cederemos la palabra a quienes han meditado sobre disciplina y subordinación autorizadamente:

“Los rigurosos preceptos de la disciplina militar son necesarios para garantizar al ejército de las derrotas, de la mortandad, y especialmente de la deshonra.” (Lo resaltado es nuestro)

Napoleón Bonaparte

“La disciplina es el alma de un ejército. Hace formidable a un pequeño grupo, le da fuerza a los débiles y sube la autoestima de todos.” (Lo resaltado es nuestro)

George Washington

“La victoria en la guerra no depende completamente del número o del simple valor; solo la destreza y la disciplina la asegurarán. Hallaremos que los romanos debieron la conquista del mundo a ninguna otra causa que el continuo entrenamiento militar, la exacta observancia de la disciplina en sus campamentos y el perseverante cultivo de las otras artes de la guerra.” (Lo resaltado es nuestro)

Vegecio

Respecto de la subordinación militar, he aquí una historia muy antigua que pinta de cuerpo entero al soldado subordinado:

“Cierta soldado que en una carga de caballería estaba al alcance de un enemigo y a punto de darle muerte, oyó tocar retirada, y parando su caballo, dejó libre y sano al que huía, y se volvió.

–Estando ya tan cerca, ¿por qué no lo mataste? le preguntó un camarada.

–Porque en la milicia es antes obedecer al general, que matar a un enemigo.” (Lo resaltado es nuestro)

V. El insulto al superior en el derecho penal militar español

Hacemos una exégesis del delito de insulto al superior previsto en el Código Penal Militar español, porque en materia de derecho penal militar España ha sido la fuente legislativa y doctrinaria al que han recurrido todos los pueblos de habla hispana; en consecuencia, la autoridad de “la España” en esta materia parece ser obvia.

El delito de insulto al superior se encuentra previsto en el Título Quinto (Delitos contra la disciplina), Capítulo II (Insubordinación), Sección 1, artículos del 98 al 101, de la Ley Orgánica 13/1985 (Código Penal Militar), modificada por las Leyes Orgánicas 4/1987, 2/1989, 13/1991, 11/1995 y 3/2002.

El Código Penal Militar español, respecto del insulto al superior, contempla, como el Código Penal Militar Policial-2010 peruano, tres situaciones: (I) el maltrato de obra al superior; (II) tendencia a maltratar de obra al superior; y, (III) el maltrato mediante la coacción, amenaza, injuria, por escrito o con publicidad.

1. El Art. 98 está referido al maltrato de obra al superior con circunstancias calificativas:

(I) hallándose frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave; y, (II) cuando se produce en tiempo de guerra, causándole la muerte o lesiones muy graves al superior, si el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de éste. La pena que corresponde para ambos casos es de quince a veinticinco años de prisión.

Conforme al Art. 99, el maltrato de obra a un superior, fuera de los casos previstos en el artículo 98, es castigado: (I) con la pena de quince a veinticinco años de prisión, si resultare la muerte del superior; (II) con la de cinco a quince años de prisión, si le causare lesiones graves; y (III) con la de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos (incluido lesiones leves).

2. Tendencia a maltratar de obra al superior (Art.100):

“El poner mano a un arma ofensiva o ejecutar actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior será castigado:

- 1) Con la pena de tres a diez años de prisión, si el hecho fuere ejecutado en los supuestos del párrafo primero del artículo 98. (hallándose frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave).
- 2) Con la de tres meses y un día a tres años de prisión, en los demás casos.”

3. Tendencia a maltratar de obra al superior (Art.101):

“El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazar o injuriar en su presencia, por escrito o con publicidad, a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión”.

Así como en el Código Penal Militar español, otros varios Códigos Penales Militares en el continente americano contemplan en el delito de insulto al superior las agravantes de lesiones, muerte, afectación del honor del individuo o la libertad personal, pero el bien jurídico esencial que se quiere proteger es la disciplina y dentro de ella muy particularmente la subordinación, como se ha explicado extensamente.

VI. Conclusiones

1. El insulto al superior está tipificado en el Título IV (Delitos contra la integridad institucional) del Libro Segundo, Capítulo I, del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, en los artículos del 112 al 114.
2. Estos tres artículos están referidos: (i) El Art. 112° a la agresión física (que cause lesiones leves, graves o la muerte); (ii) El Art. 113° al acto tendiente a agredir o amenazar (física-

mente); y, (iii) El Art. 114° al acto de ofender al superior, “mediante la palabra, por escrito o con publicidad...”.

3. El tipo básico está consignado en el Art. 112° (Agresión al superior en grado) y comete insulto al superior el “militar o el policía” (sujeto activo) que “agreda al superior en grado, empleo o mando” (elemento objetivo). La comisión de este delito importa una acción dolosa (elemento subjetivo), el sujeto pasivo del delito es el “superior en grado, empleo o mando”.
4. Los bienes jurídicos que los artículos relativos al delito de insulto al superior del CJMP-2006 pretendían proteger, no eran la integridad física, la vida, el honor o la libertad del individuo, como lo afirmó el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2006-AI/TC y que dio lugar a que ciertos extremos de los tipos penales en cuestión fueran declarados inconstitucionales, sino otros bienes jurídicos esenciales relacionados con el quehacer de los Institutos Armados. En términos generales, el bien jurídico protegido en el insulto al superior es la disciplina y en un sentido más estricto la subordinación y el respeto al Superior, valores esenciales que militares y policías deben practicar, para que, a su vez, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan con las misiones que la Constitución les ha encomendado. Las lesiones, la muerte, la afectación del honor del individuo o la libertad personal, son tomadas en los tipos penales militares solo como circunstancias agravantes.
5. Solo personas de una determinada condición jurídica –militares y policías– pueden ser sujetos activo y pasivo del delito de insulto al superior. El sujeto activo del delito será el “inferior” (subalterno) y el sujeto pasivo el “superior en grado, empleo o mando”. Estos sujetos, activo y pasivo, deben encontrarse en la situación militar o policial de actividad.

LA APLICACIÓN DE LA CONDENA CONDICIONAL Y LAS REGLAS DE CONDUCTA EN LOS DELITOS DE DESERCIÓN

TC SJE Sergio Chumberiza Juarez^()*

El Código Penal Militar Policial fue publicado en la forma que establece la ley, el 1ro de setiembre del año 2010, ante esta situación el Fuero Militar Policial, dispuso que el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), imparta el Curso de Primer Nivel para Magistrados Militares Policiales y en el desarrollo del referido Curso, dispuso como tema de investigación “La aplicación de la condena condicional y las reglas de conducta en los delitos de deserción”; al revisar el texto del novísimo Código Penal Militar Policial vigente, en parte desde el 1ro de setiembre del 2010 y en su totalidad desde el 01 enero 2011, se determina que el legislador omitió regular la figura jurídica de la condena condicional; sin embargo, en los artículos 50° y 329°, en forma referencial, hace mención a la condena condicional, para la aplicación de la extinción de la acción penal y para la interrupción del plazo de prescripción de la pena, respectivamente.

En la práctica jurisdiccional, la condena condicional se viene aplicando en el juzgamiento de Tropa del Servicio Militar por la comisión del delito de deserción en agravio del Estado-Ejército del

Perú y para fijar los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena, las reglas de conducta y los efectos del incumplimiento de éstas, se está aplicando lo dispuesto en los artículos 57° y siguientes del Código Penal común, en forma supletoria y de conformidad con lo previsto en el artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

La doctrina nacional, concibe la condena condicional como la suspensión o renuncia provisional al pronunciamiento o ejecución efectiva de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia condenatoria, de manera que el sentenciado no ingresa a un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, sino que queda en libertad pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir. Con ello se persigue, fundamentalmente, evitar las drásticas consecuencias negativas que pesan en el penado, el ingreso a una prisión aunque sea durante un breve periodo, el posible efecto disociador que puede acarrear una sanción efectiva.

(*) Abogado egresado de la Universidad de San Marcos. Maestría en Derecho Penal de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Asimilándose en el Ejército, con el grado de Capitán en 1994. Ha sido Asesor Legal en la Primera División de Infantería (1994-1997) y Novena División Blindada (1999-2000) en Tumbes, Secretario Letrado del Juzgado Militar Permanente de Tumbes (1997-1998), trasladándose a la Segunda Zona Judicial del Ejército en Lima (2001-2004), Secretario Letrado en el Segundo y Tercer Juzgados Militar Permanentes de Lima, Defensor de Oficio, Fiscal Militar y Fiscal Superior Militar Suplente y Adjunto de Auditor. Posteriormente Juez Militar Permanente de Huancayo (2005-2006). Laboró en Lambayeque (2007) en la Primera Zona Judicial del Ejército como Relator - Secretario y Secretario de Sala en el Tribunal Superior Militar Policial del Norte y actualmente Juez Militar Policial de Piura, Sullana y Talara.

Esta medida de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, deviene, en puridad, en una renuncia provisional del Juzgador, al pronunciamiento o ejecución de la misma y ésta pertenece a una forma de tratamiento del régimen de libertad. Su operatividad consiste en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria, de manera que queda en libertad, sometido a un régimen de reglas de conducta. Tales reglas y obligaciones deben ser cumplidas por el condenado durante un plazo de tiempo que se expresa en la sentencia y que se le denomina período de prueba. Si el plazo mencionado se vence sin que haya mediado incumplimiento de reglas o comisión de nuevo delito, se da por extinguida la pena y se suprime la condena de los registros judiciales correspondientes. Caso contrario, procede aplicar al condenado la revocación de la suspensión, debiendo, en consecuencia, cumplir en su totalidad la pena privativa de libertad que se le impuso en la sentencia.

Como antecedentes de la figura jurídica de la **Condena Condicional en el Derecho Penal Militar en el Perú**, tenemos lo previsto en el artículo 66° del Código de Justicia Militar de 1980, estipulándose como una facultad del Juzgador para suspender la ejecución de la pena, suspensión que comprendía tanto la pena principal como la accesoria, si la sentencia se refería a pena privativa de la libertad no mayor de seis meses y a persona que no hubiese sido objeto de anterior condena; y, si los antecedentes y el carácter del condenado hicieran prever que esta medida impediría cometer nuevo delito.

Asimismo en la sentencia se mencionarán las razones que justifiquen la concesión de la condena condicional y las reglas de conducta como: abstenerse del consumo de bebidas alcohólicas y de concurrir a lugares de expendio de éstas; de reparar el daño causado por el delito; observar conducta intachable; y, no dar lugar a que se le imponga castigo disciplinario por falta que merezca arresto de rigor o simple por más de tres días.

El Juzgamiento se consideraba como no producido, si transcurren cinco años sin que el condenado haya sido objeto de ninguna otra condena y sin haber infringido las reglas de conducta impuestas; y si dentro del plazo indicado se descubriesen antecedentes punibles del condenado,

sufriría, la pena que se le hubiese impuesto. Si cometiere nuevo delito intencional, sufriría la pena impuesta en la primera condena y la que le correspondía por el segundo delito, consiguientemente infringida las reglas de conducta impuestas, el juez podía ordenar la ejecución de la pena; sin embargo para conceder o revocar la suspensión condicional de la pena, el Juez tenía que pedir la opinión del Ministerio Público. El auto de revocación expresará los motivos que la hacen necesaria.

Igualmente en el Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 961, el artículo 45°, dispone que el Juez podrá suspender condicionalmente la ejecución de la pena, siempre que la condena se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de tres años; y la naturaleza y la modalidad en la ejecución de la conducta punible, así como la personalidad o el estado de salud del autor o partícipe hicieran prever que esta medida le impediría cometer nuevo delito, estableciendo el plazo de suspensión es de uno a dos años.

Del mismo modo dicho cuerpo normativo fija como reglas de conducta: la prohibición de frecuentar determinados lugares y de ausentarse del lugar donde reside, sin autorización del juez; comparecer personal y obligatoriamente al juzgado, para informar y justificar sus actividades; reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; no ser sancionado con arresto de rigor o suspensión por más de 5 días. Esta sanción administrativa debe ser puesta en conocimiento del juez ejecutor dentro del plazo de suspensión de la pena para que surta efectos, para que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; la restricción del derecho a residir o acudir a determinados lugares, donde se haya cometido el delito o aquel en donde resida la víctima y su familia; y los demás deberes que el juez estime convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

Al incumplimiento de dichas reglas, el Juez podría prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de un año; o de revocar la suspensión de la pena. La suspensión de la pena, será revocada si dentro del plazo de prueba o de suspensión el agente es condenado

por la comisión de un nuevo delito doloso cuya prisión sea superior a tres años; en cuyo caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente.

La condena se considerará como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja las reglas de conducta establecidas en la sentencia.

Como antecedentes en el **Derecho Penal Militar Comparado**, la Condena Condicional como suspensión de la ejecución de la pena, se ubica a finales del siglo pasado, en los procedimientos aplicados en la legislación de Francia y Bélgica. En el Código Penal Militar de España, también se encuentra regulada la aplicación de la condena condicional, en el artículo 44°; confiando a los Tribunales y Autoridades judiciales militares la facultad de otorgar, motivadamente, por sí o por ministerio de la ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta. En tanto que el Código Penal Militar de Colombia, en su artículo 71°, estipula que en la sentencia condenatoria, el Juez podrá, de oficio o a petición del interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos a cinco años y con la obligación del cumplimiento de ciertas reglas de conducta y el Código Penal Militar de Bolivia, en el artículo 23°, regula la suspensión condicional del proceso, el mismo que procede si el imputado presta su conformidad y cuando haya reparado el daño ocasionado, firmando un acuerdo con la víctima, en dicha suspensión condicional el juez fijará un período de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a los tres y en ningún caso excederá el máximo de la pena prevista y determina las condiciones y reglas que deberá cumplir el condenado en ese plazo.

La Condena Condicional en el Derecho Penal común, por primera vez se incluyó en el proyecto del Código Penal de Maúrtua en el año 1916, para la aplicación de hechos delictuosos que merecían una sanción no mayor a seis meses de prisión, que podía suspenderse la ejecución de la pena a condición de que durante los posteriores cinco años, no incurra el agente en la realización de un nuevo delito. Claramente distinguía la propuesta de ley, como se ve, entre el período de prueba y la pena impuesta.

En el Código Penal de 1924, la condena condicional fue regulada en los artículos 53° al 57°; en el que se exige que la condena se refiera a una pena no mayor de seis meses de prisión y a la persona que no hubiere sido objeto por razón de delito intencional, de ninguna condena anterior nacional o extranjera. El tiempo mínimo adoptado para la pena de prisión se explica fácilmente por tratarse de un resorte enteramente nuevo, cuya aplicación demanda suma prudencia. Es necesario, por supuesto, que los antecedentes y el carácter del condenado hagan prever que la suspensión de la condena le impedirá reincidir. El juzgamiento se considera como no producido, si trascurren cinco años sin que el condenado haya sido objeto de ninguna otra condena por delito intencional y sin haber infringido las reglas de conducta impuestas por el juez.

En el Proyecto del Código Penal de 1986, en los artículos 72° a 75°, se establece que la suspensión de la ejecución de la pena debe recaer sobre penas privativas de libertad no mayores de tres años, fijando, luego, el período de prueba que, por ninguna razón, puede ser superior de cinco ni inferior de tres años.

El Código Penal de 1991, regula la figura jurídico penal de la condena condicional, en los artículos 57° y siguientes; estipula que el Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hicieran prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. El plazo de suspensión es de uno a tres años, y que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.

Asimismo estipula si durante el período de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá, según los casos: amonestar al infractor; prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años; o revocar la suspensión de la pena.

Parece ser, como lo señala la doctrina más autorizada, que los motivos por los que se introdujo en las legislaciones la condena condicional, tienen que ver con el deseo de evitar la carcelería efectiva

de personas que podrían resocializarse a través del cumplimiento de algunas reglas conductuales; eso sí, únicamente proceden frente a sanciones que merezcan penas de corta duración, figura jurídico penal que persigue impedir que el condenado deje a su familia en la miseria, como en efecto podría ocurrir si es obligado a ingresar al establecimiento penal, lo cual implica la permanente amenaza que se cierne sobre el condenado, con alguna probabilidad, lo conduce directamente hacia la resocialización. No falta, en fin, quien crea que ayuda a salvar a un buen número de delincuentes de los efectos de los regímenes carcelarios, evitándoles la estigmatización, o que descongestiona las cárceles y, simultáneamente, facilita la indemnización a las víctimas del delito, generando, al mismo tiempo, un ahorro considerable al Estado que, por ello mismo, se ve liberado del sostenimiento de los reclusos.

Uno de los principales rasgos característicos del proceso de **reforma penal militar policial** que tuvo lugar en el Perú entre 2006 y 2010, fue la clara vocación de agravación de la pena que guió al legislador nacional. Esta posición político criminal favoreció el mantenimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, como es la condena condicional, pre-existente en el Código de Justicia Militar Policial del 2006, fueron configurando un abanico bastante integral de substitutivos penales, y que alcanzó vigencia al promulgarse un nuevo Código Penal Militar Policial en 2010. Sobre el particular, se establece que a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Ahora bien, tal como aparece regulada, la sustitución de penas, es una alternativa que la ley deja al absoluto arbitrio judicial. Únicamente se exige que la pena privativa de libertad sustituible no sea superior a dos años. En la medida, pues, en que el juez considere en atención a la pena conminada, para el delito y a las circunstancias de su comisión que el sentenciado no merece pena por encima de dicho límite, el juez podrá aplicar la sustitución, consignando en la sentencia

la extensión de la pena privativa de libertad que se substituye. Sin embargo, somos de opinión que en la decisión substitutiva deben sopesarse, también, otros factores como lo innecesario de la reclusión y la inconveniencia, por razones preventivo generales y especiales, de no optar por otro tipo de medida alternativa como la suspensión condicional, el juez deberá atender las condiciones personales del agente, los esfuerzos realizados por él para reparar los daños ocasionados por el delito, y que el sentenciado no sea un reo reincidente o habitual.

A la luz de los tiempos actuales de la doctrina nacional y los estándares internacionales, la mayoría de los códigos penales militares del mundo, cuentan con el instituto de la condena condicional, sin embargo en el vigente Código Penal Militar Policial Peruano, no está estipulada la condena condicional, por lo que en virtud del principio de legalidad y coherencia es necesario se incorpore dicha figura. Para su cometido se alcanza la propuesta legislativa, el mismo que al tener éxito supliría el vacío advertido.

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

Ley que incorpora al artículo 39°A, 39°B y 39°C, del Código Penal Militar Policial, en los términos siguientes:

Artículo 1°.- Incorpórase al artículo 39° del Código Penal Militar Policial, los artículos 39°A, 39°B y 39°C, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 39A.- Condena condicional.

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúna los requisitos siguientes:

- 1.- Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de dos años.
- 2.- Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hicieran prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y,
- 3.- Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

Artículo 39-B.- Reglas de conducta.

La sentencia mencionará las razones que justifiquen la concesión de la condena condicional e impondrá las siguientes reglas de conducta:

- 1.- Prohibición de frecuentar determinados lugares;
- 2.- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside, sin autorización del Juez;
- 3.- Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
- 4.- Reparar los daños ocasionados por el delito; y,
- 5.- Los demás deberes que el Juez estime convenientes.

Artículo 39-C.- Efectos del incumplimiento de reglas de conducta.

Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas, el juez revocará la suspensión de la pena.

Si dentro del plazo de suspensión se toma conocimiento de antecedentes punibles del condenado en el Fuero Militar Policial, se ejecutará la pena impuesta.

Si fuera condenado por otro delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condena y la que le corresponda por el segundo delito.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ... días del mes de ... del dos mil ...

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO; Congreso de la República.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique: "La Constitución de 1993. Análisis Comparado"; ICS Editores; Lima Perú; 4ta Ed.; 1998. 925 págs.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y MESÍA RAMÍREZ, Carlos; Compiladores; "Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales y Teoría"; Ministerio de Justicia Edit., 1ra. Ed., Lima Perú, 1995, págs. 601 a 663.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La Dogmática de los Derechos Humanos"; Ediciones Jurídicas; Lima Perú; 1994, págs. 366.

PEREIRA MENAUT, Carlos Antonio; "En Defensa de la Constitución"; Universidad de Piura; 1ra. Ed.; Piura Perú; 1997; págs. 419 a 444, y págs. 503.

RUBIO CORREA, Marcial; "Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo III, IV, V, VI; PUCP Fondo Edit.; 1ra. Ed.; Lima Perú; 1999.

ABAD YUPANQUI, Samuel; "La Acción de Amparo contra Sentencias"; Rev. THEMIS; 2da Época, Nro. 02; PUCP; 1985.

ABAD YUPANQUI, Samuel; "Selección de Jurisprudencia Constitucional". HABEAS CORPUS Y AMPARO; Fundación FRIEDRICH Naumann; Lima-Perú; 1990.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial: "Constitución, Fuentes e Interpretación". Mesa Redonda Edit.; Lima-Perú; 1979.

BOREA ODRÍA, Alberto; "El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy"; Biblioteca de Derecho Constitucional; Lima-Perú; 1986.

ETO CRUZ, Gerardo; "Los Principios Constitucionales y las Leyes de Desarrollo Constitucional en el Perú"; Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico Constitucionales; Trujillo-Perú; 1ra. Ed.; 1991.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; "Derecho Procesal Constitucional"; Edit. Marsol; Trujillo; 1998.

DONAYRE MONTESINOS, Cristian; Cultural Cuzco Edit.; Lima Perú; 1995; págs. 317.

HURTADO POZO, José; "Derecho Penal Parte General"; Edit. Cusco; Lima Perú; 1995; págs. 411.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor; "Derecho Procesal Penal"; Fondo Edit.; Lima-Perú; 1990; págs. 324.

GARCÍA RADA Domingo; "Derecho Procesal Penal"; Lima-Perú, 2da. Ed.; Edit. Cusco, 1999; 577 págs.

Libro homenaje a Domingo García Belaunde. (1997). Jurisdicción militar y Constitución en iberoamericana. Lima: Editorial Grijley.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (1984). Teoría del delito. Bogotá-Colombia: Temis.

PEÑA CABRERA, Raúl. (1994). Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General. Lima: Grijley.

RAMOS ESPINOZA, Juan Pablo. (2008). Derecho penal y procesal penal. Segunda edición actualizada. Lima: Ediciones Jurídicas.

ROXIN, Claus. (1987). Derecho penal parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito I. Madrid-España: Editorial Civitas S. A.

SALAZAR VILLALOBOS, Rossy. (2003). Redefinición de la justicia militar. En Bases para un control civil democrático de la Fuerza Armada del Perú. Serie Democracia y Fuerza Armada. Lima: Instituto de Defensa Legal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tomo I, II, III, IV y V Periodo 96 – 97; Lima – Perú; Gaceta Jurídica Editores; 1998, 1,054 págs.

Código de Justicia Militar de 1980.

Código de Justicia Militar Policial del 2006.

Código Penal Militar Policial del 2010.

Virtuales

<http://www.un.org/es/documents/udhr>

[http://www.tc.gob.pe/Codigo_PenalMilitar Policial.html](http://www.tc.gob.pe/Codigo_PenalMilitar_Policial.html)

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/conveudh50.html>

<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>

LA FISCALÍA MILITAR EN RUSIA: HISTORIA Y ACTUALIDAD

TC EP Roosevelt Bravo Maxdeo

PRESENTACIÓN

Entre los días 26 y 28 de abril del 2011 se llevó a cabo en Lima el **V Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar**, organizado por el Fuero Militar Policial del Perú en acuerdo con la Asociación Internacional de Justicias Militares con sede en la ciudad de Florianópolis en Brasil, presidida por el Dr. Getulio Correa, en el año 2003 por la “necesidad de seguir unidos estudiosos y operadores del derecho militar, aunque de países diversos, pero con la ambición de mantener y consolidar la justicia militar”.

El Contralmirante Carlos Enrique Mesa Agosto, Presidente del Fuero Militar Policial, al dar la bienvenida a los participantes en el “V Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar”, expresó que el evento tenía por finalidad “generar un espacio de debate internacional e intercambio de experiencias, que nos permitirá arribar a conclusiones enriquecedoras que fortalecerán el desarrollo de la legislación militar y del Derecho Internacional Humanitario en el mundo”.

Durante el encuentro, que contó con la participación de diecisiete delegaciones internacionales de países africanos, asiáticos, americanos y europeos y se trataron temas diversos como: “Parlamentos y Derechos Humanos” a cargo del Dr. Ántero Flórez-Aráoz Esparza; “Derechos y Garantías Procesales” por el Dr. César San Martín Castro, Presidente del Poder Judicial del Perú; “Los Tribunales Internacionales de Post Guerra y su contribución al Derecho Internacional Humanitario” por la Dra. Elizabeth Salmón Gárate;

“Las Potencias y sus Sistemas de Justicia Militar” por el Honorable Juez de la Corte de Apelaciones de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de Norte América, Charles Erdmann; “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los estándares en Justicia Militar” por el Dr. Santiago Cantón, Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de DD.HH, entre otros, cuyos resúmenes aparecieron en el Boletín Institucional del Fuero Militar Policial del Perú N° 1, que se editó en mayo del 2011.

Dentro de ese contexto, el Teniente General de la Justicia V. I. Melnikov, Vice Fiscal General Militar, integrante de la delegación rusa, pronunció un discurso sobre la historia y actualidad de la Fiscalía Militar en Rusia que deseamos compartir con los lectores, en su integridad, dado que la existencia de la Fiscalía Militar es esencial en el contexto de un proceso penal militar y de extraordinaria relevancia dentro de un modelo procesal acusatorio y que inspira el proceso penal militar policial vigente.

En tiempo no lejano se cuestionaba en el Perú la existencia de una Fiscalía Militar Policial, que ha sido feliz y convenientemente zanjado por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-AI/TC. Apreciaremos en el discurso que continúa, por ejemplo, la larga existencia de la Fiscalía Militar en Rusia y las varias funciones que ha desempeñado históricamente y las que desempeña hoy. Debemos hacer una precisión, la traducción del ruso al castellano ha generado algunas incongruencias que han sido superadas, respetando el contexto del discurso.

DISCURSO DEL TENIENTE GENERAL DE LA JUSTICIA V.I. MELNIKOV

Vice Fiscal General Militar de Rusia

Señoras y señores:

En nombre del Fiscal General Militar de Rusia Serguey Nicolaevich Fridinskiy, quiero agradecer a la Administración de la Asociación Internacional de las Justicias Militares la invitación para participar en el V Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar.

Por ser la primera vez que la Federación de Rusia está representada en tal Encuentro, quisiera empezar mi discurso con la información sobre los órganos de la Fiscalía Militar de Rusia, la historia de su aparición y desarrollo e indicar las direcciones principales de su labor.

Los órganos de la Fiscalía nacieron en Rusia a principios del siglo XVIII, lo que estuvo relacionado con las reformas del zar ruso Pedro Primero, dirigidas a la fundación del Ejército regular.

El 12 de enero de 1722, Pedro I decretó que **“haya en el Senado un Fiscal General y un Vice Fiscal, y también en cada Colegio un Fiscal que dé parte al Fiscal General”**. Según el Decreto, la supervisión fiscal fue formulada como una institución para controlar la legalidad de acciones de funcionarios estatales y proteger los intereses del Estado, no solo en las actividades de los tribunales sino en la aplicación de las normas de los fueros común y militar.

A partir de aquel momento se inicia la historia de la Fiscalía de Rusia. Durante el siglo y medio transcurridos desde aquel entonces, los órganos de la Fiscalía de Rusia pasaron por una serie de reformas y se precisaron los principios básicos de la actividad de la Fiscalía.

