



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 VI - NÚMERO 10 / DICIEMBRE 2017



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

Comité Editorial

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Técnico Supervisor Segundo AP Luis Urbina Huapaya

EC CAS Yasmina Santos Agapito

Diseño de portada y fotografía

Tco1 EP Darío Castillo Román

Corrección de estilo

General PNP (R) Jorge López Zapata

Diagramación

Socorro Gamboa García

Colaboraron en esta edición

Doctor José Castro Eguavil

Doctora Mirella Oré Quispe

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

Edición diciembre 2017
Año 6 - Número 10
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

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

Impreso en IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales
Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre, Lima

Tiraje: 1000 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 Fiero Militar Policial.

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PALABRAS DEL PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL <i>Juan Pablo Ramos Espinoza</i> _____	9
--	---

ARTÍCULOS

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL JUICIO POR JURADOS <i>Pablo Ignacio Rank</i> _____	15
EL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA Y EN EL DERECHO COMPARADO <i>Luis Alberto Canales Cortés</i> _____	25
EFICACIA EN LA GESTIÓN FISCAL MILITAR POLICIAL <i>Jorge Félix Ampuero Begazo</i> _____	37
LOS DEBERES DEL ESTADO PERUANO A FAVOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS QUE PRESTAN EL SERVICIO MILITAR: A PROPÓSITO DEL CASO QUISPALAYA VILCAPOMA VS. PERÚ <i>Helmut Andrés Olivera Torres</i> _____	59
UN FAMOSO JUICIO DE IMPRENTA: EL CASO O'HIGGINS <i>Carlos Ramos Núñez</i> _____	81
LA PRUEBA COMO BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA FINALIDAD DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS EN EL PROCESO PENAL PERUANO <i>Erickson Costa Carhuavilca</i> _____	103
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO EN EL FUERO MILITAR POLICIAL <i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	111

PROCURARSE INTERÉS EN CONTRATO U OPERACIÓN QUE AFECTE A LA ADMINISTRACIÓN MILITAR EN EL CÓDIGO PENAL CASTRENSE <i>José Antonio Rodríguez Santisteban</i> _____	123
ESTÁNDARES DE VALORACIÓN PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR <i>Alejandro Augusto Bañol Betancur</i> _____	139
EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN EN PERÚ Y EN SUDAMÉRICA <i>Gustavo Alejandro Ríos</i> _____	145
LOS PROCESOS COLECTIVOS, UNA HISTORIA DE CLASES. APROXIMACIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA <i>Luis Patricio Ríos Muñoz</i> _____	159
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL, UN ANÁLISIS DESDE EL CONCEPTO DE REPÚBLICA (Aspectos preliminares para el análisis del Código General del Proceso) <i>Juan Esteban Aguirre Espinosa</i> _____	171
APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN QUE POSIBILITE CONSIDERAR AL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN <i>Ricardo Rivera Aldunate</i> _____	183

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA JOSÉ DOLORES BENJAMÍN PUENTE URRUNAGA <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	201
--	-----

APÉNDICE

UNA ALTERNATIVA DIFERENTE PARA LA REDACCIÓN DE ARTÍCULOS JURÍDICOS <i>Fernando Núñez Vara</i> _____	209
PRESENTACION DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 9 _____	215

PALABRAS DEL PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Me dirijo a ustedes, fieles lectores, para informarles (recordarles) que hemos llegado a la edición número diez de “El Jurista del Fuero Militar Policial”, lo cual nos llena de orgullo y a la vez nos compromete no solo a seguir por la senda que nos trazamos hace ya seis años, sino superarnos.

Un agradecimiento especial a nuestros colaboradores, sin cuyo compromiso no hubiese sido posible llegar a nuestro décimo número. A las personas que laboran directamente en la edición de la revista, igualmente, nuestro agradecimiento en la persona del contralmirante Julio Pacheco Gaige, director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.

JUAN PABLO RAMOS ESPINOZA
General de Brigada
Presidente del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL JUICIO POR JURADOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA; III. LA LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA MEDIANTE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA; IV. JUICIOS POR JURADOS EN LATINOAMÉRICA; V. EL JUICIO POR JURADOS EN ARGENTINA; VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

Trata el autor el tema del juicio por jurados en América. Dice que esta institución es una expresión significativa de la democracia, que insta incluso al ciudadano a participar en la vida política del Estado. En América, salvo puntuales excepciones, el ciudadano no elige a sus jueces, por lo que, menguado su derecho en este aspecto, se recuperaría, en cierta forma, a través de su participación como jurado. Son los Estados federados los que más han aplicado el modelo, que tiene variantes de un país a otro, incluso de un Estado a otro dentro de un mismo país federado. El autor considera que el modelo tiene cada vez más arraigo.

ABSTRACT

The author discusses trial by jury in America. He says that this institution is a meaningful expression of democracy, which also encourages the citizen to take part in the State's political life. In America, with punctual exceptions, the citizen does not elect his judges. Therefore, diminished his

¹ Pablo Ignacio Rank ejerce la profesión de abogado en forma independiente, es docente de Derecho Procesal 1 de la Universidad Nacional de Tucumán, y maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario.

right in this aspect, he would recover, in some way, through his participation as a jury. The federal states have most applied this model, which are different from one country to another, even from one state to another within a federal country. The author considers that the model is increasingly rooted.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema clásico de enjuiciamiento de América Latina, el Sistema Inquisitivo derivado del derecho español, fue poco a poco cediendo lugar al Sistema Acusatorio, aunque aún no esté en estado puro, sino siempre matizado por el llamado sistema mixto, al mantenerse, por ejemplo, la reserva de ciertas facultades probatorias a favor del juez o tribunal que siempre terminan, en definitiva, volcando la balanza de la diosa Dike.

El Sistema Acusatorio, algo tan arraigado en otros continentes, tuvo una larga resistencia que, en honor a la verdad, aún hoy no ha terminado.

El advenimiento del Juicio por Jurados en Argentina marca un paso más hacia el deseado (por algunos y muy resistido por otros) Sistema Acusatorio Puro.

La definición específica de Juicio por Jurados puede variar según los distintos tipos y adaptaciones del modelo de enjuiciamiento. Pero los caracteres distintivos permiten esbozar una definición genérica, diciendo que es un tribunal constituido por ciudadanos para juzgar, conforme a su conciencia, acerca de la culpabilidad o de la inocencia del imputado. El Jurado se limita, únicamente, a la apreciación de los hechos (mediante un veredicto), sin consideración

de aspectos jurídicos, los que están reservados al juez.

II. LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La división de poderes fue ideada como un medio para evitar el abuso del poder, protegiendo los derechos individuales. Así se ideó una división con contrapesos o mecanismos de control entre los diversos órganos del Estado, para mantener un balance entre ellos. Es lógico pensar que, si los tres poderes creados son equidistantes entre sí, con contrapesos para que ninguno sea superior al otro, y los tres dentro de un sistema republicano y de democracia, los tres deberían tener participación popular.

Los principios rectores de toda democracia (la mayoría, el pluralismo, y la alternancia) no están presentes en el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, ni aún en el acusatorio si no hay verdaderamente una participación popular en la toma de decisiones, sea directa o indirectamente.

La forma de participar del pueblo en los actos de gobierno es mediante la emisión del voto para elegir a los titulares de los poderes ejecutivo y legislativo, ya que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes. Sin embargo, en el Poder Judicial no existen esos representantes, los jueces no son elegidos por voto popular (salvo en algunos estados de EE. UU) ni hay alternancia por la lógica necesidad de estabilidad en el cargo de los jueces.

Dicho esto, entendemos que es claro que la única forma de participación popular en la administración de justicia es mediante el jurado popular en la decisión y determinación de cuestiones de hecho.

“No podemos negar que el juicio por jurados representa la cumbre de la participación popular en una democracia moderna, afianzada en los principios de la libertad y la participación, entendida esta no solo como la intervención del pueblo en la elección de sus gobernantes, sino, también, en la toma concreta de decisiones y en la participación popular en los criterios de justicia”.²

Está demostrado que esa participación popular tiene efectos beneficiosos respecto al compromiso cívico. “se observó que quienes han servido como jurados tienen más probabilidades de votar en las elecciones subsiguientes, así como de participar en asuntos comunitarios. Esta intensificación del compromiso no constituye un efecto momentáneo: los investigadores pudieron comprobar su persistencia cinco años después del servicio de jurado. La mayor propensión por participar en los asuntos públicos es, sin duda, una contribución significativa a la consolidación de las instituciones democráticas, en sociedades donde la apatía del electorado asume proporciones preocupantes”.³

Si tomamos a la democracia como una forma de acceder al poder, mediante elección popular, la República es una forma de ejercerlo. En una República o *cosa pública*,

el pueblo ostenta la soberanía y éste delega el poder de gobierno en sus representantes electos.

“Los jurados ostentan el inmenso poder del Estado para castigar o no castigar a los ciudadanos”, dice el periodista de Fred Graham. “En este aspecto están por encima del soberano, y eso hace que el mundo entero se sienta fascinado por ellos”.⁴

“En el juicio por jurados, el que falla resolviendo la culpabilidad o inocencia es la sociedad representada por todos y cada uno de los integrantes del jurado, de lo que se deduce que el pueblo está allí y si él lo ha considerado inocente, le ha revocado el mandato de representación al fiscal y por ello queda en imposibilidad de apelar”.⁵

III. LA LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA MEDIANTE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Es esta manifestación del poder, el reunirse, deliberar y tomar decisiones legalmente significativas, los que transfieren poder a los ciudadanos comunes. Participar en el gobierno “hace sentir a todos que tienen deberes que cumplir con la sociedad, y que entran en su gobierno” (Tocqueville, 2001, e. o. 1840 p 136).

2 AMAYA, Jorge Alejandro, “El Juicio por Jurados en Argentina” ¿Desuetudo u omisión inconstitucional? AAVV.: Constitución de la Nación Argentina: Con motivo del sesquicentenario de su sanción. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2003.

3 BERGOGLIO, María Inés, *Subiendo al estrado. La experiencia cordobesa del Juicio por Jurados*. Ed. Bergoglio. 2010. Pag 15.

4 DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS JULIO DE 2009 / VOLUMEN 14 / NÚMERO 7. <<http://www.america.gov/publications/ejournalusa.html>>.

5 Federico Domínguez, Presidente del Tribunal de Casación Penal de la Provincia. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados. En artículo visto <<http://www.eldia.com/nota/2015-3-20-juicios-por-jurados-los-fallos-del-sentido-comun>>.

En la dinámica del jurado, las leyes son explicadas en forma práctica, comprensibles por todos, y puestas al alcance del pueblo por los esfuerzos de los abogados y del juez, teniendo también una función educativa y promoviendo el respeto a la legalidad, a la equidad y a la toma de conciencia sobre los propios derechos. Pero por, sobre todo, compartir el poder lo legitima. Las decisiones no son tomadas únicamente por un juez inalcanzable, un semi-dios, sino por gente común, gente “cualquiera”. “El jurado que parece disminuir los derechos de la magistratura, funda pues realmente su imperio, y no hay países en que los jueces sean tan poderosos como aquellos en que el pueblo entra en el reparto de sus privilegios” (Tocqueville, 2001, e. o. 1840 p.136). Esta facultad legitimadora de las decisiones puede hacer mucho bien a favor del servicio de justicia.

Nótese que de los 10 países en los que más se confía en la Justicia, 7 de ellos tienen sistema de Juicio Acusatorio con Juicios por Jurados.

Lamentablemente en el cono sur estamos en el otro extremo de la tabla, siendo de aquellos en los que la gente no tiene confianza en jueces que se eligen entre ellos, y donde el pueblo no solamente no participa, sino que tampoco entiende las decisiones tomadas. Tómese como ejemplo de la necesidad de reforma en el método de enjuiciamiento que, en Argentina, con varias recesiones económicas y confiscaciones de depósitos (especialmente en dólares estadounidenses) igual la gente confía más en los bancos que en la Justicia.

IV. JUICIOS POR JURADOS EN LATINOAMÉRICA

En Latinoamérica hay varios antecedentes de este método de enjuiciamiento,

principalmente relacionados con los países federales.

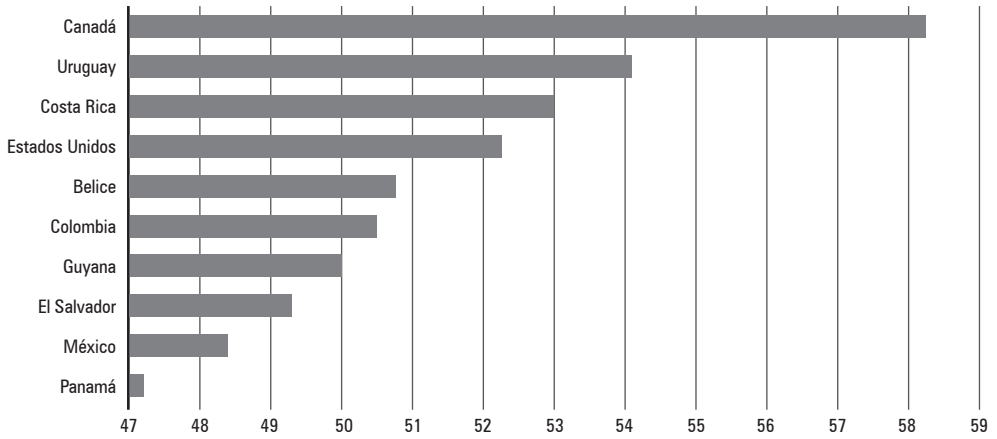
De los 35 países de América, sólo 5 de ellos tienen Sistema Federal, esto es: diversos estados o provincias, dotadas de soberanía y libertades limitadas, unidos por un derecho común, y con un doble gobierno: el local y el federal.

Son principalmente los países federales (Argentina, Brasil, EE. UU, México y Canadá) los que en mayor o menor medida legislan sobre el Juicio por jurados. Sin embargo, en toda América hay antecedentes de juicios por jurados, estando vigente en países como Belice, Barbuda, Dominica, Guyana, Jamaica, Panamá, Puerto Rico, entre otros.

Un caso por destacar es el antecedente de Venezuela. En Venezuela parecía tomarse partido directamente por la participación ciudadana con el Código Orgánico Procesal Penal de 1998. Sin embargo, en la reforma de 2001, se eliminó de su texto al Juicio por Jurados. Esta medida fue justificada por los legisladores en el hecho de que “no estaban dadas las condiciones para su real y efectiva aplicación” (Han et al, 1999:225).

A pesar de casos de lamentable retroceso como el de la República Bolivariana de Venezuela, “en las últimas dos décadas el juicio por jurados ha recibido un fuerte impulso en Latinoamérica, y es parte esencial de procesos de reforma judicial que alientan la participación ciudadana como medio de fortalecimiento democrático de las instituciones. Estas reformas (...) en gran medida pensadas, diseñadas y aplicadas a partir de ideas locales y considerando particularidades nacionales y regionales han llevado al juicio por jurados a superar en nuestra región una etapa en que perteneció a la letra de la ley y a discusiones doctrinarias para

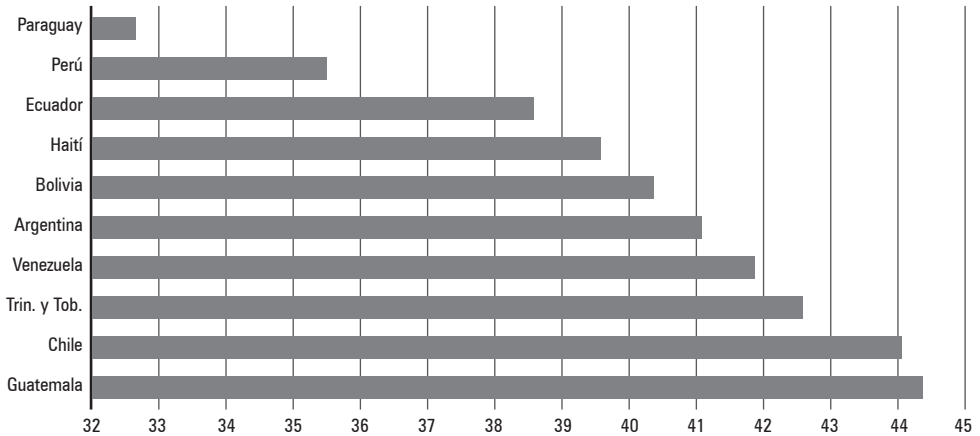
Los 10 países de América en los que más se confía en la Justicia



* Escala de 0 a 100

Fuente: Infobae con datos del Barómetro de las Américas de LAPOP (2004-2014)

Los 10 países de América en los que menos se confía en la Justicia



* Escala de 0 a 100

Fuente: Infobae con datos del Barómetro de las Américas de LAPOP (2004-2014)

alcanzar una regular y creciente aplicación práctica”.⁶

V. EL JUICIO POR JURADOS EN ARGENTINA

Argentina es un país federal. Por ello, y aun cuando el Juicio por jurados no esté legislado e implementado a nivel nacional, sus Provincias (Estados miembros de la federación) tienen la facultad constitucional de regular sus procesos según su propia ley local. En el sistema Federal argentino, cada Provincia reservó para sí el dictado de los Códigos Procesales, y la Nación debe dictar los códigos Materiales o de fondo, respecto a temas civiles, penales, etc. (art 75 inc. 12 CN Arg.).

En la actualidad, de las 23 provincias, 5 de ellas tienen con leyes vigentes y de aplicación efectiva con enjuiciamiento por jurados, y 9 de ellas tienen presentados proyectos para su adopción, incluido uno en el Congreso de la Nación.

La fuerza y velocidad que tiene esta corriente juradista, puede hacer suponer que el juicio por jurados llegó para quedarse.

A fin de dar una aproximación al sistema que se está empleando en Argentina, considero útil, primeramente, distinguir la existencia de dos tipos de Jurados:

1. Jurado Clásico o Anglosajón

En este tipo de jurados está claramente diferenciada la tarea de cada miembro del tribunal. El Tribunal en sí está conformado

por un Juez profesional, quien dirige el debate y aplica la normativa a la decisión del Jurado, y el Jurado popular o lego, integrado por un número variable, normalmente de 12 personas, que tienen a su cargo el deber de emitir un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad.

2. Jurado Escabinado o Continental Europeo

Este tipo de jurado está integrado por jueces profesionales y populares quienes juntos debaten y dictaminan sobre los hechos, variando mucho su constitución. En Argentina es el tipo vigente en Córdoba, siendo el tribunal compuesto por 3 jueces profesionales y 8 populares. Si bien es destacable ya el que se haya dado participación al ciudadano, es notable la influencia que tienen los jueces profesionales sobre los legos.

Si bien la Constitución establece que el Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados (art. 24 CN. Arg.) no indica cuál de los tipos debe ser seguido, y hay voces a favor y en contra de ambos. En Argentina solo una de las 5 provincias con Juicios por Jurado ha adoptado este sistema.

V.1. Integración del Jurado

El jurado popular está integrado por ciudadanos que son elegidos por sorteo, según el siguiente mecanismo.

En primer lugar, la selección comienza en forma genérica, no para cada caso puntual. Los sorteos se realizan en base al

6 BERGOGLIO, María Inés. *Ob. Cit.* Pág. 49.

padrón electoral, realizándose cada año o dos años una preselección para el año siguiente.

De ese padrón se depura a quienes cumplen los requisitos y no tienen inhabilidades ni incompatibilidades.

V.2. Requisitos para ser jurado:

Para ser jurado se requiere:

- a) ser argentino, con cinco años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados, y tener entre 18 y 75 años de edad;
- b) saber leer y escribir y hablar y comprender plenamente el idioma nacional;
- c) contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos;
- d) tener domicilio conocido;
- e) tener una residencia inmediata no inferior a dos (2) años en la circunscripción judicial correspondiente.

Incompatibilidades

No podrán cumplir funciones como jurado por su función o cargo:

- a) los funcionarios del Gobierno, sea por cargos electivos o por designación,
- b) los magistrados y funcionarios del Poder Judicial;
- c) quienes ocupen cargos directivos en un partido político o sindicato legalmente reconocido;
- d) los abogados, escribanos y procuradores en ejercicio y los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal;

- e) los integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad en actividad;
- h) los ministros religiosos de un culto reconocido;
- g) los parientes de las partes o letrados

Inhabilidades

Se encuentran usualmente inhabilitados para desempeñarse como miembros del jurado:

- a) Quienes no tengan aptitud física o psíquica suficiente o presenten una disminución sensorial que les impida el desempeño de la función;
- b) Los fallidos no rehabilitados.
- c) Los imputados en causa penal dolosa contra quienes se hubiera requerido juicio.
- d) Los condenados a una pena privativa de libertad, hasta (10) años después de agotada la pena, los condenados a pena de multa o inhabilitación, hasta dos (2) años después de agotada la pena y los condenados por delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo o que lo fueran en orden a los delitos previstos en los arts. 245 y 275 del Código Penal de la Nación, hasta dos (2) años después de agotada la pena.
- e) Los incluidos en el registro de alimentantes morosos.
- f) Los que hayan servido como jurado durante los tres años inmediatamente anteriores a la designación.

En base a la depuración de la lista, se obtiene una lista anual o bianual de los Jurados, y cuando se ha concluido la etapa

investigativa se realizan los actos de preparación del juicio.

Aquí se sortean del listado normalmente a 36 postulantes, y comienza una etapa de recusación y excusación a fin de que entre las partes se obtengan los 12 jurados titulares y 2 a 4 suplentes para que comience el debate.

Es de suma importancia destacar que la lista final es formada por las partes, ya que ellas tienen el derecho a recusar con causa en forma ilimitada, y sin causa, unas 6 veces, variando según la jurisdicción.

Para el ejercicio del derecho a recusar, se realiza una audiencia llamada Voir Dire (decir verdad) en la que hay un examen y contra examen al postulante a Jurado, y de la que surgirán las causas para la recusación.

V.3. ¿La decisión, por unanimidad o por mayoría?

Gran discusión genera el tema de la cantidad de votos coincidentes necesarios para un veredicto de culpabilidad.

Es una tarea compleja la determinación del número suficiente, si es que se acepta la no unanimidad. Si sobre 12 personas se necesitan 7,8 o 10 es un tema que obedece al capricho del legislador. Toda la normativa vigente en Argentina está de acuerdo en que, para aplicar penas de prisión o reclusión perpetuas, debe haber unanimidad en la decisión. La discusión se da respecto a las penas temporales, habiéndose normalmente aceptado la regla de la mayoría por 10 votos de culpabilidad para condenar.

El tema no es menor, ya que, si uno o dos jurados consideran al imputado como no culpable, podría entenderse que por el principio de inocencia debería ser declarado así. Sin embargo, por la preocupación de que el requisito de unanimidad sea difícil de satisfacer y queden así truncas las expectativas de penas de prisión, el legislador bajó el requerimiento de certeza y no dando lugar a la duda razonable a favor del imputado. Tan es así que se ha creado la institución del “Jurado estancado”.

El jurado estancado es aquel que, ante una deliberación y luego de escuchar nuevamente recomendaciones judiciales, intervención de las partes, etc.; aun así, no llega a un veredicto, pero tiene más de la mitad de los votos a favor de la culpabilidad. En ese caso no se declara la inocencia, sino que se declara al jurado estanco.

Nótese que cuando 3 o 4 de 12 personas no se convencieron de la culpabilidad del imputado, no se declara la inocencia, sino que se considera al jurado estancado y se efectúa un nuevo proceso. En principio este nuevo proceso no afectaría la garantía de *non bis in idem* ya que no hubo veredicto, pero sí afecta al imputado en su principio de inocencia.

“En esta concepción, el jurado estancado desconoce que el jurado ya se ha pronunciado por la inocencia, toda vez que, si luego de cumplir con las deliberaciones previstas en la ley, no se ha llegado a la mayoría elegida por esta, ello significa que el jurado no ha querido la declaración de culpabilidad. Continuar con el juicio en estas condiciones no sólo es forzado y artificioso, sino, peor aún, inconstitucional”.⁷

7 FERNÁNDEZ, Héctor Granillo. *Juicio por jurados*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2013. Pág. 69.

Respecto a la motivación y recurribilidad del veredicto, hay actualmente mucha discusión generada por los detractores del sistema. Los antijuradistas entienden que la falta de motivación expresa en el veredicto (o sea la no fundamentación de sus decisiones) afecta la garantía a un recurso efectivo de la Convención Americana de Derechos Humanos art. 8.2.h.

Sin embargo, quienes están a favor del modelo juradista indican que “está claro que el veredicto, como legítimo acto de gobierno del pueblo, es irrecurrible. Esto significa que sus motivos no pueden ser revisados por ningún tribunal letrado en un trámite de apelación puesto que emana de quien es el único soberano de la República”.⁸

Amén de dar una respuesta al dilema, entendemos que estando las normas en su puesta colisión debe encontrarse una respuesta que armonice la interpretación de la Convención con la de la Constitución, ya que el juicio por jurados está previsto en esta última y por ello no podría ser inconstitucional.

Entendemos que deben brindarse las razones o argumentos para que el derecho vigente (interno e internacional) sea visto

como un todo sistemático. El derecho no puede ser incoherente consigo mismo. No debe interpretarse una norma asumiendo que puede haber contradicción en su propio texto y, más aún, cuando el contenido está en normas de la misma jerarquía. En él se deben encontrar explícita o implícitamente todas las respuestas jurídicas y evitar innecesarias redundancias.

Solo así podrá llegarse a la legitimación de las instituciones y a cumplirse el reclamo de participación ciudadana en la vida activa del Estado, que también son previsiones y garantías de los pactos internacionales.

VI. CONCLUSIÓN

Esta Institución, que es perfectible como cualquier otra, tiene el inestimable aporte de ayudar a arraigar la democracia, dando poder real y en el caso concreto al ciudadano.

La distribución del método por todo Latinoamérica nos ayudará a todos como conjunto a mejorar la visión del propio pueblo en su Justicia, y esto también redundará en la mejoría de nuestra imagen en el mundo.

8 FERNÁNDEZ, Héctor Granillo. *Ob. Cit.*, Pág. 101.

EL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA Y EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PROCESO DE AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PRIVADO; III. EL AMPARO CONTRA PARTICULARES, ES UN AMPARO, AUNQUE DE NATURALEZA ESPECIAL; IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA; V. ACTORES PRINCIPALES; VI. DERECHO COMPARADO; VII. PAÍSES QUE ADMITEN LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN FORMA RESTRINGIDA; VIII. CONCLUSIONES.

RESUMEN

En el artículo se hace un análisis del Amparo contra particulares en Costa Rica y otros países Latinoamericanos. Se resalta su naturaleza especial; su calidad de instrumento jurisdiccional procesal; su sencillez y sumariedad y el ser complementario de otros recursos procesales. Dice el autor que el Recurso de Amparo Costarricense, se caracteriza por ser sencillo, sin requisitos ni formalidades, que facilita el acceso a la Sala Constitucional y reclamar, por medio del amparo, el respeto o restablecimiento de sus derechos fundamentales sea efectivo, cuando el Estado o los particulares que desarrollan tareas encomendadas por el Estado, haciendo uso de esa posición de poder, por medio de acciones u omisiones violentan derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política o en los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

1 Profesor de la Universidad Autónoma de Centro América, sede Pacífico Sur.

ABSTRACT

The article makes an analysis of the protection against individuals in Costa Rica and other Latin American countries. Its special nature is highlighted; its quality as a procedural jurisdictional instrument; its simplicity and summary and complementarity with other procedural resources. The author says that Costa Rica Protection Application is simple, without requirements or formalities. It facilitates the access to the Constitutional Room and to claim, by means of the protection, respect or restoration of its fundamental rights. When the State or individuals do tasks entrusted by the State, using that power position, through actions or omissions, they violate fundamental rights enshrined in the Political Constitution or in the international instruments for protecting human rights.

I. INTRODUCCIÓN

Costa Rica no solo se ha destacado en el concierto colectivo de las Naciones por tener una vocación pacifista, y por un alto interés en promover la democracia sino, también, por ser reconocida por la protección y promoción a los derechos humanos, tanto a lo interno como en lo internacional.²

Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica ha aprobado y ratificado un sin número de convenios internacionales que se refieren a

la protección y la promoción de los derechos humanos.³

Sin embargo, a pesar de su vocación democrática de promoción y protección de los derechos humanos, hasta el año 1989, no existía un instrumento jurídico que viniera a garantizar al ciudadano residente en Costa Rica una verdadera y eficaz protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuáles han sido ratificados y aprobados por Costa Rica.⁴

En Costa Rica, en 1949, se incluyó la garantía del amparo en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual posteriormente se implementó a través de la Ley de Amparo del año 1950.⁵

En el periodo comprendido de 1949 a 1989, los amparos eran de conocimiento de la Corte Plena primero, y luego una de las Salas de la Corte, cuando los recurridos eran funcionarios de alto rango de la administración, como el presidente, ministros, y a los jueces penales e igual para el resto de los funcionarios públicos.

En esa época hay una falta de especialización de los jueces al respecto, un escaso desarrollo del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos y una visión bastante reducida del concepto de primacía constitucional. Puede

2 CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus Vicisitudes*.

3 Entre otros: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención sobre los Derechos del Niño, La Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Protocolo de San Salvador; El protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Americana relativa a la Pena de Muerte, etc.

4 *El Amparo en Costa Rica*, Silvia Patiño Cruz, Ronald Salazar Murillo, Víctor Orozco Solano.

5 *El Recurso de Amparo en Costa Rica*, Silvia Patiño Cruz, Ronald Salazar Murillo, Víctor Orozco Solano.

afirmarse que, en esta etapa de la historia, el amparo no fue un instrumento eficaz para la garantía de los derechos fundamentales, pues los jueces estimaron que solo era procedente cuando el acto administrativo era evidentemente arbitrario, pero consideraron que no era tal, cuando se fundaba en una ley o reglamento independiente de la interpretación que el funcionario diera a esa normativa. Esto hacía que la mayoría de amparos fueran desechados.

Por otro lado existía en esa época poco desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, al punto que se llegaba a considerar, tanto los derechos constitucionales y de las convenciones, como meras recomendaciones de carácter programático para el Estado y, por tanto, no exigibles en forma directa por los ciudadanos: Inclusive, las leyes o reglamentos que eran los que se aplicaban al administrado, modificaban la misma Constitución y los tratados sin que la jurisprudencia de amparo hiciera pronunciamiento alguno.

Lo anterior demostraba un Estado todo poderoso y a un ciudadano poco exigente de sus derechos y garantías, así como un mecanismo de amparo ineficaz, que convertía al instituto en inexistente. Especialmente, por la exigencia del agotamiento de las instancias administrativas para poder acudir a la vía de amparo, y, por otro lado,

los jueces legales en labores constitucionales acostumbrados a examinar la ley, pero no a confrontar los hechos con la Constitución, en fin, carentes de los instrumentos necesarios para valorar el contenido constitucional de los derechos de los habitantes.

En el año 1989, se aprueba la Ley de Jurisdicción Constitucional que crea una Sala Constitucional, órgano ubicado dentro de la estructura del Poder Judicial, especializada y concentrada, cuya competencia comprende el amparo, hábeas corpus e inconstitucionalidad de las leyes y otras normas. Compuesta por siete magistrados propietarios, todos con especialidad en derecho constitucional y doce magistrados suplentes, los propietarios son nombrados por la Asamblea Legislativa, con una votación mayor a los dos tercios de sus miembros; el período de nombramiento es por ocho años con la posibilidad de reelección automática, si la Asamblea Legislativa no considera lo contrario. Para los suplentes el período de nombramiento es de cuatro años.⁶

Uno de los primeros elementos que se observa es la reforma al artículo 48 constitucional, que amplía el catálogo de derechos tutelados a través del amparo, al incluir no solo los contenidos en la Constitución, sino también los de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.⁷

6 Artículo 10 de la Constitución Política de Costa Rica: "Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal de Elecciones y los demás que determine la ley".

7 Artículo 48 Constitución Política de Costa Rica. "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10."

El otro aspecto fundamental es que se eliminó la necesidad de agotar la vía administrativa como requisito previo del amparo, con lo cual se convirtió en un mecanismo directo, ágil y sencillo para procurar la tutela de los derechos, ampliando la legitimación activa, acercándose al de una acción popular.

II. PROCESO DE AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PRIVADO

En la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135 del 11 de octubre de 1989, se introdujo un capítulo, el CAPÍTULO II, que se denomina “Del amparo contra sujetos de derecho privado, a partir del artículo 57”. Teniendo una relevancia muy significativa en relación con el desarrollo jurisprudencial, en relación con el amparo contra sujetos de derechos privados.

Así podremos citar algunos ejemplos relevantes e importantes sobre los cuales la Jurisdicción Constitucional se ha pronunciado, y al respecto tenemos lo siguiente:

- a) Derecho a la autodeterminación informativa ordenando suprimir, modificar, o actualizar datos personales inexactos que manejan empresas protectoras de crédito en sus bases de datos.
- b) Derecho al debido proceso ordenando a una entidad de Derecho Privado (Ejemplo: club privado, sindicato, asociación, entre otros) observar las garantías mínimas del debido proceso y la defensa cuando se trata de la expulsión de un asociado.
- c) Derecho a la educación, ordenando a un centro de enseñanza privada –primaria, secundaria o universitaria– entregarle

al educando una certificación, una copia de un documento o de un expediente o incluso diplomas o títulos que le permitan garantizarle la continuidad de su proceso educativo ante otra entidad privada o en la educación pública, ante la negativa de la entidad privada de hacerlo con el propósito espurio de garantizarse el pago de mensualidades atrasadas.

- d) Derecho de los discapacitados a que las empresas privadas ajusten sus instalaciones, infraestructura o unidades en el caso de servicio de transporte público a través de las que prestan un servicio a los parámetros de accesibilidad que le garantice a ese sector especialmente en estado de vulnerabilidad su autonomía, suprimiendo cualquier tipo de barrera arquitectónica.

De igual manera la Sala Constitucional también ha dicho:

- Que una cooperativa, un partido político, un equipo de fútbol, una asociación, una escuela, un sindicato o una empresa no pueden, expulsar a uno de sus asociados, deportistas, miembros o estudiantes, socios, sin un DEBIDO PROCESO BÁSICO (sin audiencia ni defensa).
- La Sala Constitucional ha dicho o establecido que un partido político no puede realizar elecciones internas violentando la DEMOCRACIA, o discriminando a sus partidarios.
- La Sala Constitucional ha establecido que una universidad o colegio privado no pueden expulsar a un estudiante por usar su pelo largo. (Sentencia 6506-UIA y 2566-95 contra el colegio Rosario)⁸

8 Sentencia N° 6506 y 2566-95 de la Sala Constitucional Universidad Internacional de las América contra el Colegio El Rosario.

- La Sala Constitucional ha establecido que un restaurante privado abierto al público no puede discriminar a sus comensales por motivos contrarios a la dignidad humana.⁹
- La Sala Constitucional ha dicho que una empresa privada no puede despedir a un trabajador aun pagándole sus prestaciones legales, salvo motivo justificado, si es un dirigente sindical (Garantías Sindicales)
- La Sala Constitucional ha establecido que una empresa no puede contaminar un río o talar un árbol sin cumplir con los requisitos que exige la Ley.

III. EL AMPARO CONTRA PARTICULARES ES UN AMPARO, AUNQUE DE NATURALEZA ESPECIAL

Como muy bien lo señala el Dr. Rodolfo Piza, es en primer lugar **una modalidad del amparo**. Por tanto, goza de alguna de sus características especiales:

- a) Es **un instrumento procesal y jurisdiccional** y eso delimita más de lo que parece, su ámbito de acción: por lo tanto hay un proceso, hay exigencias de legitimación (activa y pasiva) o de coadyuvancia, hay un mecanismo de aportación, contradicción y valoración de las pruebas; las partes deben gozar de una igualdad procesal, debe haber un órgano independiente, jurisdiccional e imparcial para resolver los conflictos y los alegatos que le plantean las partes; hay medidas cautelares, hay contradictorio, el conflicto debe resolverse privilegiadamente mediante sentencia, se le aplican los mecanismos de ejecución de sentencia, etc.
- b) En segundo lugar, en cuanto amparo constitucional, es un instrumento especial, no pertenece al orden procesal común, no es de plena jurisdicción, solo opera para la defensa de un grupo importante de bienes jurídicos; los derechos fundamentales, esto es los derechos que están en la Constitución, los que se derivan de la misma o de sus principios también, en el caso costarricense, los que reconocen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (artículo 48 constitucional) y la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional.
- c) En tercer lugar, es, o pretende ser, un proceso sumario, sencillo, e informal; en el sentido de que no está sujeto a las formalidades procesales del orden común, no de que no existan ciertas formalidades. Sumario en el sentido que es un proceso rápido que no agota todas las posibilidades procesales de plantear y de resolver el conflicto en otras vías procesales. (Plenarias)
- d) En cuarto lugar, es complementario, no sustituto de otros mecanismos procesales; pues los otros instrumentos procesales operan y siguen operando paralela o sucesoriamente para resolver el mismo conflicto fáctico (aunque los fundamentos jurídicos para resolverlo deban ser diferentes), solo que en caso de manera plenaria y en el otro de

9 Ver sentencia N° 3134-93 Sala Constitucional.

manera fundamentalmente cautelar, aunque la cautela constitucional pueda suponer también, el reconocimiento de una situación jurídica en forma definitiva (cuando se acoge el amparo, pues cuando se rechaza, la resolución no prejuzga sobre las responsabilidades “penales o civiles” en que incurran las partes, conforme al artículo 64 de la Ley en relación con los artículos 62 y 63).

IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA

Frente a sujetos privados que se encuentren en una posición de poder. Como lo dice el Dr. Rodolfo Piza, se trata de un mecanismo procesal “**extraordinario o excepcional**” (el subrayado y la negrita son míos). Extraordinario, además porque no se aplica a las relaciones (inter pares) de los particulares, sino solo frente a determinadas personas; los particulares que estén en una posición de poder. Posición de poder que nuestra Ley define alternativamente bajo tres supuestos:

- a) Que ejerzan funciones o competencias públicas. Con ello se da lugar al reconocimiento del ejercicio jurídico de poderes o funciones públicas por los particulares, sea por autorización o concesión expresa de esa condición. (Por ejemplo, los concesionarios de obras o servicios públicos, los notarios públicos, los capitanes de barco en alta mar, etc.).

Sea por ejercicio de hecho de funciones públicas (caso de los llamados funcionarios de hecho, según la definición de nuestra Ley General de

Administración Pública en sus artículos 115, 116 y 118). En uno u otro caso, se trata de asimilación a la condición de funcionarios o autoridades públicas, por disposición de Ley, y en cuanto ejerzan, de hecho, o de derecho esa función. Estos casos bien podrían ser cubiertos como en otros países por el amparo contra autoridades. En nuestra Ley de Jurisdicción Constitucional, la solución fue regulada bajo la modalidad especial del amparo contra particulares.