En 1867, dentro del marco de la reforma judicial militar en Rusia, aparecieron los tribunales militares permanentes y se organizó también la Fiscalía Militar. La ley principal que instituyó por primera vez en el Ejército de Rusia la supervisión de fiscales militares y el puesto del Fiscal General Militar, fue el Reglamento Judicial Militar, según el cual la investigación preliminar en las tropas

fue realizada por instructores militares de sumario, con la ayuda de los jefes militares y de la policía, bajo la observación de los fiscales militares. Los instructores militares de sumario estaban incluidos en la nómina de los tribunales militares. También fueron constituidos los cargos de Fiscales Militares de Regiones Militares y sus ayudantes. A partir de 1883, los oficiales de la Fiscalía Militar se seleccionaban exclusivamente entre los oficiales del Ejército que tenían formación universitaria en Derecho.

El 1 de septiembre de 1867, el Emperador Alejandro II nombró al Consejero Privado Real, General-Auditor **Vladimir Dmitrievich Filosofov**, como primer Fiscal Militar General, fecha en que se inicia la historia de la Fiscalía Militar, que este año cumple su 144 aniversario. El sistema de los órganos de la Fiscalía Militar que se formó en la segunda mitad del siglo XIX siguió perfeccionándose y funcionó en el Ejército Ruso hasta el año 1917.

A base de una de las primeras leyes soviéticas, -Decreto “Del tribunal” (año 1917)-, fueron suprimidos **“los anteriormente existentes institutos de jueces de sumario y supervisión fiscal”**. El mismo Decreto fundó los nuevos juzgados soviéticos y en los años siguientes de transición de la guerra civil a la construcción pacífica, apareció una objetiva necesidad de crear un órgano estatal independiente de supervisión de las leyes: Fiscalía.

En diciembre de 1921 se tomó la decisión de fundar la Fiscalía del Estado, dentro del Comisariado de Justicia del Pueblo, y en noviembre de 1922, después de realizar la reforma judicial con el objeto de que se observen las leyes y se combata contra la delincuencia en el Ejército, fue organizada la Fiscalía Militar del Estado. En el mismo período fueron formadas las primeras ocho Fiscalías Militares de Regiones Militares.

En agosto de 1926 fue aprobado el Reglamento de Tribunales Militares y de la Fiscalía Militar. **Entre las obligaciones de los fiscales militares se**

puede nombrar: fiscalización de la legalidad de acciones de los jefes; impugnación de las órdenes que violen las leyes; persecución penal de las personas que cometieron delitos; fiscalización de la legalidad y corrección de arresto de militares; fiscalización de la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales militares. (Resaltado agregado)

Luego, como resultado del largo proceso de formación de la Fiscalía como un organismo independiente, fue fundada la Fiscalía de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, que fue reconocida en la nueva Constitución de 1936, como la institución de supervisión de más alto nivel para el cumplimiento exacto de las leyes, atribuyéndose s facultades exclusivas al Fiscal de la URSS (art. 113). En base de los derechos de control, se fundó la Fiscalía General Militar, dentro de la Fiscalía de la URSS.

Hace 70 años la Alemania nazi, pérfidamente, atacó a la Unión Soviética. Durante la Segunda Guerra Mundial, en los años 1941-1945, las pérdidas de vidas humanas de los ciudadanos de nuestro país superaron la cifra de 26 millones. Desde los primeros días de la guerra, la estructura de los órganos de la Fiscalía Militar se adecuó a las exigencias del ejército en campaña. Fueron fundadas las fiscalías militares de frentes, ejércitos, divisiones, flotas y flotillas. Durante la guerra, los fiscales militares hicieron un gran aporte en la causa común de derrotar a la Alemania nazi, cuyo resultado lógico llegó a ser los Juicios de Núremberg.

Durante la guerra, la Fiscalía Militar apoyaba las acciones combativas no solo mediante la persecución penal, sino, también, vigilando el cumplimiento de las leyes en lo que se refiere a suministro oportuno y continuo de las tropas con armamento, municiones, uniformes, organización de alimentación, prestación de ayuda médica a los militares, evacuación de la población civil de las áreas del frente, construcción de obras de defensa, entre otras actividades.

Los fiscales militares cumplían sus obligaciones inmediatamente en campaña, durante las acciones combativas; por ello, solo en los primeros meses de la guerra desaparecieron 468 oficiales de la Fiscalía. Luego, en los campos de batalla, perecieron 236 oficiales más de las Fiscalías Militares. En total, durante la guerra, perdimos a más de 700 oficiales de las Fiscalías Militares.

Después de la desintegración de la Unión Soviética, un punto crucial en la historia de la Fiscalía llegó a ser la aprobación de la Constitución de la Federación de Rusia en 1993, en cuyo artículo 129 está fijado el estatuto de la Fiscalía como un sistema centralizado, con subordinación de los fiscales inferiores a los superiores y al Fiscal General.

El Fiscal General de la Federación de Rusia es nombrado en el cargo y destituido de él por el Consejo de Federación de la Asamblea Federal, cámara alta del parlamento de la Federación de Rusia, por presentación del Presidente de Rusia. Al Fiscal General se subordinan el Primer Vice Fiscal General y los Vice Fiscales Generales, que son nombrados y destituidos de su cargo por el Consejo de Federación, por presentación del Fiscal General. Los Fiscales de las entidades federativas de la Federación de Rusia y otros fiscales son nombrados por el Fiscal General.

La nueva Ley Federal “De la Fiscalía de la Federación de Rusia” determina la formalización legal de sus órganos. Están determinadas definitivamente las funciones de la Fiscalía en cuanto a la supervisión y defensa de derechos. Está formulada la misión principal de la Fiscalía: efectuar, en nombre de la Federación de Rusia, supervisión de la observación de la Constitución y de las leyes vigentes en su territorio.

Por sus objetivos, principios de organización y actividad, la Fiscalía de Rusia ocupa un lugar independiente en el sistema del poder estatal. Organizativa y funcionalmente se encuentra fuera del marco de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Un capítulo aparte de la Ley Federal “De la Fiscalía de la Federación de Rusia” fija la condición jurídica de los órganos de la Fiscalía Militar, como un elemento autónomo dentro de la Fiscalía de Rusia, encabezado por el Vice Fiscal General de la Federación de Rusia – Fiscal General Militar.

La Fiscalía Militar se subordina solo al Fiscal General de la Federación de Rusia, ejerce sus facultades en las Fuerzas Armadas, así como en otros ministerios y entidades que tengan formaciones militares, y es independiente de su mando.

El sistema de los órganos de la Fiscalía Militar se compone de la Fiscalía General Militar, Fiscalías Militares de Regiones Militares, Flotas,

Tropas Coheteriles Estratégicas, Fiscalía Militar de la ciudad de Moscú, que son igualadas a las Fiscalías de entidades federativas de la Federación de Rusia, que son 9 en total, Fiscalías Militares de Grandes Unidades y guarniciones, igualadas a las Fiscalías de ciudades y regiones que son 151 en total.

La estructura de la Fiscalía General Militar se compone de direcciones, secciones y servicios. Los Reglamentos de los elementos de la Fiscalía General Militar se ratifican por el Fiscal General Militar. En las direcciones y secciones se establecen los cargos de Fiscales Superiores y Fiscales. Actualmente la estructura de la Fiscalía General Militar se compone de los siguientes elementos:

- Dirección de supervisión de cumplimiento de las leyes por los órganos militares de mando, unidades e instituciones militares;
- Dirección de supervisión de cumplimiento de las leyes en la investigación de delitos;
- Dirección de supervisión de cumplimiento de las leyes de seguridad federal;
- Dirección de aseguramiento de participación de fiscales militares en la consideración de casos en los juzgados.
- También hay una Dirección de organización, una Dirección de personal y otros elementos de aseguramiento.

La fundación, reorganización y liquidación de las fiscalías militares de regiones militares, de guarniciones y determinación de sus plantillas, se realizan por órdenes del Fiscal General de la Federación de Rusia, a base de las cuales, el Estado Mayor de las Fuerzas Armadas edita directivas.

La base del personal de los órganos de la Fiscalía Militar está constituida por más de mil quinientos oficiales que tienen el estatuto de militares. Los fiscales militares se designan a su cargo y se destituyen por el Fiscal General de la Federación de Rusia. Los vice fiscales generales militares, jefes de direcciones y secciones de la Fiscalía General Militar y sus adjuntos, así como los vice fiscales de regiones militares y flotas se designan a su cargo y se destituyen a su cargo por el Fiscal General de la Federación de Rusia. Otros fiscales de la Fiscalía General Militar se designan y se destituyen de sus cargos por el Fiscal General Militar. Los fiscales de

regiones militares y flotas designan y destituyen de sus cargos a los fiscales militares de sus apartados como de las fiscalías subordinadas.

Los oficiales de los órganos de la Fiscalía Militar gozan de derechos y garantías sociales establecidos por la legislación federal para los fiscales civiles y militares. Los cargos de fiscales militares y los grados militares que les corresponden, se incluyen en las listas de cargos militares. Los fiscales militares se incentivan y llevan la responsabilidad disciplinaria de acuerdo a la Ley Federal “De la Fiscalía de la Federación de Rusia” y al Reglamento Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El derecho de incentivación y castigo disciplinario lo tienen solo los fiscales militares superiores y el Fiscal General.

A los militares de los órganos de la Fiscalía Militar se les aplica la legislación de la Federación de Rusia que establece garantías legales y sociales, pensiones, servicios médicos y otros tipos de beneficios. Los fiscales militares y sus parientes están bajo la protección del Estado y son sujetos al aseguramiento estatal.

Los oficiales de la Fiscalía Militar, hasta el grado de coronel inclusive, pueden ser retirados del servicio militar por el Ministro de Defensa, por presentación del Fiscal General Militar y los generales, por el Presidente de Rusia, por presentación del Fiscal General.

Las principales actividades de la Fiscalía Militar obedecen a su función de defensa de derechos: La primera dirección de actividades es la supervisión del cumplimiento de las leyes por los oficiales de las Fuerzas Armadas y de otros cuerpos castrenses, así como de la correspondencia a la legislación de los instrumentos legales que ellos publican. La segunda es la supervisión de la observación de los Derechos Humanos y libertades del ciudadano por los órganos de mando militares.

Realizando dichas facultades, los fiscales militares prestan especial atención a las cuestiones de observación por los oficiales militares de las normas internacionales y constitucionales referentes a los Derechos Humanos y libertades del ciudadano. **Esto, sobre todo, se refiere a: derecho a la vida, a la libertad e inviolabilidad personal; derecho a la protección de salud y a la ayuda médica; derecho a la vivienda; derecho a un medio eficaz de tutela**

de la ley; derecho a un servicio civil alternativo. (Resaltado agregado). Realizando la supervisión del cumplimiento de las leyes, los fiscales militares no substituyen otros organismos del Estado. Las fiscalizaciones se realizan en base de quejas, declaraciones y otra información sobre los hechos de violación de las leyes. Los fiscales militares tienen derecho de citar a los oficiales y ciudadanos para dar explicaciones; exigir de los jefes de unidades militares y dirigentes de entidades que presenten los documentos necesarios, asignar a especialistas para realizar revisiones, fiscalizaciones.

Los fiscales militares participan en los juzgados al examinarse los casos de arresto disciplinario de militares, revisan la legalidad de mantenimiento de los militares bajo arresto, toman medidas previstas por la legislación para restituir los derechos violados, exigen a los oficiales y otros funcionarios públicos que eliminen las violaciones de las leyes o hagan responsables según la ley a los culpables. Si es necesario, se dirigen al juzgado para proteger los derechos de una amplia gama de personas.

La tercera dirección de actividades es la supervisión del cumplimiento de las leyes por los órganos que ejercen actividades de indagación y detención, primeras diligencias e investigación preliminar. Durante este trabajo la misión de los fiscales militares es asegurar el cumplimiento de la ley en las actividades de los órganos del Servicio Federal de Seguridad en campaña, que observen el derecho de los ciudadanos a la vida, libertad e inviolabilidad personal, secreto de la correspondencia y conversaciones telefónicas, inviolabilidad de domicilio y otros derechos. A la Fiscalía Militar le compete realizar la supervisión de la ejecución de las leyes por los órganos que realizan la averiguación previa, por los casos penales de los delitos cometidos por militares, ciudadanos que cursen reuniones de reservistas, así como personal civil en cumplimiento de sus obligaciones profesionales o en el territorio de una unidad militar.

La investigación preliminar anteprocesal sobre los casos penales indicados, los realiza la Dirección Principal Militar de Investigación, a través de sus estructuras subordinadas en las regiones militares, flotas y guarniciones. El 15 de enero del año en curso, los órganos militares de investigación fueron separados del sistema de Fiscalía e incluidos en un organismo independiente

llamado “Comité de Investigaciones de Rusia”. Los jefes de unidades militares, jefes de guarniciones y de instituciones militares son órganos de primeras diligencias. Tienen derecho solo de promover una acción penal y transmitirla para la investigación posterior a los órganos militares de investigación.

Los Códigos Penal y Procesal Penal de Rusia reproducen los estándares internacionales de derechos y garantías procesales de los participantes del proceso. Los fiscales militares tienen la tarea de asegurar estas exigencias de las leyes en la actividad de los órganos militares que realizan primeras diligencias e investigación preliminar. Durante la realización de sus facultades, los fiscales militares prestan especial atención a las cuestiones de observación de los derechos de acceso a la justicia de los ciudadanos, derechos de los sospechosos y acusados de tener ayuda de defensor y traductor; derecho de protestar contra la acusación, hacer declaración sobre la acusación presentada o negarse a cualquiera declaración; derecho de presentar pruebas, hacer demanda; derecho de realización de enjuiciamiento penal en un plazo razonable.

Los fiscales militares participan en los juzgados y expresan su opinión sobre la necesidad de satisfacción de demandas de los instructores de sumario, sobre arresto provisional de los sospechosos, acusados, o sobre prolongación de los plazos de arresto, o realización de otras actuaciones de la instrucción, cuya realización se admite por el acuerdo con el juzgado. Efectuando la supervisión de la actividad procesal de los órganos militares de instrucción y de primeras diligencias en la etapa de actuación anteprocesal, los fiscales militares exigen: que se observe la ley al recibir, registrar y autorizar los informes sobre los delitos; cancelan las decisiones procesales ilegales e injustificadas de los instructores de sumario e instructores de primeras diligencias sobre la formación de causa penal, negación de la formación de causa, decisión de los instructores de sumario sobre la suspensión de la instrucción preliminar, sobre la anulación de la instancia. Por las quejas que llegan de los participantes del proceso, el fiscal debe tomar decisión en 3 días, y en los casos difíciles, en 10 días, sobre lo cual avisará al denunciante.

La cuarta dirección de la actividad de los fiscales militares es la prosecución de acuerdo con

las facultades establecidas por la legislación procesal penal de la Federación de Rusia. El fiscal militar es parte de acusación y dentro de su competencia está dirigir al juzgado las causas criminales que llegaron de los instructores de los órganos sumariantes, si llega a la conclusión de que existen los fundamentos legales para ello. Si el fiscal no está de acuerdo con la resolución de acusación, devuelve la causa al instructor para eliminar las violaciones de la ley. Además, los fiscales militares dirigen los materiales a los órganos sumariantes para efectuar la persecución penal, cuando durante las inspecciones encuentran violaciones de la legislación penal en las acciones de personas.

La quinta dirección de la actividad de los fiscales militares es la participación en el conocimiento de los casos por tribunales ordinarios, arbitrajes.

La sexta dirección es la apelación de las decisiones que estén en contradicción con las leyes, sentencias, definiciones y resoluciones de los juzgados. En la gestión procesal de una causa penal, el fiscal militar apoya la acusación estatal, presenta las pruebas de la culpa de los acusados, propone al juzgado la forma y el grado de castigo de los acusados. En la audiencia, el fiscal y el defensor gozan de derechos iguales. Si no se prueba la culpa de los acusados, el fiscal deberá desistir de la acusación. En el caso de no estar de acuerdo con la decisión del juzgado, el fiscal militar interpone recurso de apelación en un juzgado superior, hasta la Corte Suprema de Justicia de Rusia.

La séptima dirección es coordinar las actividades de las fuerzas de orden público en las Fuerzas Armadas de la Federación de Rusia, otras fuerzas y formaciones militares, en la lucha contra la criminalidad. De acuerdo al Decreto del Presidente de Rusia, los fiscales militares encabezan las reuniones de coordinación, en las que toman parte

los representantes de los órganos sumariantes, órganos de seguridad, del mando. Las decisiones de tales reuniones son colectivas y están dirigidas a luchar contra la criminalidad.

Finalmente, la octava dirección es la participación en la elaboración de leyes. La Fiscalía General Militar prepara sus opiniones para los anteproyectos de leyes que les dirigen los órganos de poder que tengan derecho de iniciativa legislativa. La garantía de trabajo exitoso de los órganos de la Fiscalía Militar en condiciones actuales es, indudablemente, la formación y preparación del personal de los fiscales. La formación de los juristas militares se realiza en la Facultad de fiscalización e investigación de la Universidad Militar del Ministerio de Defensa de Rusia. Los fiscales que tengan hábitos prácticos de trabajo, perfeccionan sus conocimientos en el Instituto de superación profesional de altos funcionarios de la Academia de la Fiscalía General de la Federación de Rusia.

El proceso de desarrollo del sistema de aplicación de la ley en Rusia continúa. En la solución de muchos problemas de su organización y actividad, se emplea la experiencia positiva de otros países. Con este objetivo se realizan encuentros bilaterales. Últimamente las delegaciones de la Fiscalía General Militar visitaron Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Grecia, España, Israel, China. Delegaciones de los organismos jurídicos militares de estos países, así como de Angola, nos respondieron con sus visitas.

Estoy seguro de que el Quinto Encuentro Internacional, el intercambio de experiencia y discusión conjunta de los problemas indudablemente tiene una gran importancia y ayudará a elaborar los caminos óptimos de solución de problemas en la esfera de cooperación internacional para perfeccionar la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario.

CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO COMÚN Y EL FUERO MILITAR POLICIAL

Cmdte. CJ. PNP Juan Carlos Monroy Meza^()*

ANTECEDENTES

La legislación que regula la organización, funciones, competencia y otros aspectos relacionados a la Jurisdicción Militar Policial, ha sufrido cambios fundamentales, debido a que en tiempos pasados este Fuero abordó competencias que incluían el conocimiento de delitos comunes, se procesaban y juzgaban a civiles, existían cuestionamientos sobre la independencia, autonomía e imparcialidad de sus magistrados por razones de diferente índole, situación que dio lugar a que se plante en acciones de garantía que fueron resueltas por el Tribunal Constitucional, dando lugar a que se modifiquen legislativamente los aspectos señalados, entre otros; sin embargo, ello no ha quedado allí, sino que se puede observar una tendencia marcada de los Jueces Supremos por resolver las contiendas de competencia a favor del Fuero Común, sin profundizar demasiado en sus consideraciones o motivación de sus decisiones, emitiendo resoluciones con escaso fundamento y utilizando criterios muy puntuales sin un mayor

análisis, lo que pone en duda la correcta aplicación de las garantías del debido proceso en perjuicio de los justiciables, ante la posibilidad de que se esté desviando de la jurisdicción predeterminada por la ley, situación que da lugar a que se realice un análisis sobre la legislación en materia de contiendas de competencia, de tal manera que se pueda identificar posibles omisiones o vacíos legislativos sobre el particular.

TRATAMIENTO VIGENTE

Teniendo en consideración que la matriz para establecer la competencia de uno u otro fuero, parte del análisis de la estructura del delito, tanto común como de función, que en esencia es la misma, es que debemos hacer mención que el delito de función fue definido por el Tribunal Constitucional en la sentencia derivada del expediente signado con el número 0017-2003-AI/TC, del 16 de marzo del 2004, precisando las siguientes consideraciones:

(*) Abogado egresado de la U. Nacional de San Agustín de Arequipa, Maestría con mención en Derecho Penal Militar y doctorado en Derecho y Ciencias Políticas, en la U. de San Marcos. Ha sido asesor de la Oficina de Control Interno de la Policía Nacional del Perú, Dirección Contra el Terrorismo de la PNP, Dirección de Pensiones de la PNP, Inspectoría General de la PNP, Región Policial del Callao, Dirección de la Policía de Carreteras, Estado Mayor General de la PNP. En el ámbito Jurisdiccional: Secretario de Auditoría de la Primera Sala – II ZJPNP, Secretario de la Vocalía Suprema. Experiencia docente: En el “IV Ciclo 2001 de Formación de Auxiliares de Sanidad”; “I Semestre Académico de Formación General”; “II Semestre Académico de Formación General”; “I Semestre Académico de Formación General”; entre otros. Optó el título profesional de abogado obteniendo el Primer Puesto en Maestría y Tercer Puesto en Doctorado.

“En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre **prevista en el Código de Justicia Militar**. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

1. **Un militar o policía haya infringido un deber** que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constrained a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar);

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona;

2. Con la infracción del deber militar, el autor haya **lesionado un bien jurídico militar** que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional; y,
3. La **infracción revista cierta gravedad** y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba

en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido **en acto del servicio; o, con ocasión de él**”.

Queda claro, entonces, que la competencia para que el Fuero Militar Policial conozca de un delito de función, requiere que cumpla con los supuestos esbozados; es decir, en resumen, que se haya lesionado un bien jurídico militar o policial, que el sujeto activo sea un militar o policial en situación de actividad y que la conducta sea cometida en acto del servicio o con ocasión de él, siendo de destacar que la legislación vigente ha replicado dichos criterios. Así se aprecia del artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial; sin embargo, y aunque en cierta forma el Tribunal Constitucional reconozca la especialidad de la Jurisdicción Militar Policial, al señalar que el hecho debe revestir cierta gravedad, como para que justifique el empleo de una conminación y una sanción penal, ello no se ha reproducido legislativamente, no ha estado siendo tomado en cuenta al momento de resolverse las contiendas de competencia; en especial cuando estamos ante delitos pluriofensivos donde se afectan varios bienes jurídicos, que pueden ser tanto comunes como militares policiales.

En tal sentido, debe tenerse presente que al mencionar, el Tribunal Constitucional, la necesidad de que el hecho revista gravedad, nos lleva a afirmar que la coerción penal militar no se distingue para nada en su sustancia de la coerción penal general u ordinaria. Pues la mayor gravedad de la coerción penal militar, responde a un mayor contenido de injusto del hecho o a una mayor culpabilidad del mismo, teniendo en cuenta que el agente activo no solo transgrede el bien jurídico afectado, sino que vulnera una obligación o función legalmente establecida en su condición de militar o policía, lo que le da una mayor gravedad al hecho, y como lo señalan Zaffaroni y Cavallero, resulta claro que la coerción penal militar es una coerción penal con accidentes que la especializan respecto

de la ordinaria, pero cuya sustancia se conserva idéntica a la ordinaria.

Estamos, entonces, ante delitos especiales impropios, a decir de la doctrina castrense delitos militarizados, que son aquellos “que tienen correspondencia con un delito Común”, pero su realización por sujetos especialmente cualificados, hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto. En este orden de ideas, tenemos que para estos casos existe un delito común subyacente, que puede ser cometido por cualquier persona; sin embargo, si es cometido por alguno de los sujetos especialmente cualificados, se produce una modificación del título de imputación derivándose hacia el delito especial impropio o militarizado.

Consecuentemente y estando ante delitos especiales, se hace necesario aplicar las reglas correspondientes para dirimir una contienda de competencia, en el supuesto de delitos pluriofensivos o concurso aparente de leyes, con alcance a la concurrencia ideal de delitos, por lo que se debe tener en cuenta el “Principio de Especialidad”, fundamentada en la siguiente regla: cuando concurren una norma especial y otra general, la aplicable es la especial, por regular la conducta de manera más específica “lex specialis derogat legi generali”. La aplicación reside en que los caracteres de la disposición general se hallan incluidos en la disposición especial, la que en él añade, particularidades, que le dan sustantividad propia. Esto justifica la primacía de la “lex specialis” frente a la “legi generali”. Cabe mencionar que este criterio fue considerado en la contienda de competencia surgida en el caso ARIZA MENDOZA (Cont. Nro. 37-2009 Res.08FEB10), precisamente en el décimo considerando, formando parte del fundamento de la decisión, que dirimió la contienda de competencia a favor del Fuero Militar Policial.

A manera de conclusión, se infiere una clara necesidad de regular, vía dispositivo legal, la inclusión expresa de las consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional, adicionando el Principio de Especialidad, como criterios obligatorios a tener en cuenta por los Jueces Supremos, al momento de dirimir una contienda de competencia entre el Fuero Común y el Fuero Militar Policial.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPELLA RIERA, Jorge. Ponencia presentada en el seminario taller “El joven y la construcción de una cultura de paz”. Trujillo, 1987.
- CHIAPPA – PIETRA, Óscar. Reflexiones Sobre la Guerra y los Delitos de Función dentro del Régimen Constitucional Peruano.
- DELGADO BARRETO, Ibídem., p.35. citado por CHIAPPA – PIETRA, Óscar. Reflexiones Sobre la Guerra y los Delitos de Función dentro del Régimen Constitucional Peruano.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal. Edición Corregida y Aumentada. Jurista Editores.
- GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. Tercera Edición. Imprenta carrera SA.
- MANUEL LÓPEZ – REY y ARROJO. ¿Qué es el delito?. Editorial Atlántida. Buenos Aires.
- MIROQUESADA RADA, Francisco. Introducción a la Ciencia Política.
- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General. Grijley
- SAN MARTÍN CASTRO, César (2001). Derecho Procesal Penal 2da. Reimpresión de la Primera Edición. Grijley. Lima
- UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. Balotario Desarrollado UNMSM. Unidad de Post Grado de Derecho.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y CABALLERO, Ricardo Juan. Derecho Penal Militar. Lineamientos de la Parte General. Ediciones Jurídicas ARIEL BUENOS AIRES.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Decreto Legislativo Nro.1096, Texto Único Ordenado de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
- Decreto Legislativo Nro.1094, Código Penal Militar Policial.
- Decreto Legislativo Nro.635, Código Penal.
- Decreto Legislativo Nro.957, Nuevo Código Procesal Penal.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp.Nro.0017-2003-AT/TC, de fecha 16 de marzo del 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. No. 0023-2003-AI/TC, Asunto: Defensoría del Pueblo, fundamento 20.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. No. 004-2006-PC/TC, Asunto: Fiscalía de la Nación. Inconstitucionalidad de parte de los artículos de la Ley Nro.28665.

SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COMPETENCIA N° 19/21-2002. OPERATIVO CHAVÍN DE HUÁNTAR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL TRANSITORIA

COCPN°11-02HUANCAYO.29-05-03.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL TRANSITORIA

COMPETENCIA Nro.O1-2002 HUANCAYO.29-05-03.

SALA PENAL TRANSITORIA Competencia Nro.13 - 2002 ABANCAY Caso: Ampuero León Velarde, Materia Corrupción de Funcionario. 29-05-03.

SALA PENAL TRANSITORIA Competencia Nro.03 - 2002. LIMA Caso: Silva Guerrero Materia: Fe Pública. 29-05-03

SALA PENAL TRANSITORIA COMP. N027_2002 LAMBAYEQUE. CASO: PAREDES MACHARE

MARIA: CONTIENDA DE COMPETENCIA. 25-02-03

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL TRANSITORIA. COMP. N° 01- 2003 AREQUIPA. 03-10-03.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL TRANSITORIA. COMP. N° 15/22 - 2003 Consejo Supremo de Justicia Militar - 2do Juzgado Penal PUNO. 27-08-03.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL TRANSITORIA

C.C. W 07-2003 EL SANTA. 19-08-03.

SALA PENAL COMPETENCIA No. 12-2003 IMP de Bagua VI ZJE - JM de la provincia de Rodríguez de Mendoza, Amazonas. 24-07-03.

SALA PENAL COMPETENCIA No. 02 -2004 II Zona Judicial del Ejército - 2° Sala Penal de Huánuco - Pasco 31-03-04.