- b) El segundo supuesto, **es la superioridad de derecho del particular** (pero que no llega a ostentar funciones públicas). **Esto es, cuando el ordenamiento le otorga a un particular, una posición de poder jurídico de que carecen los demás particulares**, sea por acceso a instalaciones públicas que se niega a los demás (agentes aduaneros etc.), sea por el régimen de atribuciones jurídicas superiores que ostentan y carecen los demás; sea porque el ordenamiento exige que determinadas actividades solo puedan realizarse por un cuerpo colegiado (un sindicato, una sociedad anónima laboral, una cooperativa) o por un grupo limitado de empresas.
- c) El tercer supuesto, **es la superioridad fáctica o de hecho a que alude el párrafo primero del artículo 57 de nuestra Ley de Jurisdicción Constitucional**. Se trata de la modalidad más amplia y, por tanto, la que admite menos definiciones apriorísticas. La superioridad solo puede descubrirse analizando los hechos y las condiciones en que se ejerce la supuesta superioridad. Los casos más conocidos y resueltos jurisprudencialmente, son los de una federación deportiva (particularmente la

de fútbol en nuestro país), los de equipos de fútbol respecto por ejemplo, del acceso a sus estadios de una persona o periodista, los de un restaurante, un teatro o una discoteca abiertos al público que nieguen su acceso a determinadas personas de forma irrazonable o discriminatoria; los de una empresa respecto de sus trabajadores; los de un sindicato respecto de sus agremiados, los de un partido político mayoritario respecto de sus partidarios (los minoritarios, en cambio parecen no ostentar esa condición de poder). Los ejemplos pueden multiplicarse. Lo que importa en tales casos, es demostrar la existencia de esa superioridad y no darla por sentada ni asumirla genéricamente.

V. ACTORES PRINCIPALES

a. Actor

El actor será la persona que considere que un sujeto de Derecho Privado le ha quebrantado o lesionado un derecho fundamental o humano, por medio de conductas activas u omisivas. En este tipo de procesos al igual que el amparo contra sujetos y órganos públicos, es posible distinguir entre tutelado y recurrente, condiciones que eventualmente pueden coincidir. El artículo 58 de la LJC, de manera idéntica a lo que establece el artículo 33 de la LJC dispone que *“cualquier persona podrá interponer el recurso”* lo cual permite distinguir entre la persona tutelada y el recurrente.¹⁰

b. Demandado

La parte demandada será siempre un sujeto de Derecho Privado, esto es, sometido a un régimen del Derecho común u ordinario (Ejemplo. Derecho Civil o Derecho Mercantil). El artículo 59 LJC preceptúa o señala que se debe dirigir el recurso *contra el presunto autor del agravio*.

La parte demandada puede ser tanto una persona física como jurídica (organización colectiva del Derecho Privado), por ejemplo, puede ser una fundación, asociación, sociedad anónima, etc. En caso de plantearse contra una persona física se demanda *“en su condición individual”*, artículo 59 de la LJC, y si se trata de una persona jurídica la pretensión del amparo se dirige *“contra su representante legal”*, artículo 59 de la LJC. También dicho ordinal 59 de la LJC aclara que si se plantea contra *“una empresa, grupo o colectividad organizados”* la demanda debe de enderezarse *“contra su personero aparente o el responsable individual”*.

c. Presupuestos

No basta con que un sujeto de derecho privado lesione un derecho fundamental o humano para que proceda el amparo, debe concurrir una serie de presupuestos fijados normativamente para que sea admisible:

Actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas.

El artículo 57 de la LJC establece que cuando un sujeto de Derecho Privado

10 Artículo 58 de la Ley de Jurisdicción Constitucional: *“cualquier persona podrá interponer el recurso.”* La Sala Constitucional, sin embargo, ha dicho que en materia de amparo no cabe la acción popular, sino que, aunque cualquier persona puede interponerlo en favor de un tercero, lo cierto es que se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable, en particular para que haya legitimación. Ver Resolución N° 470- del 9 de mayo de 1990.

actúa o debe de actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, resultará admisible plantear un amparo.¹¹

Posición de Poder

Este concepto alude a la posición que puede ostentar un sujeto de derecho privado respecto de otro, en el sentido de que uno está en un lugar privilegiado o de superioridad y puede realizar actos ilegítimos en contra de los demás, que llevan directamente la violación de derechos fundamentales.

Como señala el Derecho colombiano, no solo se da una posición de poder, sino que la otra perspectiva es la situación de subordinación en que se encuentra el perjudicado.

Sin embargo, no toda relación de poder autoriza el amparo, sino aquella en que la superioridad de uno sobre el otro, de hecho, o de derecho, tiene una naturaleza relevante o avasalladora a tal punto que deje en indefensión total a una persona y con ello se vulnere su derecho. La Sala Constitucional por ello ha señalado que se trata de situaciones calificadas y excepcionales.

Insuficiencia del procedimiento común

Además de la situación de poder a la que me he venido refiriendo, deben concurrir otros requisitos para que sea procedente el amparo, cual es que los remedios jurisdiccionales sean insuficientes para garantizar el derecho o evitar que continúe la infracción.

Indica Ayala que esa insuficiencia se debe observar desde tres vertientes: 1) *No sean idóneas para evitar el daño o la lesión causada a los derechos*; o 2) *no sean suficientes (insuficiencia) para reparar el perjuicio causado a los derechos*; o 3) *No son oportunas (operatividad inmediata) para lograr el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas*".

Contrario a lo que sucede en otras legislaciones como la española o la mexicana, que exigen el agotamiento de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento para poder ir a la vía del amparo. *La Sala Constitucional refiere a que los remedios jurisdiccionales comunes no sean suficientes. Lo que supone que existiendo remedios procesales comunes por los que las partes podrían discutir sus pretensiones, el resultado del juicio resulte claramente insuficiente. Esto significa que la parte no logrará satisfacer su pretensión ni aun obteniendo un fallo favorable.* En un caso de despido de dirigentes sindicales, la Sala Constitucional entró a hacer esa valoración señalando lo siguiente: "En el presente caso, es claro que la entidad recurrida se encuentra en una posición de poder frente a los recurrentes y que los medios jurisdiccionales resultan insuficientes y tardíos para garantizar sus derechos, pues no existe una medida cautelar para reinstalar a un trabajador que denuncie haber sido despedido por persecución sindical, por lo cual se les causa un perjuicio directo e inmediato,

11 Ver artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

que una causa abierta ante le jurisdicción ordinaria laboral no podrá resolver con celeridad. En cambio, la admisión del amparo y la consecuente suspensión del acto ordenado por el artículo 41 de la Ley de Jurisdicción Constitucional sí otorga un remedio precautorio ágil.¹²

VI. DERECHO COMPARADO

Podemos decir que el Recurso de Amparo contra particulares en latinoamericana, tiene como punto de partida la famosa sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina. En el caso de Samuel Kot de 1958, se ha admitido frente a actos de particulares. Ello también deriva del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³

En la actualidad la mayoría de países de América Latina admite, en alguna forma, la acción de amparo contra particulares.

Así, en forma amplia, lo admiten: ARGENTINA, BOLIVIA, CHILE, PARAGUAY, PERU, URUGUAY Y VENEZUELA; y en forma restringida, COLOMBIA, COSTA RICA, ECUADOR, GUATEMALA Y HONDURAS.

Por tanto, solo en BRASIL, EL SALVADOR, MÉXICO, NICARAGUA Y PANAMÁ, se excluye totalmente el recurso de amparo contra particulares, es decir el amparo sigue siendo una garantía judicial frente al Estado y sus autoridades públicas.

ARGENTINA

La Corte Suprema de Justicia admitió el amparo contra particulares en el caso Samuel Kot. A partir de dicho caso la Corte Suprema de Justicia y en general los Tribunales de Argentina han venido admitiendo en forma reiterada y uniforme la procedencia del amparo contra actos de particulares, conforme a lo previsto en los artículos 321, numeral 2 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹⁴

BOLIVIA

En Bolivia la Constitución consagra con toda amplitud la posibilidad del ejercicio del recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocida por esta Constitución y las Leyes, (artículo 19 de la ley del tribunal Constitucional de 1998).¹⁵

CHILE

En Chile el amparo se regula en la Constitución Política para proteger ciertos derechos y libertades constitucionales contra actos u omisiones arbitrarias o ilegales que produzcan perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los mismos (art. 20) sin hacer distingo alguno respecto del origen de las acciones.¹⁶

12 Ver artículo 41 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

13 Ver caso de Samuel Kot de 1958 en la Argentina.

14 Ver caso Samuel Kot- Argentina, artículos 321 (2, y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

15 Ver artículos 128 y 129 de la Constitución de Bolivia.

16 Ver artículo 20 de la Constitución de Chile.

PARAGUAY

En Paraguay el artículo 134 de la Constitución admite la acción de amparo contra particulares estando regulada la acción en la Ley 1337- 1998 que contiene el Código Procesal Civil.¹⁷

PERÚ

Se admite la acción de amparo contra los actos de particulares a cuyo efecto la Constitución prevé que la acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados “por cualquier autoridad, funcionario o persona” (Art. 200). Ello lo corrobora el artículo 2 del Código Procesal Constitucional 2005.¹⁸

REPÚBLICA DOMINICANA

En la República Dominicana, país donde se ha dictado la última de las leyes de Amparo en América Latina (2006), también se admite la acción de Amparo contra particulares (artículo 1, Ley 437-06).¹⁹

URUGUAY

Mediante la Ley 16.011 de Amparo de 1988 de Uruguay, admite en general la acción de Amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares, que, en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de los derechos y

libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (art. 1).²⁰

VENEZUELA

Así la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales de 1988 establece que procede contra cualquier hecho, acto u omisión de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por la Ley. (Art. 2).²¹

VII. PAÍSES QUE ADMITEN LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN FORMA RESTRINGIDA

COLOMBIA

El artículo 86 de la Constitución colombiana regula la acción de tutela, básicamente, como un medio de protección contra “la acción o la omisión de cualquier autoridad”. Sin embargo, la parte final del artículo 86 de la Constitución remite a la Ley en cuanto al ejercicio de la acción de tutela contra particulares.²²

COSTA RICA

Admite el recurso de Amparo contra particulares, pero solo si estos se encuentran

17 Ver artículo 134 de la Constitución de Paraguay y la Ley 1337-1998, Código Procesal Civil.

18 Ver artículo 200 de la Constitución de Perú y el artículo 2 del Código Procesal Constitucional de 2005.

19 Ver artículo 1, Ley 437-06.

20 Ver Ley 16.011 de 1988.

21 Ver artículo 2 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988. (art.2).

22 Ver artículo 86 de la Constitución Colombiana.

cumpliendo actos de autoridad, regulado en el artículo 48 de la Constitución y el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.²³

ECUADOR

El Amparo se regula por medio del artículo 95 de la Constitución donde la acción de Amparo, además de interponerse contra actos u omisiones de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, o en un tratado o convenio internacional vigente, podrá interponerse contra el acto o la omisión realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.²⁴

GUATEMALA

También procede el Amparo contra actos de particulares, pero solo en determinados casos, conforme se regula en la ley. Así es como en el artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se establece que podrá también recurrirse en amparo contra entidades sostenidas con fondos del Estado, creadas por Ley o concesión; o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante.²⁵

HONDURAS

En Honduras la Ley sobre Justicia Constitucional de 2004 admite la acción de amparo contra particulares en el artículo 42, cuando se trate de personas sostenidas con fondos públicos y las que actúen por delegación de algún órgano del estado en virtud de concesión de contrato u otra resolución válida.²⁶

VIII. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, podemos indicar que el Recurso de Amparo Costarricense, se caracteriza por ser sencillo, sin requisitos ni formalidades lo que le permite a la población tener acceso fácil a la Sala Constitucional y reclamar por medio del amparo el respeto o restablecimiento de sus derechos fundamentales cuando estos han sido violados no solo por el Estado, sino también por los particulares cuando están desarrollando tareas encomendadas por el Estado y que haciendo uso de esa posición de poder, por medio de acciones u omisiones violentan derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política o en los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

Por otro lado, es importante resaltar la aprobación de la Ley de Jurisdicción Constitucional y creación de la Sala Constitucional en el año de 1989, lo que permite contar no solo con un marco jurídico, sino también

23 Ver artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

24 Ver artículo 95 de la Constitución Política.

25 Ver artículo 9 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

26 Ver artículo 42 Ley sobre Justicia Constitucional 2004.

con un órgano especializado, con miembros que la componen preparados en la materia, lo cual viene a ser una garantía no solo para el ciudadano común sino también de grupos organizados que obtendrán una respuesta a sus inquietudes cuando sean violentados sus derechos fundamentales.

Por último y el que considero muy importante, es el hecho de que existe una serie de instrumentos internacionales relacionados con los Derechos Humanos, para los cuales la Sala Constitucional viene a ser una garantía de cumplimiento de cada uno de los postulados que contienen dichos instrumentos y que revisten de mucha importancia para los ciudadanos de un país de paz y democracia como lo es Costa Rica.

Y es que no es para menos, que países considerados democráticos, y de paz, no cuenten con los instrumentos apropiados para garantizar a todos los ciudadanos, sean estos nacionales o extranjeros, el restablecimiento de sus derechos cuando han sido violados por acción u omisión de un órgano del Estado, un funcionario del Estado o un particular ejerciendo tareas encomendadas por el Estado.

El Estado debe ser el garante de los derechos humanos, ya que es el que con sus acciones muchas veces los viola, de ahí que debe ser el obligado de crear los instrumentos y mecanismos eficaces, que permitan al ciudadano accionar para que se le devuelvan sus derechos.

BIBLIOGRAFIA

- <http://isuu.com/rodolfoepizarocafort/docs/amparo/particulares.libro_hokm.fizam>
- BREWER-CARIAS, Allan R. y José de Jesús NAVEJA MACÍAS. *La situación general de la acción de amparo contra particulares en el derecho latinoamericano*. Revista Trilogía N°. 4.
- CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional y sus vicisitudes*, Primera edición, San José, C.R.: Juritexto, 2008.
- C.R. *Ley de la Jurisdicción Constitucional*. III ed., San José de C. R.: IJSA, 1991.
- HERNÁNDEZ VALLE, R. *Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad*. 1º ed. San José de Costa Rica.: IJSA, abril del 2017.
- JINESTA LOBO, Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional*. 1 edición. San José, C.R.: Edit. Guayacán, 2014.
- SALAZAR MURILLO, Ronald; Silvia PATIÑO CRUZ; Víctor Eduardo OROZCO SOLANO. *El Recurso de Amparo en Costa Rica*, 1 edición San José, C.R.: R Salazar M. 2008.

Jorge Félix Ampuero Begazo¹

EFICACIA EN LA GESTIÓN FISCAL MILITAR POLICIAL

“Todo lo que no se puede medir, no se puede gestionar”
Peter Drucker

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. MÉTODO; 3. MATERIALES: MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO; 3.1. EFICACIA; 3.2. GESTIÓN FISCAL; 3.3. INDICADORES DE DESEMPEÑO; 3.4. PLAN DE TRABAJO ANUAL (PTA); 4. RESULTADOS; 4.1. EFICACIA EN LA GESTIÓN FISCAL MILITAR POLICIAL Y PROCEDIMIENTO PARA LOGRARLA; 4.2. ACTIVIDADES; 4.3. PRIORIDAD: INDICADORES DE EFICACIA; 4.4. VARIABLES; 4.5. UNIDADES DE MEDIDA; 5. DISCUSIÓN; 6. CONCLUSIONES; 7. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo de investigación inédito aborda la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, por ser, además, trascendente en la práctica, desarrollándose su noción, alcance, importancia y procedimiento. El método escogido es el experimental, por corresponder a la ciencia de la Administración, el mismo que permite el empleo de técnicas, como la Gestión por Resultados (GpR) y el sistema administrativo presupuestal, y herramientas como los indicadores, que es la principal herramienta en este estudio. En los marcos conceptual y teórico, se tratan términos y definiciones correspondientes a la eficacia, gestión fiscal, plan de trabajo, indicadores de desempeño e indicadores de eficacia. Como resultados de la investigación están la definición de la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, el

¹ Fiscal Supremo Adjunto Coordinador del Fuero Militar Policial, magíster en Derecho Penal Militar, docente universitario en las asignaturas de Gestión Pública, Derecho Penal Militar, Derecho Penal Económico y Proceso Contencioso Administrativo.

procedimiento para lograrla, donde se destaca la importancia de instrumentos normativos tanto generales como institucionales, llegando a establecer como prioridad a los Indicadores de Eficacia. La discusión no ha quedado exenta, puesto que se plantea la dificultad de no completar la elaboración de los Indicadores de Eficacia y, por ende, de no perfeccionar la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, por no contar con estándares y unidades de medida o parámetros ni sus rangos y umbrales, lo que obligará al autor a una ampliación futura de esta investigación.

ABSTRACT

This unpublished research work discusses the effectiveness of Police Military Fiscal management, for being also transcendent in practice, developing its notion, scope, importance and procedure. The chosen method is experimental, for corresponding to the Administration science, which allows the use of techniques such like the results Management (GpR) and the budgetary administrative system, and tools like the indicators, which is the main tool in this study. In conceptual and theoretical frameworks, terms and definitions pertaining to efficacy, fiscal management, work plan, performance indicators and effectiveness indicators are discussed. The results of the investigation include the definition of effectiveness in the police military fiscal management, the procedure to achieve it, where emphasizes the importance of normative instruments both general and institutional, getting to establish the Effectiveness Indicators as priority. The discussion

has not been exempted, since it raises the difficulty of not completing the elaboration of effectiveness Indicators and, therefore, of not improving the effectiveness in the police military Fiscal management, for not having standards and units of measurement or Parameters nor their ranges and thresholds, which will oblige the author to extend this research.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigor del código penal militar policial, con fecha 1 de enero de 2011, se implantó un nuevo modelo procesal en la investigación y juzgamiento de los delitos de función militar policial, cambiando los esquemas mentales y paradigmas inquisitivos, reorientándose por la nueva lógica del sistema acusatorio, modelo en el cual una de sus ventajas es el equilibrio entre garantía y eficacia². A través de este equilibrio, se pretende ponderar el respeto de los derechos del imputado con la eficacia en la persecución del delito por parte de los integrantes del sistema de administración de justicia militar policial.

En lo concerniente a las garantías, existe en el derecho penal y procesal penal ingente literatura; sin embargo, son exiguas las investigaciones jurídicas sobre la eficacia en estas disciplinas sustantiva y adjetiva, pese a su trascendencia práctica. Esa actitud académico-jurídica indiferente y apática en lo concerniente a la eficacia, que contrasta con su relevancia real, ha motivado al autor a desarrollar su noción, alcance, importancia y relación con la función más importante en el Fuero Militar Policial, como es la Fiscal Militar Policial.

En efecto, los Órganos Fiscales Militares Policiales asumen como rol fundamental la dirección de la investigación del delito de función, convirtiéndose, así, en los actores principales del sistema acusatorio adversarial implantado por el Decreto Legislativo N° 1094. Ante tan delicado escenario, la Fiscalía Suprema Militar Policial instauró la excelencia dentro de la visión de las Fiscalías³, con el fin de que vayan tomando conciencia de la nueva y complicada misión que se les ha otorgado.

Sin embargo, existe otro rol de los Fiscales Militares Policiales no menos importante que el propiamente fiscal: el de administrador o gerente; respecto al cual no sólo la excelencia guarda íntima relación, sino también la eficacia, la eficiencia y la economía; tanto así que han sido consideradas como las dimensiones de desempeño que permiten concluir a los Órganos de Control, que la gestión de los recursos públicos está bien llevada y orientada a resultados para bien de la ciudadanía⁴.

Por razones de espacio y por la naturaleza del artículo de investigación, sólo vamos a tratar la Eficacia enlazándola con la Gestión Fiscal Militar Policial, cuya importancia se desprende de su relación con la Gestión por Resultados (GpR) y el sistema administrativo presupuestal, lo que convierten a nuestro tema en relevante y

merecedor de ser abordado en este apartado académico, siendo una de sus finalidades la de ser útil a los operadores fiscales y encaminarlos hacia la excelencia, para beneficio de nuestra ciudadanía, a la cual nos debemos.

2. MÉTODO

Primeramente, hay que hacer referencia a la formalidad del presente artículo de investigación, para lo cual tenemos en consideración que va a ser publicado y dirigido al lector como selecto del destinatario, lo que obliga a que esté revestido del halo de calidad. Y qué mejor que seguir normas internacionales ISO, que recomiendan en su estructura la conveniencia de que figuren la introducción, materiales, métodos, resultados y discusión. Esto es lo que en la literatura especializada se conoce como estructura IMRYD⁵. Ya tocamos la introducción, correspondiendo ahora tratar el método, donde se definirá el diseño de investigación que se ha seguido y la muestra o grupo de estudio.

Adelantamos en la introducción que nuestro tema guarda relación con la GpR y el sistema administrativo presupuestal, lo que implica que es más cercano a la ciencia de la Administración que a la del Derecho, por lo que vamos a emplear un método

3 Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 027-2013PFSMP/SP del 27 de enero del 2013, pág. 19.

4 En la Directiva N° 008-2016-CG/GPROD "Auditoría de Desempeño" y "Manual de Auditoría de Desempeño", publicada en El Peruano el 05 de mayo de 2016, dentro de las Dimensiones de la Auditoría de Desempeño, se establece que las dimensiones de desempeño son los aspectos que, analizados de manera individual o conjunta, según la información disponible, permiten concluir sobre el desempeño de la producción y entrega de un bien o servicio público.

5 FERNÁNDEZ LLIMÓS, Fernando; El Artículo Científico, en Pharmaceutical Care España 1999, 1: 5-10; pág. 8.

acorde con la primera de las nombradas, siendo recomendable, primero, desentrañar su definición de la Teoría Clásica de la Administración, cuyo exponente máximo fue Henry FAYOL, para quien administrar es planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar una organización.

Este célebre tratadista consideró a la Administración como una ciencia, por lo que como tal le corresponde un método, siendo reconocido en la doctrina mayoritaria el experimental, que consiste en “la determinación de ciertos hechos o resultados por medio de la OBSERVACIÓN de los fenómenos (no sólo en el sentido de ver con detenimiento sino en el de registrar los hechos de forma sistemática) y de la VERIFICACIÓN con base en la observación continua (cuyas HIPÓTESIS son explicaciones preliminares con un grado de credibilidad científica sujetas a comprobarse mediante la EXPERIMENTACIÓN”⁶.

Considerando que vamos a verificar nuestras hipótesis a través de la experimentación, debemos emplear datos objetivos, palpables, concretos de información, siendo los idóneos para este trabajo los Indicadores.

¿Por qué lo anterior? Porque así lo recomienda el vigente y reconocido modelo de gestión pública al que hemos mencionado anteriormente, la Gestión por Resultados (GpR), al que Marcos MAKON lo define como “un enfoque orientado a refocalizar la conducción y gerencia de los organismos públicos hacia un modelo de gerencia que

privilegie los resultados por sobre los procedimientos y priorice la transparencia”⁷; y cuyas características son las siguientes:

- Está conectada y se guía por los instrumentos de planificación (PEDN, PESEM, PEI, etc.).
- Conlleva cambiar el enfoque de presupuestación (presupuesto por resultados).
- Promueve la redefinición de la organización del trabajo en función de estos resultados.
- Pone la mirada en el desempeño institucional (indicadores) y en la importancia de medir todo aquello que se hace.
- Se rinde cuentas sobre la base del desempeño y del alcance.
- Siempre el eje es la gente.

La GpR tiene como una de sus metodologías específicas el Presupuesto por Resultados (PpR), cuya definición se encuentra en el artículo 79.1 de la Ley N° 28411 “Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto”, incorporado por la Ley N° 29289 y modificado por la Ley N° 29465, en los siguientes términos: “PpR es una metodología que se aplica progresivamente al proceso presupuestario y que integra la programación, formulación, aprobación, ejecución, seguimiento y evaluación del presupuesto, en una visión de logro de productos, resultados y uso eficaz, eficiente y transparente de los recursos del Estado a favor de la población, retroalimentando los

6 HERNÁNDEZ Y RODRÍGUEZ, Sergio y PULIDO MARTÍNEZ, Alejandro; Fundamentos de gestión empresarial: Enfoque basado en competencias, McGraw Hill Educación, México, pág. 7.

7 MAKON, Marcos; ALPES, 2007.

procesos anuales de asignación del presupuesto público y mejorando los sistemas de gestión administrativa del Estado”.

Esta misma Ley hace mención a los Indicadores como una de sus herramientas, en el artículo 79.2 modificado por la Ley N° 29465, en esta forma: “El PpR utiliza instrumentos tales como la programación presupuestaria estratégica, el seguimiento de productos y resultados a través de indicadores de desempeño, y las evaluaciones independientes, entre otros que determine el MEF, en colaboración con las demás entidades de Gobierno”.

Las normas glosadas en los párrafos precedentes dan a entender que la clave para establecer la eficacia, eficiencia, transparencia y calidad en la gestión de los recursos del Estado radica en los “Indicadores de Desempeño”, lo que implica que la complejidad del presente trabajo de investigación se incrementa, por cuanto el método empleado en su diseño es ajeno al de nuestra ciencia, que es el Derecho.

Pero también debemos tener en cuenta la advertencia que nos deja la GpR y las normas revisadas en este acápite: si no se produce resultados en la administración pública, no hay presupuesto, así de simple. Por eso es por lo que debemos tomar con seriedad el asunto y actuar de una vez.

Es así como el marco teórico, resultados y discusión se guiarán por este método. Por otro lado, la muestra o grupo de estudio

estarán delimitados a las Fiscalías Militares Policiales y a las Fiscalías Superiores Militares Policiales.

3. MATERIALES: MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO

Los materiales se caracterizan por describir las fuentes en las que se ha basado el artículo de investigación. Como fuente irá el marco teórico y se aclarará la posición teórica del autor. Se tratarán términos y definiciones correspondientes a la eficacia, gestión fiscal, plan de trabajo, indicadores de desempeño e indicadores de eficacia, cuya ubicación doctrinaria se encuentra en los elementos de la Administración denominados planeamiento y control.

3.1. Eficacia

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “Eficacia” significa: “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. En las doctrinas empresarial y económica, Eficacia es un término muy utilizado, estando de acuerdo unos que es “el cumplimiento de objetivos”⁸; mientras que otros sostienen que “está relacionada con el logro de los objetivos/resultados propuestos, es decir con la realización de actividades que permitan alcanzar las metas establecidas. La eficacia es la medida en que alcanzamos el objetivo o resultado”⁹.

8 KOONTZ, Harold y WEINHRICH, Heinz; *Administración: una perspectiva global*, 12va. Edición, McGraw-Hill Interamericana, 2004, pág. 14.

9 OLIVEIRA DA SILVA, Reinaldo; *Teorías de la Administración*, International Thomson Editores S.A. de C.V., 2002, pág. 20.

En el ámbito de la administración pública, una tratadista conecta la Eficacia a la política o programas públicos, por lo que consideramos pertinente la definición que nos da en el sentido que “la eficacia de una política o programa podría entenderse como el grado en que se alcanzan los objetivos propuestos. Un programa es eficaz si logra los objetivos para que se diseñara. Una organización eficaz cumple cabalmente la misión que le da razón de ser”¹⁰.

Así, una iniciativa resulta eficaz si cumple los objetivos esperados en el tiempo previsto y con la calidad esperada. No importa el costo o el uso de recursos, debido a que una determinada iniciativa es más o menos eficaz según el grado en que cumple sus objetivos, teniendo en cuenta solo la calidad y la oportunidad, sin tener en cuenta los costos.

Es importante señalar que, en el ámbito nacional, nuestra legislación ha tratado la Eficacia en el desempeño funcional, institucionalizando así su concepto en los términos siguientes: “Logro o grado de cumplimiento de los objetivos establecidos o resultados”¹¹.

3.2. Gestión fiscal

Para fines de aproximación al entendimiento de lo que es Gestión Fiscal,

comenzamos por el significado del término “Gestión”, para lo cual tomaremos como referencia los términos y definiciones de la Norma Técnica Peruana NTP-ISO 9000-2015, norma de calidad que definen a la “Gestión” como “actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización”¹².

Según la literatura sobre Gestión por Procesos, la Gestión, como trabajo científico, se documentó a mediados del siglo XX y su concepto lleva asociada la idea de acción para que los objetivos fijados se cumplan. Como sostiene PÉREZ FERNÁNDEZ, “no tiene nada que ver con la, desgraciadamente habitual, reacción”¹³, sino con la calidad total, por lo que el ciclo de Gestión está íntimamente relacionado a la gestión de la calidad y management o gestión de empresa. Es así como define a la Gestión en esta forma: “hacer adecuadamente las cosas, previamente planificadas, para conseguir objetivos (comprobando posteriormente el nivel de consecución)”¹⁴.

Hasta aquí es como se entiende la Gestión en la administración privada. Con relación a la Gestión Pública, también la normativa legal en nuestro país la ha definido, correspondiéndole a la Ley N° 27785 “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”, en su Novena Disposición Final, definirla

10 MOKATE, Karen; *Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: ¿Qué queremos decir?*, extraído de la página web <http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/9/37779/gover_2006_03_eficacia_eficiencia-pdf>, pág. 2.

11 EL PERUANO, *Normas Legales (separata especial)*, Directiva N° 008-2016-CG/GPROD “Auditoría de Desempeño” y “Manual de Auditoría de Desempeño”, Lima, 05 de mayo de 2016, pág. 586314.

12 INACAL, *Sistemas de Gestión de Calidad. Fundamentos y Vocabulario*, sexta edición, octubre 2015, pág. 24.

13 PÉREZ FERNÁNDEZ DE VELASCO, José Antonio; *Gestión por Procesos*, ESIC Editorial, cuarta edición, España, septiembre 2010, pág. 137.

14 *Ibidem*.

así: “Gestión Pública. - Es el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los que están enmarcados por las políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo”.

Llegando a la Gestión Fiscal, afirmamos que no se ha encontrado doctrina que la desarrolle, salvo en lo concerniente al “despacho fiscal”, sobre el cual la Academia de la Magistratura nos dice que es “la unidad mínima donde se brinda el servicio Fiscal a favor de la población y dicho servicio está definido por la organización territorial establecida”¹⁵. Entendemos que esta “unidad mínima” es la unidad orgánica u órgano fiscal donde desempeña sus funciones el Fiscal, por ejemplo: la Fiscalía Militar Policial, la Fiscalía Superior, la Fiscalía Suprema, etc.

Resulta pertinente aquí tratar sobre nuestro accionar como Fiscales. Son dos los roles que ejercemos: el propiamente de fiscal; caracterizado por las funciones principales de titular de la acción penal militar policial, defensor de la legalidad, prevención y persecución del delito de función militar y el de administrador; respecto al cual, la misma Academia de la Magistratura afirma que se trata del “rol de líder, de gerente de su Despacho, encargado del eficiente desarrollo de las actividades asignadas”¹⁶.

Si bien ese rol gerencial es una función administrativa y subsidiaria, por cuanto el rol principal es el de propiamente fiscal, no

es menos importante que este último, debido a que está conectado con la política de modernización de gestión pública instaurada en nuestro país mediante la Ley N° 27658, “Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado”, y su estrategia aprobada vía el Decreto Supremo N° 090-2010-PCM, que implementa el excelente modelo de GpR.

Es el rol de gerente del despacho fiscal militar policial al que le estamos dando atención en el presente estudio, debido a que lo consideramos muy importante para el logro del rol principal, empero definir su denominación como “gerencia del despacho fiscal” todavía no está reconocido en la doctrina, por lo que emplearemos la designación “Gestión Fiscal”.

Sin embargo, no contando con definiciones sobre la “Gestión Fiscal”, elaboraremos su concepto, que se deducirá de la unión de las definiciones de “gestión”, “gestión pública” y “despacho fiscal”, de las que se desprende que “Gestión Fiscal” es el conjunto de acciones de dirección y control previamente planificadas, mediante los cuales los órganos fiscales tienden al logro de sus fines, objetivos y metas.

3.3. Indicadores de desempeño

En la Administración se da preponderancia a la medición no sólo de tareas sino de resultados, naciendo la Gestión por Indicadores que “es un método muy utilizado

15 Academia de la Magistratura; Clínica: “Técnicas para iniciar la Gestión de un Despacho Fiscal”, elaborado por el Dr. Frank ALMANZA ALTAMIRANO, Lima, pág. 30.

16 Academia de la Magistratura; *Ob. Cit.*, pág. 29.

por las empresas privadas, debido a que les permite determinar, por medio de indicadores, cuáles son los rubros fuertes y débiles de su empresa”¹⁷.

Adoptada esta metodología por la Administración Pública, sus productos y resultados deben ser medibles y a favor de la población, involucrándose todas las áreas de administración interna de las entidades en el proceso del programa presupuestal. Así, la medición de los resultados alcanzados se constituye como lo más importante y el fin mayor al que todos los que prestamos función pública debemos estar motivados a alcanzar.

Con tal fin adquiere preponderancia el Indicador, que técnicamente es definido como “la relación entre las variables cuantitativas o cualitativas que permite observar la situación y las tendencias de cambio generadas en el objeto o fenómeno observado, respecto de objetivos y metas previstos e influencias esperadas”¹⁸.

Otra definición del Indicador lo asimila a la condición de “una característica (del resultado, del proceso, de las actividades, etc.) que permite, a través de su medición en períodos sucesivos y por comparación con un estándar definido, evaluar con periodicidad dicha característica y verificar que se cumpla dicho estándar o que se alcance algún objetivo previamente establecido”¹⁹.

También se les denomina “Indicadores de Gestión” que es el término utilizado por la doctrina y las empresas privadas, pero en la Gestión Pública se ha institucionalizado la denominación “Indicadores de Desempeño”, utilizada por el Ministerio de Economía y Finanzas en sus “Lineamientos conceptuales y metodológicos para la formulación de indicadores de desempeño”.

En esta norma presupuestal se da la siguiente definición: “Los indicadores de desempeño son instrumentos que proporcionan información cuantitativa sobre el desenvolvimiento y logros de una institución, programa, actividad o proyecto a favor de la población u objeto de su intervención, en el marco de sus objetivos estratégicos y su Misión. Los indicadores de desempeño establecen una relación entre dos o más variables, que al ser comparados con periodos anteriores, productos similares o metas establecidas, permiten realizar inferencias sobre los avances y logros de las instituciones y/o programas”.

También describe los pasos generales para la formulación de los “Indicadores de Desempeño”, cuya secuencia de análisis se inicia con la identificación de las definiciones fundamentales del planeamiento estratégico del accionar de las entidades, tales como la misión, los objetivos y los productos principales. Requiere, asimismo,

17 MENDOZA ALEGRE, Milagros; “Criterios generales para la aplicación de ‘Gestión por Indicadores’ por parte de la Administración Pública: Un nuevo camino hacia la eficiencia”, en la revista *Gestión Pública y Desarrollo*, año VIII, N° 94, Lima, mayo 2015, pág. A11.

18 BELTRÁN JARAMILLO, Jesús Mauricio; *Indicadores de Gestión. Herramientas para lograr la competitividad*, segunda edición, 3R Editores, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998, págs. 35 y 36.

19 PRIETO BARRAGÁN, Tracy; ¿Qué medir en la Gestión Pública?, en la revista *Gestión Pública y Desarrollo*, pág. A5.

del establecimiento de las medidas del desempeño, determinación de responsabilidades, valores de referencia, definición de fórmulas, recopilación de información, comunicación de los mismos al personal de la entidad, entre otros.

A nivel de nuestra Institución, el Plan Estratégico Institucional 2016–2018 contiene indicadores genéricos, con su línea de base y meta para 2018, que son aplicables a la función jurisdiccional y fiscal, en la siguiente forma:

OBJETIVO 1	Administrar justicia en el ámbito Militar Policial en forma oportuna, eficiente y eficaz, buscando alcanzar un fin justo, ético y humano, acorde a los criterios de austeridad y límites en el gasto público.					
Plan Estratégico de Desarrollo Nacional	PLAN PROGRAMÁTICO					
INDICADORES NACIONALES DEL ONE_1.2	INDICADORES (PEI)	FÓRMULA DEL INDICADOR (PEI)	LÍNEA BASE	2016	2017	2018
Porcentaje de expedientes resueltos en relación con el total de casos ingresados al año	Porcentaje de procesos concluidos en relación con los procesos en ejecución	Número de procesos concluidos/Número de procesos en ejecución	0%	100%	100%	100%
	Porcentaje de investigaciones en relación con las investigaciones en ejecución	Número de investigaciones ejecutadas/Número de investigaciones en ejecución	0%	100%	100%	100%

Por su parte, el Plan Operativo Institucional 2016 del Fuero Militar Policial no ha considerado indicadores y tampoco hay unidad de criterios sobre las actividades y unidad de medida para las Fiscalías

Militares Policiales y Fiscalías Superiores. Tomaremos como referencia lo que dice sobre la Fiscalía Superior Militar Policial del Centro y sus Fiscalías.

RESPONSABLE	ACCIÓN ESTRATÉGICA	ACTIVIDADES	PRIORIDAD	UNIDAD DE MEDIDA		2016
FISCALÍAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR POLICIAL DEL CENTRO						
FISCALÍA SUPERIOR DEL CENTRO Y SUS FISCALÍAS N° 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 Y VRAE.	Consolidar fortalecimiento Institucional	Investigar en el término de ley, las denuncias de su competencia	1	Investigación Preparatoria	Investigaciones Preliminares	2355
					Archivo de Denuncias	0
					Inv. Preparatorias	483
				Investigación Preliminar	Actuaciones Fiscales	483
					Sobreseimiento	43

De la información anterior, se desprende que no hay indicadores de desempeño preestablecidos para las Fiscalías, por lo que nos vemos obligados a elaborarlos, siempre con la advertencia de que sólo nos limitaremos a los Indicadores de Eficacia. Para ello tenemos que recurrir a los “Lineamientos conceptuales y metodológicos para la formulación de indicadores de desempeño” del MEF y a la Directiva N° 12-2017-TSMP/DAF aprobada mediante la Resolución Administrativa N° 041-2017-FMP/DAF del 31 de mayo del 2017, obra de la Dirección de Administración Financiera del Fuero Militar Policial, que facilita y simplifica este trabajo con el Plan de Trabajo Anual (PTA).

3.4. Plan de Trabajo Anual (PTA)

El Plan de Trabajo Anual (PTA) desagrega las acciones estratégicas identificadas en el Plan Operativo Institucional (POI), en actividades para un periodo de corto plazo, equivalente a un año, cuya información contribuirá a la gestión del Fuero Militar Policial para el logro de sus objetivos estratégicos. Cabe tener presente que las acciones estratégicas de este Plan se vinculan con el Sistema del Presupuesto Público.

En el párrafo signado con el número 4.1.5.2., la Directiva N° 12-2017-TSMP/DAF nos dice que el PTA debe contener las acciones estratégicas en las que se articulará el órgano y/o unidad orgánica en relación con sus funciones. Añade que dichas acciones estratégicas son aquellas programadas en el Plan Estratégico Institucional (PEI)

del período vigente y que están en lineamiento con los Objetivos Operativos Institucionales.

En el párrafo 4.1.5.4., la misma Directiva expresa que por cada acción estratégica programada, su respectiva actividad y de esta, su unidad de medida y meta, deben ser cuantificables, medibles y definidas en función al resultado que se espere alcanzar.

Así, los PTA de las Fiscalías Militares Policiales (incluidas las Supremas y Superiores), desagregarán las acciones estratégicas identificadas en el POI del Fuero Militar Policial en actividades para un periodo de corto plazo (un año), cuya información contribuirá a la gestión de la entidad para el logro de sus objetivos estratégicos.

En el anexo 1 de la Directiva, se ha facilitado la elaboración del PTA, por cuanto detalla, de manera concisa, los pasos que se debe seguir para su confección.

4. RESULTADOS

4.1. Eficacia en la gestión fiscal militar policial y procedimiento para lograrla

Como se ha dicho anteriormente, al no contar con definiciones de “gerencia del despacho fiscal” y de “Gestión Fiscal”, optamos por dar un concepto particular sobre esta última, en los siguientes términos: conjunto de acciones de dirección y control previamente planificadas, mediante las cuales los órganos fiscales tienden al logro de sus fines, objetivos y metas.