SALA PENAL PERMANENTE COMPETENCIA N°10-2004 SEGUNDO JUZGADO DE LA III ZONA JUDICIAL PNP/SEGUNDO JUZGADO PENAL DE AREQUIPA. 20-05-04.

SALA PENAL PERMANENTE COMPETENCIA N°16-2004 Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar/Octavo Juzgado Penal Colectivo de Arequipa. 09-09-04.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA COMPETENCIA N°20—2004 AYACUCHO. 09-11-04.

CONTENIDO JURÍDICO DEL DELITO DE FUNCIÓN CASTRENSE: A propósito de la demanda de inconstitucionalidad en curso contra el Código Penal Militar Policial

Dr. César Abdul Aliaga Castillo^(*)

En el presente artículo, el autor analiza y desarrolla el contenido jurídico que el delito de función castrense debe tener en el ordenamiento jurídico nacional. Para ello, toma como base la jurisprudencia, en materia de justicia penal castrense, emitida por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos así como por diversos órganos jurisdiccionales constitucionales extranjeros. Finalmente, plasma la teoría esbozada para sustentar la constitucionalidad de los delitos del Código Penal Militar Policial que han sido demandados en el Proceso de Inconstitucionalidad N° 0022-2001-AI/TC, que se encuentra actualmente en curso.

INTRODUCCIÓN

Importancia del Fuero Militar Policial y de la sanción del delito de función

El Fuero Militar Policial es una jurisdicción independiente del Poder Judicial por mandato expreso del artículo 139° inciso 1) de la Norma Fundamental:

CONSTITUCIÓN

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

- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, **con excepción de la militar y la arbitral.** (...)” (énfasis nuestro)

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

CONSTITUCIÓN

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

Esta función del Fuero Militar Policial, de administrar justicia penal militar policial, tiene como fin preservar el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, para que

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor Universitario, Asesor Legal de la Presidencia del Fuero Militar Policial.

éstas cumplan cabalmente con las funciones trascendentales que la Constitución les ha asignado, lo cual es indispensable para la preservación del orden constitucional y la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país.

Al respecto, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha señalado, claramente, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y Policiales, y debe estar encaminada a la protección de los intereses jurídicos vinculados al cumplimiento de las funciones de éstas:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

“141. Es necesario precisar, como se ha hecho en otros casos, **que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas.** Por ello, su aplicación se reserva a los militares y policiales que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. (...)”

142. 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.**”¹ (énfasis nuestro)

En la misma línea, la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha señalado lo siguiente:

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

“El **fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las [f]uerzas de [s]eguridad**”² (énfasis nuestro).

A mayor abundamiento, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA ha reconocido **que el Fuero Militar se erige en la garantía máxima de la disciplina militar, la cual es el principal factor de cohesión y de eficacia de las Fuerzas Armadas y Policiales para el cumplimiento de sus funciones de defensa de la integridad territorial y del ordenamiento constitucional.** Así pues, colegiado español sostiene sobre este punto lo siguiente:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

“6.(...) **La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (...).**”

7. (...) De suerte que **el proceso penal ante la jurisdicción castrense se erige en la garantía máxima de la disciplina militar en su núcleo sustancial y justamente respecto de las vulneraciones más graves de dicha disciplina (...).**”³ (énfasis nuestro)

Las funciones que la Constitución le ha asignado a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional son las siguientes:

CONSTITUCIÓN

“**Artículo 165º.-** Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

- 1 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128.
- 2 Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. Parágrafo 125.
- 3 Sentencia del Tribunal constitucional de España recaída sobre el Expediente N° 179/2004 -Cuestión Interna de Inconstitucionalidad.

Artículo 166°.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental **garantizar, mantener y restablecer el orden interno.** Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y el privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.” (énfasis nuestro)

En consonancia con estas disposiciones, la Constitución establece en su artículo 163°, que la “Defensa Nacional es integral y permanente” y que ésta se “desarrolla en los ámbitos interno y externo”.

Por lo expuesto, para asegurar que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan cabalmente con las funciones trascendentales que la Constitución les asigna, de garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República así como garantizar, mantener y restablecer el orden interno, resulta indispensable que se asegure la disciplina y el orden en estas instituciones.

En este contexto, es responsabilidad de la jurisdicción militar, mediante la sanción de los delitos de función, preservar el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, a fin de que estas instituciones cumplan con idoneidad y eficacia las trascendentales funciones que la Constitución les ha encomendado respecto a la defensa y seguridad de la República.⁴

Las infracciones de la disciplina deben ser tratadas con rapidez y castigadas con mayor severidad en el caso de un militar que en el de un civil que participa en dichas inconductas. **Por ello, el recurso a la jurisdicción ordinaria resulta insuficiente para servir a las necesidades de la disciplina militar; así las cosas, la existencia de la justicia militar constituye una necesidad para todos los países que aspiren a contar con fuerzas del orden profesionales y eficientes.**

Al respecto, el TRIBUNAL SUPREMO DEL CANADÁ ha señalado, claramente, que el sistema punitivo de la jurisdicción militar es incompatible con el de la jurisdicción ordinaria, debido a que

las reglas de comportamiento de los militares son extrañas a la vida civil. Por ello, el recurso a los tribunales ordinarios es inadecuado para servir a las necesidades particulares de la disciplina militar: Así pues, dicho colegiado sostiene que:

TRIBUNAL SUPREMO DEL CANADÁ

“Las violaciones de disciplina militar deben ser tratadas rápidamente y, con frecuencia, castigadas con mayor severidad que sería en el caso de un civil que participa en tal conducta. Por consiguiente, los militares tienen su propio código de disciplina de servicio que le permite satisfacer sus necesidades particulares disciplinarias. Además, han dado a tribunales de servicio especiales, más bien que los tribunales ordinarios, la jurisdicción para castigar las violaciones del código de disciplina de servicio. **El recurso a los tribunales ordinarios criminales, por regla general, sería inadecuado para servir las necesidades particulares disciplinarias de los militares.**” (énfasis nuestro) (*Caso Michel Gagnéux contra la Reina*)

En la misma línea, la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA afirma que las reglas de comportamiento militar son incompatibles con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria:

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

“La Justicia Penal Militar constituye una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria. Este tratamiento particular, que se despliega tanto a nivel sustancial como procedimental, encuentra justificación en el hecho de que las conductas ilícitas sometidas a su consideración están estrechamente vinculadas con el manejo de la fuerza; y a que los sujetos activos que incurrir en ellas están subordinados a reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil, todo lo cual marca una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de

4 En la línea de lo expuesto, el destacado jurista BERNALES BALLESTEROS sostiene que el “fuero privativo militar tiene la finalidad de sancionar al personal militar que comete actos que lesionan el servicio o la disciplina militar, y en tal sentido su existencia se justifica plenamente.” (BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima: Rao Editora, 1999. Pág. 744.)

la jurisdicción ordinaria.” (énfasis nuestro) (Expediente C-473/99)

En suma, la correcta tipificación y sanción de los delitos de función en la jurisdicción castrense, es imprescindible para que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan con eficiencia sus funciones de defensa y seguridad de la patria.

En conclusión, es innegable que la sanción del delito de función en el Fuero Militar Policial es fundamental, toda vez que preserva la disciplina y el orden dentro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, para que estas instituciones cumplan cabalmente con sus funciones constitucionales de defensa y seguridad de la República (Artículos 165° y 166°).

El cumplimiento cabal de estas funciones hace posible la preservación del orden constitucional y que el Estado cumpla con su deber constitucional de “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general”, conforme al mandato del artículo 44° de la Constitución.

I. EL DELITO DE FUNCIÓN EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

1. Características del Delito de Función

La CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH) ha definido el delito de función como una conducta que afecta los bienes jurídicos vinculados a las funciones de las Fuerzas Armadas, cuyo agente es un militar en actividad que ha cometido dicho ilícito en el ejercicio de sus funciones. Así pues, la CORTE IDH ha precisado al respecto que:

“141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.

142. Este Tribunal ha establecido que

[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.”**⁵ (énfasis nuestro)

Es base a esta conceptualización de la CORTE IDH, el delito de función tiene las siguientes características:

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

2. Ratio del delito de función: Tutela de bienes jurídicos vinculados con la función castrense

Las primeras dos características del delito de función (sujeto activo y contexto del ilícito), son claras y no generan mayor discusión doctrinaria ni jurisprudencial. En cambio, el panorama es distinto en cuanto a la tercera característica, es decir los bienes jurídicos materia de tutela por el delito de función, puesto que existen dos posturas al respecto:

- i. **TESIS RESTRICTIVA:** Excluye del tipo penal castrense toda referencia a un elemento (objeto, sujeto, acción o resultado) previsto también en un tipo penal común, aún cuando el telos del ilícito castrense sea la tutela bienes jurídicos vinculados con las funciones castrenses.

Por ejemplo: Conforme a esta tesis restrictiva, el delito de robo de armas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, cometido

por un militar o por un policía en actividad, no constituye delito de función puesto que el “arma” es un objeto patrimonial y el patrimonio es un bien jurídico ya tutelado por el ordenamiento penal común (delito de robo común).

- ii. TESIS FUNCIONAL: Admite en la construcción del tipo penal castrense la referencia a un elemento (objeto, sujeto, acción o resultado) previsto también en un tipo penal común, siempre que el telos del ilícito castrense sea la tutela de bienes jurídicos vinculados con las funciones castrenses.

Por ejemplo: Conforme a esta postura funcional, el delito de robo de armas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, cometido por un militar o policía en actividad, sí configura un delito de función puesto que el “arma” únicamente constituye el objeto patrimonial sobre el que recae la acción típica. Empero, el telos de este ilícito castrense es tutelar las funciones de defensa y seguridad de las fuerzas del orden, específicamente su operatividad, toda vez que sin armas, éstas no podrían cumplir con tales misiones constitucionales.

El debate respecto a qué tesis elegir (restrictiva o funcional) ha quedado zanjado en el SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, DONDE SE HA OPTADO POR ACOGER LA TESIS FUNCIONAL DEL DELITO DE FUNCIÓN.

En efecto, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. México, del 23 de noviembre de 2009, HA SEÑALADO, EN FORMA PRECISA, QUE ES FACTIBLE QUE CONDUCTAS PUNIBLES QUE TENGAN ORIGEN EN EL FUERO COMÚN (DELITOS COMUNES) SEAN VENTILADAS EN LA JURISDICCIÓN MILITAR, SIEMPRE QUE TENGAN RELACIÓN DIRECTA Y PRÓXIMA CON LA FUNCIÓN DE LAS FUERZAS DEL ORDEN O CON LA AFECTACIÓN DE BIENES JURÍDICOS CASTRENSES. Así pues, la Corte señaló expresamente que:

CORTE IDH - CASO RADILLA PACHECHO VS MEXICO

“284. Al respecto, el Tribunal resalta que si bien en diversas legislaciones se prevé la

competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en 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.” (Énfasis nuestro)

POR TANTO, EN ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DEBE ACOGER LA TESIS DE DELITO DE FUNCIÓN, CONFORME A LA CUAL UN TIPO PENAL CASTRENSE PUEDE INCLUIR ELEMENTOS DE UN TIPO PENAL COMÚN, SIEMPRE QUE SU TELOS SEA LA TUTELA DE UN BIEN JURÍDICO VINCULADO CON LA FUNCIÓN CASTRENSE.

Esta línea jurisprudencial es la que ha adoptado la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, la cual afirma **que el legislador puede trasladar literalmente al Código Penal Militar los tipos penales ordinarios, siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial:**

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

“(…) el legislador puede limitarse a trasladar literalmente al Código Penal Militar los tipos penales ordinarios, siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial. (...)

“Dentro de este contexto, es claro que tanto la jurisprudencia de esta Corporación como de la Corte Suprema de Justicia, (...), ha definido que son de competencia de la jurisdicción penal militar no solo aquellos delitos que, por su naturaleza, únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la fuerza pública, tales como el abandono del comando y del puesto; el abandono del servicio; la insubordinación, etc., sino aquellos comunes que se relacionen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente

está llamada a cumplir la fuerza pública.”^{6 7} (énfasis nuestro)

En concordancia también con esta postura, la CORTE SUPREMA DEL CANADÁ sostiene que la sanción del delito de función tiene una función pública y castiga hechos relacionados no solo con la disciplina y orden castrense, sino **también hechos de carácter público que ponen en peligro la defensa nacional, aún cuando se encuentren sancionados en la ley penal común:**

CORTE SUPREMA DEL CANADÁ

“Aunque el Código de Servicio de Disciplina se refiere principalmente a mantener la disciplina y la integridad en las Fuerzas Armadas canadienses, no solo sirven para regular la conducta que socava dicha disciplina y la integridad. El Código sirve una función pública y por el castigo de la conducta específica que pone en peligro el orden público y el bienestar. Muchos de los delitos de los que un acusado puede ser acusado de conformidad con el Código de Servicio de Disciplina, que se compone de las partes IV a IX de la ley de defensa nacional, se refieren a asuntos que son de carácter público. **Por ejemplo, cualquier acto u omisión que sea punible con arreglo al Código Penal o cualquier otra Ley del Parlamento también es un delito tipificado en el Código de Servicio de Disciplina.**”⁸ (énfasis nuestro).

Este mismo criterio es seguido por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, que

considera que la jurisdicción militar es competente para el procesamiento de un delito pluriofensivo que contiene bienes jurídicos comunes y militares, si se determina la calidad de delito de función atendiendo al sujeto activo, el objeto del tipo penal y la circunstancia de los hechos (es decir, triple identidad del delito de función):

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

“[L]a naturaleza indudablemente militar de los dos primeros ilícitos apuntados (que poseen un carácter pluriofensivo, que se evidencia al recordar que fueron cometidos por un militar, en un recinto militar, contra otros militares que mantenían relaciones jerárquicas con el recurrente, con un arma militar y con una finalidad de venganza por decisiones adoptadas en el seno de la Comandancia de Albacete). La Sala estima que el enjuiciamiento [en la jurisdicción militar] debe alcanzar a los delitos comunes, por la evidente conexidad material y temporal que, a su juicio, existe entre unos y otros. (...)”⁹

POR TANTO, NO EXISTE ÓBICE PARA QUE UN TIPO PENAL CASTRENSE CONTEMPLE UN BIEN JURÍDICO, RESULTADO O SUJETO PREVISTO EN UN TIPO PENAL COMÚN, SIEMPRE QUE LA RATIO DE DICHO ILÍCITO DE FUNCIÓN SEA LA TUTELA DE BIENES JURÍDICOS VINCULADOS A LAS FUNCIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS O DE LA POLICÍA NACIONAL.

6 Fundamento jurídico 4 de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el proceso de inconstitucionalidad C-878/00.

7 En la misma línea, la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA señala que la jurisdicción militar podrá conocer de los delitos comunes en que incurran los miembros de la fuerza pública si es que tienen relación directa y próxima con sus funciones:

“4.3. (...) Cuando un miembro activo de la fuerza pública en servicio activo cometa delito tipificado en el Código Penal ordinario o leyes complementarias, solo podrá ser investigado y juzgado de conformidad con las normas del Código Penal Militar, cuando el delito cometido tenga relación directa y sustancial con las funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública. (...)”

En consecuencia, ha de concluirse que el artículo 195 de la ley 522 de 1999 es exequible, en el entendido que **la jurisdicción penal militar solo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública por la Constitución.**” (énfasis nuestro) (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Proceso de Control Concentrado de Constitucionalidad C-878/00. En el mismo sentido se encuentra la sentencia emitida, por esta Corte, en el Expediente C-358/97).

8 Corte Suprema del Canadá, Caso Génereux contra la Reina.

9 Tribunal Constitucional de España, Auto N° 440/2006.

3. Actualmente el Tribunal Constitucional en la STC 0001-2009-AI/TC dispone la tesis funcional de delito de función

3.1 PRIMER MOMENTO – 2003 A 2006: Tribunal Constitucional asume Tesis Restrictiva del Delito de Función

La referida incertidumbre que existía en torno a la delimitación de los bienes jurídicos materia de tutela por el delito de función, originó que en un primer momento, entre los años 2003 a 2006, el Tribunal Constitucional optase por acoger la tesis restrictiva del delito de función.

Esta postura del Tribunal Constitucional **restringió radicalmente** las competencias de la jurisdicción militar y puso en riesgo el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Asimismo, no era acorde con los bienes jurídicos constitucionales defensa y seguridad del país, toda vez que, por ejemplo, eliminó delitos gravísimos

tales como la Rebelión Militar, la Sedición Militar, el Motín Militar, el Robo de Armas, el Insulto al Superior, etc., los cuáles eran sancionados con penas severas y ejemplarizadoras en el Fuero Militar Policial. Así, por ejemplo, mediante la STC 0012-2006-AI/TC el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL **vació de contenido el delito de función, y como muestra de ello, incluso, llegó a señalar que la sanción de estos ilícitos castrenses no tiene relación con la preservación del orden y la disciplina en las fuerzas del orden ni con la protección de intereses militares o policiales.**

Esta tesis de la STC 0012-2006-AI/TC no guarda concordancia con la posición de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, que señala, al respecto, que la sanción de dichos delitos en la jurisdicción militar resulta indispensable para preservar los valores de orden y disciplina en las fuerzas castrenses así como los demás bienes jurídicos militares. En los siguientes cuadros apreciaremos las contradicciones acotadas:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
“82. Lo anterior no quiere decir que el Tribunal Constitucional desconozca o menoscabe el valor y la trascendencia que tienen los principios de ‘orden’ y ‘disciplina’ como elementos básicos para la consecución de los fines institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Simplemente hace énfasis en que la preservación de tales principios no puede estar confiada a la justicia militar.” ¹⁰	“141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.” ¹¹
	COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “(…) el ‘fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las [f]uerzas de [s]eguridad’ ” ^{12 13}

10 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0023-2003-AI/TC. (énfasis nuestro)

11 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. (énfasis nuestro)

12 Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. (énfasis nuestro)

13 A mayor abundamiento, cabe señalar que el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA ha reconocido que en el Fuero Militar se erige la garantía máxima de la disciplina militar, la cual es el principal factor de cohesión y de eficacia de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus funciones de defensa de la integridad territorial y del ordenamiento constitucional. Al respecto, dicho órgano jurisdiccional señala que:

“6. (...) La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así, como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (...).

7. (...) De suerte que el proceso penal ante la jurisdicción castrense se erige en la garantía máxima de la disciplina militar en su núcleo sustancial y justamente respecto de las vulneraciones más graves de dicha disciplina (...).”(énfasis nuestro) (Sentencia del Tribunal constitucional de España recaída sobre el Expediente N° 179/2004 -Cuestión Interna de Inconstitucionalidad-)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
El delito de función no protege un interés militar o policial del Estado como tal. ¹⁴	“117. (...) Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. ” ¹⁵

Como se puede apreciar, la Tesis Restrictiva del Delito de Función que acoge la STC 0012.2006-AI/TC vació de contenido el delito de función y es contraria a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Hacemos hincapié que la referida tesis restrictiva por la que optó el Tribunal Constitucional hasta el año 2006, se circunscribió al derogado modelo de la justicia militar de 2006, que fue declarado inconstitucional por no reunir las suficientes garantías de independencia e imparcialidad (Cfr. 0004-2006-AI/TC y 0006-2006-AI/TC).

3.2 SEGUNDO MOMENTO: El Tribunal Constitucional acoge Tesis Funcional del Delito de Función

Actualmente, el **Fuero Militar Policial –repetimos– cuenta con un nuevo modelo** que ha sido legitimado por el Tribunal Constitucional mediante la STC 0001-2009-AI/TC.

Como se puede observar, la nueva justicia militar peruana ofrece todas las garantías de independencia, imparcialidad y de respeto a los Derechos Humanos. Frente a este nuevo modelo de justicia militar, el actual TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha decidido variar su criterio respecto al delito de función, y acoge una tesis funcional del mismo.

Así pues, a partir del año 2009, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL **compatibilizó su jurisprudencia en torno al delito de función** con la establecida por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Por ello, este órgano colegiado constitucional **en la sentencia del Expediente N° 0001-2009-AI/TC**, del 25 de diciembre de 2009, además de confirmar la constitucionalidad de la Ley de Organi-

zación y Funciones del Fuero Militar Policial - Ley N° 29182, **profundiza en la finalidad de la sanción del delito de función, en atención a su especial incidencia en la defensa y seguridad del país, y encarga al legislador, en virtud de la potestad de política criminal del Estado, una nueva regulación de esta materia:**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – STC 0001-2009-AI/TC

“En este sentido, la competencia del fuero militar debe estar circunscrita a los **delitos de función** o aquellos propios e inherentes de la función militar. **La delimitación de su contenido no es simple debido a que estas causales pueden variar según las necesidades y situaciones concretas.** (...)” (énfasis nuestro)

De esta manera, el Tribunal Constitucional reconoce que la delimitación del contenido del delito de función puede variar según las necesidades y situaciones concretas, y dejando de lado la tesis restrictiva, acoge la tesis funcional que sustenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. México.

En virtud de este cambio jurisprudencial, el legislador emitió el vigente Código Penal Militar Policial - Decreto Legislativo 1094 de fecha 01 de setiembre de 2010, el cual se inspira en la Tesis del Delito de Función que actualmente acoge el Tribunal Constitucional (Cfr. Exposición de Motivos de Decreto Legislativo N° 1094).

4. Código Penal Militar Policial plasma triple identidad del delito de función

La rubricada Triple Identidad del Delito de Función ha sido recogida íntegramente en el vigente Código Penal Militar Policial:

14 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0173-2006-PHC/TC. (énfasis nuestro)

15 Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. (énfasis nuestro)

CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

“Artículo II.- Delito de función

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.”

Como se puede apreciar, la triple identidad que debe tener el delito de función está plasmada íntegramente en esta disposición jurídica del vigente Código Penal Militar Policial:

- a. **Bien Jurídico Tutelado:** “Que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional”. (Art. II – Código Penal Militar Policial)
- b. **Sujeto:** “Cometida por un militar o un policía en situación de actividad”. (Art. II – Código Penal Militar Policial)
- c. **Contexto:** “En acto del servicio o con ocasión de él”. (Art. II – Código Penal Militar Policial)

DEL MISMO MODO, ESTA NORMA DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL CONSTITUYE UN LÍMITE CLARO Y PRECISO DEL ACCIONAR DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL, PUES EXCLUYE DE SU JURISDICCIÓN A LOS CIVILES, AL PERSONAL MILITAR O POLICIAL EN SITUACIÓN DE RETIRO Y A LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y COMUNES.

5. Código Penal Militar Policial tutela bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas del orden

Como se ha analizado, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el delito de función tutela bienes jurídicos vinculados a la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional (Caso Berenson vs Perú, ver cita retro).

A efecto de tutelar en forma íntegra estos elementos primordiales de las fuerzas del orden, el Código Penal Militar Policial contempla delitos de función estrictamente militares y militarizados.

a. DELITOS DE FUNCIÓN ERICTAMENTE MILITARES

Son las figuras penales que en la construcción de su tipo únicamente prevén elementos y bienes jurídicos vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

El Código Penal Militar Policial prevé los siguientes delitos de función estrictamente castrenses: violación de consigna; abandono de puesto de vigilancia; omisión de aviso o repulsión; abandono de escolta o de comando; seguridad de las instalaciones y bienes militares y policiales; desertión; empleo indebido de armas; inicio de operación innecesaria, entre otros.

b. DELITOS DE FUNCIÓN MILITARIZADOS

Son las figuras penales que en la construcción de su tipo contemplan elementos que también están previstos en un tipo penal común, pero el telos del ilícito está dirigido a tutelar bienes jurídicos vinculados con las fuerzas del orden, tales como la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Entre los delitos de función militarizados del Código Penal Militar Policial, tenemos los de: espionaje; rebelión; apoderamiento ilegítimo de material destinado al servicio; falsificación o adulteración de documentación; ultraje a los símbolos nacionales, militares y policiales; etc.

Reiteramos que el delito de función militarizado, para su validez, debe cumplir con la referida triple identidad, esto es: I. El agente debe ser un militar o policía en situación de actividad; II. La comisión del ilícito debe ser en acto de servicio o con ocasión de él. III. Debe existir una relación directa y próxima con las funciones, existencia, organización u operatividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Al respecto, se debe tener presente que el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha señalado en reiterada jurisprudencia que “dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado” (Cfr. Exp. 0019-2005-AI/TC). Por ello, dependerá de la política criminal del Estado la introducción de delitos de función militarizados si con ello se busca proteger un bien jurídico vinculado a las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

En consonancia con este criterio, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS –reiteramos– ha determinado en forma precisa que **es factible que conductas punibles de orden común puedan ser ventiladas en la jurisdicción militar, si tienen relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos de orden castrense.** (Ver retro Caso Radilla Pacheco vs. México)

Tal como hemos visto, la misma posición es asumida por la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Exp. C-878/00, FJ 4; ver cita retro), la CORTE SUPREMA DEL CANADÁ (Caso Gagnéux contra la Reina; ver *cita retro*) y el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Auto Nº 440/2006; ver *cita retro*).

POR TANTO, EL DELITO DE FUNCIÓN MILITARIZADO SE ENCUENTRA LEGITIMADO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL.

98

6. Principales bienes jurídicos tutelados por el Código Penal Militar Policial

Conforme a los artículos 165°, 166°, 169°, 171° y 173° de la CONSTITUCIÓN y a los artícu-

los II¹⁶ y XIV¹⁷ del Título Preliminar del CÓDIGO PENAL MILITAR, los principales bienes jurídicos tutelados en los delitos de función tipificados en este cuerpo normativo, son los siguientes:

- 1) Existencia de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 2) Organización de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 3) Operatividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 4) Funciones de defensa y seguridad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 5) Disciplina en las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 6) Jerarquía en las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 7) Subordinación en las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 8) Mando en las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 9) Obediencia en las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- 10) Subordinación al Poder Constitucional por parte de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

16 CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

“Artículo II.- Delito de función

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.”

17 CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

“Artículo XIV.- Principios militares policiales esenciales

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

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

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

c. Principio de mando y obediencia: El mando es el privilegio y la obligación de dar órdenes. Todo superior debe mantener, por todos los medios posibles, su autoridad sobre sus subordinados. Cualquiera que sea su grado o la dificultad que se le

CADA UNO DE LOS TIPOS PENALES TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL TIENE COMO RATIO LA TUTELA DE BIENES JURÍDICOS VINCULADOS DIRECTAMENTE A LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL.

7. Diferenciación entre los elementos del tipo penal

El maestro ROXIN hace una clara distinción entre los distintos elementos del tipo penal, entre los que destacan los siguientes¹⁸:

- 1) BIEN JURÍDICO: Es bien que tutela el tipo o protege el tipo penal.
- 2) SUJETO ACTIVO: Es el sujeto que despliega la conducta típica.
- 3) SUJETO PASIVO: Es la persona que reciente la conducta típica o a quien se le afecta un bien jurídico tutelado.
- 4) VERBO RECTOR: Es la conducta, acción u omisión que despliega el sujeto activo.
- 5) OBJETO DE LA ACCIÓN: Elementos corpóreos o materiales sobre el que recae la acción.

Este distingo es importante para identificar el bien jurídico penal tutelado en los delitos de función.

Por ejemplo, en el delito de robo de armas por parte de un militar, los elementos del tipo que distinguimos son:

- 1) BIEN JURÍDICO: Operatividad de las Fuerzas Armadas.
- 2) SUJETO ACTIVO: Militar en Actividad.
- 3) SUJETO PASIVO: Instituciones Armadas.
- 4) VERBO RECTOR: El militar que roba armas de las Instituciones Armadas.
- 5) OBJETO DE LA ACCIÓN: Armas (Patrimonio) de las Instituciones Armadas.

Como se puede apreciar, el telos de este ilícito de función es la tutela del bien jurídico “Operatividad de las Fuerzas Armadas” y no las armas como patrimonio.

Las armas constituyen únicamente el “objeto de la acción” sobre el que actúa el sujeto activo.

Del mismo modo, la acción de “robar” por parte del sujeto activo es parte del “ver rector”.

Como demostraremos infra, la parte demandante en el Proceso de Inconstitucionalidad N° 0022-2011-AI/TC, actualmente en curso, confunde estos elementos del tipo penal, razón por la cual afirma erróneamente que los delitos de función impugnados no tutelan bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas del orden sino bienes jurídicos exclusivamente comunes.

8. El deber del Militar o Policía como ratio de la tutela del delito de función

El maestro alemán GUNTER JAKOBS postula que en los delitos de función se tutela el rol que

presente se halla absolutamente obligado a exigir la obediencia y el respeto que le son debidos, la estricta ejecución de sus órdenes y el cumplimiento de las leyes, reglamentos y consignas que importan el servicio.

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

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

e. Principio de subordinación al poder constitucional: Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional no son deliberantes y están subordinadas al poder constitucional; por esta razón, en los efectivos militares y policiales recae el deber de defender la estabilidad de la organización política y viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, en concordancia con los artículos 165, 166, 169 y 171 de la Constitución Política. En consecuencia, el delito de función previene y sanciona todo acto de un militar o policía que atente contra el orden constitucional.”

18 ROXIN Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Ed. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 62 y ss.

el sujeto activo tiene dentro de la organización, y es su deber cumplir a cabalidad dicho rol tratando en todo momento de no lesionar dicho rol, lo cual hace que la sociedad marche de manera adecuada, por lo tanto lo que hace al delito es la desautorización de la norma, o refiriéndonos al delincuente la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico.¹⁹

A fin de explicar su teoría, JAKOBS esboza el siguiente ejemplo:

“Un policía que da una paliza a un ciudadano lesiona la salud de su víctima; esto se puede denominar, ciertamente, lesión de bien jurídico. Pero la infracción de su rol específicamente como policía no queda designada de este modo, en este caso, no de manera adecuada; materialmente se trata de una infracción del deber especial de participar en la realización de una policía íntegra”.²⁰

En nuestro país, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (titular exclusiva de la competencia jurisdiccional en materia penal) ha adoptado esta teoría del rol y la ha plasmado, por ejemplo, en las siguientes resoluciones:

RECURSO DE NULIDAD N° 4564-2007 (26-03-2008)

“En este sentido, lo que se reprime son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” (Vid., CASTILLO ALVA, José Luis, “Colusión ilegal” en: GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis “El delito de Colusión”; Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página setenta y ocho); asimismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laedere” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino **un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber**

institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes).”

RECURSO DE NULIDAD N° 375-2004 (11-11-2004)

“(…) **Las expectativas de comportamiento conforme a Derecho se determinan también a través del titular del deber.** En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder en segundo término y por tan solo limitadamente”.

Por tanto, cuando analicemos los ilícitos del Código Penal Militar Policial debemos identificar correctamente el telos de delito el cual consiste en tutelar bienes jurídicos vinculados al deber castrense.

II. EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL NO VULNERA LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Cinco mil ciudadanos han incoado una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1094 – Código Penal Militar Policial

Los demandantes sostienen incorrectamente que los delitos impugnados del Código Penal Militar Policial vulneran la cosa juzgada constitucional de la sentencia 0012-2006-AI.

Al respecto, debemos precisar que el Tribunal Constitucional en el Expediente 0025-2005-PI/TC sostiene que no existe vulneración de la cosa juzgada en los siguientes supuestos:

19 Ibidem. Pág. 53.

20 Ibidem. Pág. 22.

- i. Si la *norma legal* impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia de inconstitucionalidad.
- ii. Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia de inconstitucionalidad.

Estos dos supuestos se presentan en el presente caso, puesto que si bien el Decreto Legislativo N° 1094 - Código Penal Militar Policial (norma objeto de control) contiene **disposiciones legales con cierta similitud** a las comprendidas en el derogado Decreto Legislativo N° 961 (declarado inconstitucional por la sentencia 0012-2006-AI), **el contenido normativo y marco interpretativo que encierra el primer ordenamiento citado es distinto al del segundo (su predecesor)**, por lo que corresponde un nuevo examen de constitucionalidad.

En efecto, en el año 2006 el Tribunal Constitucional dictó tres (3) sentencias de inconstitucionalidad en materia de justicia militar.

Los primeros dos (2) fallos declararon la inconstitucionalidad del modelo de justicia militar de la Ley 28665 vigente en dicha fecha: Sentencia 004-2006-AI emitida el 29 de marzo de 2006 y sentencia 006-2006-AI del 13 de junio de 2006.

Por último, dictó la STC 0012-2006-AI/TC emitida el 15 de diciembre de 2006, que declaró la inconstitucionalidad de diversos tipos penales del entonces Código de Justicia Militar (Decreto Legislativo N° 961).

Como se puede apreciar, la **STC N° 0012-2006-AI** que declaró la inconstitucionalidad de diversos delitos del anterior Código de Justicia Militar – Decreto Legislativo N° 961, **FUE DICTADA CUANDO SE ENCONTRABA VIGENTE EL ANTERIOR MODELO DE JUSTICIA MILITAR – LEY 28665**, el cual no reunía las suficientes garantías de autonomía, independencia e imparcialidad para juzgar dichos ilícitos.

En cambio, los delitos impugnados del vigente Código Penal Militar Policial- Decreto Legislativo N° 1904, deben ser analizados **TENIENDO EN CONSIDERACIÓN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA MILITAR - Ley N° 29182**, que sí cuenta

con suficientes garantías de independencia e imparcialidad y ha sido declarado constitucional por la STC N° 0001-2009-AI/TC.

Es menester señalar, que la semejanza que existe entre los tipos penales de los Decretos Legislativos N° 1094 y N° 961 resulta entendible e inevitable, dado que la materia tratada es la misma; esto es, “delito de función castrense”. **Empero, el contenido normativo que encierran los ilícitos castrenses recogidos en ambos cuerpos legales son distintos, en merced de la mutación del contexto fáctico y jurídico producidos por el nuevo modelo de justicia militar de la vigente Ley N° 29182.**

Esto ha sido reconocido expresamente por el propio TRIBUNAL CONSTITUCIONAL en dicha sentencia 001-2009-AI, donde se precisa que: “La mutación del contexto fáctico y jurídico han motivado el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues aunque el marco de referencia, la Constitución, no cambia en sus contenidos, sí pueden cambiar los criterios que sirven para su plasmación en una realidad social”:

Por tanto, queda plenamente demostrado que en el presente caso no se vulnera la cosa juzgada constitucional porque los delitos impugnados del Nuevo Código Penal Militar deben ser sometidos a un nuevo control abstracto de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, toda vez que ha operado una mutación del contexto fáctico y jurídico en virtud del nuevo modelo de jurisdicción castrense de la vigente Ley N° 29182, cuya constitucionalidad ha sido legitimada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 001-2009-AI.

III. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS IMPUGNADOS DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

La parte demandante sostiene, incorrectamente, que los delitos impugnados del Código Penal Militar Policial son inconstitucionales porque no tutelan bienes jurídicos castrenses.

A continuación demostraremos que todos los delitos de función sí tutelan bienes jurídicos castrenses.

DELITOS IMPUGNADOS	BIEN JURÍDICO TUTELADO VINCULADO CON FUNCIÓN CASTRENSE
Artículos 60° y 62°.	Estos delitos están ubicados en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, sobre los “Delitos contra la Defensa Nacional” y Capítulo II, “Contra la Seguridad Interna”. Existe una CONEXIÓN DIRECTA Y PRÓXIMA CON LA FUNCIÓN MILITAR, dado que la <i>ratio</i> de estos tipos penales es la sanción de la infracción del deber de todo militar o policía de estar subordinado al poder constitucional, que es un bien jurídico vinculado a la función castrense, tal como se prescribe en el Artículo XIV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial. En efecto, la Constitución establece en su artículo 169° que: <i>“Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”</i>. En consecuencia, estos delitos de función son acordes con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso Radilla Pacheco.
Artículos 81°, 82°, 83°, 84°, 85°, 86°, 87°, 88°, 89°, 90°, 91°, 92°, 95°, 96° y 97°.	Estos delitos están ubicados en el Libro Segundo, Título I, Capítulo II, que versa sobre los Delitos cometidos en estados de Excepción y contra el Derecho Internacional Humanitario. Existe una CONEXIÓN DIRECTA Y PRÓXIMA CON LA FUNCIÓN MILITAR, puesto que la <i>ratio</i> de todos estos delitos es la tutela de la disciplina, el orden y el uso idóneo de la fuerza en el teatro de operaciones; siendo que al realizar saqueos, apropiaciones, uso indebidos de la fuerza, etc., trasgreden los citados bienes jurídicos castrenses. Máxime, estos delitos únicamente se configuran durante un estado de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, lo cual constituye un presupuesto especial del ilícito. Esto se explica porque durante dicho contexto se debe tutelar superlativamente la disciplina, el orden y el uso idóneo de la fuerza por parte de los efectivos del orden. En consecuencia, estos delitos de función son acordes con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso Radilla Pacheco.
Artículos 130°, 131° y 132°.	Estos delitos están ubicados en el Libro Segundo, Título VIII, que versa sobre los Delitos de Violación al Deber Militar Policial. Existe una CONEXIÓN DIRECTA Y PRÓXIMA CON LA FUNCIÓN MILITAR, toda vez que estos tipos penales tienen como <i>ratio</i> la tutela de los bienes jurídicos castrenses “mando”, “jerarquía” y “disciplina”; por parte de los efectivos del orden. Por tanto, son ilícitos típicos de incumplimiento del deber castrense, pues castiga el dictado de un mandato que desnaturaliza y perjudica la función militar policial así como el ejercicio abusivo de la jerarquía. En consecuencia, estos delitos de función son acordes con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso Radilla Pacheco.
Artículos 140° y 142°.	Estos delitos están ubicados en el Libro Segundo, Título VIII, que versa sobre los Delitos contra la Fidelidad a la Función Militar Policial. Existe una CONEXIÓN DIRECTA Y PRÓXIMA CON LA FUNCIÓN MILITAR, toda vez que estos tipos penales tutelan los bienes jurídicos castrenses “organización y operatividad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”. Por tanto, son ilícitos típicos de incumplimiento del deber castrense, pues castigan el incorrecto desempeño de la función militar que consiste en emitir una certificación veraz o documentos fieles sobre el servicio castrense, cuyo resultado específico es la afectación de la organización y operatividad de los institutos armados. En consecuencia, estos delitos de función son acordes con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso Radilla Pacheco.

IV. GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN LOS DELITOS IMPUGNADOS

Finalmente, debemos tener presente las siguientes garantías jurisdiccionales en cuanto a los delitos de función impugnados:

- En el Código Penal Militar Policial (Art. 33°) las “lesiones” y la “muerte” únicamente están contemplados como “AGRAVANTES DE LA PENA”.

Por tanto, la jurisdicción castrense no podrá pronunciarse sobre estas agravantes, si es que previamente la responsabilidad sobre la “lesión” o “muerte” no fue determinada en la jurisdicción común. En tal sentido, este caso es de aplicación el artículo 166° del Código Penal Militar Policial, que regula la cuestión prejudicial.

- Si la conducta descrita en un delito de función constituye simultáneamente un delito común (es decir, un concurso ideal de delitos), podrá ser juzgada en la jurisdicción ordinaria, dado que en la jurisdicción militar se tutela únicamente bienes jurídicos vinculados a la función castrense, mientras que en la jurisdicción ordinaria se tutelan bienes jurídicos comunes.

Cabe señalar que este supuesto no vulnera la garantía del *Ne bis In Idem*, puesto que el Tribunal Constitucional ha señalado claramente que “el bien jurídicamente protegido en el proceso penal es diferente de aquel tutelado en el proceso judicial militar (...) por lo que no se acredita la violación al principio *ne bis in idem*”. (Sentencia 1294-2007-PHC)

- Este caso se rige por la regla del concurso ideal de delitos (Código Penal – Art. 48°).

La Corte Suprema de Justicia de la República dirime los conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y la jurisdicción común (Ley N° 29182 – Art. 4°).

CONCLUSIÓN

Como se puede apreciar, ha quedado plenamente demostrado que los tipos penales impugnados del vigente Código Penal Militar Policial respetan plenamente la triple identidad del delito de función, razón por la cual son constitucionales y acordes con la jurisprudencia de la Corte Interamericana recaída en el Caso Radilla Pacheco.

No obstante, creemos que sería factible que el Tribunal Constitucional, mediante su labor interpretativa, a propósito del proceso de inconstitucionalidad en curso contra el Código Penal Militar Policial, delimite cada uno de los delitos impugnados de dicho cuerpo normativo, sobre la base de una estricta adecuación a la triple identidad del delito de función, a efecto de evitar cualquier “uso torticero” o “mala aplicación” que pueda poner en riesgo la plena vigencia de los Derechos Humanos y las garantías y principios constitucionales jurisdiccionales.

En todo caso, debe quedar claro que la jurisdicción castrense únicamente procesa a militares en actividad y se limita a tutelar bienes jurídicos vinculados próxima y directamente a las funciones castrenses; razón por la cual, queda descartado, per se, el procesamiento a civiles así como la tutela de bienes jurídicos comunes (es decir, el juzgamiento de delitos comunes y en general de todo tipo de ilícito que afecte los Derechos Humanos).

EL DELITO DE DESERCIÓN Y LA LIBERTAD PERSONAL

Dra. Imelda Tumialan Pinto^()*

*Dra. Mirella Neyra Neyra^(**)*

En el marco de la profesionalización de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, es necesario destacar el Código Penal Militar Policial, cuyo objeto es prevenir la comisión de los delitos de función militar y policial. Asimismo constituye un medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en un Estado social, democrático y de derecho.

Cabe resaltar su importancia para el mantenimiento del orden, seguridad y disciplina de las instituciones de las fuerzas del orden, que deben ser fortalecidas ante la amenaza de actos de violencia y contribuir a una cultura de diálogo, con res-

peto a la autoridad y los derechos fundamentales de todas las personas.

Se decidió abordar el tipo penal del delito de deserción por constituir el de mayor incidencia en el Fuero Militar Policial, especialmente de las personas que prestan servicio militar voluntario, que por diversos factores, motivos y causas internas o externas, se ausentan de la prestación del servicio a la Nación. En tal sentido, se analizará el aspecto sustantivo-procesal. Como ante una problemática recurrente de falta de presupuesto para el traslado de las personas detenidas requisitorias por deserción. En cuanto al delito de deserción, en la legislación peruana tiene una noción amplia,

105

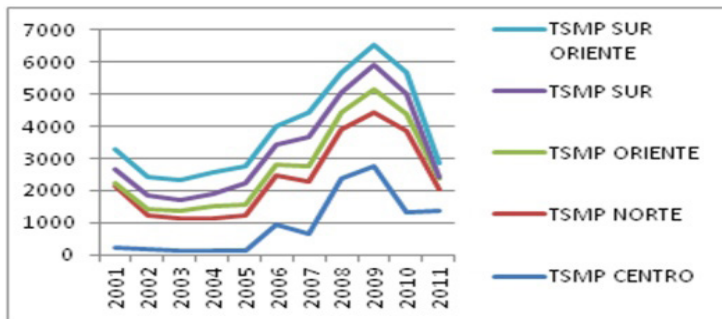
(*) Abogada egresada del U. Católica, con trayectoria en materias de Derechos Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal. Maestría en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Resolución de Conflictos, así como en ciencias penales. U. Garcilaso de la Vega, Escuela Post Grado. Doctorado en Derecho, Institute Criminal Defense Advocacy California Wester, Los Ángeles, Estados Unidos. “Curso Internacional de Alta Especialización sobre Técnicas de Litigación Oral Avanzada”, 2010, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – Instituto de Estudios Judiciales de Chile. U. San Martín de Porres y American University Washington Collage of Law. Curso Internacional “Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano”. Universidad de Chile - Instituto de Asuntos Públicos. Y otros cursos de alta especialización. Defensoría del Pueblo: Jefa del Programa de Protección y Promoción de Derechos en dependencias policiales y Jefa del Equipo de Derechos Humanos y Administración de Justicia. Ministerio Público (Lima y Junín), Fiscal Provincial Provisional de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos para el Distrito Judicial de Junín y Fiscal Provincial Titular de Lima.

(**) Abogada egresada de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, con Maestría en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Resolución de Conflictos del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), árbitro inscrita en el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima (CAL). En el año 2009 y 2010, ha sido Asesora en la Defensoría del Niño y Niña Adolescente del Colegio de Abogados de Lima, actualmente Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con especializaciones en Derecho Administrativo, en derecho laboral y pensionario, derecho de familia y Derecho Militar Policial. Entre otras actividades, ha laborado en la Relatoría de la Sala de Guerra del Fuero Militar Policial y actualmente presta servicios en la Fiscalía del Tribunal Superior Militar Policial del Centro.

configurándose cuando el militar se ausenta del servicio o de su unidad, buque, base o establecimiento militar. En cuanto a su naturaleza está en el ámbito de los delitos de servicio de seguridad, que responde “a la necesidad de garantizar la eficacia bélica de una Nación a través de la tutela penal del servicio”.

En tal sentido, el bien jurídico protegido en el delito de desertión es el servicio militar, en sentido subjetivo y genérico como obligación voluntaria asumida por un joven de prestar servicio a las armas, conforme a lo regulado en la ley. En la legislación militar policial la desertión es un delito de omisión, en el cual la ausencia es relevante en relación a una obligación de prestar servicio militar, en cuanto comportamiento previsto en el tipo penal militar policial. Cabe indicar que la persona que presta servicio militar se presenta dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del franco, permiso o licencia, será reprimido como falta administrativa disciplinaria; es decir, no se criminaliza su conducta de no presentarse.

En tal sentido, en nuestra legislación el delito de desertión del personal que presta servicio militar voluntario en la Fuerza Armada está regulado en el artículo 105° del Código Penal Militar Policial, como sujeto activo es “el militar”, que “sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar... donde se encuentre desempeñando funciones militares...”, “hallándose de franco, con permiso o licencia no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar al término el mismo. Asimismo, será sancionado con la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Dicha conducta típica se agrava cuando al desertar “se lleve armas, municiones, embarcaciones, aeronaves o animales del servicio”, siendo merecedor a una sanción no menor de diez ni mayor de quince. De otro lado, de la estadística con relación a los procesos por desertión por personal de tropa en el Fuero Militar Policial se advierte, del 2001 al 2011, asciende a 42,514 procesos, observando un incremento los años del 2008 al 2010, de 22,303 que representa el 52.5%, como se observa en el siguiente gráfico:



Actualmente, con la aplicación de las normas del proceso penal, el Fiscal Militar Policial ya cuenta con un parte que contiene los elementos suficientes del tipo penal de desertión para la apertura de la investigación preparatoria y comunicará al juez de la investigación preparatoria tal decisión, con la finalidad de que se convoque al imputado a una audiencia oral y pública, en la cual le hará conocer el inicio de dicha investigación.

Luego se presentan dos situaciones:

- Quando el imputado reconoce el hecho, se pondrá de acuerdo con el fiscal sobre la pena

y la reparación civil, solicitarán una audiencia al juez de investigación preparatoria para presentar sus pretensiones en el ámbito del proceso abreviado.

- Quando el imputado y el fiscal no llegan a un acuerdo sobre la pena y la reparación civil, se continuará de conformidad al trámite común.

No obstante, cuando el imputado no concurre, el juez puede ordenar una medida coercitiva, que al ser ejecutada en el lugar distinto del cual proviene tal medida, se presenta un grave problema para la

Policía al no contar con presupuesto para su traslado y ser puesto a disposición de la autoridad judicial requirente.

Ante ello y las quejas atendidas por la Defensoría del Pueblo, el Fuero Militar Policial desde 2007, optó por llevar a cabo una práctica jurisdiccional, que consiste: en los lugares donde existe un Juzgado Militar Policial, el juez requirente se inhibe y traslada la competencia a su par del lugar de detención del imputado para que definan su situación jurídica y culmine el proceso penal.

En cambio, en los lugares donde el procesado fue detenido y no existe Juzgado Militar Policial, el juez requirente envía a la Policía una notificación, para que el mismo sea notificado con la finalidad que se apersona entre 8 a 15 días al Juzgado.

De otro lado, con el avance de la tecnología, se puede crear un sistema de diligencias virtuales para personas detenidas requisitorias por deserción, en aplicación a los principios de inmediatez, celeridad y economía procesal.

Si tenemos en cuenta el núcleo duro de los derechos fundamentales que exige el respeto, garantía y protección en todo momento y circunstancia de los derechos a la vida, integridad física o psicológica, libertad personal y debido proceso. Con mayor razón el derecho a la libertad personal en los procesos por delito de deserción, constituye la libertad como regla y la excepción la detención, solo en los casos previstos por la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a las situaciones limitativas del derecho a la libertad, ha señalado dos aspectos, uno material y otro formal, con el siguiente tenor:

“Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley, pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma. En este segundo supuesto, se está en

presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados como legales– puedan reputarse como incompatibles con respecto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”¹.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha indicado que el derecho a la libertad personal no es absoluto, puede ser restringido por las causas y circunstancias señaladas por ley, con relación al tema de investigación se ocasionan dentro de un proceso penal por deserción de personas que prestan servicio militar voluntario, cuando pese a las notificaciones efectuadas al presunto imputado, no concurren a las diligencias, se ordena su captura e incluso en el nuevo proceso penal el juez, después de los requerimientos, está facultado para ordenar la conducción compulsiva de la persona procesada.

En tal sentido, a modo de conclusiones se puede afirmar lo siguiente:

- 1º En los casos de deserción, el Fiscal Militar Policial, en aplicación de los principios de inmediatez, celeridad y economía procesal, deberá iniciar una investigación preparatoria y solicitar el proceso abreviado.
- 2º Estando a la incidencia significativa de los procesos por deserción, se debe conformar una comisión para la descarga procesal de los mismos tramitados con el procedimiento regulado por los Códigos de Justicia Militar.
- 3º Con relación a la ejecución de las órdenes de captura por el delito de deserción, debe observarse el precedente vinculante² plazo estrictamente necesario o dentro del plazo máximo de la detención de una persona requisitoria y la eficiencia de la medida, a través de normas y mecanismos que reúnan las garantías constitucionales y principios de un debido proceso penal.

1 CIDH Caso Gangaram Panday. Sentencia del 21 de enero de 1994.

2 Exp. 06423-2007-PHC/TC Alí Guillermo Ruiz Dianderas.

En consecuencia, es necesaria la unificación de criterios y que se elabore un acta de aplicación de proceso abreviado con acuerdo pleno para los casos de deserción. Asimismo, a través de una norma para la ejecución de requisitorias por deserción, recogiendo la práctica jurisdiccional que se viene llevando a cabo desde 2007.

Por último, deberá crearse e implementarse las Audiencias Virtuales para atender a las personas detenidas requisitorias por deserción y las diligencias que se requiera en el nuevo proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique: "La Constitución de 1993 Análisis Comparado"; ICS Editores; 5ta Ed.; 1999. Lima - Perú.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORRREA, Marcial: "Constitución, Fuentes e Interpretación". Mesa Redonda Edit.; Lima - Perú; 1979.

CASTAÑEDA OTSU, Susana, "Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional", Editora y Librería Jurídica Grijley, 2010; Lima-Perú.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "El nuevo proceso penal peruano – Teoría y práctica de su implementación", Palestra, Lima, 2009.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor "El Proceso Penal – Teoría y Jurisprudencia Constitucional", Palestra, Lima, 2006.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, Doig Díaz, Y. y Quispe Farfán, F.S., "El Nuevo Proceso Penal – Estudios fundamentales", Palestra, Lima, 2005.

DEFENSORÍA EL PUEBLO; "Ley del Servicio Militar hacia un modelo voluntario"; 1999; Lima - Perú.

DEFENSORÍA EL PUEBLO; "El Derecho a la vida y a la integridad personal en el marco de la prestación del servicio militar en el Perú" Informe N° 42; 2002; Lima – Perú.

DEFENSORÍA EL PUEBLO; "Compendio de resoluciones defensoriales" Tomo II; 2004; 1999; Lima - Perú.

DEFENSORÍA EL PUEBLO; "Debate Defensorial"; 1998; Lima Perú.

DEFENSORÍA EL PUEBLO: Documento de trabajo N° 002-2010/DP-ADHPD "Problemática en el traslado de personas detenidas requisitorias"

IDEELE y DESCO; Personal militar en situación de vulnerabilidad en el Perú", 1ra. Ed.; 2009; Lima - Perú

SALOMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina, "El Derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 1ra. Ed., 2012, Lima - Perú.

Pág. Web.

- <http://hdl.handl.net/10654/1805>

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JUSTICIA MILITAR POLICIAL

Cómo la administración de justicia especializada coadyuva con la paz y el orden interno e internacional

Dr. Gustavo Adolfo Botetano Villafuerte^()*

SUMARIO

El nuevo entorno global, la intermundialización y las neotendencias del Siglo XXI han determinado que la Visión Institucional de las fuerzas y cuerpos de seguridad se oriente a nuevos roles funcionales. El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Militar Policial constituyen el marco normativo fundamental para su proyección y desarrollo organizacional. En ese sentido, la jurisdicción especial penal militar policial coadyuva al mantenimiento de la disciplina y por ende garantiza su normal funcionamiento respecto al cumplimiento de su finalidad fundamental y misión institucional.

I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER DOCTRINARIO

En un Estado de Derecho se espera mucho de sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Las fuerzas de seguridad están ubicadas en un difícil punto

de equilibrio: “garantizar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, y al mismo tiempo, defender el orden público y la legalidad”. Es decir, les corresponde “cumplir y hacer cumplir la ley” y “defender la legalidad desde la legalidad”.

La efectividad debe ser ejercida en razón al respeto del Derecho. Lo contrario constituiría deslegitimar la ley y la naturaleza de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El Estado les dota de medios que vetados a otros colectivos: el uso de la fuerza y las armas de fuego. No existen excepciones a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Quien infringere este precepto, deberá ser procesado y sancionado con las garantías que el orden jurídico establece.¹

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley participan en el mantenimiento y en su caso en el restablecimiento del orden interno, así como en Misiones de Mantenimiento y Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas, encargándose del mantenimiento y restablecimiento

(*) Catedrático Universitario en Derecho Penal Privativo y Ciencia Política. Tutor del Diplomado de Especialización en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Diplomado en Derecho Penal Militar Policial. Ha representado al Perú en el XV Curso de Observadores Policiales para Misiones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas, en el Reino de España. Ha sido Miembro de la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, y Miembro de la Comisión Consultiva de Orden Interno y Soberanía Territorial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

1 Valverde Caman, Fernando. Libro: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en el Ámbito de Operaciones de Paz de las Naciones Unidas*. Instituto de Formación y Protección de Derechos Humanos. Lima. 2012.

del orden público y garantizar los derechos de las personas, contexto en el cual están autorizados a hacer uso de la fuerza y del arma de fuego, entiéndase, en el ámbito local (orden interno) así como en el ámbito de las operaciones de paz (orden internacional).

El empleo de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional y extraordinario. En el desempeño de sus funciones pueden utilizar, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza. Esta puede ser utilizada: en la medida en que sea estrictamente necesario y para fines lícitos, y, cuando otros medios resulten ineficaces o no garantizan, de manera alguna, el logro del resultado previsto. En todo caso, debe ser utilizado con moderación, debiéndose reducir al mínimo los daños y las lesiones así como disponerse de medios que permitan un uso diferenciado de la fuerza.