ANEXO 1
FORMATO DEL PLAN DE TRABAJO ANUAL (PTA)

ORGANO																	
UNIDAD ORGANICA																	
OBJETIVO NACIONAL (1)	OBJETIVO PEI (2)	OBJETIVO POI (3)	ACCION ESTRATEGICA (4)	ACTIVIDAD (5)	PRIORIDAD (6)	UNID. DE MEDIDA (7)	PROGRAMACION ANUAL (8)								TOTAL DE METAS (9)		
							I TRIM		II TRIM		III TRIM		IV TRIM				
							E	F	M	A	M	J	A	S	O	N	D

.....
RESPONSABLE DE ORGANO O UNIDAD ORGANICA
(Firma y Sello)

.....
RESPRESENTANTE DESIGNADO
(Firma y Sello)

Recuadro (1) – Objetivo del Plan de Desarrollo Nacional: Corresponde al Objetivo Nacional establecido por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico en el cual el Fuero Militar Policial contribuye.

Recuadro (2) – Objetivo del Plan Estratégico Institucional (PEI): Corresponde al Objetivo establecido en Plan Estratégico Institucional (PEI de 3 años) que el órgano/unidad orgánica contribuye.

Recuadro (3) – Objetivo del Plan Operativo Institucional (POI): Corresponde al Objetivo Operativo (1 año) en el cual está en lineamiento con el órgano/unidad orgánica que corresponda.

Recuadro (4) – Acción Estratégica: Son las acciones necesarias para cumplir el Objetivo POI que le corresponden al órgano/unidad orgánica.

Recuadro (5) – Actividades: Deberá colocarse las actividades que permitan el cumplimiento de las actividades estratégicas (recuadro 4), dichas actividades deben ser medibles.

Recuadro (6) – Prioridad: Corresponde a la priorización de las actividades, siendo de forma ascendente en donde el número 1 indica la mayor prioridad.

Recuadro (7) – Unidad de Medida: Deberá colocarse la unidad con la que se mide cada Actividad.

Recuadro (8) – Programación Anual: Se debe colocar la cantidad numérica que se proyecta para cada mes.

Recuadro (9) – Total de Metas Programadas: Deberá colocarse la suma anual numérica para cada unidad de medida.

Siendo la eficacia el “Logro o grado de cumplimiento de los objetivos establecidos o resultados”²⁰, inferimos que la Eficacia en la Gestión Fiscal es el grado de cumplimiento de los objetivos establecidos o resultados por parte de los órganos fiscales, mediante el conjunto de acciones de dirección y control previamente planificadas. Lógicamente que, para completar nuestro concepto de Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, sólo debemos hacer el añadido que está referida a los órganos fiscales del Fuero Militar Policial.

En lo concerniente al procedimiento para obtener esta eficacia, debe conocerse los indicadores de eficacia de las Fiscalías Militares Policiales. Sin embargo, como se dijo en el apartado referente a los “Indicadores de Desempeño”, no habiendo considerado la Institución estos indicadores, debemos elaborarlos, comenzando el procedimiento para su elaboración siguiendo las normas de los “Lineamientos conceptuales y metodológicos para la formulación de indicadores de desempeño” y de la Directiva N° 12-2017-TSMP/DAF aprobada mediante la Resolución Administrativa N° 041-2017-FMP/DAF de la Dirección de Administración Financiera del Fuero Militar Policial, específicamente las normas que regulan el Plan de Trabajo Anual (PTA).

El procedimiento contenido en el anexo 1 de la Directiva en mención, que contiene los pasos a seguir para la elaboración del PTA, también debe ser cumplido ordenadamente para obtener los Indicadores de Eficacia. El Fuero Militar Policial ha proporcionado los datos necesarios hasta el recuadro (4), contando con la información conveniente hasta la acción estratégica gracias a su Plan Estratégico Institucional 2016-2018 y a su Plan Operativo Institucional, por lo

que para obtener los Indicadores de Eficacia de las Fiscalías tomadas como muestra, se deben completar los demás elementos del PTA, como son: las actividades, prioridad, unidad de medida, programación anual y las metas; lo que se efectuará seguidamente.

4.2. Actividades

Sobre las Actividades refiere el recuadro (5) del Anexo 1 del PTA que: “Deberán colocarse las actividades estratégicas que permitan su cumplimiento (recuadro 4). Dichas actividades deben ser medibles”.

Al referirse a “actividades estratégicas”, significa que deben desprenderse de las acciones estratégicas del Fuero Militar Policial, las cuales se precisan en el Plan Operativo Institucional del 2016 y alineadas o articuladas con los objetivos operativos institucionales; empero, no todas ellas pueden ser aplicadas a las Fiscalías Militares Policiales.

El mismo POI 2016 establece el criterio de selección, en el sentido que tanto los órganos jurisdiccionales como fiscales, se guían por el Objetivo Operativo Institucional 1.1.- y su Acción Estratégica 1.1.1.- quedando delimitados ambos lineamientos políticos institucionales de la siguiente forma:

OBJETIVO OPERATIVO INSTITUCIONAL DE LAS FISCALÍAS	ACCIÓN ESTRATÉGICA DE LAS FISCALÍAS
1.1.- Ampliar la cobertura y mejorar la calidad del servicio de Justicia Militar Policial.	1.1.1.- Brindar confianza en la administración de Justicia Militar Policial.

Conocida la acción estratégica de los Órganos Fiscales Militares Policiales, podemos pasar a elaborar la actividad o

actividades, también estratégicas, de las Fiscalías tomadas como grupo de estudio, siendo de ayuda la orientación que da la primera parte del párrafo 4.1.5.2. de la Directiva N° 12-2017-TSMP/DAF: “las acciones estratégicas en las que se articulará el órgano y/o unidad orgánica (lo harán) en relación con sus funciones”.

La interpretación de la anterior orientación sería: para identificar las actividades, hay que ver las funciones. Habiéndose tomado como muestra a las Fiscalías Militares Policiales y a las Fiscalías Superiores Militares Policiales, comencemos por estas últimas, dentro de cuyas funciones rescataremos dos, respecto a las cuales el Reglamento de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial dice esto:

Artículo 51°.- Funciones y atribuciones de las Fiscalías Superiores Militares Policiales.

3. Participar en las audiencias que le señala el Código Penal Militar Policial; (...)

7. Intervenir en el juicio oral, exponiendo su teoría del caso, ante el Tribunal Superior Militar Policial, fundamentando todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado, solicitando pena y reparación civil;

Se ha elegido sólo las dos anteriores funciones, por guardar estricta relación con el modelo acusatorio adversarial que propugna nuestro Código Penal Militar Policial vigente, en donde imperan los principios acusatorio, de oralidad y de contradicción, por lo que las actividades principales o estratégicas de las Fiscalías Superiores Militares Policiales, serían las siguientes: intervenciones en audiencias de juzgamiento e intervenciones en audiencias de apelación de autos.

FISCALÍAS SUPERIORES MILITARES POLICIALES

ACCIÓN ESTRATÉGICA	ACTIVIDADES
1.1.1.- Brindar confianza en la administración de Justicia Militar Policial.	1.- Intervenciones en audiencias de juzgamiento ante la Sala Superior.
	2.- Intervenciones en audiencias de apelación de autos.

En lo concerniente a las Fiscalías Militares Policiales, se sigue el mismo criterio que para las Fiscalías Superiores Militares Policiales y se eligen las siguientes funciones y actividades:

Artículo 53°.- Funciones y atribuciones de las Fiscalías Militares Policiales ante los Juzgados.

3. Formular investigaciones preliminares cuando sea necesario determinar la comisión de un presunto delito de función;

4. Dirigir desde su inicio la investigación de los delitos y promover la acción penal y pública contra los autores y partícipes;

(...)

7. Formular la acusación fiscal o pedir el sobreseimiento al concluir la etapa preparatoria;

FISCALÍAS MILITARES POLICIALES

ACCIÓN ESTRATÉGICA	ACTIVIDADES
1.1.1.- Brindar confianza en la administración de Justicia Militar Policial.	1.- Investigaciones preliminares y preparatorias.
	2.- Acusaciones fiscales.

4.3. Prioridad: Indicadores de eficacia

Definitivamente es prioridad en este trabajo, establecer el indicador idóneo para medir la eficacia de las Fiscalías Militares Policiales y de las Fiscalías Superiores Militares Policiales.

Para ello, útil es el alcance que da la guía metodológica para la definición, seguimiento y uso de indicadores de desempeño de los Programas Presupuestales del MEF, en el sentido que los Indicadores de Eficacia proporcionan información respecto al grado de cumplimiento de los objetivos planeados por el programa.

En los “Lineamientos conceptuales y metodológicos para la formulación de indicadores de desempeño”, se señala que los Indicadores de Eficacia “cuantifican el grado de cumplimiento de los objetivos o resultados de la institución, programa o proyecto sin considerar los recursos utilizados. Las medidas de eficacia serán útiles en la medida que los objetivos y/o resultados de la institución o programa se encuentren claramente determinados”.

En nuestra Institución no contamos con un listado de Indicadores de Eficacia y tampoco hemos incorporado indicadores de desempeño en el listado sujeto al artículo 18° de la Ley de Presupuesto del Sector Público del 2017, lo que nos obliga a copiar algún buen modelo de la Administración Pública, por cuanto todos formamos parte de ella, siendo el elegido el propuesto por el Ministerio Público para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal²¹, en donde se ha considerado como Indicadores

de Eficacia aquellos que miden la relación entre los resultados reales alcanzados frente a las metas planeadas.

En el Sistema de Gestión Fiscal Penal, los Indicadores de Eficacia miden la relación entre el volumen de carga procesal atendida y el volumen de carga ingresada al sistema. Las mediciones que realizar en este contexto son las siguientes: Indicador de atención de denuncias, indicador de acusaciones exitosas e indicador de confirmación de archivo de denuncias.

Adaptadas a nuestra realidad estos indicadores de eficacia, podemos válidamente aplicarlos de esta manera:

FISCALÍAS MILITARES POLICIALES

ACTIVIDADES	INDICADORES DE EFICACIA
1.- Investigaciones preliminares y preparatorias.	1.- Indicador de investigaciones preparatorias saneadas.
2.- Acusaciones fiscales.	2.- Indicador acusaciones fiscales exitosas.

Para el caso de las Fiscalías Superiores Militares Policiales, podemos tomar como referencia un indicador que se encuentra en la Lista de Indicadores de Desempeño sujetos al Artículo 18° de la Ley N° 30518, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017. Este indicador lleva el código 2733 y se denomina “Porcentaje de las apelaciones resueltas por las Fiscalías Superiores Penales”. Entendemos que la eficacia se refleja en las apelaciones resueltas

21 MINISTERIO PÚBLICO; *Propuesta del Ministerio Público para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal- Diseño del Nuevo Diseño de Gestión Penal*, Lima, abril del 2005.

a favor de las Fiscalías Superiores, por lo que añadiendo el criterio que se ha tenido en cuenta para elaborar los Indicadores de Eficacia de las Fiscalías Militares Policiales, se tendría lo que sigue:

FISCALÍAS SUPERIORES
MILITARES POLICIALES

ACTIVIDADES	INDICADORES DE EFICACIA
1.- Intervenciones en audiencias de juzgamiento ante la Sala Superior.	1.- Indicador intervenciones exitosas en audiencias de juzgamiento.
2.- Intervenciones en audiencias de apelaciones de autos.	2.- Indicador apelaciones resueltas a favor de las Fiscalías Superiores.

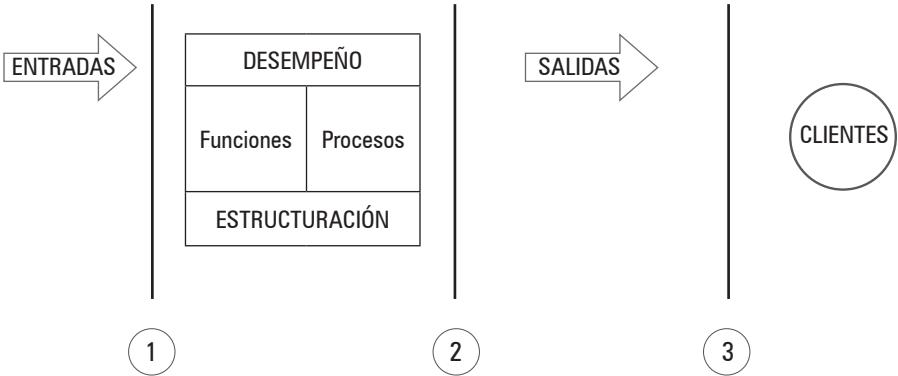
4.4. Variables

Según los conceptos esbozados sobre el indicador y los indicadores de desempeño, las Variables forman parte de su contenido y permiten observar la situación y

las tendencias de cambio generadas en el objeto o fenómeno observado, respecto de objetivos y metas previstas e influencias esperadas. Por lo tanto, compete ahora esclarecer cuáles son las Variables de los indicadores de eficacia de las Fiscalías Militares Policiales y las Fiscalías Superiores Militares Policiales.

Aquí la normativa y planes internos no nos orientan, por lo que debemos recurrir a la teoría y metodología general para el establecimiento de indicadores de gestión para un área de organización, que se basa en tres fuentes: las derivadas del plan estratégico del negocio, en el área misma y en los procesos en los cuales el área interviene. Consideramos que resulta la fuente más técnica, la derivada de los procesos en los cuales interviene el área de la organización.

La fuente escogida es propiamente la Gestión por Procesos, que se caracteriza porque debemos cruzar el producto, los clientes y su satisfacción con la función general del área. Esto se refleja en el siguiente gráfico:



Ya hemos visto las funciones de las Fiscalías muestra, faltando los clientes, la salida o producto y las expectativas y necesidades de los clientes. De la aplicación de este método, inferimos esto:

FISCALÍAS MILITARES POLICIALES

a. Área o Unidad Orgánica:

Fiscalías Militares Policiales

b. Función Básica:

Formular investigaciones preliminares y preparatorias, así como acusaciones fiscales.

c. Clientes:

Presidencia de la Fiscalía Suprema Militar Policial, Fiscal Superior Militar Policial del que depende y Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial (internos); sociedad y denunciantes (externos).

d. Salida o Producto:

- Investigaciones preliminares.
- Investigaciones preparatorias.
- Acusaciones fiscales.

e. Expectativas y necesidades de los Clientes:

- En el caso de las investigaciones preliminares que califiquen para emitir las disposiciones fiscales de formalización de la investigación preparatoria y prosecución de ésta. Mientras que, en el caso de las investigaciones preparatorias, que los requerimientos fiscales de acusación fiscal o sobreseimiento, sean aprobados por el Juez.
- En el caso de las acusaciones fiscales, que obtengan sentencias condenatorias.

Vamos a obviar las investigaciones preliminares y nos referiremos a las investigaciones preparatorias y a las acusaciones fiscales, cuyas variables de los indicadores de eficacia de las Fiscalías Militares Policiales, quedarían enmarcadas así:

INDICADORES DE EFICACIA	VARIABLES
1.- Indicador investigaciones preparatorias saneadas	1.- Investigaciones preparatorias en un período de tiempo.
	2.- Autos de enjuiciamiento en un período de tiempo.
2.- Indicador acusaciones fiscales exitosas	1.- Acusaciones fiscales en un período de tiempo.
	2.- Sentencias condenatorias de la Sala Suprema de Guerra en un período de tiempo.

En el caso de las Fiscalías Superiores Militares Policiales, siguiendo el procedimiento anterior, el establecimiento de sus indicadores de eficacia quedaría en esta forma:

FISCALÍAS SUPERIORES MILITARES POLICIALES

a. Área o Unidad Orgánica:

Fiscalías Superiores Militares Policiales

b. Función Básica:

Intervenciones en audiencias de juzgamiento y de apelaciones.

c. Clientes:

Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial y Presidencia de la Fiscalía Suprema Militar Policial (internos); sociedad y denunciantes (externos).

d. Salida o Producto:

- Sentencias derivadas de las audiencias de juzgamiento.
- Resoluciones derivadas de las apelaciones de autos.

e. Expectativas y necesidades de los Clientes:

- En las intervenciones en audiencias de juzgamiento, que las sentencias sean condenatorias.
- En el caso de las intervenciones en audiencias de apelación de autos, que las resoluciones de la Sala Superior sean favorables al Fiscal apelante.

Entonces, tendríamos estas variables de los indicadores de eficacia de las Fiscalías Superiores Militares Policiales:

FISCALÍAS SUPERIORES MILITARES POLICIALES

INDICADORES DE EFICACIA	VARIABLES
1.- Intervenciones exitosas en audiencias de juzgamiento	1.- Intervenciones en audiencias de juzgamiento en un período de tiempo.
	2.- Sentencias condenatorias de la Sala Superior y Sala Suprema de Guerra.
2.- Intervenciones exitosas en audiencias de apelaciones	1.- Intervenciones en audiencias de apelaciones de autos en un período de tiempo.
	2.- Autos de la Sala Suprema de Guerra que declaran fundadas las apelaciones de las Fiscalías.

4.5. Unidades de medida

Siguiendo la secuencia del PTA regulado en la Directiva N° 12-2017-TSMP/DAF, corresponde determinar la Unidad de Medida de los indicadores de eficacia pertenecientes a las actividades de las Fiscalías Militares Policiales y Fiscalías Superiores Militares Policiales.

Para tal efecto, nuevamente recurrimos a nuestro Plan Estratégico Institucional, en donde se considera el 100% como metas del 2016 al 2018; mientras que en el Plan Operativo Institucional del Fuero Militar Policial, la Unidad de Medida para las Fiscalías del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, son las investigaciones preliminares y preparatorias. Cabría preguntarse si es que ese porcentaje y esas investigaciones son Unidades de Medida.

Cuando HERNÁNDEZ y PULIDO tratan sobre el proceso de control de la Administración, equiparan el significado de las Unidades de Medida con el de los parámetros, respecto al cual sostienen que “son unidades que sirven para medir el comportamiento de un proceso y sus resultados (producto o servicio); permiten detectar desviaciones a partir de una norma o estándar”²². Agregan que los parámetros se obtienen de los sistemas de medición universal: metro, kilo, litro, etc.; y también los desarrollan las empresas, siempre y cuando sean bien establecidos y sean objetivos y se utilicen consistentemente.

Sobre los estándares refieren los mismos autores que “son las normas de comportamiento deseadas en los resultados de la operación de un proceso y de las

características cuantitativas que debe tener un producto o servicio”²³.

Como vimos anteriormente, en el POI 2016 del Fuero Militar Policial se estableció como Unidad de Medida para las Fiscalías del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, a las investigaciones preliminares y preparatorias. Sin embargo, uno de los tratadistas más prestigiosos en materia de indicadores de gestión, BELTRÁN JARAMILLO, sostiene que constituye un error asignarle a cada indicador un valor único, una meta, por cuanto al tener un solo valor de referencia, lo más seguro es que dicho valor no se logre, bien sea por exceso o por defecto²⁴.

Para no caer en ese error, desarrolla los elementos de los indicadores de gestión, sosteniendo que son tres: estado, umbral y rango de gestión. Los dos últimos destacan por su relación con las Unidades de Medida: el umbral, que se refiere al valor del indicador que se requiere lograr o mantener; y el rango de gestión, que designa el espacio comprendido entre los valores mínimo y máximo que el indicador puede tomar.

A fin de generar procesos de toma efectiva y productiva de decisiones, se plantea la conveniencia de establecer cinco valores de referencia, sino para todos, para los indicadores básicos del negocio, nivel o proceso de que se trate, dependiendo de si el valor del indicador conviene que

aumente o disminuya. Estos valores de referencia son los siguientes: mínimo, aceptable, satisfactorio, sobresaliente y máximo. Aparece otro concepto que es el de alarma, caracterizado por ser la zona en la cual siempre que el indicador se encuentre en ella, significará que el proceso estará a punto de quebrantarse; aún no se ha caído en una situación crítica, pero, de no tomar alguna acción, es muy posible que la situación, proceso o variable observada ya no tenga modo de recuperarse.