El uso de la fuerza y de armas de fuego se sustenta en el “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/169, y en los “Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” adoptados por las Naciones Unidas en el Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Cuba en 1990.²

En el marco del orden público internacional y la seguridad hemisférica, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad han asumido un rol fundamental respecto a su colaboración con la comunidad internacional y su participación en las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas. Así, personal militar y policial integra contingentes de seguridad encargados del mantenimiento y consolidación de la paz, participando también como observadores militares o policiales, instructores de Derecho Internacional Humanitario, corresponsales de guerra, asesores jurídicos operacionales en Derecho Internacional Humanitario y derecho internacional

de los Derechos Humanos, entre otras actividades especializadas a destacar.

Constituye desafío de futuro, todo aquello que permita a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad hacer frente a las exigencias del medio social y la realidad nacional e internacional, y en ese contexto: contribuir con la consolidación de la democracia, fomentar una cultura de respeto a los derechos y valores, respetar los derechos fundamentales de las personas, revalorar la conducta ética y legal, y mejorar sus relaciones con la comunidad.

II. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER JURÍDICO

La Constitución Política del Perú y la Ley N° 27741 establecen la obligatoriedad de la difusión y enseñanza, sistematizada y permanente, de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, en el sistema educativo nacional en todos sus niveles, incluyendo a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Mediante Resolución Suprema N° 234-2001-JUS se creó la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, integrado por los Ministerios de Justicia, Interior, Defensa, Educación y Relaciones Exteriores, y como observadores, a la Defensoría del Pueblo, Congreso de la República y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, estableciéndose la obligación de compatibilizar la legislación y la doctrina adecuándola a las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales sobre la materia.

El Perú es Alta Parte Contratante de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, entre otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario; así como, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Estatuto de Roma de 1998, entre otros instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2 Organización de las Naciones Unidas. *Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Nueva York. 2002.

El Código Penal Militar Policial, aprobado con Decreto Legislativo N° 1094, tipifica y sanciona los delitos cometidos en estados de excepción y contra el Derecho Internacional Humanitario, precisando que son personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, las personas protegidas por los Convenios de Ginebra I, II, III y IV del 12 de agosto de 1949, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 (tratándose de un conflicto armado internacional), las personas que ameritan protección según el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 (tratándose de un conflicto armado no internacional), y los miembros de las Fuerzas Armadas y las personas que participan directamente en las hostilidades y que han depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensas (tratándose de conflictos armados internacionales y no internacionales).

En cuanto se refiere a la responsabilidad de los jefes y otros superiores, el artículo 76° los reprime con la misma pena que le corresponda a aquellos que, encontrándose bajo su mando o autoridad y control efectivo, cometen un delito descrito en el referido Título, siempre que hubiere conocido que sus subordinados estaban cometiendo esos delitos o se proponían cometerlos, y, o hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el delito en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

El artículo 78°, precisa que, con respecto a los delitos contemplados en el referido Título, este Código rige incluso cuando éstos hayan sido cometidos en el extranjero o no tengan vinculación con el territorio nacional. El Código Penal Militar Policial puntualiza la descripción típica y sanción de los delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario; así como, los delitos de empleo de métodos prohibidos en la conducción de hostilidades, los delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades, y los delitos contra operaciones humanitarias y emblemas.

El Decreto Legislativo N° 1095 establece las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las

Fuerzas Armadas en el territorio nacional, determinando en su artículo 5°, tres ámbitos de competencia:

- Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigiendo las normas del Derecho Internacional Humanitario;
- Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a realizar acciones militares en apoyo a la Policía Nacional para el control del orden interno, rigiendo las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos;
- Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas se orienta a realizar acciones militares en apoyo a la Policía Nacional en las situaciones descritas en la norma (tráfico ilícito de drogas y otras actividades), rigiendo las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Establece en su artículo 8° que los miembros de las Fuerzas Armadas deben observar como mínimo las siguientes disposiciones:

- Las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han depuesto las armas así como las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa son, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento, la condición socio-económica o cualquier otro criterio análogo;
- Se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, en lo que atañe a las personas antes mencionadas, los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente, el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios, los atentados contra la dignidad personal, especialmente, los tratos humillantes y degradantes, así como la violencia sexual, los castigos colectivos, las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio, ante un tribunal

legítimamente constituido, con garantías judiciales; y las amenazas de realizar los actos mencionados.

Los Institutos de las Fuerzas Armadas deben incorporar en sus planes de instrucción y entrenamiento, las previsiones necesarias a efectos de impartir a su personal la instrucción, preparación y entrenamiento apropiados para el cumplimiento de la ley. Las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación de esta norma legal o en ejercicio de su función, son de competencia del Fuero Militar Policial, de conformidad al artículo 173º de la Constitución Política del Perú. El superior asume la responsabilidad correspondiente cuando hubiera tenido conocimiento de que sus subordinados infringieron estas disposiciones y no hubiera adoptado, oportunamente, las medidas preventivas o correctivas a su disposición.

III. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER OPERATIVO EXTRATERRITORIAL

El artículo 78º precisa que, con respecto a los delitos contemplados en el referido Título, este Código rige incluso cuando éstos hayan sido cometidos en el extranjero o no tengan vinculación con el territorio nacional. Contexto relacionado con la participación en operaciones de paz de las Naciones Unidas.

Los conflictos entre países son generalmente solucionados mediante el diálogo entre representantes de los gobiernos comprometidos, los cuales, en algunas oportunidades, son conducidos por las Naciones Unidas u otro representante destacado de la comunidad internacional. Caso contrario y de fracasar el diálogo, la Asamblea General de la ONU convoca a los países involucrados en el conflicto a efectos de generar y propiciar que las naciones adopten las más adecuadas decisiones para su solución respectiva. Cuando la Asamblea General

no resuelve el conflicto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas interviene y emite resoluciones de carácter obligatorio que buscan coadyuvar al establecimiento de una solución pacífica del conflicto. Dichas resoluciones comprenden: el alto o cese del fuego, la imposición de sanciones económicas y militares, la ejecución de una operación de mantenimiento de la paz a efectos de vigilar el cumplimiento de las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU.^{3 4}

Las Operaciones de Paz consisten en el uso de fuerzas multinacionales, que en determinadas circunstancias, están bajo el mando de las Naciones Unidas, y sirven para ayudar a resolver los enfrentamientos entre países y comunidades, contribuyendo a mantener el conflicto bajo control. Estas operaciones solamente pueden ser establecidas si los países o comunidades están de acuerdo y el Consejo de Seguridad de la ONU apoya el envío de tropas para organizar una operación de paz.⁵

Debe tenerse en cuenta que la Organización de las Naciones Unidas no cuenta con una fuerza militar propia, motivo por el cual, los efectivos y personal, así como las armas y equipo pesado utilizados en las operaciones de mantenimiento de la paz, son aportados por los Estados Miembros de la Carta de las Naciones Unidas. Pueden ser:

Fuerzas de Mantenimiento de la Paz, comúnmente llamados “cascos azules”, cuyo personal está provisto de armas ligeras y autorizado a utilizarlas para defensa propia, a fin de evitar utilizar la fuerza en favor de una de las partes en conflicto y asegurar la efectividad de la misión. Estas tienen las funciones: observar e informar respecto a treguas o cese del fuego, investigar e informar respecto a violaciones a treguas o cese del fuego, cuidar de zonas de contención o áreas desmilitarizadas, mantener separadas a las fuerzas en conflicto, monitorear fronteras.

Misiones de Observación, cuyo personal no está armado y usan “boina azul” como distintivo.

3 Comité Internacional de la Cruz Roja Misión Española. *Manual Básico de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Editorial Blanco. Madrid. 2003.

4 Botetano Villafuerte, Gustavo. Libro: *Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial*. Fondo Cultural de la Embajada de Suiza. Lima. 2008.

5 Organización de las Naciones Unidas. *Las Naciones Unidas y el Mantenimiento de la Paz*. Nueva York. 1997.

Sus funciones principales son: apoyar el fortalecimiento de instituciones locales y administraciones transicionales, apoyar aspectos políticos de la misión, administración y logística, Derechos Humanos e información pública, cumplir responsabilidades relacionadas al gobierno de administraciones y servicios locales y nivel de Estado, sistemas presupuestarios y fiscales, utilidades públicas y los sectores de salud y educación, y sistemas judiciales, efectuar acciones de desminado humanitario, apoyar la desmovilización de las tropas en conflicto, apoyar reintegración de los combatientes a la vida civil, apoyar el reparto de comida, alimento y vacunas, ejercer funciones de policía civil, apoyar el mantenimiento de vehículos, logística y telecomunicaciones.

La comunidad internacional reconoce que las Misiones de Paz posibilitan la continuidad de los esfuerzos de carácter diplomático y político orientados a lograr la paz. Puesto que, claro está, el mantenimiento de la paz solamente funciona si las partes en conflicto ponen de manifiesto la voluntad política de respetar los acuerdos y permitir que el personal de la ONU cumpla su misión.⁴⁶ En consecuencia, puede afirmarse que las operaciones de mantenimiento de la paz son positivas y generan efectos que contribuyen, entre otros aspectos a destacar, tales como:

- Ayudar a determinar fronteras de seguridad entre las comunidades enfrentadas, a fin de garantizar el alto al fuego y el cese de la lucha armada;
- Auxiliar a los refugiados y desplazados para que retornen a su patria y se reintegren a su comunidad;
- Remover las minas terrestres a fin de evitar accidentes;
- Reparar las carreteras y puentes que posibiliten las comunicaciones y el tránsito;
- Ayudar a reforzar las instituciones públicas, la ley y el orden;
- Vigilar la legalidad de las elecciones y apoyar la consolidación de la democracia;

- Verificar el respeto a los Derechos Humanos y el derecho humanitario;
- Ayudar a desarmar a los bandos enfrentados;
- Alentar a la disminución de la cantidad y peligrosidad del armamento;
- Ayudar a consolidar y asegurar la paz y la seguridad en las zonas en conflicto, luego que las naciones unidas se retire.

Para que una Misión de Paz tenga éxito, se afirma, deben cumplirse determinados aspectos fundamentales, que son: voluntad de las partes en conflicto para resolver sus diferencias de forma pacífica, la vigencia de un mandato definido, la existencia de un sólido apoyo político de la comunidad internacional y administrar recursos necesarios para cumplir satisfactoriamente los objetivos de la operación.

A nivel de la participación efectiva los países de la región, América continúa aportando a los procesos de mantenimiento y consolidación de la paz mundial, a través de las Operaciones de Paz. Su accionar ha generado la institucionalización y desarrollo en materia de enseñanza, entrenamiento y planeamiento en misiones de este orden. Argentina, Uruguay, Brasil, Chile, Ecuador, Bolivia, Paraguay, Colombia, Perú, así como El Salvador, Nicaragua, Panamá, Guatemala, Honduras y México, han asumido un rol muy activo en estas operaciones.

La tendencia regional respecto al aporte en Operaciones de Paz se está caracterizando por la reducción de tropa, pero manteniendo la presencia de observadores militares y policiales así como de contingentes de policía civil, salvo en los casos donde la intensidad de la alteración del orden público signifique mayor preocupación. La experiencia de Haití es la primera que es liderada y conformada, en su mayoría, por personal de países sudamericanos, incluyendo el liderazgo político que se ejerce con relación a la representación especial del secretario general de la ONU en la misión y en el ejercicio del Comando General de las fuerzas apostadas. Es importante mencionar que, en términos generales, las fuerzas de mantenimiento

6 Organización de las Naciones Unidas. Reglas de Justicia Penal de las Naciones Unidas para la Policía de Mantenimiento de la Paz. Viena. 1994.

de paz están compuestas por efectivos militares y policiales conocidas como cascos azules, por el casco que llevan. Las misiones de observadores están integradas por observadores militares, policiales o civiles, que no portan armas y llevan boina azul.

Las características del nuevo entorno global y la intermundialización han determinado que las Instituciones Policiales, visualicen su futuro en base a nuevos roles funcionales. El Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) constituyen el marco normativo fundamental para su proyección y nueva perspectiva.

IV. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER OPERATIVO TERRITORIAL

Los Estados esperan mucho de sus Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, más aún porque estos se ubican en un difícil punto de equilibrio basado en dos deberes: garantizar el respeto de los derechos y libertades y así, defender el orden público y la legalidad.⁷ Su eficacia se ejerce mediante el respeto del derecho, pudiendo hacer uso de un poder de policía, que se puede manifestar a través del uso de la fuerza y el empleo del arma de fuego.⁸

Corresponde a la autoridad policial mantener y restablecer el orden público. En ese contexto, está autorizada a hacer uso de la fuerza y del arma de fuego, en el ámbito nacional (seguridad interna) así como en el ámbito de las operaciones de paz (seguridad hemisférica). El empleo de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, debe ser excepcional. En el desempeño de sus funciones pueden utilizar, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza. Esta puede ser utilizada: en la medida en que sea estrictamente necesaria y para fines lícitos, y, cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen, de manera alguna, el logro del resultado previsto. Puede utilizarse siempre con moderación.

Es rol de los funcionarios policiales encargados de hacer cumplir la ley, conforme ocurre en la experiencia institucional de las Policías iberoamericanas y del mundo, participar en el mantenimiento o restablecimiento del orden interno y el orden internacional, debiendo garantizar los derechos de las personas, incluyendo el asesoramiento en DIH y DIDH, así como el entrenamiento de la policía local.

Por consiguiente, en el contexto del concepto moderno de orden público internacional y seguridad hemisférica, las Policías iberoamericanas tienen un rol fundamental en el contexto del orden interno y de las Operaciones de Paz de la ONU. El personal policial integra Contingentes de Seguridad encargados del mantenimiento y consolidación de la paz, participando asimismo como Observadores Policiales, Instructores de Derecho Internacional Humanitario, Corresponsales de Guerra, Asesores en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre otras actividades a destacar. En Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, España, Colombia, Paraguay, Brasil, Guatemala, Nicaragua, Honduras, El Salvador, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay, entre otros, se capacita y entrena personal policial, militar y civil calificado, con la finalidad de participar en estas actividades.

La política del Estado, que alcanza a los Sectores Interior y Defensa, se orienta a intensificar y promover la educación relativa a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, teniendo en cuenta los lineamientos del Sistema Nacional de Derechos Humanos y la disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en los que el Perú es Alta Parte Contratante, entre otros, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 (en materia de DIH), y en su caso, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Estatuto de Roma (en materia de DIDH). Debe tenerse en cuenta que los cuerpos y fuerzas de seguridad militar y policial, tienen competencia y pueden asumirla en toda clase de conflicto, esto es, conflictos armados de

7 Reyes Milk, Michelle. Asesora Técnica de la CONADIH. Notas a la conferencia: Jurisdicción Interna e Internacional. Curso Superior de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima. 2008.

8 Villanueva Garay, José. Doctrina Policial. Editorial Talleres Gráficos de la Universidad Ricardo Palma. Lima. 2006.

carácter internacional (CAI), conflictos armados de carácter no internacional (CANI), tensiones sociales y disturbios civiles, según corresponda y teniendo en cuenta las disposiciones emanadas del Sistema de Defensa Nacional, en cuanto se refiere al frente interno y al frente externo, respectivamente.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú tienen personal capacitado, entrenado y calificado. En ese segundo caso, por el Cuerpo Nacional de Policía, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, como: “Observador Policial para Misiones de Paz de Naciones Unidas”, “Instructor en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos” e “Instructor Policial en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial”. Esta realidad, ha generado la creación del Registro de Expertos (“Registro de Observadores Policiales e Instructores Policiales en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial”), creado mediante Resolución Ministerial N° 0394-2007-IN/0103⁹, cuyas actividades deben ser monitoreadas con ocasión de la ejecución del Plan Operativo Anual de la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario – CONADIH.

Definido está, entonces, que las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y el Fuero Militar Policial deben direccionar su Visión Corporativa orientándola a lograr ser reconocidas como instituciones modernas, disciplinadas y eficientes, prestigiadas nacional e internacionalmente: “por su respeto y defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, su vocación democrática y compromiso en fomentar una cultura de paz.”

Un auténtico proceso de modernización, entre otros aspectos, debe comprender la adecuación y desarrollo del sistema educativo, así como la in-

tegración de la doctrina y legislación en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de conformidad con el marco normativo internacional del que se es parte. La Visión Corporativa debe comprender Líneas de Acción referidas a la aplicación de las normas y principios del derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, en los términos que a continuación se plantea:

LÍNEA DE ACCIÓN 1
Formulación y suscripción de una Nota de Entendimiento o Adenda al Memorando de Entendimiento Perú – ONU.
META
Lograr la aplicación de la Nota de Entendimiento o Adenda al Memorando de Entendimiento Perú – ONU.
BENEFICIO
Generar un marco político favorable para la participación de personal del cuerpo jurídico militar policial calificado en Operaciones de Paz ONU, como Observador o Asesor Jurídico Operacional.

LÍNEA DE ACCIÓN 2
Capacitación, especialización y perfeccionamiento de los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial en Justicia Militar y Cortes Marciales.
META
Lograr que el personal acreditado alcance nivel y status profesional reconocidos en los ámbitos nacional e internacional.
BENEFICIO
Generar un marco operativo complementario favorable, que garantice la evaluación, monitoreo y retroalimentación del proceso educativo-profesional del Oficial del Cuerpo Jurídico Militar Policial, en beneficio de la justicia militar policial.

9 Resolución Ministerial N° 0394-2007-IN-0103, Registro de Observadores Policiales para Misiones de Paz de las Naciones Unidas e Instructores Policiales en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial. Lima. 2007.

V. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER ANALÍTICO

Por un lado el denominado nuevo Código Penal Militar Policial, aprobado con Decreto Legislativo N° 1094, tipifica y sanciona los delitos cometidos contra el Derecho Internacional Humanitario, precisando que son personas protegidas por el DIH:

Las personas protegidas por los Convenios de Ginebra I, II, III y IV del 12 de agosto de 1949, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 (tratándose de un conflicto armado internacional); las personas que ameritan protección según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 (tratándose de un conflicto armado no internacional);

Los miembros de las Fuerzas Armadas y las personas que participan directamente en las hostilidades y que han depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensas (tratándose de conflictos armados internacionales y no internacionales).

Este Código y el Decreto Legislativo N° 1095, respectivamente, reprimen al superior con la misma pena que le corresponda a aquellos que, encontrándose bajo su mando o autoridad y control efectivo, cometen un delito descrito en el referido Título, siempre que hubiere conocido que sus subordinados estaban cometiendo esos delitos o se proponían cometerlos, y, o hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el delito en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. Asimismo, establecen que el superior asume la responsabilidad correspondiente cuando hubiera tenido conocimiento de que sus subordinados infringieron estas disposiciones y no hubiera adoptado oportunamente las medidas preventivas o correctivas a su disposición.

El Decreto Legislativo N° 1095, que establece las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, señala que:

Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario; (supuesto que supondría la existencia de un conflicto armado interno o internacional en que las operaciones militares se desarrollan en el territorio nacional);

Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a realizar acciones militares en apoyo a la Policía Nacional para el control del orden interno, rigen las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; (situación que no supondría la existencia de un conflicto armado interno o internacional).

Sin embargo, es importante señalar que el conflicto armado interno es aquel que es librado dentro de las fronteras de un país, entre diferentes facciones, articuladas por factores étnicos, religiosos o políticos, asociados frecuentemente a intereses económicos. Son conflictos de tipo armado, en los que la colectividad no puede gestionar y confrontar sus intereses, degenerando un ciclo de violencia. La dinámica del conflicto puede implicar, que un conflicto o desacuerdo entre varias partes se convierta en un conflicto armado. Se aplican las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario.¹⁰

El artículo 1° del Protocolo II de 1977 considera conflicto armado no internacional, todo conflicto que se desarrolle en el territorio de un Estado, entre sus Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el derecho internacional establecido para ese tipo de conflicto.

10 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Artículo: *Misiones de Paz de las Naciones Unidas en el marco del DIH y el DIDH*. Lima. 2009.

Los disturbios y las tensiones interiores son situaciones en los que no existe el grado de violencia suficiente para considerarlos conflictos armados, conforme lo declara el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Resulta aplicable el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra y los Derechos Humanos conforme al derecho internacional de los Derechos Humanos. Las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, no son considerados como conflictos armados.

El conflicto armado internacional es la confrontación armada entre dos o más Estados. Comprende también las guerras de liberación nacional en las que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera (haya o no resistencia activa) o contra un régimen racista y, en general, las guerras que pueden surgir cuando los pueblos quieren ejercer su derecho a la libre determinación.

En ese orden de ideas, la lógica empleada por los Decretos Legislativos N° 1094 y N° 1095, respecto a los delitos cometidos contra el Derecho Internacional Humanitario, genera un conflicto de carácter jurídico con implicancia en la jurisdicción especial penal militar policial desde el punto de vista que “la existencia de un conflicto armado” es la situación que determina la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, mas no “la mera declaración de emergencia que dispone asumir a las Fuerzas Armadas el control del orden interno” como señalan estas normas legales.

Por un lado, el Código Penal Militar Policial indica “estados de excepción”, pudiéndose entender que se refiere al estado de sitio (por invasión, guerra exterior o guerra civil; es decir, situaciones afines al conflicto armado), e incluso al estado de emergencia (por perturbación de la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que agraven la vida de la nación; es decir, situaciones no tan graves como las que operan un estado de sitio). (Ver el artículo 137º de la Constitución Política del Perú.)

Más aún, el Decreto Legislativo N° 1095, hace referencia a la actuación de las Fuerzas Armadas en “Estado de Emergencia” orientado a conducir

operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigiendo las normas del “Derecho Internacional Humanitario” (supuesto que supondría la existencia de un conflicto armado interno o internacional en que las operaciones militares se desarrollan en el territorio nacional). Precizando finalmente, que las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas en aplicación del referido Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de competencia del Fuero Militar Policial, de conformidad al artículo 173º de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, esta norma no descarta la posibilidad de generar la sensación de que la Policía Nacional no tuviere participación en un eventual conflicto armado, a lo que debe sumarse el hecho que a nivel internacional los cuerpos y fuerzas de seguridad policial participan activamente en las operaciones de paz de las Naciones Unidas, contexto en el cual son aplicables los alcances del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios Básicos para el Empleo y Uso de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como las Reglas de Justicia Penal de las Naciones Unidas para la Policía de Mantenimiento de la Paz aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas – ONU.

VI. CONCLUSIONES

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en particular la Jurisdicción Especial Militar Policial, deben reorientar y direccionar su visión con la finalidad de lograr ser reconocidas como instituciones modernas, disciplinadas y eficientes, prestigiadas nacional e internacionalmente por su respeto y defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, su vocación democrática y compromiso en fomentar una cultura de paz.

Las fuerzas del orden, en el marco del cumplimiento de su misión así como de la paz interna y la seguridad nacional que deben garantizar, están colocadas en un difícil punto de equilibrio: “garantizar el respeto de los derechos y libertades de las personas, y al mismo tiempo, defender el orden

público y la legalidad”. La Jurisdicción Especial Militar Policial, al cumplir su misión y funciones establecidas en la Constitución Política y en la ley, garantiza la vigencia del Estado Democrático de Derecho.

El Estado y la sociedad, en el ámbito del cumplimiento de su cometido, les dota de medios generalmente vetados a otros colectivos. La capacidad para utilizar medios coercitivos violentos, incluyendo el uso de la fuerza y las armas de fuego, son manifestaciones extremas de sus especiales prerrogativas y atribuciones. Contexto en el cual tiene un rol fundamental la Justicia Militar Policial, considerando su carácter de especial y altamente especializada, máxime porque determina la responsabilidad de quienes delinquen a partir del uso ilegal, innecesario o desproporcionado de un poder excepcional.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Policial tienen competencia para participar en el mantenimiento y restablecimiento del orden interno (derecho internacional de los Derechos Humanos) y en las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas (Derecho Internacional Humanitario). Por tanto, la Justicia Militar Policial debe estar absolutamente preparada para administrar justicia a nombre de la nación, garantizando la disciplina y el respeto de los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal Militar Policial.

En Argentina, Chile, España, Colombia, Paraguay, Brasil, Nicaragua, Honduras, El Salvador, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay, entre otros, se capacita y entrena a personal del cuerpo jurídico militar policial e incluso civil altamente calificado para que participe en Operaciones de Paz de las Naciones Unidas. En el siglo XXI, el Oficial del Cuerpo Jurídico Militar Policial, por su formación jurídica y militar, es un profesional idóneo para asumir roles en un ámbito de competencia funcional tan particular.

Existe una íntima relación y complementariedad de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Militar Policial. En todo caso, en su aplicación se integra parte del fundamento de la Justicia Militar Policial, en razón a que esta actúa en tiempos de

paz y en tiempos de conflicto armado interno o internacional. Por consiguiente, el funcionamiento de la jurisdicción especial militar policial también coadyuva con el fortalecimiento de una cultura de la paz, y en particular, contribuye con el deber de garantizar el orden público internacional y la seguridad hemisférica.

VII. RECOMENDACIONES

Incorporar las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Militar Policial en la doctrina y legislación de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y Justicia Militar Policial peruanas.

Incorporar las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la doctrina y legislación de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y Justicia Militar Policial peruanas.

Autorizar la participación del personal del Cuerpo Jurídico Militar Policial, calificado en Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Militar Policial y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en Operaciones de Paz de las Naciones Unidas.

Promover la especialización de los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial y de la Justicia Militar Policial, sobre la base de tres pilares fundamentales: el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Militar Policial y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, honrando y cumpliendo, de esta manera, los compromisos internacionales asumidos por el Perú, en lo que respecta a los Asesores Jurídicos Operacionales, los Asesores Jurídicos en Derecho Internacional Humanitario y los Observadores Militares o Policiales en Misiones de Paz de las Naciones Unidas.

Apoyar las actividades del Centro de Altos Estudios de la Magistratura del Fuero Privativo Militar Policial, con énfasis en la investigación jurídica, orientada al desarrollo de la doctrina y legislación relacionada con la Jurisdicción Especial Militar Policial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BOTETANO VILLAFUERTE, Gustavo. Libro: Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial. Fondo Cultural de la Embajada de Suiza. Lima. 2008.

CENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHOS HUMANOS. Ministerio de Defensa. Fotografías portal web. Lima. 2012.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - MISIÓN ESPAÑOLA. Manual Básico de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Editorial Blanco. Madrid. 2003.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES. Artículo:

Misiones de Paz de la ONU en el marco del DIH y el DIDH. Lima. 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Nueva York, 2002.

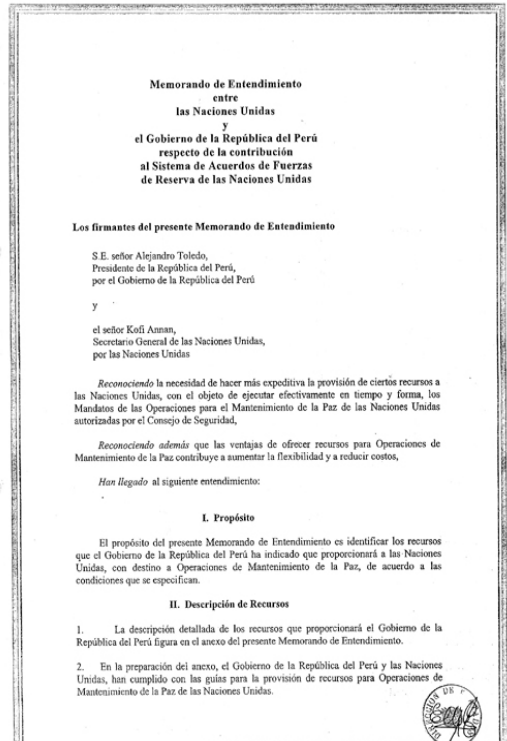
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Las Naciones Unidas y el Mantenimiento de la Paz. Nueva York, 1997.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Reglas de Justicia Penal de las Naciones Unidas para la Policía de Mantenimiento de la Paz. Viena, 1994.

VALVERDE CAMAN, Fernando. Libro: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en el Ámbito de Operaciones de Paz de las Naciones Unidas. Instituto de Formación y Protección de Derechos Humanos. Lima. 2012.

IX. ANEXOS

- EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL, FUNDAMENTAN LAS REGLAS DE JUSTICIA PENAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA POLICÍA DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ.



- EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL, FUNDAMENTAN LAS RELACIONES ENTRE LA ONU Y EL PERÚ RESPECTO A LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ.

Ratifican Memorando de Entendimiento respecto de la contribución al Sistema de Acuerdos de Fuerzas de Reserva de las Naciones Unidas

DECRETO SUPREMO
N° 066-2004-RE

EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que el "Memorando de Entendimiento entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República del Perú respecto de la contribución al Sistema de Acuerdos de Fuerzas de Reserva de las Naciones Unidas", fue suscrito en la ciudad de Lima, República del Perú, el 11 de noviembre de 2003 y aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28342, de 26 de agosto de 2004;

Que es conveniente a los intereses del Perú la ratificación del citado instrumento internacional;

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 56° y 118° inciso 11) de la Constitución Política del Perú, y en el artículo 2° de la Ley N° 26647;

DECRETA:

Artículo 1°.- Ratifícase el "Memorando de Entendimiento entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República del Perú respecto de la contribución al Sistema de Acuerdos de Fuerzas de Reserva de las Naciones Unidas", suscrito en la ciudad de Lima, República del Perú, el 11 de noviembre de 2003 y aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28342, de 26 de agosto de 2004.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cinco días del mes de octubre del año dos mil cuatro.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

MANUEL RODRÍGUEZ CUADROS
Ministro de Relaciones Exteriores

18085

**RESOLUCIÓN LEGISLATIVA
N° 28342**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

**RESOLUCIÓN LEGISLATIVA QUE APRUEBA
EL "MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO
ENTRE LAS NACIONES UNIDAS Y EL
GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
RESPECTO DE LA CONTRIBUCIÓN AL
SISTEMA DE ACUERDOS DE FUERZAS
DE RESERVA DE LAS NACIONES UNIDAS"**

Artículo Único.- Objeto de la Resolución Legislativa
Apruébase el "Memorando de Entendimiento entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República del Perú respecto de la contribución al Sistema de Acuerdos de Fuerzas de Reserva de las Naciones Unidas", suscrito en la ciudad de Lima, República del Perú, el 11 de noviembre de 2003.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los doce días del mes de agosto de dos mil cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.
Presidente del Congreso de la República

JORGE CHÁVEZ SIBINA
Cuarto Vicepresidente del Congreso
de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL
DE LA REPÚBLICA

Lima, 26 de agosto de 2004

Cumplase, comuníquese, publíquese, regístrese y archívese.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

CARLOS FERRERO
Presidente del Consejo de Ministros

15594

• EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL, FUNDAMENTAN LA ESPECIALIZACIÓN DEL OFICIAL DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR POLICIAL.

346682

NORMAS LEGALES

El Peruano
Lima, viernes 8 de junio de 2007

Defensoría del Policia efectuado al Ing. Omar Germán VALDEZ ORTIZ.

Artículo 2°.- Encargar las funciones de la Defensoría del Policia a la Abogada Giselle Emperatriz CANALES BECERRA, en adición a sus funciones de Secretaria Permanente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, en tanto se designa al titular.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS ALVA CASTRO
Ministro del Interior

70188-2

Crean el "Registro de Observadores Policiales en Misiones de Paz de Naciones Unidas e Instructores Policiales en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial"

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 0394-2007-IN/0103

Lima, 7 de junio del 2007

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú señala en su Art. 44° que es deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, y en su Cuarta Disposición Final y Transitoria que las disposiciones relativas a los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte;

Que, la Ley N° 27741 establece la obligatoriedad de la difusión y enseñanza sistematizada y permanente de la Constitución Política, del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, en todos los niveles del sistema educativo civil o militar, educación superior, universitaria y no universitaria; abarcando la plena vigencia y el estricto cumplimiento de los Pactos y Convenios Internacionales, así como la protección de los derechos fundamentales en el ámbito nacional e internacional;

Que, el Perú es Alta Parte Contratante de los Convenios de Ginebra, sus Protocolos Adicionales, la Convención de la Haya, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos sobre derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, respectivamente;

Que, el Art. 2° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Interior aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2005-IN, señala que sus Objetivos Institucionales son, entre otros, mantener el orden interno y orden público, contribuir a la defensa y estabilización del régimen democrático en el marco de la Ley y respeto de los derechos humanos, y garantizar el cumplimiento del orden jurídico;

Que, el Art. 14° del Texto Único Ordenado de la Ley del Ministerio del Interior aprobado con Decreto Supremo N° 003-2004-IN, establece que la Comisión Nacional de Derechos Humanos del Sector Interior, órgano dependiente del Viceministro, es responsable de establecer las políticas sobre derechos humanos, y mantener vinculación con los organismos públicos y privados ligados con el ámbito de su competencia;

Que, el Sector Interior integra la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, creada con Resolución Suprema N° 234-2001-JUS;

Que, es necesario establecer una política de monitoreo y mejora continua, basada en el status profesional del personal PNP que ha sido capacitado y especializado en el Cuerpo Nacional de Policía del Reino de España, en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o en la Dirección de Educación y Doctrina Policial, en ambos casos con el auspicio del Comité Internacional de la Cruz

Roja y otros organismos de reconocido prestigio nacional e Internacional;

Lo propuesto por el señor Viceministro del Interior;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Crear el "Registro de Observadores Policiales en Misiones de Paz de Naciones Unidas e Instructores Policiales en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial", a cargo de la Secretaria Permanente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

Artículo 2°.- El Registro creado a mérito de lo dispuesto en el Art. 1° de la presente Resolución, tendrá la siguiente estructura:

- "Observadores Policiales para Misiones de Paz de las Naciones Unidas", acreditados por el Cuerpo Nacional de Policía de España.

- "Instructores Policiales en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicados a la Función Policial", acreditados por la Dirección de Educación y Doctrina Policial.

- "Instructores en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", acreditados por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

- "Instructores Policiales en Derechos Humanos aplicados a la Función Policial", acreditados por la Dirección de Educación y Doctrina Policial.

Artículo 3°.- Mediante Resolución del Viceministro del Interior se aprobarán las normas que sean necesarias para optimizar su funcionamiento.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS ALVA CASTRO
Ministro del Interior

70188-3

Designan representante del Ministerio ante la Comisión para la Dinamización de Inversiones Públicas

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 0395-2007-IN

Lima, 7 de junio del 2007

CONSIDERANDO:

Que, por Decreto Supremo N° 024-2007-PCM, del 16 de marzo del año en curso, se creó la Comisión para la Dinamización de Inversiones Públicas, destinada a asegurar una mejor y mayor coordinación entre los diferentes sectores y niveles de gobierno, así como un seguimiento estricto de la ejecución de las medidas que se están implementando como consecuencia de la aplicación de la Ley N° 28880 y del Decreto de Urgencia N° 024-2006, así como sus respectivas normas complementarias y modificatorias, y de toda inversión pública con fines de lucha contra la pobreza y desarrollo social;

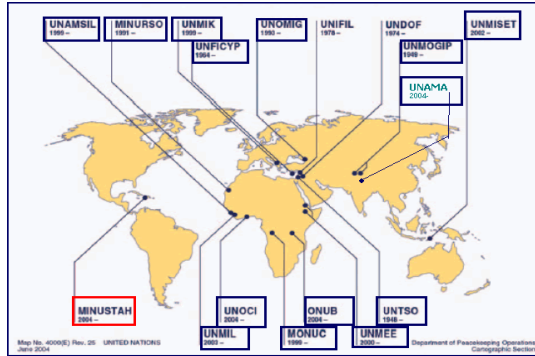
Que, la referida Comisión ha sido creada al ser necesario garantizar que todas las acciones y procedimientos que se efectúen guarden estándares máximos de eficiencia, economía y sobre todo de transparencia a fin de que los recursos asignados sean destinados al beneficio del país, especialmente de los sectores en situación de pobreza;

Que, el Decreto Supremo señalado, establece que dicha Comisión estará integrada por un representante del Presidente de la República, quien lo presidirá, y por un representante de cada Ministerio, que será un Viceministro;

Que, teniendo en consideración lo antes señalado, resulta necesaria la designación del representante del Ministerio del Interior ante la mencionada Comisión;

Con la visación de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior, y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo, Ley

- JURISDICCIÓN ESPECIAL MILITAR POLICIAL APLICADA A ACTOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO.



Fuente: Centro del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Ministerio de Defensa. Fotografías portal web. Lima. 2012.

- JURISDICCIÓN ESPECIAL MILITAR POLICIAL APLICADA A ACTOS COMETIDOS EN TIEMPOS DE CONFLICTO ARMADO.



Fuente: Centro del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Ministerio de Defensa. Fotografías portal web. Lima. 2012.



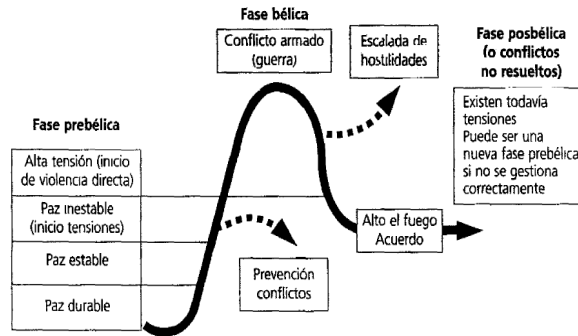
Fuente: Centro del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Ministerio de Defensa. Fotografías portal web. Lima. 2012.

- JUSTICIA MILITAR POLICIAL APLICADA A ACTOS COMETIDOS EN TIEMPOS DE PAZ CON OCASIÓN DE DISTURBIOS Y TENSIONES INTERNAS.



- LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL DEBE ACCEDER A ÁMBITOS DE ESPECIALIZACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL QUE COADYUVEN A SU OPTIMIZACIÓN Y DESARROLLO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL:

Figura 1.1. Etapas de los conflictos



LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL

Dr. Roberto Cáceres Julca^()*

I. SOBRE LAS EXCEPCIONES EN GENERAL

La excepción es un tipo de oposición¹ que puede formular el sujeto pasivo de la acción contra la pretensión articulada en su contra. De este modo, la excepción es una potestad de carácter jurídico que habilita al imputado a formular declaraciones tendientes a que la actuación en su contra sea desestimada por el órgano judicial o para evitar el progreso de la acción penal.

Así, las excepciones son un instituto procesal que habilita la oposición, contradicción o discusión

desde la perspectiva de hecho, motivo o título jurídico de la acción penal imputada al sujeto procesal accionado, a través de la introducción de circunstancias impeditivas, extintivas o modificativas al nacimiento, desarrollo o continuación de la relación jurídica procesal, evitando, con ello, que se reconozca la exigibilidad, efectividad o que se desvirtúe el efecto jurídico perseguido por la acción penal.²

CLARÍA OLMEDO señala que “la excepción (...) es un poder amplio cuyo ejercicio corresponde a quien es demandado o imputado en un proceso judicial, y que se satisface mediante la presentación de cuestiones jurídicas (simple negativa o

(*) Docente de la U. San Martín de Porres, en la cátedra de Derecho Procesal Penal. Maestría con Mención en Derecho Penal de la PUCP, doctorado en Derecho de la USMP. Autor de libros: Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal (Jurista Editores 2005), Las Medidas de Coerción Procesal. Sus Exigencias Constitucionales, Procesales y su aplicación Jurisprudencial (IDEMSA, 2006), Las Nulidades en el Proceso Penal. Apuntes sobre la nulidad en el auto de apertura de instrucción (Jurista Editores 2007). El Proceso de Pérdida de Dominio y Las Medidas Cautelares en la Investigación Preliminar (IDEMSA 2008). Las Medidas Cautelares en el nuevo Código Procesal Penal. Sus exigencias constitucionales, materiales y su praxis jurisprudencial (Jurista Editores 2009). Las Nulidades en el Proceso Penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial (Jurista Editores 2010). Las excepciones y defensas procesales. Teoría y práctica de las defensas de forma contra la acción penal en el Código Procesal Penal (Jurista Editores 2010), Los Medios Impugnatorios en el Proceso Penal (Jurista Editores 2011), El Delito de Colusión.

1 Las oposiciones se clasifican, desde el punto de vista de su contenido, en negaciones y excepciones; y desde el punto de vista de los efectos que producen, en dilatorias y perentorias. Las primeras, de prosperar, dilatan el proceso; las segundas procuran el rechazo definitivo de la pretensión penal.

2 La defensa de forma “(...) puede tener dos aspectos: a) negación de los hechos en los cuales funda su razón el demandante; b) negación de los fundamentos de derecho (...) En este sentido puede hablarse de defensa de hecho y defensa de derecho o de defensa material (afirmación de la inexistencia de los hechos). Cuando el demandado se limita a negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o a afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión del demandante, pero no existe excepción”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. De la excepción. En Revista Jurídica N° 12, Bogotá, octubre de 1947, pág. 281.

afirmaciones) opuestas a las postuladas por el actor o acusador mediante el ejercicio de la acción. Dicha postura permite hablar sin dificultad de la pretensión del demandado o imputado en cuanto contenido de la excepción, la que con el ejercicio de esta no es exhibida para que se resuelva si corresponde o no decidir sobre el fundamento de la pretensión del actor (inadmisibilidad), y en caso afirmativo decidir si éste (el actor) tiene o no razón (fundabilidad). Así es como la excepción deja ya de ser la resistencia de hecho al ataque directo del titulado acreedor. Este cambio o superación es el que proporciona el carácter jurídico a la excepción procesal, cuya eficacia se proyecta a lo largo del proceso ante el órgano jurisdiccional”.³

II. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES EN GENERAL

Las excepciones se clasifican desde el punto de vista de los efectos que producen, en dilatorias y perentorias:

a) **Excepciones perentorias.**- Las excepciones perentorias tienen por finalidad lograr la regularidad de la relación procesal. Al respecto señala DEVIS ECHANDÍA citando a CHIOVENDA, que “son las que anulan definitivamente la acción”⁴; es decir, se dirigen contra lo sustancial de la acción penal, ya sea desconocer la existencia de la relación jurídica procesal, afirmar su extinción o para impedir que se produzcan sus efectos en este proceso; en todos los casos, de declararse fundado, el proceso es sobreseído definitivamente, lo que provoca que se extinga la acción penal, impidiendo el entrar a un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión.

En este caso, las alegaciones del imputado se refieren a la falta de presupuestos procesales, que pueden ser extintivos o impeditivos de la acción penal, de modo que de declararse fun-

dada la excepción, conlleva la imposibilidad de entrar a debatir el fondo de la cuestión, o sea que tiene el efecto de extinguir el proceso.

- Son extintivos cuando eliminan los efectos del actuar prohibido por la norma, tal es el caso de las excepciones de prescripción, cosa juzgada y amnistía.
- Son impeditivos cuando las alegaciones de hechos impiden que la acción penal produzca normalmente sus efectos; por ejemplo, la excepción de improcedencia de acción.

En ambos supuestos, se trata de alegaciones que inciden en el fondo de la cuestión; no se niegan los hechos constitutivos de la pretensión penal, sino que se alega hechos obstativos o excluyentes de la continuación del proceso y su finalización mediante una sentencia.

La resolución consentida o ejecutoriada que declare fundada una excepción perentoria tiene como efecto principal el anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso, beneficiando a los demás imputados aun cuando no han interpuesto la excepción o se han adherido a ella, siempre que se encuentren en igual situación jurídica.

b) **Excepciones dilatorias.**- Las excepciones dilatorias, temporarias o retardantes, señala DAVIS ECHANDÍA citando a CHIOVENDA, son “las que excluyen la acción como actualmente existen”⁵, en este sentido, no tienen por objeto cuestionar el fondo de la pretensión o lo sustancial de la pretensión, “solo producen la suspensión transitoria del proceso hasta que este sea saneado, es decir se salve el obstáculo mediante el cumplimiento de lo omitido o de la corrección del defecto, es decir que tiene un efecto paralizante”.⁶

Las excepciones dilatorias suspenden o paralizan el proceso hasta que se depure o se

3 CLARÍA OLMEDO, Jorge. “La excepción procesal”. Revista de Estudios Procesal de Rosario. Año VII, N° 26, pág. 11.
 4 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. De la excepción. En Revista Jurídica N° 12, Bogotá, octubre, 1947, pág. 287.
 5 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. De la excepción. Ob. cit., pág. 287.
 6 CLARÍA OLMEDO, Jorge. “La excepción procesal”. Revista de Estudios Procesal de Rosario. Año VII, N° 26, pág. 28.

subsane el vicio o las deficiencias que afectan la relación procesal; en este sentido buscan que se cumpla con la etapa del proceso previa para su depuración y control de los presupuestos procesales necesarios para la validez y eficacia del mismo.

De este modo, solo hacen perder a la acción penal su eficacia inmediata, mas no impiden la continuación del proceso, una vez que sean eliminados los defectos de que adolecía.

Es posible plantear diferentes tipos de excepciones de forma sucesiva, sean éstas dilatorias y/o perentorias en el mismo proceso, fundadas en diferentes causales, al tratarse de un mecanismo de defensa, teniendo como única limitación el no poder replantear como excepción perentoria una cuestión ya opuesta como dilatoria y desestimada por el juzgador.

III. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

El artículo 415 literal c) del Código de Justicia Militar establece que se puede deducir esta excepción en cualquier estado de la causa.

Nuestra Constitución prescribe el principio de la cosa juzgada taxativamente dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, desde una doble perspectiva normativa: La establecida en el artículo 139 numeral tercero de la Constitución, debido proceso⁷ ⁸, y lo establecido en el artículo 139 numeral décimo tercero de la Constitución cuando prescribe:

“La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la

prescripción producen los efectos de la cosa juzgada”.

Las normas supranacionales de protección de los Derechos Humanos reconocen este principio. Así tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14º, numeral séptimo que sostiene: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8º, numeral cuarto expresa: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”.

El artículo 78º Código Penal señala las causales de extinción de la acción penal, al afirmar que la acción penal se extingue:

2. Por autoridad de cosa juzgada.

El Código Penal al hacer mención a la acción penal, no hace sino recoger implícitamente una determinada concepción de dicha institución, y que al incorporar diversos supuestos, entre los que cita a la cosa juzgada, persiste en catalogarlo como causa de extinción de la acción penal –siempre en esa concepción sustancialista–, y que algunos autores nacionales, sobre la base de la legislación y doctrina española, empiezan a definirla como “causas que extinguen la responsabilidad criminal o penal”⁹.

La institución de la cosa juzgada tiene dos vertientes, una formal y otra material. La primera produce el efecto de la inimpugnabilidad de las resoluciones judiciales, transcurridos los plazos

7 “El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos”. Exp. N° 0090-2004-AA/TC-Arequipa. Lima, 5 de julio de 2004.

8 “El debido proceso o proceso justo es un derecho fundamental complejo (en la medida en que está integrado por varios derechos) de carácter instrumental, pues, además de ser él mismo un derecho fundamental, cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Editorial ARA, Lima, 2004, pág. 342.

9 SAN MARTÍN CASTRO, César. “La cosa juzgada como causal de extinción de la acción penal”. Actualidad Jurídica. N° 181, diciembre, 2008, pág. 146.

legales para su recurrir. La cosa juzgada material, en cambio, conduce a un efecto vinculatorio de la resolución de fondo (sentencia o auto de sobresiimiento libre) en un proceso respecto de otro.

A. Clases de cosa juzgada

La doctrina reconoce dos clases de cosa juzgada:

- a) La cosa juzgada formal, tiene por función evitar que en el mismo proceso en el que se ha dictado una sentencia firme, se vuelva a revisar la misma.
- b) La cosa juzgada material, tiene por función evitar a través de la fuerza y autoridad de una sentencia, que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre un asunto que ha sido resuelto sobre el fondo.

B. Elementos para la configuración de la cosa juzgada

La cosa juzgada no hay que confundirlo con el *non bis in ídem*¹⁰, no son lo mismo; sin embargo, la cosa juzgada se fundamenta en el *non bis in ídem* para hacerse efectivo. De este modo debe existir una sentencia firme o un proceso en trámite que verse sobre una materia u objeto respecto de la cual ya existe pronunciamiento previo; para ello es necesario que entre el proceso culminado y

el proceso en trámite se presente la triple identidad de: hechos, sujetos y fundamentos, elementos esenciales sin los cuales no puede invocarse la cosa juzgada.

Así, la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada, está supeditada a la concurrencia de la triple identidad entre sujeto, el objeto y la acción penal; por lo tanto, la existencia de esta triple identidad en cualquiera de los planos en los que se invoque la aplicación de este principio, ya sea, material (sustancial)¹¹ o procesal (formal)¹² es un presupuesto esencial de su fundabilidad.

La vigencia del principio del *non bis in ídem* supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.¹³

Sin embargo, la admisibilidad o procedencia de la excepción de cosa juzgada está supeditada a la demostración del examen integral de dos procesos, de que se trata de las mismas personas, del mismo objeto (asunto sometido a decisión judicial o por existir continencia, conexidad, accesoriedad, o subsidiariedad) o fundamento que ya ha resuelto y que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo litigio.

10 CABANELLAS, define el "non bis in ídem como un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo". CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4º Edición ampliada por Ana María CABANELLAS. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 175.

El *non bis in ídem* es un principio establecido en el artículo 139 numeral tres de la Constitución. Se trata de un derecho público, subjetivo y fundamental, que es de aplicación directa e inmediata en todo orden jurídico. El fundamento de este principio es múltiple. Es claramente un principio de protección judicial para el justiciable contra el ius puniendi del Estado, se sustenta en los principios de prohibición de interdicción de la arbitrariedad, principio de seguridad jurídica, así como en el principio de legalidad.

11 "El principio de *non bis in ídem* prohíbe no solo la duplicidad de sanciones, sino también de procesos por un mismo delito. En este sentido, la cosa juzgada material supone para todo hecho que haya sido objeto de un proceso penal, el agotamiento de la acción penal, desde el punto de vista real y jurídico". SCHLÜTER, Ellen. Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 158.

12 *El non bis in ídem en su vertiente procesal o material prohíbe la inadmisibilidad de persecución penal múltiple en aras de evitar un doble enjuiciamiento contra los justiciables, propugnando la extinción de una segunda acción penal en un procedimiento sustanciado. En síntesis, en su ámbito procesal el non bis in ídem impide que un mismo hecho procesal sea sujeto de dos procesos por sobre el mismo objeto, o el inicio de un nuevo proceso en otro orden jurídico como consecuencia de la cosa juzgada.*

13 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La garantía del "non bis in ídem" en el ordenamiento jurídico penal*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2006, pág. 25.

El *non bis in ídem* se trataría de una derivación de la inviolabilidad del derecho de defensa; esta postura es compatible con el ejercicio de los medios de defensa técnicos que dispone el imputado, como es la excepción de cosa juzgada. En otras palabras, el *non bis in ídem* material y procesal y el derecho irrestricto a la defensa técnica y material forman parte de una misma naturaleza jurídica¹⁴.

C. Presupuestos de la cosa juzgada

El *non bis in ídem* informa la cosa juzgada, por lo que el presupuesto que deben verificarse para que esta garantía despliegue sus efectos es la existencia probada de la triple identidad, entre una y otra sanción o proceso: sujeto, hecho y fun-

damento. Es decir, se requiere un análisis ordenado de los elementos: en primer orden, debe tratarse de la misma persona (*eadem persona*); en segundo orden, se debe tratar del mismo hecho (*eadem res*) y por último, debe tratarse del mismo motivo de persecución o fundamento (*eadem causa pretendi*).¹⁵

Desde la perspectiva expuesta, para que se declare fundada una excepción tiene que presentarse identidad entre el hecho imputado por el cual fue sentenciado y el nuevo hecho por el cual se le procesa o investiga, la persona del imputado debe ser la misma en ambos procesos, y por último el bien jurídico protegido por el Código de Justicia Militar, debe ser vulnerado por el imputado.

14 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. La garantía del “*non bis in ídem*” en el ordenamiento jurídico penal. Ob. cit., pág. 30.

15 Los mismos requisitos se exigen en la vía civil. Ver GUERRA CERRÓN, María Elena. “Los alcances de la excepción de cosa juzgada”. En *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 120, septiembre, Tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 23 y siguientes. Aquí se señala que en la excepción de cosa juzgada, así como en la de litispendencia, se comprende a las mismas personas, el mismo objeto y se funda en la misma causas (triple identidad). Hay cosa juzgada cuando en una nueva demanda se pretende un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión decidida anteriormente en otros litigios.

LA JUSTICIA MILITAR Y SU TRASCENDENCIA EN EL PERÚ

Cap. SJE Luis Zevallos Paredes^()*

INTRODUCCIÓN

La primera vez que tuve entre mis manos un Código de Justicia Militar, fue en el otoño de mi quinto año de estudios en la universidad, cuando comencé a llevar el curso de Derecho Militar (Parte General y Parte Especial). Debo admitir que había escuchado hablar antes a mis compañeros de la disciplina militar, pero recién comprendí de la lectura de algunos libros de Derecho Militar, el significado de las palabras honor, lealtad, sacrificio y disciplina; palabras que en cualquier otra institución se usan sin ninguna relevancia, pero que en la vida militar son la base del día a día.

Estoy convencido, ahora que soy un profesional en leyes al servicio de las Fuerzas Armadas, que es un deber ineludible de todo oficial del servicio o cuerpo jurídico, contribuir, de alguna forma, a fortalecer los pilares de la Justicia Militar Policial. Para ello es necesario consolidar una línea doctrinaria y jurisprudencial sólida y convincente, y asimismo, construir una narrativa de la posguerra para que las futuras generaciones conozcan la lacra terrorista que aún se rehúsa a morir.

Para tal efecto he considerado dividir en dos partes este artículo, teniendo como franja diviso-

ra el periodo de la subversión, toda vez, que no se puede hacer un análisis de la Justicia Militar Policial en el Perú, sin antes hacer un paréntesis al rol que ésta desempeñó en la época de la subversión. Es más, estoy convencido, que todas las escuelas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional tuvieron un antes de la subversión y un después, por ello es insoslayable tocar aquel periodo convulsionado que nos tocó vivir.

Para ello, en un primer momento analizaré el origen de la Justicia Militar y continuaré con su evolución histórica en el Perú, después haré mención a la especialización del Derecho Penal Militar en el ordenamiento jurídico nacional, con la finalidad de comprender su trascendencia en la formación y especialización del profesional del Derecho; para, en un segundo momento, analizar sucintamente la época de la subversión y el rol que le tocó cumplir a la Justicia Militar en ese periodo, para concluir con el análisis de la Justicia Militar Policial en la actualidad.

Deseo mencionar también, que es el principal objetivo del presente trabajo, el de motivar a las nuevas generaciones de oficiales del Servicio Jurídico o Cuerpo Jurídico (ramas administrativa y judicial) y obviamente a todo el público en general, al

(*) Egresado de la Universidad Nacional de San Agustín – Arequipa. Actualmente labora como Asesor Legal de la Agrup. Crl José Gálvez – Ilo.

estudio y análisis del fascinante mundo de la Justicia Militar y del Derecho Militar, del mismo modo, el de resaltar a la Justicia Militar en la Historia Jurídica del Perú, toda vez, que fue la única institución que supo afrontar eficazmente la demencia terrorista, en tiempos de zozobra, en los que el Poder Judicial no retribuía con justicia la confianza que la Nación le había dado.

Para terminar, quiero plasmar en estas líneas mi eterna gratitud y respeto a todos los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que han caído lejos de sus hogares ante el fuego terrorista, loor y gloria a todos ustedes, porque no hay mayor honor que el de morir por su patria.