Así, a manera de ejemplo, los rangos se pueden considerar en esta forma:

- Valor máximo : 90% del Umbral
- Valor sobresaliente : 80% del Umbral
- Valor satisfactorio : 70% del Umbral
- Valor aceptable : 60% del Umbral
- Valor mínimo : 50% del Umbral

Teniendo en cuenta que las variables que van a formar parte de los indicadores de eficacia están relacionados con los resultados reales alcanzados frente a las metas planeadas, la Eficacia en la Gestión Fiscal mide el grado porcentual de cumplimiento de cada Fiscal, con respecto a la cantidad trimestral, semestral o anual de resultados que se desea lograr. Tomando como referencia el indicador de eficacia de las Fiscalías Militares Policiales “acusaciones fiscales exitosas”, tendríamos la fórmula siguiente:

23 *Ibidem*.

24 BELTRÁN JARAMILLO, Jesús Mauricio; *Ob. Cit.*, pág. 53.

$$IAE = \frac{AFUFP}{SCLUFP} \times 100$$

IAE = Indicador de Acusaciones Exitosas.

AFUFP = Acusaciones formuladas por una unidad fiscal en un período de tiempo.

SCLUFP = Sentencias condenatorias logradas por una unidad fiscal en un período de tiempo.

¿Qué significa lo anterior? Que las acusaciones fiscales formuladas por los Fiscales Militares Policiales serán exitosas, si pasan el rango de valor aceptable estimado en el umbral. Es decir, se han expedido en un determinado período de tiempo una cantidad de sentencias condenatorias, que permiten verificar con el indicador de eficacia y su unidad de medida, que el porcentaje de acusaciones fiscales formuladas en el mismo tiempo, son eficaces por haber adquirido los valores de aceptable, satisfactorio, sobresaliente o máximo.

5. DISCUSIÓN

Contamos con la acción estratégica, las actividades, los clientes, los productos y las variables y la fórmula respectiva de los indicadores de eficacia de los Órganos Fiscales Militares Policiales; pero, no con los estándares y las unidades de medida o parámetros ni sus rangos y umbrales, para determinar tal eficacia.

Lo anterior debido a que no ha sido considerada esa información faltante en el Fuero Militar Policial, la que sí posee el fuero común, como es el caso del Poder Judicial y el Ministerio Público.

En efecto, en el Poder Judicial la Oficina de Medición de Desempeño Jurisdiccional, ha aprobado mediante la Resolución Administrativa N° 185-2016-CE-PJ de fecha 20 de julio de 2016, los estándares de expedientes

principales resueltos para los órganos jurisdiccionales ubicados en las sedes principales de las Cortes Superiores de Justicia del país, considerando en su anexo, por ejemplo, que el estándar de expedientes principales resueltos como mínimo en un año en un Juzgado Penal, es de cuatrocientos (400).

Con este estándar recién se hace viable, por ejemplo, el indicador de producción de los Juzgados Penales de las Cortes Superiores de Justicia, por cuanto la medición se da entre el número de expedientes resueltos y la meta de expedientes resueltos que se plantea el Juzgado Penal y que como mínimo debe ser 400. Todo por 100%, que da el valor de la medición.

En el caso del Ministerio Público sucede algo similar, puesto que la Ley N° 30483 “Ley de la Carrera Fiscal”, publicada en el diario oficial El Peruano el 6 de julio de 2016, ha creado la Oficina de Medición de Desempeño Fiscal que tiene como una de sus funciones, evaluar la calidad en la gestión de las investigaciones fiscales, analizando pronunciamientos y otros instrumentos propios de la función fiscal, dados en el ejercicio de dicha función.

Entonces, se ha aclarado en el presente estudio lo que significa la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, su importancia y procedimiento; pero, no se ha determinado el rango, grado o valor de esta eficacia, lo que será materia de una próxima investigación.

6. CONCLUSIONES

PRIMERO.- Respecto a la noción de la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar, se ha dado el siguiente concepto: grado de cumplimiento de los objetivos establecidos o resultados por parte de los órganos fiscales militares policiales, mediante el conjunto de acciones de dirección y control previamente planificadas.

SEGUNDO.- Es importante la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, porque permite a los Fiscales Militares Policiales verificar el logro o el grado de cumplimiento de sus objetivos y resultados, previamente establecidos en los planes del Fuero Militar Policial, además de desempeñar óptimamente el rol de administradores o gerentes de su despacho fiscal, con lo cual se integran al moderno y vigente modelo de Gestión Pública denominado Gestión por Resultados (GpR) y al sistema administrativo presupuestal, que emplean como herramientas para medir resultados de gestión a los indicadores de desempeño.

TERCERO.- Dentro de las principales herramientas de administración para establecer la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, están los “Indicadores de Eficacia”, cuya elaboración debe guiarse por las normas y procedimientos establecidos en los “Lineamientos conceptuales y metodológicos para la formulación de indicadores de desempeño” y en la Directiva N° 12-2017-TSMP/DAF aprobada mediante la Resolución Administrativa N° 041-2017-FMP/DAF de la Dirección de Administración Financiera del Fuero Militar Policial,

específicamente las normas que regulan el Plan de Trabajo Anual (PTA).

CUARTO.- Para obtener los Indicadores de Eficacia y establecer la Eficacia en la Gestión Fiscal Militar Policial, se debe seguir ordenadamente el procedimiento contenido en el anexo 1 de la Directiva N° 12-2017-TSMP/DAF, que contiene los pasos para la elaboración del PTA, con lo que se logra obtener la información necesaria hasta las actividades de las Fiscalías Militares Policiales.

QUINTO.- Se cuenta con la acción estratégica, las actividades, los clientes, los productos y las variables y la fórmula respectiva de los Indicadores de Eficacia de los Órganos Fiscales Militares Policiales; pero, no con los estándares y las unidades de medida o parámetros ni sus rangos y umbrales.

SEXTO.- Debe crearse una unidad o dependencia administrativa en el Fuero Militar Policial, similar a la Oficina de Medición de Desempeño Fiscal del Ministerio Público, que tenga como una de sus funciones, evaluar la calidad en la gestión de las investigaciones fiscales, analizando pronunciamientos y otros instrumentos propios de la función fiscal, dados en el ejercicio de dicha función.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA; *Clínica: “Técnicas para inicial la Gestión de un Despacho Fiscal”*, elaborado por el Dr. Frank Almanza Altamirano, Lima, sin fecha.
- BELTRÁN JARAMILLO, Jesús Mauricio; *Indicadores de Gestión. Herramientas para lograr la competitividad*, segunda edición, 3R Editores, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998.
- EL PERUANO, *Normas Legales* (separata especial), Directiva N° 008-2016-CG/GPROD “Auditoría de Desempeño” y “Manual de Auditoría de Desempeño”, Lima, 05 de mayo de 2016.
- FERNÁNDEZ LLIMÓS, Fernando; *El Artículo Científico*, en *Pharmaceutical Care España* 1999, 1: 5-10.

- HERNÁNDEZ Y RODRÍGUEZ, Sergio y PULIDO MARTÍNES, Alejandro; *Fundamentos de gestión empresarial: Enfoque basado en competencias*, McGraw Hill Educación, México.
- INACAL, *Sistemas de Gestión de Calidad. Fundamentos y Vocabulario*, sexta edición, Lima, octubre 2015.
- KOONTZ, Harold y WEINHRIKCH, Heinz; *Administración: una perspectiva global*, 12va. Edición, Mc Graw-Hill Interamericana, 2004.
- MENDOZA ALEGRE, Milagros; *Criterios generales para la aplicación de "Gestión por Indicadores" por parte de la Administración Pública: Un nuevo camino hacia la eficiencia*, en la revista *Gestión Pública y Desarrollo*, año VIII, N° 94, Lima, mayo 2015.
- MINISTERIO PÚBLICO; *Propuesta del Ministerio Público para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal – Diseño del Nuevo Diseño de Gestión Penal*, Lima, abril del 2005.
- MOKATE, Karen; *Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: ¿Qué queremos decir?*, página web de CEPAL.
- OLIVEIRA DA SILVA, Reinaldo; *Teorías de la Administración*, International Thomson Editores S.A. de C.V., 2002.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DE VELASCO, José Antonio; *Gestión por Procesos*, ESIC Editorial, cuarta edición, España, septiembre 2010.
- PRIETO BARRAGÁN, Tracy; "¿Qué medir en la Gestión Pública?", en la revista *Gestión Pública y Desarrollo*, año VIII, N° 94, Lima, mayo 2015.

Helmut Andrés Olivera Torres¹

LOS DEBERES DEL ESTADO PERUANO

A FAVOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS QUE PRESTAN EL SERVICIO MILITAR: A PROPÓSITO DEL CASO QUISPIALAYA VILCAPOMA VS. PERÚ

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. EL DESARROLLO DEL PROCESO Y PRINCIPALES PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL CASO QUISPIALAYA VILCAPOMA VS. PERÚ; 3. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El autor analiza la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), recaída en el Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Quispialaya, el año 2001, mientras prestaba servicio militar voluntario, sufrió una agresión física de parte un superior, que le causó lesiones y la pérdida de la visión de un ojo. La Corte IDH concluyó que el Estado es garante de las personas que prestan servicio militar y que la disciplina y el entrenamiento militar tienen límites, no pueden ser argumentos para la afectación de los derechos humanos de estas personas.

ABSTRACT

The author analyses the judgement of the Inter-American Court of Human Rights (IHR Court), on the case Quispialaya Vilcapoma vs. Peru.

1 Abogado de la Procuraduría Pública Especializada Supranacional. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría en Derechos Humanos de la misma casa de estudios. Docente del Curso de Especialización Avanzada en Derecho Procesal Constitucional del Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Adjunto de Docencia del Curso de Derecho Constitucional 1 de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. El autor cuenta con la publicación de diversos artículos de investigación en materia de Derecho Constitucional y Derechos Humanos a nivel nacional e internacional.

Quispialaya, in 2001, while providing voluntary military service, suffered physical aggression from a superior, which caused injuries and loss of vision of an eye. The Inter-American Court concluded that the State is a guarantor of those people who serve military service and that discipline and military training have limits. They cannot be arguments for affecting these people's human rights.

1. INTRODUCCIÓN

Las Fuerzas Armadas cumplen un rol trascendental para la defensa de los Estados y el resguardo de la seguridad de su población en tiempos de guerra². Es por ello por lo que, durante tiempos de paz, estas usan diversos medios y mecanismos para estar preparadas frente a circunstancias bélicas, por lo que –entre sus labores– acogen y entrenan a los conscriptos.

Respecto a tal personal, las Fuerzas Armadas no solo tienen un deber de formación para afrontar favorablemente las circunstancias bélicas, sino que, además, tienen la obligación de respetar, proteger, garantizar y promover el ejercicio de sus derechos humanos durante el tiempo de formación. En consecuencia, las denuncias –en sentido lato– sobre vulneraciones a sus derechos humanos, dentro del periodo de formación, son canalizadas por diversos medios tanto administrativos como jurisdiccionales, con la finalidad de investigar, procesar y, eventualmente, determinar las

responsabilidades y las sanciones del personal de las Fuerzas Armadas, de ser lo correspondiente.

No obstante, si el conscripto y/o sus familiares consideran que han agotado todos los recursos que contempla el ordenamiento del Estado peruano, sin que se haya tutelado los derechos humanos del primero, pueden acudir, a través de la presentación de un petición individual, al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, ante el cual se puede llegar a analizar y, de ser pertinente, determinar la responsabilidad internacional del Estado peruano –y no de funcionarios– por la violación de los derechos humanos de los conscriptos.

En vinculación a esto último, resulta pertinente remarcar que un rol fundamental lo cumple la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), ente que luego de analizar un caso sometido –por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH)– a su competencia contenciosa, puede determinar las responsabilidades de los Estados. Atendiendo a ello –al ser su jurisprudencia vinculante para los Estados sometidos a la competencia en mención–, resulta trascendental el sentido de sus pronunciamientos sobre la conformidad del actuar del Estado peruano con la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH) a propósito de tener una mayor y mejor comprensión de lo que resulta correcto realizar por las Fuerzas

2 Sobre los fines de las Fuerzas Armadas, el artículo 165° de la Constitución Política del Perú ha establecido: “Artículo 165°. - Finalidad de las Fuerzas Armadas Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137° de la Constitución.”

Armadas, tomando en consideración tal tratado internacional sobre derechos humanos³.

Es por ello que resulta sumamente importante que tanto las Fuerzas Armadas como los órganos jurisdiccionales (ya sea del Fuero Militar Policial o del Poder Judicial) tomen en cuenta la jurisprudencia del mencionado órgano supranacional, con la finalidad de adecuar su actuar a las obligaciones del Estado peruano en lo referente a los tratados internacionales sobre derechos humanos que le son vinculantes, así como para permitir que la defensa del Estado en sede supranacional (a cargo de la Procuraduría Pública Especializada Supranacional), pueda realizarse en condiciones óptimas.

Conforme a lo indicado, en las siguientes líneas se realizará un breve análisis de la única sentencia emitida –hasta la fecha–, por la cual se evalúa la responsabilidad del Estado peruano frente a las alegaciones de violaciones de los derechos humanos de una persona (el señor Valdemir Quispialaya Vilcapoma) que prestó el servicio militar, de manera voluntaria, en el Ejército del Estado peruano durante los años 2000 y 2001.

Tal análisis será una oportunidad para abordar aspectos procedimentales y

argumentativos referidos al caso y, a su vez, para realizar un análisis de los puntos relevantes vinculados al rol de las Fuerzas Armadas en lo que concierne al respeto de los derechos humanos de sus conscriptos.

Esto último permitirá que se tenga mayores elementos a favor de la toma de medidas para que hechos, como los que se precisó en la sentencia, no se repitan y, además, se puedan tener insumos adicionales para analizar debidamente una controversia futura, siempre teniendo un genuino interés en el resguardo de los derechos humanos de las personas que prestan el servicio militar.

2. EL DESARROLLO DEL PROCESO Y PRINCIPALES PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL CASO QUISPIALAYA VILCAPOMA VS. PERÚ

En las siguientes líneas se procederá con la exposición y el análisis de algunos puntos que pueden considerarse relevantes tanto en lo procesal como en lo sustancial, respecto al caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. Para la referida labor –principalmente– se realizará un análisis de lo indicado por la Corte IDH en su Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Costas y Gastos recaída en tal caso, pero además se

3 Es importante tomar en consideración que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú ha establecido:

“Interpretación de los derechos fundamentales

Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Asimismo, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha establecido:

“Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

tomará en cuenta lo expuesto por las partes a lo largo de la controversia, por medio de sus escritos, los mismos que se encuentran disponibles en su integridad en el Portal Institucional de la Corte IDH⁴.

2.1. Los hechos del caso

La controversia tiene muchos elementos fácticos, por lo que se prescindirá de algunos de ellos, con la finalidad de centrarnos en la actuación que tuvo el Ejército peruano y el Fuero Militar Policial. Es del caso precisar que lo afirmado en el presente apartado fue desarrollado por la Corte IDH en la sección “Hechos” de la sentencia del caso “*Cinco Pensionistas*” Vs. Perú.

2.1.1. La agresión sufrida por la víctima

En noviembre de 2000, el señor Valdemir Quispialaya Vilcapoma, con 22 años, ingresó de manera voluntaria y en óptimas condiciones al Ejército peruano, a fin de realizar su servicio militar⁵.

Al comienzo fue instalado en un batallón en la ciudad de Jauja por tres (3) meses, en donde sufrió un golpe casual con el cañón de un fusil automático ligero (en adelante, el FAL) en el ojo derecho, produciéndole disminución de la agudeza visual⁶.

A tal evento, que no fue planteado en sede supranacional como un acto lesivo, le prosiguió su reconducción al cuartel “9 de diciembre”, ubicado en la ciudad de Huancaayo⁷, sufriendo –el 26 de enero de 2001– una agresión en el campo de tiro de Azapampa, por parte del suboficial Hilaquita Quispe, al haberle dado un culatazo con un FAL –según la declaración de la víctima– a la altura de su frente, sobre el ojo derecho⁸.

Luego de lo indicado, el señor Quispialaya se desmayó y fue auxiliado por un compañero y un técnico del cuartel⁹, dirigiéndose con posterioridad a la enfermería, donde se le brindó atención, sin que se tuviera conocimiento de que haya reportado la agresión indicada.

2.1.2. Atenciones a la salud y daños sufridos

A consecuencia de los constantes dolores de cabeza y fiebre, cinco (5) meses después del incidente del 26 de enero de 2001, la víctima acudió al Centro Médico del cuartel, donde fue atendido por una médica, quien le interrogó indicándole que había sido un accidente, involucrando al suboficial Hilaquita¹⁰.

Días después, la médica en mención dirigió un reporte médico al General de Brigada, Comandante General de la 31ª

4 El hipervínculo para acceder a la totalidad de la documentación del Expediente de la controversia es el siguiente: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=213&lang=es>

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento Jurídico 58.

6 *Ibid.* Fundamento Jurídico 59.

7 *Ibid.* Fundamento Jurídico 59.

8 *Ibid.* Fundamentos Jurídicos 60 y 61.

9 *Ibid.* Fundamento Jurídico 62.

10 Según el señor Quispialaya, no habría denunciado los hechos en aquella oportunidad porque el involucrado le agredía en diferentes partes del cuerpo para que no avisara a nadie y porque tenía miedo frente a represalias.

División, en el cual dio a conocer la agresión y realizó un reporte médico en el que señaló que la víctima tenía dolores que se habían vuelto insoportables e incluso había sufrido disminución de agudeza visual.

El señor Quispialaya tuvo diversas atenciones a cargo del Estado peruano, recibiendo tratamiento frente a la disminución de la agudeza visual que habría sido ocasionada por el evento del 26 de enero de 2001, el cual consistió en la extracción de catarata, el implante de lente intraocular y la realización de una trabeculectomía en el ojo derecho. No obstante, un informe concluyó que, a pesar de la cirugía, la agudeza visual del ojo no mejoró, al ser un caso avanzado¹¹.

Finalmente, en septiembre de 2002, el jefe del Departamento de Oftalmología del Hospital Militar Central concluyó que el paciente tenía secuela de lesión traumática severa muy avanzada, por lo que no pudo recuperar la visión del ojo derecho a pesar del tratamiento¹².

Por otro lado, en el desarrollo de la controversia supranacional se presentaron informes médicos donde se muestra los daños a la salud mental que el evento le habría ocasionado al señor Quispialaya Vilcapoma¹³.

2.1.3. Investigación administrativa militar

Como consecuencia de la comunicación realizada el 6 de julio de 2001 por la

médica, en julio de 2001 el comandante de la Compañía de Comunicaciones N° 31 dio cuenta al Comandante General de la 31ª División de Infantería-Huancayo, de Inspectoría, de la investigación sobre presunto golpe casual de Valdemir Quispialaya¹⁴.

Luego de las diligencias realizadas por la Oficina de Asesoría Legal¹⁵, el ente competente del Ejército del Perú presentó una comunicación ante el presidente del Consejo de Guerra Permanente de la Segunda Zona Judicial del Ejército por los hechos alegados, lo cual generó que el 6 de noviembre del 2002 el Fiscal Militar de Primera Instancia presentara la respectiva denuncia contra el Suboficial Hilaquita Quispe, por la presunta comisión del delito de abuso de autoridad¹⁶.

2.1.4. Investigación y procesos judiciales

En febrero de 2002, la madre del señor Valdemir Quispialaya interpuso una denuncia ante la Fiscalía de la Nación por actos de tortura física y psicológica en agravio de su hijo, siendo la investigación penal canalizada ante el Fuero Común¹⁷.

De forma paralela, conforme se precisó en el apartado anterior, en noviembre de 2002, el Fiscal Militar competente formalizó la denuncia penal por el delito de abuso de autoridad en contra del suboficial Hilaquita Quispe, siendo este detenido por

11 *Ibid.* Fundamento Jurídico 67.

12 *Ibid.* Fundamento Jurídico 69.