(“Fue en tiempos antiguos en los que cada sujeto debía ser juzgado por aquel que le fuera similar, de ahí el surgimiento de los fueros privativos. Así por ejemplo, un comerciante debía ser juzgado por los comerciantes, un sacerdote por los miembros del clero y así un miembro de los institutos castrenses por el personal de armas; es decir, sus pares. En otras palabras toda persona, tenía derecho a ser juzgado por aquel fuero que le correspondía por la propia naturaleza de las labores que desempeñaba, por el gremio al cual pertenecía...”)

PRIMERA PARTE

ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA JUSTICIA MILITAR

Por justicia militar se entiende, por un lado, al régimen jurídico que regula a la institución de las Fuerzas Armadas de un Estado en el marco de las relaciones internas de sus integrantes, y dentro de aquellas cuestiones propias delegadas a la jurisdicción militar, en virtud de las especiales características que reviste el funcionamiento del orden castrense. Y en una segunda acepción, al aparato jurídico de administración de justicia, por medio del cual se ejerce la jurisdicción militar.¹

Fue en Roma donde floreció el Derecho Penal Militar, toda vez, que configura desde su inicio el delito militar en torno a la idea de disciplina y, la necesidad de su mantenimiento para la **existencia del Ejército**; del mismo modo, contribuyeron a su desarrollo las ordenanzas de 1587 dadas en Bruselas por Alejandro Farnesio Duque de Parma y Plascencia y, las ordenanzas que se dictaron en España para regular la disciplina de los ejércitos, las cuales llegan a América con la legislación de Indias, en la que se trata temas como la jurisdicción militar, las milicias, etc; pero es el 22 de octubre 1768 que el Conde de Aranda publica las famosas Ordenanzas de Carlos III (“Consta de 8 tratados siendo el Título X el que se ocupa en 121 artículos de la legislación penal. Los más variados tipos penales militares tienen allí su definición: así tenemos la inobediencia, el insulto al superior, el abuso de autoridad, la denegación de auxilio militar, la sedición, la conspiración para ella, la negligencia en su represión, el trato con enemigos y la revelación del santo y seña, los insultos al centinela, el abandono del puesto, el espionaje, la desertión, la cobardía y los robos de armas y municiones, etc.”²) en las que se hace referencia a la Justicia Militar y vendrían a ser las de mayor influencia en América, manteniendo su vigencia hasta muy entrada la República en el Perú que surgió de la emancipación de España.

En un inicio, la justicia militar veía no solo causas en los cuales se encontraba involucrados efectivos militares, sino también, aquellos en los que sus criados dependientes se veían implicados. En los años 1701, 1704, 1706 y 1708 se dictaron una serie de ordenanzas muy importantes como la Segunda de Flandes (“Consta de 134 artículos, la mayor parte contiene preceptos penales expresamente dirigidos a mantener la subordinación y disciplina de las tropas, se castigan en ellas numerosos casos de desobediencia e insulto al superior, desórdenes, malos tratos, daños y sustracciones en las marchas, sedición, denegación de auxilio,

1 http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia_militar

2 Wander MUÑOZ PANTIGOSO, Fuero Militar, Importancia Jurisdicción de su Existencia Constitucional y Ámbito de su Competencia, Tesis, Universidad Nacional de San Agustín – Arequipa, Año 2002, Pág. 14 - 15.

entre otros”³) y otras que reglamentaban el procedimiento a seguir por los Consejos de Guerra. En 1748, se dictaron las Ordenanzas Generales de la Armada Naval Española, las cuales fueron modificadas en 1783, dado el desarrollo del poderío naval español.⁴

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

El inicio de la vida republicana en el Perú se caracterizó, por la crisis política, social, económica (consecuencia de la guerra que se libró para alcanzar la independencia), y por la inestabilidad institucional (situación de las haciendas y los reclamos de los esclavos en contra de las condiciones de trabajo).

Durante la República continuaron aplicándose las Ordenanzas en tanto no se opusieran a las normas promulgadas por el nuevo Estado Político. La Constitución de 1823 dispuso: La dación de los códigos civil y criminal militar, creándose en ese año el Consejo Militar Permanente para juzgar a los infractores. El 17 de diciembre de 1832 se dio la Ley sobre la competencia entre Juzgados del Fuero Privilegiado o Fiscales Ordinarios de Primera Instancia y, la Constitución de 1834 en su artículo 110° estableció el Consejo Supremo de Guerra⁵ (Compuesto de vocales y un fiscal nombrado por el Congreso de la República). Este organismo no fue recogido en las constituciones que se dictaron en el siglo XIX.

En el gobierno de Ramón Castilla (Decreto del 06 de agosto del 1846) se hace expresa mención como fuente normativa a la Real Orden del 25 de

septiembre de 1764, para decretar que los jueces de primera instancia y los escribanos públicos del fuero común que desempeñaban funciones de auditores de guerra, gozarían del fuero de guerra por el tiempo que sirvieron en tales cargos. Del mismo modo, en una Circular del 3 de abril de 1846, destinada a impedir la aplicación del fuero de guerra a los militares involucrados en malos manejos de fondos de la hacienda pública, se mencionan expresamente como fuentes normativas y de interpretación, normas coloniales como el artículo 84° de la Ordenanza de Intendentes, los reales decretos de 1793 así como la Real Orden de 1795 (Afirman José HURTADO POZO⁶ y Christian DONAYRE MONTESINOS⁷).

Va a ser durante el año 1863, durante el gobierno del General Juan Antonio Pezet, que se va a nombrar con fecha 19 de enero, una Comisión Bicameral encargada de elaborar un Código Militar. La propuesta del código fue sometido en enero de 1865 a la aprobación del Congreso, lográndose ello a través de la Ley del 14 de enero del mismo año. Su promulgación y vigencia surtirían efecto a partir del primero de enero del año siguiente.⁸ Sin embargo, la sublevación contra el gobierno de Pezet, que derivó en el gobierno del Coronel Prado, provocó que esta norma no entrara en vigencia.⁹

De este modo, la Justicia Militar siguió regulándose de manera inorgánica, por un conjunto de normas, fundamentalmente coloniales, a las que se sumaron algunas leyes, decretos, normas de menor jerarquía y disposiciones administrativas dictadas desde el inicio de la República. Esta situación se mantuvo hasta 1898, año en el cual

3 Wander MUÑOZ PANTIGOSO, Fuero Militar, Importancia Jurisdicción de su Existencia Constitucional y Ámbito de su Competencia, Tesis, Universidad Nacional de San Agustín – Arequipa, Año 2002, Pág. 14.

4 Christian DONAYRE MONTESINOS: La Reforma de la Justicia Militar. Estudios Críticos de la Experiencia Peruana y Comparada, Editorial Juristas Editores E.I.R.L., Primera Edición mayo 2004, Pág. 49.

5 Víctor U. SOLÍS GARCÍA: Justicia Militar Propuestas y Alternativas, Editorial SERCAUTI S.R.L., Primera Edición, junio 2002, Pág. 5.

6 José HURTADO POZO: La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición agosto del 2002, Pág. 361-362.

7 Christian DONAYRE MONTESINOS: La Reforma de la Justicia Militar. Estudios Críticos de la Experiencia Peruana y Comparada, Editorial Juristas Editores E.I.R.L., Primera Edición mayo 2004, Pág. 53-54.

8 Christian DONAYRE MONTESINOS: La Reforma de la Justicia Militar. Estudios Críticos de la Experiencia Peruana y Comparada, Editorial Juristas Editores E.I.R.L., Primera Edición mayo 2004, Pág. 56.

9 Este Código de Justicia Militar no llegó a entrar en vigencia, empero, otros autores como Víctor U. Solís García: Justicia Militar Propuestas y Alternativas, Editorial SERCAUTI S.R.L., Primera Edición, junio 2002, Pág. 6; sostiene que éste fue el primer Código Militar del Perú solo que tuvo una vida efímera.

se promulgó el Primer Código de Justicia Militar sustituyendo la Legislación Colonial.¹⁰ Cabe precisar, que hasta la dación del Primer Código de Justicia Militar en 1898; es decir, en plena vigencia de la vida republicana en el Perú, que va desde 1821 hasta 1898 (aproximadamente 77 años), todavía se venían aplicando las normas militares virreinales.

PRIMER CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

Nicolás de Piérola decidió iniciar una profunda reorganización del Ejército, para lo cual contrató los servicios de una misión militar francesa, bajo la jefatura del Coronel Pablo Clement. Esta misión llegó al Perú en el mes de setiembre de 1896 y Piérola le encargó el estudio de la Legislación Militar, Administración del Ejército y Reglamentos Militares. El 25 de mayo de 1897, Pablo Clement presentó su informe sobre la Legislación Militar, Administración del Ejército, Reglamentos Militares. Por orden de decreto del 20 de setiembre de 1897, se nombraron tres comisiones presididas todas por Pablo Clement. La primera de ellas se encargó de redactar el Proyecto de Ley del Servicio Militar y el de Justicia Militar, y estuvo integrada por cuatro militares y dos abogados. El proyecto del Código de Justicia Militar fue presentado ante el despacho de Guerra y Marina el 19 de julio de 1898, y tuvo como principales fuentes legislativas el Código Penal Militar Francés, así como, el Código Español de Justicia Militar de 1890. Finalmente el Primer Código de Justicia Militar de la República fue promulgado a través de la Ley del 20 de diciembre de 1898.¹¹ Éste Código tendría una vigencia de cuarenta años y fue derogado por el Código de 1939, dado por el gobierno del General Oscar R. Benavides, ley de reconocida bondad que rigió hasta la promulgación del Código de Justicia Militar de 1950, que en su título decimocuarto, **creó, por primera**

vez, el Cuerpo Jurídico Militar, constituido por los abogados que con el grado militar correspondiente debían prestar servicios en los organismos judiciales del Ejército, Marina, Fuerza Aérea y Guardia Civil.¹²

Desde el punto de vista constitucional, la Justicia Militar ha sido contemplada en las normas fundamentales de los años: 1823, 1828, 1834, 1856, 1920, 1933, 1979, 1993. Es de destacar la Constitución de 1920, en tanto que fue la primera en establecer en su artículo 156° el límite competencial de la justicia castrense respecto de los civiles en tiempos de paz. La Constitución de 1933 se limitará tanto a la organización de estos tribunales, como de sus atribuciones. En la Constitución de 1979 se establece como competencia de la jurisdiccional castrense, los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior e infracción al servicio militar obligatorio. En la Constitución de 1993 el Fuero Militar y la Justicia Militar son signados dentro del Capítulo XX que tiene por nombre la Seguridad y la Defensa Nacional, siendo la finalidad principal de las Fuerzas Armadas la de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL MILITAR

La “Especialidad” del Derecho Penal Militar, es parte trascendental que hace de la Justicia Militar un fuero excepcional, el cual tiene competencia solo sobre los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que hayan cometido delitos de función; sin embargo, no debemos olvidar, que la Justicia Militar tiene bases jurídicas comunes con la Justicia Ordinaria, entroncamiento legal, que también se mantiene entre el Derecho Penal Militar y el Derecho Penal Común.

10 José HURTADO POZO: La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición Agosto del 2002, Pág. 363-364.

11 José HURTADO POZO: La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición Agosto del 2002, Pág. 364.

12 Víctor U. SOLÍS GARCÍA: Justicia Militar Propuestas y Alternativas, Editorial SERCAUTI S.R.L, Primera Edición, Junio 2002, Pág. 7.

La especialidad refiere Juan Pablo RAMOS ESPIOZA¹³, es como fundamento del Derecho Penal Militar, pues si la garantía de la rígida disciplina es la Ley Penal, esa Ley ha de ser privativa y especialísima, por cuanto ha de castigar con singular rigor y ha de sancionar ciertos hechos con características propias, que en otra esfera que no sea militar no podrían estimarse nunca como constitutiva de una infracción penal, etc.

José HURTADO POZO¹⁴ alude por otra parte, que el delito especial (militar) por el universo de los posibles sujetos activos, se encuentran restringidos a la calidad de militares o policías, y a partir de esa condición naturalmente previa al delito de instraneus se configuran tipos penales distintos de los comunes. Sin embargo, la cualificación de los sujetos activos se completa con una característica adicional: el contenido del injusto militar entraña la violación de deberes exclusivamente institucionales y por tanto, solo exigibles a militares y policías. Esta es la diferencia con los delitos comunes.

Es necesario tener en cuenta, que si la jurisdicción penal militar existe hasta en tiempo de paz en la mayoría de países del mundo, es por su especialidad, que no puede ser asumida por otros órganos por su particular naturaleza, además, como es de conocimiento y lo asevera Wander MUÑOZ PANTIGOSO¹⁵, la disciplina militar no puede ser mantenida por medio del proceso penal común, pues dados sus plazos y trámites procesales podría ser tardía y sería perjudicial para la disciplina; sin agregar la movilidad de las unidades en operaciones de campaña y sobre todo la eventualidad de su empleo fuera del territorio nacional, etc.

Para concluir este tema nos quedamos, con lo aseverado por Eduardo Calderón el cual es citado por Juan Pablo RAMOS ESPINOZA¹⁶, quien engloba de alguna manera la especialidad de la Justicia Militar “El Derecho Penal Militar es un Dere-

cho Penal Especial, porque la ley marcial adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero siguiendo fiel a los principios e instituciones que, como comunes, se prevén en el Código Penal y de los que el legislador castrense solo se aparta cuando la protección de los bienes, que justifica su existencia, lo exige. La especialidad del Derecho Penal Militar se deriva de la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por la ley marcial, que sigue fiel a los principios o instituciones comunes, de las que solo se aparta cuando la protección de los bienes lo exige o resulta conveniente por alguna razón”.

(“No concebiré jamás que haya un pueblo que se resigne a tener un ejército sin leyes propias de su instituto, sin régimen que lo mantenga sano y robusto...” Nicolás de Piérola).

SEGUNDA PARTE

LA JUSTICIA MILITAR Y LA SUBVERSIÓN EN EL PERÚ

I

ORIGEN DE LA SUBVERSIÓN

En la madrugada del 17 de mayo 1980, un día antes de las elecciones generales, cinco encapuchados entraron a la oficina del registro electoral de Chuschi (“El histórico distrito de Chuschi se encuentra a 110 kilómetros al sudoeste de Ayacucho, la capital regional, y a 30 kilómetros de Cangallo, la capital provincial”.¹⁷), dominaron y amarraron al registrador y luego quemaron el libro de registro y las ánforas preparadas para la votación del día siguiente. Entre las 7 y 8 de la mañana cuatro muchachos fueron capturados en una choza abandonada cerca del pueblo, dos eran lugareños de la comunidad vecina de Quispellacta. Los jóvenes

13 Juan Pablo RAMOS ESPINOZA: Derecho Penal y Procesal Militar, Ediciones Jurídicas - 2005, Pág. 205.

14 José HURTADO POZO: La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición agosto del 2002, Pág. 184.

15 Wander MUÑOZ PANTIGOSO, Fuero Militar, Importancia Jurisdicción de su Existencia Constitucional y Ámbito de su Competencia, Tesis, Universidad Nacional de San Agustín - Arequipa, Año 2002, Pág. 88.

16 Juan Pablo RAMOS ESPINOZA: Derecho Penal y Procesal Militar, Ediciones Jurídicas -2005, Pág. 207.

17 <http://es.wikipedia.org/wiki/Chuschi>

negaron haber realizado el asalto, pero a uno de ellos se le encontró un sello del registro electoral. El ataque había sido dirigido por un profesor afuerino, quien eludió la captura. Los cuatro jóvenes fueron conducidos a Cangallo, y ahí pareció terminar el incidente. La propia prensa ayacuchana lo mencionó cuatro días después sin darle importancia. Así arrancó la guerra, para sendero la acción fue la primera chispa de fuego del destino¹⁸.

A inicios de la década del ochenta del siglo pasado, el Perú se vio enfrascado en una lucha antisubversiva que cobró, como hoy sabemos, un alto número de víctimas. Y en la medida en que paulatinamente se comenzó a denotar la insuficiencia del personal policial para hacer frente, las Fuerzas Armadas adquirieron un papel protagónico en el escenario. La debilidad de ciertas instituciones del Estado también se hizo evidente, y la exigencia de justicia por parte de un sector de la ciudadanía peruana consideraba como tal, bajo su criterio conllevaron a cambios importantes en lo que se refiere al papel de ciertas instancias con labor jurisdiccional en general y a la pena de muerte en particular, etc.¹⁹

El movimiento terrorista Sendero Luminoso (*"El Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, es una organización terrorista de tendencia ideológica maoísta originada en el Perú. La meta de Sendero Luminoso es reemplazar las instituciones peruanas, que se consideran burguesas, por un régimen revolucionario campesino comunista, etc"*).²⁰ ingresó militarmente a las zonas andinas después de haber culminado su tercer pleno llevado a cabo en 1978 en Ayacucho. A partir de esa fecha el Comité Central del Partido Comunista del Perú, acordó destacar sus cuadros militares al campo para iniciar la lucha armada; disposición que se cumplió tenazmente, iniciándose en mayo de los 80 las primeras acciones armadas en la tierra de nuestro Mariscal Andrés Bello Cáceres y a posteriori, cual enfermedad crónica contagiosa, en el resto del país.

Esta escoria violentista extremista en algunos casos, masacró poblaciones enteras, como el caso del pueblo ayacuchano de Lucanamarca, asimismo, realizó ataques contra las infraestructuras de las ciudades como la voladura de líneas de alta tensión (Huancayo, Huancavelica, Cerro de Pasco, Huánuco, Andahuaylas, Abancay, Ayacucho y Lima), así como también, colocó coches - bomba frente a objetivos de gran valor (Palacio de Gobierno y el Palacio de Justicia) y efectuó los famosos paros armados. Esta organización criminal aproximadamente **asesinó a 11.021 personas y fue la responsable de 1.543 desapariciones**, lo que da una cantidad de 12.564 víctimas producto de su accionar.

ROL DE LA JUSTICIA MILITAR EN ÉPOCAS DE SUBVERSIÓN

En 1985, cuando el Perú sangraba profusamente y no había torniquete que lo resistiera; en tiempos que la justicia se encontraba relegada y coactada por la demencia senderista, en épocas donde el Estado Peruano no otorgaba las garantías necesarias para poder luchar contra ella, las Fuerzas Armadas y la Justicia Militar fueron llamadas por esta Nación para salvaguardar los pilares de un estado de derecho que se venía abajo.

La Justicia Militar en los años más aciagos ha cumplido una labor fundamental, al haber ayudado a combatir frontalmente, la lacra terrorista en las etapas más difíciles por la que atravesaba el Perú (coyuntura de guerra interna). Si no hubiesen sido, por los jueces y fiscales militares que se atrevieron a juzgar a los líderes senderistas, que estaban causando tanto daño a la patria y a tantos peruanos, no hubiéramos podido ahora vivir en paz, ni seguir en el proceso de pacificación y, es cierto, que aún en la actualidad pretenden desconocer su importancia en la reconstrucción de los pilares de este país.

Es insoslayable traer a la memoria los comentarios de aquellas épocas de subversión, de diver-

18 Gustavo GORRITI ELLENBOGEN. Sendero Historia de la Guerra Milenaria en el Perú, Editorial Planeta Perú S.A 2008, Pág. 43-44.

19 Christian DONAYRE MONTESINOS: La Reforma de la Justicia Militar. Estudios Críticos de la Experiencia Peruana y Comparada, Editorial Juristas Editores E.I.R.L., Primera Edición mayo 2005, Pág. 59.

20 http://es.wikipedia.org/wiki/Sendero_Luminoso.

sas autoridades que solicitaban la intervención de la Justicia Militar: Así, el Ministro del Interior, a inicios de la década de los ochentas Teniente General FAP (r) José Gagliardi, ante la demora por parte de la judicatura ordinaria en el juzgamiento de civiles que habían incurrido en el delito de terrorismo manifestó: "... Hasta el momento, ningún terrorista sometido a la justicia ha sido sentenciado". Agregando "existen, en términos globales unos 250 terroristas capturados; ellos, los jueces han dado libertad al 50%. Es decir, un número que fluctúa entre 120 y 130 individuos" El Diario "El Observador", Edición de 14 de diciembre del 1981. En el año 1983, el General Luis Cisneros señalaría que "... si los jueces tienen miedo, los terroristas deben ser juzgados por tribunales militares; que se apruebe la pena de muerte y que deben expulsarse del magisterio y de la administración pública a todos aquellos que sean propagandistas de sendero" En revista "Oiga" N° 147, Lima, Edición de 31 de octubre del 1983.²¹

Sin embargo, contrario a lo que se pueda pensar, no eran tan solo los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad o retiro los que clamaban por este tipo de medidas contrasubversivas. A tal efecto cabe citar, por ejemplo, lo que apareció en el editorial del Diario El Comercio el 10 de julio de 1984: "Reiteramos que es necesario revisar y ampliar la ley antiterrorista, para tipificar a los senderistas como traidores a la patria en el estado técnico actual de guerra interna, y para conferir atribuciones especiales en este campo a los tribunales militares".²²

En el año 1992 cuando la violencia subversiva se encontraba en su máxima expresión, el Estado dictó el Decreto Ley N° 25659 (07 de agosto 1992) que reguló el delito de terrorismo y estableció su juzgamiento a la jurisdicción militar. En este contexto, la justicia militar condenó de modo ejemplar a los líderes del terrorismo. Este actuar fue

avalado por el Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional, posteriormente. Estos casos fueron impugnados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual observó estos procesos argumentando para ello, que los que combatían a los subversivos no podían juzgar a la misma vez. Asimismo, se han expedido una serie de sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se han pronunciado hasta por el pago de indemnizaciones y de reparaciones a los terroristas, así tenemos: la Sentencia de fecha 03 de noviembre de 1997 (Caso Castillo Páez VS Perú), la Sentencia de fecha 17 de setiembre de 1997 (Caso María Elena Loayza Tamayo VS Perú), la Sentencia de fecha 16 de agosto del 2000 (Caso Durand y Ugarte VS Perú), la Sentencia de fecha 29 de setiembre de 1999 (Caso Cesti Hurtado VS Perú), la Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía VS Perú), la Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001 (Caso Barrios Altos VS Perú), etc.

Caso de singular importancia es el de Chavín de Huántar, dado, que diversas ONGs de sesgo antimilitarista vienen señalando que el Fuero Militar no era competente para juzgar a los comandos, argumento falso y malintencionado, toda vez, que la Jurisdicción Militar conoció este caso porque así lo dispuso la propia Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Penal Transitoria Contienda N° 19/21-2002. Lima)²³, basándose en que los Comandos actuaron por orden superior y en un contexto de operación militar que devino de un enfrentamiento armado contra un grupo terrorista.

LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL EN LA ACTUALIDAD

En la actualidad la Justicia Militar Policial, viene desarrollando sus funciones en concordancia con el Decreto Legislativo N° 1094 Código Penal Militar Policial (01 setiembre del 2010),

21 Christian DONAYRE MONTESINOS: La Reforma de la Justicia Militar. Estudios Críticos de la Experiencia Peruana y Comparada, Editorial Juristas Editores E.I.R.L., Primera Edición mayo 2005, Pág. 59.

22 Christian DONAYRE MONTESINOS: La Reforma de la Justicia Militar. Estudios Críticos de la Experiencia Peruana y Comparada, Editorial Juristas Editores E.I.R.L., Primera Edición mayo 2005, Pág. 104.

23 Fidel ROJAS VARGAS. Jurisprudencia Penal Comentada. Editorial IDEMSA. enero 2005. Tomo II. Pág. 723 – 726.

cuerpo legal que adecúa los delitos de función a los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. Dicho Código regula el delito de función militar policial desde una óptica funcional, que garantiza que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, cumplan con orden, disciplina y eficacia sus funciones de defensa y seguridad de la patria, de conformidad con la legislación nacional. En tal sentido, el nuevo Código Penal Militar Policial describe el concepto de delito de función de la siguiente manera: “El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de la Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional²⁴. (Dicho concepto responde al nuevo enfoque que el Tribunal Constitucional le está dando al delito de función).

Además, se ha implementado un nuevo proceso penal militar policial de modelo acusatorio – adversarial (semejante al Código Procesal Común), que garantice, en mayor medida, el debido proceso y los derechos de los justiciales, conforme a los principios y derechos consagrados en la Carta Magna y en los Tratados sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte. Advierte en éste sentido, Kely SANTILLÁN LÓPEZ²⁵ que entre los principios que inspiran la dogmática penal militar tenemos: El principio de legalidad, el principio de culpabilidad, la prohibición de la analogía, el principio de lescividad, la prohibición de doble incriminación, el juez natural, la investigación integral, el derecho de defensa, la pluralidad de instancias, la aplicación supletoria, etc. De otra parte mediante el Decreto Legislativo N° 1096 se fortalece la independencia y transparencia de los magistrados militares y se asegura su inmovilidad, quienes podrán ser cambiados solo a su solicitud

y por necesidades jurisdiccionales y fiscales comprobadas, asimismo, se ha establecido su ratificación cada 5 años.

Los decretos legislativos precitados otorgan modernos lineamientos al Fuero Militar Policial, para que cumpla cabalmente con la función que la Constitución Política y las leyes le han asignado. Como sabemos, las Fuerzas Armadas tienen como finalidad principal la de garantizar la independencia, la soberanía y integridad territorial de la República²⁶ y la Policía Nacional, preservar el orden interno; y dicho objetivo se logra con la Justicia Militar.

Lamentablemente en el Perú existen una serie de ONGs (APRODEH, IDL, JUSTICIA VIVA) que tienen como fachada los Derechos Humanos, careta que es muy pesada de sostener por estas organizaciones, en vista, que es fácil deducir que solo son una estrategia de los movimientos terroristas, los cuales vienen pretendiendo, en el fondo, eliminar a las Fuerzas Armadas empezando por la Justicia Militar, es más, debido a diversas maniobras en el ámbito nacional e internacional de estas ONGs, la Justicia Militar ha estado al borde de su extinción, situación que no se ha logrado consolidar y mucho menos ahora que contamos con una Justicia Militar Policial renovada y modernizada.

A modo de aporte quisiera concluir recomendando: a.- Que teniendo en consideración la nueva normatividad con la que se ha fortalecido a la Justicia Militar Policial, queda en manos de los Magistrados Militares el de dotar a la Justicia Militar de una línea jurisprudencial sólida y uniforme b.- El de motivar sus resoluciones, citando a los juristas que sirvan de asidero legal a sus resoluciones y, valorar la pena guardando la correspondencia con los principios recogidos en el Código Penal Militar Policial, como en los códigos comunes que se aplican subsidiariamente.

24 Fidel ROJAS VARGAS. Jurisprudencia Penal Comentada. Editorial IDEMSA. enero 2005. Tomo II. Pág. 723 – 726.

25 Kely SANTILLÁN LÓPEZ, Código de Justicia Militar Policial Comentado, Editorial San Marcos, I Edición: Marzo 2006. Pág. 61-63.

26 Enrique BERNALES BALLESTEROS. La Constitución de 1993: Análisis Comparado. ICS Editores, Tercera Edición noviembre 1997. Pág. 728.

EL CONTROL DEL PLAZO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

T1 AP Néstor Miguel Mercado Benites

Tribunal Superior Militar Policial del Centro

1. INTRODUCCIÓN

El presente opúsculo nace de la propia incertidumbre y curiosidad, respecto de entender y aplicar el control del plazo previsto en el Código Castrense.

El Control del Plazo, no es otra cosa que el control procesal, constituido por mecanismos procesales para controlar la actividad persecutoria de la Fiscalía Militar Policial, especialmente cuando afecten derechos fundamentales.

Definitivamente, más de 23 años de manejo y aplicación, del sistema inquisitivo primero y luego el mixto, en la justicia militar policial, hacen difícil entender cómo un efectivo militar policial pueda eventualmente, mediante el control del plazo, no sufrir la sanción que le corresponde por presuntamente ser responsable de la comisión de un delito de función.