13 *Ibid.* Fundamentos Jurídicos 70 al 72.

14 *Ibid.* Fundamento Jurídico 73.

15 *Ibid.* Fundamento Jurídico 74.

16 *Ibid.* Fundamento Jurídico 76.

17 *Ibid.* Fundamento Jurídico 78.

mandato expedido por el Juez Penal Militar de Huancayo¹⁸.

En noviembre de 2002, el Juez Militar Permanente de Huancayo promovió una contienda de competencia y solicitó la inhibitoria del Juzgado en lo Penal del Fuero Común en el conocimiento de la causa¹⁹.

En mayo de 2003, la contienda de competencia fue decidida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a favor de la jurisdicción militar, considerando que los hechos ocurridos fueron cometidos en actos de servicio y, por lo tanto, en el ejercicio de las funciones militares²⁰.

Mientras se realizaba el trámite de la controversia en el Fuero Militar, en diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional del Perú determinó que la Justicia Militar no debía conocer de los delitos comunes sancionados por el Código Penal y declaró la inconstitucionalidad del delito militar de abuso de autoridad²¹.

Como consecuencia de tal pronunciamiento, en agosto de 2007, el Consejo de Guerra Permanente de la Segunda Zona Judicial del Ejército declaró nulo todo lo actuado en el proceso penal-militar en contra del suboficial Hilaquita y ordenó su archivo definitivo, remitiendo copias certificadas de la causa al Fiscal Provincial de Huancayo (Fuero Común)²².

En noviembre de 2007, la Primera Fiscalía Provincial Penal de Huancayo resolvió iniciar investigación preliminar por 30 días por el delito de lesiones graves presuntamente cometido por el suboficial Hilaquita Quispe²³.

Luego de realizadas diversas diligencias, en **octubre de 2008 la Fiscalía Provincial resolvió que no había mérito para formalizar la denuncia** con base en que no se había podido ubicar al señor Quispialaya y que, al tratarse de un delito de lesiones, era imprescindible recabar su declaración y un certificado médico legal para establecer los días de incapacidad y atención médica o que se había dañado un órgano principal del cuerpo²⁴.

2.2. Aspectos procesales de relevancia

2.2.1. Sobre la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos por la no presentación del recurso de queja ante el Fuero Común

Como bien se sabe, para acudir al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, quien presenta la petición tiene que acreditar ante la CIDH que ha agotado los recursos internos, pues, en caso contrario, la misma será declarada inadmisibles.

En ese sentido, cuando la defensa de un Estado identifique que, a favor de la

18 *Ibid.* Fundamento Jurídico 80.

19 *Ibid.* Fundamento Jurídico 84.

20 *Ibid.* Fundamento Jurídico 84.

21 *Ibid.* Fundamento Jurídico 91.

22 *Ibid.* Fundamento Jurídico 91.

23 *Ibid.* Fundamento Jurídico 92.

24 *Ibid.* Fundamento Jurídico 94.

presunta víctima, no se agotaron los recursos internos, corresponderá precisarlo ante la CIDH durante la Fase de Admisibilidad, debiendo deducir la respectiva excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, lo cual –de ser estimada– llevará a que la petición sea declarada inadmisibile y, por ende, que se determine la conclusión de la controversia.

Teniendo presente lo indicado, es importante precisar que en el caso materia del presente texto, por medio del Escrito de Interposición de Excepciones Preliminares, Contestación a la Demanda y Observaciones al Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas del Estado peruano (en adelante, la Contestación), la Procuraduría Pública Especializada Supranacional precisó que **la resolución del Ministerio Público, del año 2008**, que determinó que no había mérito para formalizar denuncia penal contra el señor Hilaquita Quispe por la comisión del delito de lesiones graves en agravio del señor Quispialaya Vilcapoma, **pudo ser cuestionado por medio de un recurso de queja; por lo que, toda vez que el mismo no fue interpuesto**, no se debía tener por agotado el recurso interno conveniente, y atendiendo al fundamento desarrollado, debió declararse la inadmisibilidad de la petición.

A pesar de la argumentación brindada, la Corte IDH denegó la excepción preliminar en mención, bajo los siguientes términos:

“[...] la posición del Estado se fundamenta en un hecho posterior a la emisión del Informe de Admisibilidad de la Comisión. En virtud de lo anterior,

resulta evidente que la excepción preliminar analizada en el presente apartado no guarda relación con la excepción que fue interpuesta por el Estado durante la etapa de admisibilidad de la petición ante la Comisión y por lo tanto no puede ser examinada por la Corte.”²⁵

Conforme a lo indicado, según el referido fundamento de la sentencia, no resulta pertinente analizar si el no haber interpuesto el recurso de queja constituye un no agotamiento de los recursos internos, porque eso debió ser alegado por la defensa del Estado peruano durante la Etapa de Admisibilidad ante la CIDH y no recién cuando la controversia se encontraba bajo conocimiento de la Corte IDH (es decir, luego de haber pasado las etapas de admisibilidad y de fondo ante la CIDH).

En lo referente a esto último, se puede afirmar que la forma cómo resolvió la Corte IDH la excepción preliminar presentada por la Procuraduría Pública Especializada Supranacional, no se encuentra exenta de críticas. Al respecto, resulta claro que las excepciones tienen que ser presentadas durante la Etapa de Admisibilidad y que, en el caso específico de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, se tiene que precisar con claridad el recurso que se debió agotar. No obstante, tal lógica –vinculada a la oportunidad para interponer una excepción preliminar– aplicada de manera mecánica no toma en cuenta el supuesto en el que podrían existir actos procesales y procedimentales realizados con posterioridad a la emisión del Informe de Admisibilidad.

25 *Ibid.* Fundamento Jurídico 24.

Sobre lo indicado, en el caso específico de la controversia materia del presente trabajo, si bien la argumentación del Estado, en lo concerniente a que la parte contraria debió interponer el recurso de queja contra la resolución fiscal, fue realizada fuera de la Fase de Admisibilidad (momento procesal oportuno en el que –en principio– se pueden interponer excepciones preliminares), ello se hizo porque la nueva investigación penal²⁶ se inició con posterioridad a la fecha (25 de febrero de 2005) de la emisión del Informe de Admisibilidad (acto supranacional que da por concluida la Fase de Admisibilidad). En ese sentido, tal excepción no pudo interponerse en la Fase de Admisibilidad, siendo su exigencia un imposible temporal. Fue por esa razón que el Estado proponía –implícitamente– un trato diferenciado para la evaluación de las excepciones preliminares, cuando la situación así lo ameritaba.

En ese sentido, el argumento del Estado debió ser tomado con mayor detenimiento por parte de la Corte IDH y no solo le debió bastar el afirmar que la excepción fue presentada fuera de la Etapa de Admisibilidad, toda vez que tal posición no toma en cuenta las particularidades del caso.

Con esto último no se quiere decir que la Corte IDH debió –necesariamente– estimar la excepción deducida por el Estado peruano. El énfasis radica en precisar que en la sentencia se pudo hacer un mayor

análisis y argumentación respecto a lo desarrollado por la defensa del Estado peruano, al deducir su respectiva excepción de falta de agotamiento de los recursos internos.

2.2.2. Sobre la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos por el no inicio de un procedimiento administrativo para el acceso a una pensión.

Por medio del Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas (en adelante, el ESAP), los representantes de la víctima formularon su petitorio de la siguiente forma:

“[...] solicitamos a la honorable Corte Interamericana ordene al Estado expedir la correspondiente Cédula de Retiro por invalidez y otorgar a Valdemir Quispialaya el monto de pensión por invalidez o incapacidad que le corresponda de acuerdo con la normativa vigente [...]”.²⁷

Por otro lado, en términos generales, el Estado peruano indicó que los representantes de la presunta víctima no agotaron los recursos internos para que obtuviera una pensión, iniciando un trámite administrativo ante el Ejército Peruano²⁸, siendo lo referido el fundamento para deducir la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos.

Frente a tales argumentos, la Corte IDH desestimó la excepción deducida por la defensa del Estado peruano, bajo los siguientes términos:

26 El 25 de febrero de 2005, la Primera Fiscalía Provincial Penal de Huancayo resolvió iniciar investigación preliminar por 30 días por el delito de lesiones graves, presuntamente cometido por el suboficial Hilaquita Quispe.

27 Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas. Página 42.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento Jurídico 27.

“30. [...] Al respecto, la Corte recuerda que para que una medida de reparación sea concedida, se requiere la verificación de un nexo causal entre los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados y las medidas solicitadas. En consecuencia, este Tribunal considera que no resulta posible analizar la excepción alegada pues la controversia planteada no es susceptible de ser resuelta de forma preliminar, sino que depende directamente del fondo del asunto.

31. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que la única excepción preliminar interpuesta por el Estado durante el trámite de admisibilidad de la petición se refería al conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar (supra párr. 17). En este sentido, la Corte considera que el argumento expuesto por el Estado relacionado con la falta de agotamiento del recurso administrativo de pensión por invalidez es a su vez extemporáneo en virtud de que no fue alegado en el momento procesal oportuno.”²⁹

Conforme a lo señalado, uno de los argumentos para denegar la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en lo que concierne al pedido de la pensión a favor de la presunta víctima, radica en el hecho que tal excepción no fue presentada por el Estado peruano durante la Etapa de Admisibilidad, lo cual fue suficiente para desestimar la pretensión propuesta por la defensa del Estado peruano.

Sin restar importancia a lo indicado, en el Fundamento Jurídico 30 de la Sentencia del caso materia del presente trabajo, la Corte IDH hace la referencia a la existencia de una medida de reparación, no siendo expresa la pertinencia de tal invocación. Sin desmedro de ello, podría desprenderse que tal órgano supranacional entiende que el pedido de pensión es, en realidad, una solicitud de reparación (tal cual lo plantearon los representantes de la víctima en su ESAP). Visto así, pareciera que la Corte IDH entiende que tal solicitud de pensión no podría ser canalizada por medio de una excepción preliminar puesto que es una reparación y por lo tanto su otorgamiento, en sede supranacional, depende de un pronunciamiento previo sobre el fondo de la controversia, que permita determinar la existencia de una relación entre los hechos, la vulneración del derecho, el daño en perjuicio de la víctima y la reparación solicitada.

Hechas las precisiones relacionadas a las excepciones preliminares, corresponde realizar lo propio en lo que concierne a los temas de fondo.

2.3. Determinación de responsabilidad del Estado peruano

En el presente apartado se abordará lo concerniente a los puntos importantes del fondo de la controversia, lo cual nos podrá brindar mayores luces respecto a los deberes del Estado frente a los derechos humanos de sus conscriptos, según el Ordenamiento Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

29 *Ibid.* Fundamentos Jurídicos 30 y 31.

Lo indicado, coadyuvará a tener una mayor claridad para que los entes competentes de las Fuerzas Armadas puedan tomar medidas adicionales a favor del resguardo de los derechos humanos de las personas que prestan el servicio militar.

2.3.1.No existió un contexto de torturas en perjuicio de los conscriptos

Conforme lo evidenció la propia Corte IDH en su sentencia, los representantes de la víctima alegaron que existía un “contexto” de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En efecto, por medio del ESAP, los representantes de la –entonces– presunta víctima, precisaron que los hechos relativos a la controversia se enmarcaban en un contexto general de torturas y malos tratos³⁰. No obstante, tal posición fue modificada en parte, luego de la audiencia pública, por medio del Escrito de Alegatos Finales, cuando los representantes de las presuntas víctimas señalaron:

“Es particularmente relevante resaltar el contexto de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes a los reclutas que brindan servicio militar, en el que se enmarcan los hechos. Pues, el reconocimiento de existencia de un contexto de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes recae en: i) la responsabilidad agravada del Estado al tener conocimiento de dicho contexto en relación con su deber de garante y, ii) la presunción de veracidad que permite otorgarle a los hechos expuestos en nuestro Escrito de Solicitudes, Argumentos y

Pruebas, en particular los hechos controvertidos por el Estado.”³¹

Para sustentar las afirmaciones precitadas, los representantes de la presunta víctima se valieron de documentación del Estado (poniendo énfasis en lo desarrollado en los informes de la Defensoría del Pueblo) así como de informes emitidos por organizaciones no gubernamentales.

Como resulta evidente de lo expuesto, una parte fundamental en la argumentación de los representantes de la presunta víctima radicaba en atribuir al Estado responsabilidad por la existencia de un contexto de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por lo que, como se verá en las líneas siguientes, gran parte de la argumentación de la defensa del Estado se encontraba encaminada a crear convicción en la Corte IDH de que tal contexto no existía, y no podía aplicarse para atribuir responsabilidad al Estado peruano frente a los –entonces– presuntos hechos relacionados al señor Valdemir Quispialaya.

En ese sentido, la Procuraduría Pública Especializada Supranacional (ente encargado de la Defensa del Estado peruano ante controversias supranacionales en materia de Derechos Humanos), desarrolló la siguiente argumentación para que se deniegue la pretensión de la parte contraria de que se determinara la existencia de un contexto referido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes en la prestación del servicio militar:

- Que durante el tiempo en que se desarrollaron los hechos alegados por los representantes de la

30 Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas. Página 7.

31 Escrito de Alegatos Finales Escritos presentado por los representantes de la presunta víctima.

presunta víctima, el Estado peruano se encontraba en un periodo de transición democrática, en donde hubo un restablecimiento de las relaciones entre este y los órganos supranacionales interamericanos de protección de derechos humanos³².

- En tal periodo, el Estado impulsaba investigaciones y procesos sobre graves violaciones a los derechos humanos³³.
- Asimismo, el Estado tomó medidas de fortalecimiento de instituciones del Sistema de Justicia, como el Ministerio Público, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional³⁴.
- No habría que olvidar que la Defensoría del Pueblo también forma parte del Estado peruano, por lo que sus informes deben ser tomados como medidas a favor del control de los actos de sus funcionarios³⁵.
- Por otro lado, el Informe Defensorial N° 42, de diciembre de 2002, no concluye que existió una práctica generalizada o sistemática de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes contra los reclutas que prestaban el servicio militar obligatorio en el Perú en el año 2001³⁶.
- Además, el Estado cuestionó que se usara –indebidamente– lo indicado en el Informe Defensorial N° 42

como si fuera el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación sobre el Conflicto Armado Interno, puesto que este último informe versó sobre diecisiete mil (17 000) testimonios referidos a veinte (20) años de violencia política, mientras que el Informe Defensorial solo considera ciento setenta y cuatro (174) quejas o intervenciones de oficio ocurridas en poco más de cuatro (4) años³⁷.

- Asimismo, a diferencia de lo señalado por la CIDH y los representantes de las presuntas víctimas, el Informe Defensorial N° 42 remarcó los esfuerzos del Estado, indicando que la política institucional estaba encaminada a la disminución de la práctica de violaciones a derechos humanos³⁸.
- Según lo desarrollado por el perito presentado por el Estado peruano, el Perú pasó de un sistema de servicio militar obligatorio a otro voluntario, mediante la Ley N° 27178, promulgada el 28 de setiembre de 1999; cambio que respondía al hecho de que no resultaba necesario un servicio obligatorio luego de que el Estado superase los conflictos armados externo e interno, al lograr un tratado de paz con Ecuador en 1998 y haber derrotado a la subversión

32 Escrito de Alegatos Finales Escritos presentados por el Estado peruano. Fundamentos Jurídicos 29 al 31.

33 *Ibid.* Fundamento Jurídico 33.

34 *Ibid.* Fundamento Jurídico 35.

35 *Ibid.* Fundamento Jurídico 38.

36 *Ibid.* Fundamento Jurídico 39.

37 *Ibid.* Fundamento Jurídico 40.

38 *Ibid.* Fundamentos Jurídicos 43 y 44.

interna. En ese nuevo contexto es que se producen los hechos del caso, no siendo lógico que el Estado propiciara o tolerara un régimen de dureza y malos tratos a los reclutas que se acercaban, de forma voluntaria, a servir a su país³⁹.

- Finalmente, la Procuraduría Pública Especializada Supranacional brindó una concepción de lo que entiende el Estado por disciplina militar, así como la corrección en su aplicación, tomando en consideración el libro “Fuerzas Morales Militares”, del coronel del Cuerpo Jurídico Militar del Ejército Peruano, Hernán Monsante Rubio⁴⁰.

Precisados los argumentos de las partes, conviene tomar en cuenta lo indicado por la Corte IDH en su sentencia recaída en el caso materia del presente trabajo, en lo que concierne a la existencia o no de un contexto de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sobre el punto en mención, el referido ente supranacional –a través de su sentencia– brindó especial atención al Informe Defensorial N° 42, publicado por la Defensoría del Pueblo en el año 2002, el cual documentó ciento dieciocho (118) casos de –presuntas– torturas y tratos crueles inhumanos o degradantes en instalaciones militares durante el período 1998-2002⁴¹.

Asimismo, la Corte IDH consideró la normativa aplicable a la época de los hechos

y otros documentos de la Defensoría del Pueblo, lo que le llevó a precisar que entre septiembre de 2002 y julio de 2006 tal ente constitucionalmente autónomo recibió 72 quejas de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes atribuidos a miembros de las Fuerzas Armadas, cuyas víctimas eran conscriptos; aunque, también advirtió, que en el período comprendido entre los años 2009 y 2013 se registró una menor cantidad de quejas de afectaciones a la integridad personal, identificándose –además– casos de soldados que desertaron por este tipo de maltrato y el temor para presentar denuncias por las represalias⁴².

Tomando en cuenta los elementos indicados y los argumentos de las partes, la Corte IDH se pronunció respecto a la existencia de un contexto de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, señalando:

“56. Tras analizar la documentación aportada por las partes y los alegatos sobre el “contexto” de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, **la Corte considera que carece de elementos suficientes para declarar la existencia de un patrón organizado o una política estatal de violencia, tortura y malos tratos contra reclutas del Ejército.**

“57. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte constata que los comportamientos descritos en los párrafos 48 a 55 **supra representan un contexto de maltratos**

39 *Ibid.* Fundamento Jurídico 48.

40 MONSANTE Rubio, Hernán. Fuerzas Morales Militares. Edición del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar-2014.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento Jurídico 49.

42 *Ibid.* Fundamento Jurídico 55 Sentencia.

físicos y psicológicos en el ámbito del servicio militar provenientes de una arraigada cultura de violencia y abusos en aplicación de la disciplina y la autoridad militar. Dicho contexto servirá de marco para analizar los hechos alegados en el presente caso, e igualmente para determinar la calificación jurídica de los hechos en el Capítulo de Fondo y al disponer medidas de reparación.” [Énfasis agregado]

En ese sentido, la Corte IDH desestimó el extremo indicado de la pretensión de los representantes de las presuntas víctimas referida a la determinación de la existencia de un contexto de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, no obstante, matizando tal postura, señaló que existió un contexto de maltratos físicos y psicológicos en el ámbito del servicio militar provenientes de una arraigada cultura de violencia y abusos en aplicación de la disciplina y la autoridad militar.

Respecto a lo indicado, tal afirmación realizada por la Corte IDH, trae una serie de cuestionamientos provenientes de la carencia de un análisis a profundidad sobre la determinación del contexto en mención. Lo señalado no es una opinión gratuita, toda vez que la determinación del contexto de maltratos físicos y psicológicos en el ámbito del servicio militar provenientes de una arraigada cultura de violencia y abusos en aplicación de la disciplina y la autoridad militar, no especifica –primero– el tiempo en el que se enmarca tal contexto; siendo, su precisión, sumamente importante frente a las medidas que pueden tomar los entes del Estado, a nivel interno, ante los casos de

alegaciones referidas a violaciones de derechos humanos. Por otro lado, tal determinación resultaba importante a propósito de las controversias que podrían estarse planteando –actualmente o a futuro– en sede supranacional, en contra del Estado peruano.