Recuérdese que el Código de Justicia Militar de 1980, modificado por Ley 26677, del 7 de octubre de 1996, que introduce el proceso sumario, en su artículo 702º, establecía que la instrucción debería desarrollarse en el plazo de 45 días prorrogables a 20 días, dando cuenta al Consejo. Es decir, según ley la investigación debe durar en promedio 65 días útiles; pero como el texto no determina el número de prórrogas, en la práctica aún si las prórrogas se decretaban, no eran controladas por el Consejo respectivo y el Fiscal Militar no observa estas prórrogas. Este proceso de 65 días útiles se prolongaba en promedio por el lapso de 2.5 años. Como se trataba del sistema inquisiti-

vo en su máxima expresión, el Juez era amo señor de los plazos. Es más, los plazos previstos en la ley solo debían ser cumplidos por los justiciables, pero no por la magistratura.

Inútil resultaba la lírica regulación que establecía que el Fiscal Militar era el defensor de la legalidad y por lo tanto quien debía controlar el plazo, cuando él mismo dependía orgánica y funcionalmente del Consejo respectivo, quien podía incluso derivar la instrucción a otro Fiscal para que dictamine.

Todo este panorama redundaba en juicios sin plazos, extensos en el tiempo sin causa que lo justifique, en una gran parte concluidos vía prescripción; y nos estamos refiriendo a los juicios seguidos por la comisión del delito de Deserción, que resultan ser el 85% de todos los procesos que se manejaban en los juzgados, los cuales, en principio, no presentan complejidad que explique su dilación.

La consecuencia era una justicia militar opuesta a sus fines, como por ejemplo el de brindar seguridad jurídica, y cuestionada o incomprendida en los círculos académicos. Esto hacía urgente la adecuación de la justicia militar policial a los estándares internacionales actuales, dentro del marco de la globalización, la transparencia y el acercamiento a la sociedad.

Con el nuevo modelo, los roles y funciones se encuentran definidos, el que investiga no sentencia y el que sentencia no impulsa la persecución penal

ni se contamina con la obtención del material probatorio. Se acabó el paternalismo del Juez, que era responsable de todo, que todo lo arregla y todo lo sabe. Si el Fiscal dentro del plazo de ley no tiene un caso sustentable en un juicio debe sobreseer.

1. EL PLAZO EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

El artículo 356° del Código Penal Militar Policial, prescribe que dentro de los 15 días de practicada la investigación preliminar, el Fiscal dispondrá la apertura de la investigación preparatoria, la desestimación de la denuncia o el archivo.

En nuestro Código no se menciona si el Fiscal puede fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de la investigación. Tampoco dice nada respecto de que si el afectado con una excesiva duración de la investigación preliminar pueda solicitar su conclusión al Fiscal o en su caso acudir al Juez Militar Policial para que resuelva. En cambio estas situaciones si se encuentran reguladas en el artículo 343° del CPP, al cual, en vía supletoria, se puede acudir.

Por otro lado, se ha observado que en la tramitación de la investigación, en sede fiscal se ha procedido con la acusación directa, a pesar de haberse formalizado y desarrollado la investigación preparatoria.

Este instituto tampoco se encuentra desarrollado en el Código Penal Militar Policial, pero si en el CPP, concretamente en su artículo 336.4°, que permite que el Fiscal, al recoger indicios o elementos de convicción suficientes en la etapa preliminar, pueda decidir ya no formalizar investigación preparatoria, sino saltarse esta etapa acusando directamente.

Volviendo al tema, el control del exceso de duración de las diligencias preliminares o plazo irrazonable, es para que el imputado sepa si va a existir una investigación formal en su contra, teniendo aún calidad de "citado".

La Casación 02-2008-Trujillo, estableció que si bien las diligencias preliminares es sub etapa de la investigación preparatoria, tiene un plazo distinto, el mismo que está sujeto a control conforme dispone el artículo 144.2° del CPP, control que tie-

ne fundamental importancia para una tramitación adecuada y eficiente del proceso.

La casación concluye que los plazos para las diligencias preliminares de 20 (o 15, en nuestro caso) días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación son diferentes y no se hallan comprendidos en los 120 (o 180 en nuestro caso) días naturales, más la prórroga a la que alude la norma pertinente que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.

Y por último precisa que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional a los 20 (o 15, en nuestro caso), días naturales, no debe ser ilimitado. Si bien la norma no precisa un límite, ello no debe afectar el derecho al plazo razonable, que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso, teniendo presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables y atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, esta fase no podría en la hipótesis extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación, esto es 180 (o 360 en nuestro caso) días naturales.

2. EL PLAZO EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El artículo 368° y el 369° del Código Penal Militar Policial, establece que la investigación preparatoria tendrá una duración máxima de 06 meses (o 180 días naturales, aproximadamente) pudiendo prorrogarse hasta por 06 meses más (o 360 días naturales aproximadamente).

Si bien la investigación preliminar está comprendida dentro de la investigación preparatoria, queda claro que los plazos son distintos y que ambos son sujetos de controles.

Si bien el Fiscal es el defensor de la legalidad, el Juez Militar Policial es el garante de esa legalidad, es por eso que también se le conoce como Juez de Garantía, que no es otra cosa que garantizar los actos de investigación que realice el Fiscal, dentro del marco Constitucional (art. 347° del CPP).

La formalización de la investigación preparatoria causa que el Fiscal pierda la facultad de

archivar la investigación sin intervención judicial. En esta etapa el imputado sabe que está siendo investigado formalmente por un delito específico y en agravio de alguien, que la investigación se ha judicializado, sabe qué diligencias realizará el Fiscal y que puede presentar excepciones y medios de defensa. Además, aquí nace el proceso propiamente dicho, se le asigna el número de expediente que llevará hasta su conclusión y el Juez Militar Policial lo registrará en el Cuaderno de Causas abierto para tal fin.

Vencidos los plazos, si el Fiscal no da por concluida la investigación preparatoria las partes pueden solicitar su conclusión al Juez Militar Policial. EL Juez citará al Fiscal y las demás partes a una audiencia de control del plazo, y dictará la resolución que corresponda.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es la tramitación de la prórroga prevista en el artículo 369° del Código Penal Militar Policial. Para realizar una ampliación o prórroga de cualquiera de las etapas de la investigación preparatoria, el Fiscal deberá proceder antes que el plazo venza. En el caso de que el plazo señalado haya vencido, no será posible que el Fiscal proceda a una ampliación, debido a que la oportunidad para ello habrá caducado (Art. 144° del CPP).

3. CONTROL DEL PLAZO A INSTANCIA DE PARTE O DE OFICIO

El nuevo sistema establece que la imparcialidad del Juez que resuelve debe ser inobjetable, en este sentido le asigna a cada parte procesal funciones específicas y determinadas. Dentro de este contexto, el Juez es un árbitro garante de derechos, pero solo a pedido de los titulares de esos derechos supuestamente vulnerados.

Cuando las partes no cumplen eficaz y oportunamente sus roles asignados por ley, específicamente, cuando el imputado y/o su defensa técnica, a pesar de haberse excedido el plazo establecido y autorizado por el Juez para realizar la investigación preparatoria; no solicitan vía tutela de derechos el control de plazo, y así, con los plazos vencidos, el Fiscal Militar Policial formula acusación y a su vez, el Juez convoca la audiencia de control, en la cual tampoco se invoca el vencimiento del plazo y como el Juez no puede actuar de oficio, continúa

el trámite y dicta el auto de enjuiciamiento correspondiente. ¿Se estaría actuando correctamente?

3.1. Finalidad del Control del Plazo

El control de plazos nace con la finalidad de evitar o corregir la vulneración del debido proceso, así como del derecho de defensa y de no ser juzgados en un plazo irrazonable, pues la actividad persecutoria no puede extenderse más allá de lo estrictamente necesario; esto es, del plazo acordado por las partes y/o establecido por el Juez Militar Policial.

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye derecho constitucional inalienable e irrenunciable.

El control de plazos se instituye ante la necesidad de resguardar los derechos constitucionales del imputado y el debido proceso penal que le asiste, el cual forma parte de un estándar mínimo. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable dentro de un proceso sin dilaciones es uno de los principales derechos que resguarda al imputado desde el inicio de la investigación preliminar. Este derecho es consustancial al derecho de presunción de inocencia, siendo ambas garantías mínimas a favor de toda persona sometida a una investigación penal.

3.2. Atribuciones de control del Juez Militar Policial

La investigación preparatoria implica la creación de la relación jurídico-procesal válida, donde el Fiscal Militar Policial, el imputado y el agraviado adquieren la calidad de "parte". El momento oportuno y exacto desde que el tercero –llamado Juez Militar Policial– asume su rol de juez de garantías, de veedor de la legalidad de los actos practicados por las partes, es cuando toma conocimiento de que el Fiscal Militar Policial ha decidido ejercitar la acción penal contra determinado miembro de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional.

El artículo 347° del Código Penal Militar Policial establece que corresponde al Juez Militar Policial de la Investigación Preparatoria realizar los actos procesales que expresamente autoriza el Código, a requerimiento del Fiscal Militar Policial o a solicitud de las demás partes. Estas facultades taxativamente son:

- a) Autorizar la constitución de las partes;
- b) Pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial;
- c) Ordenar los anticipos jurisdiccionales de prueba;
- d) Resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; y,
- e) Controlar el cumplimiento del plazo de la investigación preparatoria, en las condiciones fijadas en este Código.

De la lectura del artículo precedente se concluye que el control de plazo es a petición de parte. Aquí surgen dos cuestiones que la casuística recogida en nuestra sede jurisdiccional nos presenta:

- 1) Vencido el plazo el Fiscal no da por concluida la investigación preparatoria y las partes tampoco solicitan el control del plazo.
- 2) Vencido en exceso el plazo de la investigación preparatoria, el Fiscal Militar Policial formula acusación y el Juez cita a audiencia de control.

De la simple lectura del artículo precedente, se puede inferir que para el primer caso, si ninguno de los sujetos procesales a quien le perjudica el exceso del plazo, llámese imputado o agraviado, lo solicita, seguirá así el estado de la investigación, hasta que alguien lo requiera. No se sabe hasta cuándo, porque el juez no puede proceder de oficio.

El segundo caso se ha presentado en forma de dos sub casos: Al formular acusación el Fiscal Militar Policial fuera del plazo establecido, el Juez Militar Policial no puede rechazar la acusación porque no ha sido invocado expresamente este hecho, entonces continúa la audiencia de control. Si instalada la audiencia, ninguno de los actores procesales reclama el vencimiento del plazo, siguiendo esa interpretación, al no ser el plazo objeto de cuestionamiento, el juez continúa con la audiencia hasta dictar el auto de enjuiciamiento. En conclusión, según la interpretación literal, el Juez Militar Policial no tiene ninguna injerencia sobre el control del plazo, si las partes no se lo solicitan.

3.3. Preeminencia del Control Constitucional

Considero que las respuestas esbozadas precedentemente no son las adecuadas a los casos presentados.

El artículo Tercero del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, consagra la preeminencia de los derechos fundamentales de la persona humana contenido en la Constitución Política del Perú y en los Tratados Internacionales, ratificados por el Perú, sobre las disposiciones de este Código. Por otro lado el artículo 154° del mismo texto legal, establece que toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en el mismo. El retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituirá falta grave. El artículo 161° del mismo cuerpo de leyes es claro al establecer que la inobservancia de una garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Los jueces procurarán extender los principios y garantías a los casos y situaciones no previstos expresamente, conforme a una interpretación favorable al reo. (Véase en el anexo, el cuadro que resume las posiciones a favor y en contra del control constitucional de oficio).

3.4. Rol de Control del Juez Militar Policial

Otro aspecto que se debe tener presente es el rol del Juez Militar Policial, en el actual modelo acusatorio. El nuevo sistema procesal no solo atribuye una función específica a las partes, sino también garantiza jurisdiccionalmente la prevalencia de sus derechos fundamentales (como pilar del Estado de Derecho).

El artículo 347° del Código Penal Militar Policial, dispone que el Juez Militar Policial asume competencia para ejercer los actos de control establecidos por el Código, lo que significa que es un Juez de garantías constitucionales; es decir, que ejercerá la potestad de control jurisdiccional de la legalidad de la investigación preparatoria. Es necesario que la investigación preparatoria se lleve a cabo siempre en el marco constitucional y legal, con estricto respeto a los Derechos Humanos, en consecuencia, debe ser dicho órgano judicial el que controle los actos u omisiones de los Fiscales Militares Policiales.

A partir de la formalización de la investigación preparatoria se entabla la relación jurídico-procesal formal. La supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales, también deben ser garantizados en sede prejurisdiccional. En esta etapa debe realizarse un razonable control constitucional de los actos del Fiscal Militar Policial, de modo que la función fiscal puede ser observada cuando sus actos u omisiones colisionan o trasgreden derechos fundamentales. Desde el inicio, el poder requirente del Fiscal Militar policial, debe encontrar límites constitucionales, lo que al final de todo genera un adecuado equilibrio en la persecución penal, garantizando el respeto a los derechos constitucionales de los actores del proceso.

3.5. Propuestas para un control de plazo dentro del Proceso Penal Militar Policial

Con la implementación del nuevo modelo procesal penal, surgen más preguntas que respuestas. Establecida nuestra posición, en el sentido que el Juez Penal Militar Policial debe ejercer un control constitucional sobre el plazo razonable, específicamente, el plazo autorizado para la investigación preparatoria; nos atrevemos a proponer las siguientes acciones de control para consideración de los lectores:

1) La comunicación de la formalización de la investigación preparatoria

Conforme lo establece la Directiva N° 014-2011-FMP/P, del 25 de marzo de 2011, el Juez Militar Policial, al momento que reciba la comunicación del inicio de la investigación preparatoria, procederá a identificar la causa y registrarla en los libros y/o sistema informático correspondiente, según sea el caso. Dicho registro se mantendrá inalterable a lo largo de todo el proceso penal militar policial, hasta su culminación.

En el “Libro de Registro de Causas”, se anotará el número de expediente, nombre del imputado, delito, nombre del agraviado y el plazo establecido para la investigación preparatoria. Esta información resulta suficiente para realizar un control de plazo preventivo, siempre y cuando las partes no la adviertan. El Juez Militar Policial previa razón del Se-

cretario del Juzgado, emitirá la resolución correspondiente donde ordena la conclusión de la investigación preparatoria, dando al Fiscal el plazo de 10 días para que se pronuncie por el sobreseimiento o formule acusación, según corresponda, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad disciplinaria, conforme lo prevé el artículo 343.3° del CPP.

2) La acusación

Recibida la acusación y verificada que esta se ha formulado fuera del plazo establecido para el término de la investigación preparatoria, el Juez Militar Policial, debe certificar los requisitos formales y superados ellos (incluyendo una eventual subsanación de parte del Fiscal Militar Policial) se entra a analizar los elementos de fondo.

En teoría, no se debería llegar a este extremo, pero la realidad supera a la ficción. Una acusación que se formula con los plazos en exceso vencidos, ¿Qué origina? ¿Su rechazo, por caducidad, su inadmisibilidad, su improcedencia, o simplemente se debe admitir a trámite? La posición casatoria es que se debe admitir a trámite, señalando la responsabilidad disciplinaria del Fiscal Militar Policial (Casación N° 54-2009-La Libertad, del 20 de julio de 2010).

3) La audiencia de control de acusación

Absuelto el traslado de la acusación, donde ninguna de las partes invoca el exceso del plazo, el Juez Militar Policial convoca a audiencia de control de acusación. Iniciada la audiencia oralmente las partes tampoco la introducen en la Audiencia. ¿Esto quiere decir que están conformes y que es su voluntad que el proceso continúe hasta su conclusión a pesar de la vulneración del derecho al plazo razonable?

Según la Casación N° 54-2009 – La Libertad, del 20 de julio de 2010, las funciones del fiscal relacionadas con el ejercicio de la acción, no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo, la inobservancia de los plazos debe estar sujeta a sanción disciplinaria. La acusación fiscal es un acto indispensable de obligatorio cumplimiento para los fines del proceso.

5. CONCLUSIONES

No pretendemos responder certera ni exhaustivamente a las hipótesis planteadas. Algunas de ellas obedecen a los trastornos propios del “nacimiento y crecimiento” del nuevo sistema, las mismas que se irán decantando con el tiempo y la experiencia.

Las posiciones extremas, por un lado, el Juez Militar Policial no hace ni dice nada si las partes

no se lo solicitan; y por el otro, el Juez lo hace y lo puede todo, ambas son negativas, debemos encontrar un punto de equilibrio, sin desnaturalizar el sistema, y ese punto debe, a nuestro parecer, ubicarse en los principios y garantías del debido proceso consagrados en la Constitución Política del Estado. Con haber contribuido al debate del tema propuesto nos sentimos agradecidos.

Anexo: Posiciones a favor y en contra del control constitucional de oficio

EN CONTRA DEL CONTROL DE OFICIO:	A FAVOR DEL CONTROL DE OFICIO:
1.- Vulnera la garantía constitucional del debido proceso, el Juez introduce cuestiones en la causa que no fueron alegadas por las partes. Se resuelve sobre elementos que no fueron considerados en ninguna instancia del proceso. 2.- Viola la separación de funciones, pues el Juez se irroga facultades que no le fueron conferidas, vulnerando su imparcialidad. 3. Los actos procesales se presumen válidos y acordes a la Constitución hasta que no se demuestre lo contrario.	1.- Si bien el Juez debe limitarse a lo peticionado por las partes, esto no limita la aplicación del principio <i>jura novit curia</i>, por el cual se presume que el Juez conoce el derecho y debe proceder conforme a él. 2.- El Juez busca el derecho aplicable dentro de la estructura jerárquica normativa, en base a criterios formales y materiales, debiendo aplicar la norma superior frente a una inferior que la transgreda. 3.- El control de la constitucionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que resulta absurdo que las partes deban alegarlo. 4.- Exigir que las partes aleguen y/o prueben la inconstitucionalidad, supedita la fuerza normativa de la Constitución a la sagacidad o advertencia del justiciable o su abogado. 5.- En el sistema de control difuso los jueces tienen la atribución del control de la constitucionalidad, la que deben ejercer de oficio. Es un deber que no depende de la voluntad expresa o tácita de las partes. No es optativo para los Jueces velar por la supremacía Constitucional. 6.- Entre la colisión de dos bienes, la Constitución, por un lado, y el principio de congruencia por el otro, nuestro ordenamiento opta por el principio constitucional. 7.- Un proceso que infringe normas o principios de rango constitucional es nulo y en nuestro Código la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio (art. 263°).

BIBLIOGRAFÍA

- 6.1. Control Judicial de Constitucionalidad de oficio: Un nuevo Paradigma. Una proposición capital de la Teoría Jurídica del Prof. Bidart Campos, por Verónica García Christensen, en: www.circulodoxa.org/documentos/circulodoxa-oficio.pdf
- 6.2. Cuestiones referidas a la tutela de derechos y al control de plazos en el nuevo Código Procesal Penal, por César Alva Florián, en: In-

vestigación Preparatoria y Etapa Intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal, Gaceta Penal & proceso penal, 1ra. Ed. 2010, Lima-Perú.

- 6.3. Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094), Legislación del Fuero Militar Policial, Biblioteca Jurídica Fuero Militar Policial, 1ra. Ed., 2011, Lima-Perú.
- 6.4. Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), Editorial San Marcos, 2004, Lima-Perú.

ACTIVIDADES ACADÉMICAS AF-2012

Actividades planificadas y ejecutadas por el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar como parte del Plan de Capacitación y Actualización Académica Jurídica para el año 2012.

CURSO DE INDUCCIÓN PARA EL PERSONAL DEL FUERO MILITAR POLICIAL

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, avocado a mantener un programa permanente de capacitación y actualización académica de todo el personal que labora en el Fuero Militar Policial, llevó a cabo el día martes 31 de enero del presente año, el “Curso de Inducción, correspondiente a la Justicia Militar Policial”, en el auditorio de la Sede Central del Fuero Militar Policial.

CURSO DE ACTUALIZACIÓN EN INFORMÁTICA

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, teniendo en consideración los lineamientos para la implementación del Gobierno Electrónico en Fuero Militar Policial, desarrolló, a partir del día 27 de febrero del presente, el CURSO DENOMINADO ACTUALIZACIÓN EN INFORMÁTICA, por espacio de dos meses. Dicho curso fue dirigido a todo el personal que labora en Fuero Militar Policial, y tuvo como finalidad dotarles de las herramientas de trabajo que impulsen la labor informática en sus dependencias, mediante un programa amplio de capacitación de los usuarios de computadoras de la institución.

CONVERSATORIO SOBRE HABEAS CORPUS PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, llevó a cabo el día 23 de febrero del presente, el conversatorio correspondiente al proceso de habeas corpus, dirigido a todo el personal de los órganos jurisdiccionales, fiscales y control del Fuero Militar Policial. El desarrollo de esta jornada académica, tuvo como finalidad permitir la actualización de los magistrados del Fuero Militar Policial, que laboran en los órganos jurisdiccionales, fiscales y control en el área de Lima. Esta cátedra estuvo a cargo del Juez Supremo, Dr. José Antonio Neyra Flores y dos connotados profesionales que laboran en el Tribunal Constitucional.

CONVERSATORIOS SOBRE CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, el día 12 de mayo del presente, dio inicio por espacio de cuatro fechas, al evento académico denominado “CONVERSATORIO SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL”, dirigido a todo el personal militar y civil, pertenecientes a los órganos jurisdiccionales, fiscales, auxiliares jurisdiccionales y fiscales con sede en las ciudades de Chiclayo, Arequipa, Cusco e Iquitos. La finalidad del conversatorio citado, es permitir la actualización y capacitación, uniformar criterios entre los diferentes órganos integrantes de la Justicia Militar. Este conversatorio fue dirigido por el Juez Supremo, Dr. José Antonio Neyra Flores.

II CURSO DE PRIMER NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, el día 11 de abril del presente, dio inicio al ciclo académico correspondiente al Programa de Instrucción para Magistrados Militares Policiales del 1er Nivel, denominado “CURSO DE 1er. NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES”. Esta actividad académica, contó con la participación de representantes de los Tribunales Superiores del Norte, Centro, Sur Oriente y Oriente, de los grados de Coronel y Teniente Coronel o su equivalente pertenecientes al Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea y Policía Nacional del Perú. La finalidad fue capacitar a los oficiales mencionados, para que asuman el cargo de magistrados competentemente y también cumplan con el requisito establecido en la ley, para acceder al cargo de Juez o Fiscal Militar Policial, al culminar satisfactoriamente el programa de instrucción.

PASANTÍA DE JUECES Y FISCALES MILITARES POLICIALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, dando cumplimiento al programa establecido de actualización y capacitación de magistrados, llevó a cabo los días 24 y 25 de mayo del presente, la pasantía en la sede de la Corte Superior de Justicia de La Libertad – Trujillo. Esta actividad contó con la activa y dinámica participación de los magistrados de la Corte y la Fiscalía de La Libertad, el mismo que fue aprovechado por los integrantes del II Curso de Primer Nivel para Magistrados Militares Policiales, cumpliéndose con la finalidad, de poner en práctica los conocimientos aprendidos en aulas, fortaleciendo y experimentando la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal.

148

III CURSO DE PRIMER NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, el día 23 de agosto del presente, dio inicio en Arequipa, el ciclo académico correspondiente al Programa de Instrucción para Magistrados Militares Policiales del 1er Nivel, denominado “III CURSO DE 1er. NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES”. Esta actividad se viene desarrollando teniendo como catedráticos a ilustres magistrados con amplia experiencia en la cátedra, procedentes de Lima y Arequipa. Los Oficiales participantes de este curso provienen de Arequipa, Moquegua y Tacna. La finalidad es capacitar a los oficiales mencionados, para que asuman el cargo de magistrados y también cumplan con el requisito establecido en la ley, para acceder al cargo de Juez o Fiscal Militar Policial, al culminar satisfactoriamente el programa de instrucción.

IV CURSO DE PRIMER NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, el día 16 de agosto del presente, dio inicio en el Cusco, el ciclo académico correspondiente al Programa de Instrucción para Magistrados Militares Policiales del 1er Nivel, denominado “IV CURSO DE 1er. NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES”. Esta actividad se viene desarrollando teniendo como catedráticos a connotados magistrados con amplia experiencia en la cátedra, procedentes de Lima y Cusco. Los Oficiales participantes de este curso provienen de Cusco y Puno. La finalidad es capacitar a los oficiales mencionados, para que asuman el cargo de magistrados y también cumplan con el requisito establecido en la ley, para acceder al cargo de Juez o Fiscal Militar Policial, al culminar exitosamente el programa de instrucción.

PRIMER CURSO DE CAPACITACIÓN PARA EL PERSONAL AUXILIAR Y DE APOYO A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y FISCALES DEL FUERO MILITAR POLICIAL

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, en concordancia con el plan de capacitación y actualización académica jurídica para el año 2012, dio inicio al primer curso de capacitación para el personal auxiliar y de apoyo a los órganos jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial, inaugurándose el mismo el día 28 de agosto del presente. Dicho curso tendrá una duración de tres meses. Esta jornada académica permitirá la capacitación del personal que labora como auxiliar en áreas jurisdiccionales y fiscales del Tribunal Supremo y Tribunal Superior Militar Policial del Centro.

V CURSO DE PRIMER NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES.

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, el día 28 de agosto del presente, dio inicio el ciclo académico correspondiente al Programa de Instrucción para Magistrados Militares Policiales del 1er Nivel, denominado “V CURSO DE 1er. NIVEL PARA MAGISTRADOS MILITARES POLICIALES”. Este curso se encuentra dirigido a los Generales, Contralmirantes y Coroneles, que actualmente vienen laborando en el Fuero Militar Policial y profesionales invitados; asimismo, tiene como catedráticos a connotados magistrados con amplia experiencia.

TALLER SOBRE EL FUNCIONAMIENTO, ATRIBUCIONES Y PROCESOS JUDICIALES POR DELITO DE FUNCIÓN

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, inauguró el Taller sobre el Funcionamiento, Atribuciones y Procesos Judiciales por Delito de Función que realiza el Fuero Militar Policial. Esta actividad se desarrolló los días 24, 25 y 26 de setiembre del presente; cabe mencionar que esta jornada académica ha sido dirigida a la capacitación de los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar de las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea) y Policía Nacional del Perú, que prestan servicios como asesores legales en los diversos niveles de sus respectivos comandos institucionales ubicados en Lima.

SEMANA ACADÉMICA CON OCASIÓN DE CELEBRARSE EL XVI ANIVERSARIO DE CREACIÓN DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, con ocasión de celebrarse el XVI aniversario de su creación, llevó a cabo la semana académica denominada el “Conocimiento no tiene límites”. Esta jornada, dirigida a todo el personal militar y civil que labora en el Fuero Militar Policial y el Tribunal Superior Militar Policial del Centro, comenzó el día 17 de octubre del presente, con la conferencia magistral del Dr. César San Martín Castro, Presidente de la Corte Suprema del Perú. Prosiguió el día 19, con la exposición de Monseñor Marco Loli Figueroa. Esta actividad concluyó el día 22, con la conferencia del Dr. Pedro Cotillo Zegarra, Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y acto de clausura, conmemorándose el Día Central del XVI Aniversario de Creación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en Febrero del 2015 en

IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales

RUC: 20524409471

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre

Teléfono: (511) 2613558 / Cel. 987848007

E-mail: mmorales@imagideas.com.pe



REFERENTE DE VALOR E INTEGRIDAD

La figura de Don Mariano Melgar Valdivieso forma parte de la historia de la justicia militar peruana y es un referente de valor e integridad en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, de cuyos servicios jurídicos es patrono.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