Otro punto cuestionable del contexto determinado por la Corte IDH, radica en el hecho que la sentencia materia del presente trabajo sugiere que el mismo es de alcance nacional, sin hacerse precisión alguna que, en los casos de los departamentos de Ica y Ucayali, según lo determinado por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 42⁴³, no se reportó ningún caso referido a alegaciones de violaciones a derechos humanos en perjuicio de conscriptos. En adición a lo acotado, es importante tomar en cuenta que hubo departamentos en los que las alegaciones de maltratos fueron poco frecuentes, como lo constituyeron Moquegua, Arequipa y Cajamarca, con un (1) caso cada uno, o el caso de Junín (lugar donde se desarrollaron los hechos del caso materia del presente trabajo), con dos (2) casos. Asimismo, la Corte IDH pudo hacer mayor precisión sobre la existencia de eventos relativos a presuntas violaciones a derechos humanos en cada cuartel, en algunos de los cuales –que fueron mencionados en el Informe Defensorial en mención– se reportaron casos aislados, como fue el del cuartel en donde se desarrollaron los hechos materias del caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*.

Con todo lo señalado, lo que se trata de decir es que la Corte IDH pudo hacer un mejor y mayor desarrollo de las

43 Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 42. Ver cuadro 4, páginas 17 al 19.

implicancias del contexto que determinó, haciendo la respectiva precisión temporal y espacial del mismo. Sobre este último aspecto, pudo ser más adecuado hablar no tanto de la existencia de un contexto, sino –y debidamente sustentado– de contextos, referentes no solo a departamentos sino también a cuarteles; aunque un actuar similar pudo devenir en la imposibilidad –para la Corte IDH– de poder determinar la existencia de un contexto aplicable al caso del señor Quispialaya, toda vez que en el caso de Junín solo se reportó la existencia de dos (2) casos y, respecto al cuartel “9 de diciembre”, el caso materia de controversia supranacional fue el único reportado, no existiendo –por lo tanto– conductas frecuentes que determinen un patrón aplicable en tal ámbito espacial.

2.3.2. Sobre la posición de garante del Estado peruano frente a los conscriptos

La Corte IDH precisó que no existía controversia respecto a que el Estado tiene un deber de garante de los derechos de los conscriptos del servicio activo acuartelado, puesto que estos se encuentran bajo su custodia⁴⁴. No obstante “[...] existe controversia entre las partes en cuanto a si el señor Valdemir Quispialaya fue sometido a un acto que podría ser definido como tortura durante su servicio militar, particularmente, durante una práctica de tiro, en la cual fue agredido por el Suboficial Hilaquita Quispe con la culata de un arma reglamentaria (FAL) en el ojo derecho, lo que contribuyó a

que el señor Quispialaya perdiera la visión del mismo.”⁴⁵

Sobre lo señalado, la Corte reconoció –en su sentencia– que la situación del señor Quispialaya no era de vulneración de derechos humanos de personas privadas de libertad como alegaron sus representantes, toda vez que la víctima se presentó voluntariamente para prestar el servicio militar⁴⁶, lo cual coincide con la existencia de un Sistema de Servicio Militar Voluntario. Pero, a pesar de ello, la Corte IDH, acotó posteriormente que:

“116 [...] No obstante, este Tribunal estima pertinente referirse a su jurisprudencia en relación con el deber de garante del Estado respecto de las personas privadas de la libertad debido a que guarda similitud con el deber de garante del Estado respecto de los reclutas en servicio militar. Posteriormente la Corte hará algunas consideraciones específicas sobre el deber de garante del Estado en relación con las personas que están prestando el servicio militar, tomando como premisa la jurisprudencia constante del Tribunal y la de los Sistemas Europeo e Internacional de Derechos Humanos.”

En los fundamentos siguientes de la sentencia, la Corte IDH hace un desarrollo de su jurisprudencia aplicable a los supuestos de personas privadas de su libertad, a favor de las cuales el Estado tiene el deber de garantizar sus derechos humanos, como la vida e integridad personal.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento Jurídico 114.

45 *Ibid.* Fundamento Jurídico 114.

46 *Ibid.* Fundamento Jurídico 115.

Asimismo, toda vez que la presente controversia se relacionaba con el caso de un conscripto que ingresó en buen estado de salud, la Corte IDH precisó, además:

“118. La jurisprudencia de este Tribunal también ha señalado que cuando una persona que es detenida ostenta un buen estado de salud y posteriormente sufre una afectación a su salud, **existe la presunción de responsabilidad del Estado por las lesiones que padece una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En consecuencia, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad**, mediante elementos probatorios adecuados”. [Énfasis agregado]

Adicionalmente a lo indicado, es importante –también– tomar en cuenta que las particularidades sobre la prestación del servicio militar del caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*, fueron analizadas –por primera vez– por la Corte IDH en tal caso, siendo entendible que haya realizado la conexidad del supuesto de prestación voluntaria del servicio militar con sus sentencias referidas a las personas privadas de su libertad. En ese mismo sentido, también es comprensible que haya acudido a los pronunciamientos de otros entes supranacionales que abordan el concepto del deber de garante de los Estados frente a sus conscriptos. Todo lo precisado, le permitió a la Corte IDH concluir que:

“124. [...] la posición y el deber de garante del Estado respecto de las personas privadas de libertad se aplica a los miembros de las fuerzas armadas en servicio activo acuartelado. Así, en

relación con esas personas en especial situación de sujeción, el Estado tiene el deber de i) salvaguardar la salud y el bienestar de los militares en servicio activo; ii) garantizar que la manera y el método de entrenamiento no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a esa condición; iii) proveer una explicación satisfactoria y convincente sobre las afectaciones a la salud que presenten las personas que se encuentran prestando servicio militar. En consecuencia, procede la presunción de considerar responsable al Estado por las afectaciones a la integridad personal que sufre una persona que ha estado bajo autoridad y control de funcionarios estatales, como ocurre en el servicio militar.”

Lo señalado por la Corte IDH en el párrafo en mención, puede llevarnos a realizar diversas conclusiones sobre el deber del Estado respecto a la prestación del servicio militar y la forma cómo debe impartir justicia frente a las alegaciones de afectaciones a los derechos humanos de las personas que prestaron tal servicio. Para hacer un adecuado análisis del mismo, es importante analizar tal párrafo de forma conjunta con la integridad de los fundamentos de la sentencia y lo precisado por el propio Ordenamiento Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Tomando en cuenta lo señalado, hay que precisar que de los tres (3) puntos precitados, tal vez el más controvertido sea el punto ii, referido a “garantizar que la manera y el método de entrenamiento no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a esa condición”. Lo cual podemos relacionar con lo indicado en el Fundamento Jurídico 122 de la Sentencia, en el cual se ha precisado que “[...] no se debe confundir

la imposición de la disciplina militar con la comisión de maltratos físicos y psicológicos o mismo de tortura. La garantía de la integridad personal de los miembros de las fuerzas armadas es absolutamente compatible con el mantenimiento de la disciplina, orden y jerarquía militares, y la primera no debe apartarse de las exigencias del servicio militar y de las condiciones normales de vida en las fuerzas armadas.”

De lo indicado, el punto ii, en el fondo plantea una línea divisoria entre lo que son los medios para lograr la disciplina militar, lo cual implicará exigencias físicas, creando sufrimiento en los conscriptos inherentes a ellas. No obstante, el maltrato físico y psicológico es algo que no puede permitirse en la formación dentro del servicio militar, cuyos sufrimientos derivados no se encontrarían conforme a la CADH. Asimismo, evitar tales actos de maltratos será un deber del Estado (punto i) y en caso se dieran y tengan repercusiones en la salud, el Estado tendrá que dar las explicaciones debidas (punto iii), y esto último tomando en cuenta que existe una presunción de responsabilidad del Estado frente a vulneraciones a los derechos humanos de los conscriptos, en su rol de garante.

Tal acotación nos permite evidenciar que será un reto para las Fuerzas Armadas y los órganos jurisdiccionales competentes, determinar cuándo un acto de exigencia física (lo cual puede repercutir en el menoscabo de la salud del conscripto) es uno proscrito por afectar la integridad personal. Para afrontar tal reto, tanto las Fuerzas Armadas, así como los órganos jurisdiccionales, por medio de la sentencia de la Corte IDH, contarán con elementos directrices que les permitirán asumir –con mayores elementos– una postura frente a los casos concretos, siempre a favor del resguardo de

los derechos de las personas que prestan el Servicio Militar, a favor de la Nación.

Hecha la reflexión de las implicancias de lo dispuesto –en términos generales– en la Sentencia, corresponde mencionar que, tomando en cuenta sus propios fundamentos sobre lo que implica el deber de garante del Estado frente a los conscriptos, la Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado peruano por la afectación del derecho a la integridad personal del señor Valdemir Quispialaya Vilcapoma, señalando:

“128. El Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona que se encuentra bajo custodia estatal constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte constata que fue probado que Valdemir Quispialaya recibió un golpe con la culata de un fusil en su ojo derecho, de parte de su superior jerárquico, durante una práctica de tiro el día 26 de enero de 2001 (supra párr. 60). Para la Corte resulta evidente que esa agresión física le causó a la víctima un sufrimiento tanto físico como moral manifiesto, que no encuentra justificación como una medida educativa o disciplinaria.”

“129. En el presente caso, la Corte señaló que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su cuidado. Por lo tanto, teniendo en consideración el ejercicio abusivo de la autoridad militar, la violencia de la conducta desplegada contra el señor Quispialaya, su

situación de indefensión en la que se encontraba durante la práctica de tiro, su temor fundado y las amenazas sufridas para no denunciar lo ocurrido, y también tomando en consideración los informes médicos disponibles en el expediente y el peritaje psicológico rendido por affidavit para el presente caso, esta Corte considera que la agresión sufrida por el señor Quispialaya durante la práctica de tiro en el campo de tiro de Azapampa el 26 de enero de 2001 representó una violación a los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el incumplimiento del artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, los cuales prohíben los actos de tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Para tener mayor comprensión sobre las implicancias de los párrafos precitados, es importante recordar que el señor Quispialaya se encontraba prestando el servicio militar activo acuartelado, por lo que el Estado peruano era el garante de sus derechos. En ese sentido, este debió salvaguardar la salud y el bienestar de la víctima, además de garantizar que la manera y el método de entrenamiento que se le aplicó no hayan excedido el nivel inevitable de sufrimiento inherente a esa condición. Asimismo, de habersele ocasionado un daño a la salud, se presume la responsabilidad del Estado, debiendo proveer una explicación satisfactoria y convincente.

Teniendo presente ello, el Fundamento Jurídico 128 de la Sentencia es determinante para precisar que se ocasionó un daño en contra de la víctima, el cual no tiene justificación como medida educativa o disciplinaria. Adicionalmente, se puede entender

que para la Corte –conforme al Fundamento Jurídico 129 de la Sentencia– no hubo justificación alguna para usar la fuerza contra la víctima que permitiera apartarse de la presunción de la responsabilidad del Estado (en su posición de garante), toda vez que se presentaron elementos como la determinación del ejercicio abusivo de la autoridad militar además de la existencia de una situación de indefensión durante las prácticas de tiro, de amenazas en su contra y de la existencia de informes médicos y de un peritaje psicológico.

2.4. Sobre la afectación a las garantías judiciales de la víctima por la canalización de la controversia penal ante la Justicia Militar y el voto concurrente del juez Vio Grossi

Uno de los puntos relevantes de la sentencia de la Corte IDH, materia del presente trabajo se encuentra relacionado con sus fundamentos jurídicos 133 al 152, vinculados al actuar del Fuero Militar y del Poder Judicial al canalizarse, ante la Justicia Militar, la controversia penal por los actos que habría realizado el suboficial Hilaquita Quispe en perjuicio del conscripto Valdemir Quispialaya Vilcapoma.

Al respecto, hubo una duplicidad de procesos iniciados en el Fuero Militar Policial y el Fuero Común (este último activado por la denuncia presentada por la madre de la víctima), lo cual generó una contienda de competencia; la misma que fue resuelta, el 12 de mayo de 2003, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a favor de la Justicia Militar, bajo el entendimiento que los hechos objeto de instrucción fueron cometidos en acto de servicio, al ocurrir durante actividades militares y en instalaciones del Ejército.

Frente a ello, la Corte IDH, luego de hacer referencia a su jurisprudencia en la que precisó la no convencionalidad de tramitar una controversia sobre violaciones a derechos humanos ante el Fuero Militar, determinó lo siguiente:

“148. El proceso desarrollado en el fuero castrense tramitó bajo la calificación de abuso de autoridad siendo su objeto determinar si el Suboficial Hilaquita Quispe se excedió en el empleo de la disciplina militar. Sin embargo, el bien jurídico afectado era primero y principalmente la integridad física de Valdemir Quispialaya. Por este motivo la investigación debió haberse llevado a cabo en el fuero ordinario.

[...]

152. De lo expuesto, la Corte concluye que el recurso idóneo para investigar y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de los hechos del presente caso sería un proceso penal en el fuero ordinario. De lo anterior, la Corte concluye que la decisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de inhibir a la jurisdicción ordinaria de investigar y juzgar los hechos delictivos del presente caso, aunada al largo período entre los años 2002 y 2007 durante el cual el caso se mantuvo en la jurisdicción militar, vulneró el principio del juez natural, al extralimitar la esfera de la justicia castrense, constituyéndose en aquel momento una violación del artículo 8.1 de la Convención, en relación con el deber de respetar y garantizar los derechos establecidos en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Valdemir Quispialaya Vilcapoma y Victoria Vilcapoma Taquia.”

De lo señalado, se puede desprender que la lógica de la Corte IDH radica en determinar que la controversia penal referida a la afectación a la integridad personal del conscripto no debió ser canalizada ante la Justicia Militar al ser atentatorio a las garantías judiciales de la víctima y de su madre.

Sobre esto último, es importante tomar en cuenta que fue el órgano competente de la Justicia Militar el que planteó la contienda de competencia, la misma que fue resuelta por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a favor de la Justicia Militar. En ese sentido, la lógica de la Corte IDH (ente que determina la responsabilidad de los Estados y no de sus instituciones ni de sus funcionarios), cuestiona la decisión del mencionado órgano jurisdiccional del Fuero Común y no la actuación del Fuero Militar, que actuó en cumplimiento de lo dispuesto por el órgano competente, en el marco de la contienda de competencia.

Por otro lado, un punto a observar de la sentencia de la Corte IDH, radica en indicar que tal órgano supranacional no consideró ni analizó el hecho de que con posterioridad a la resolución de la contienda de competencia por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República, el ente competente del Fuero Militar Policial, luego de la emisión de una sentencia del Tribunal Constitucional que clarificaba las competencias de la Justicia Militar, remitió todo lo actuado al Fuero Común, por lo que el actuar que cuestionó la Corte IDH en su sentencia fue remediado por el Estado peruano, no correspondiendo determinar su responsabilidad en tal extremo.

Lo mencionado no es una postura aislada del autor del presente trabajo, puesto

que ello fue considerado también por el juez Vio Grossi, a través de su voto concurrente, al indicar:

“De ese modo queda en evidencia, a juicio del infrascrito, que el Estado enmendó, en su propia jurisdicción, su proceder, de suerte tal que no sería de justicia, en consecuencia, que le fuese atribuida responsabilidad internacional alguna por tal motivo, sino más bien lo contrario, vale decir, lo procedente sería resaltar la adecuada enmienda realizada.

Lo anterior, en atención al carácter coadyuvante y complementaria que, conforme se consagra en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene la jurisdicción interamericana con respecto a la jurisdicción nacional, la que, entonces, solo opera una vez que se han agotado los recursos internos, si ellos son procedentes, y, por ende, realizado el último hecho del Estado que se estima ilícito internacional. Previo a éste, el Estado dispone, como reiteradamente lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la posibilidad de remediar, con sus propios medios y antes de responder ante un órgano internacional, los hechos actos u omisiones - que se le atribuyan como ilícitos internacionales.

De modo, entonces, que el suscrito entiende que lo señalado en el transcrito párrafo 152 de la Sentencia de autos, es solo una constatación de lo acontecido en el caso en comento y

que, por tanto, el señalamiento que indica, en orden a que la intervención de la justicia militar en este caso constituyó “en aquel momento” una violación de la Convención, no debería configurar el fundamento de la del punto resolutivo 3 de la misma, por el que se declara la responsabilidad del Estado con respecto a los artículos 8.1 y 25 de la misma.”

Conforme a lo expuesto, hubiera sido correcto que la Corte IDH se pronunciara reconociendo el adecuado actuar del Estado peruano al enmendar su propia conducta y canalizar de oficio la controversia al Fuero Común, pero los fundamentos indicados no fueron suficientes para que la Corte IDH emitiera una sentencia en un sentido distinto.

Sin perjuicio de lo acotado, resulta atendible reflexionar sobre las posturas contrapuestas de la mayoría de los jueces de la Corte IDH y del juez Vio Grossi, las cuales –al parecer– son resultados de premisas distintas respecto al deber de actuación de los Estados frente a afectaciones a los derechos humanos.

En ese sentido, se puede decir que la lógica del juez Vio Grossi, apelando al principio de complementariedad, tiene como fundamento que la aplicación de tal principio puede implicar la no determinación de la responsabilidad del Estado peruano frente a una conducta propia vulneradora de derechos humanos, siempre y cuando la misma haya sido enmendada⁴⁷.

47 Sin perjuicio de lo desarrollado, es importante tomar en cuenta que tal voto guarda poca conexidad con lo finalmente decidido por el juez en mención cuyo voto formó parte de la decisión unánime de la Corte en la sentencia del caso materia de análisis que determinó la responsabilidad internacional del Estado peruano a pesar de haber enmendado el acto cuestionado en sede supranacional.

Por el contrario, la lógica de la sentencia de la Corte IDH sería otra, que linda con el desconocimiento del principio de complementariedad, y radica en determinar la responsabilidad del Estado peruano por la afectación de las garantías judiciales, independientemente de si ha buscado enmendar su actuar, toda vez que el daño ya fue realizado.

Podría decirse también que la lógica de la Corte IDH, para determinar la responsabilidad del Estado en el extremo señalado, radica en considerar que la canalización de la controversia ante el Fuero Común no fue una reparación suficiente, por la duración del tiempo en el que la controversia estuvo bajo conocimiento de la Justicia Militar (2002 al 2007). No obstante, ello no fue analizado detenidamente por la Corte IDH ni, al parecer, su enfoque parecía estar encaminado a determinar si la actuación posterior al Estado fue suficiente o no para tenerse por reparado el derecho inicialmente vulnerado.

2.5. Sobre la investigación en la jurisdicción ordinaria

En lo concerniente al cuestionamiento de la forma como se desarrolló la investigación en la jurisdicción ordinaria, la Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado peruano por la afectación de las garantías judiciales y la protección judicial de la víctima; decidiendo, por medio del Punto Resolutivo Tercero de la Sentencia, lo siguiente:

“3. [...] el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías

judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma y las obligaciones establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de señor Valdemir Quispialaya, en los términos de los párrafos 161 a 169 de la presente. [...]”

Toda vez que la Corte IDH, determinó que el Estado peruano vulneró las garantías judiciales y la protección judicial del señor Valdemir Quispialaya en relación con los artículos, 1º⁴⁸ y 6º⁴⁹ de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la defensa del Estado peruano tenía dudas razonables de si el referido órgano supranacional había considerado que los hechos materia de la controversia constituían o no tortura, por lo que procedió a presentar su respectiva Solicitud de Interpretación de Sentencia.

Frente a ello, la CIDH, de acuerdo con lo precisado por la Corte IDH, consideró que el alcance del Punto Resolutivo Tercer de la Sentencia era claro puesto que:

“12. [...] La Comisión entiende que la invocación del artículo 5.2 de la Convención y 6 de la CIPST, sin distinciones y a la luz de lo argumentado durante el proceso, permite entender que la Corte Interamericana consideró que los hechos constituyeron tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. [...]”⁵⁰

48 “Artículo 1º.- Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.”

49 “Artículo 6.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Fundamento Jurídico 12.

Conforme a lo señalado, a pesar de que pareciera existir una confusión en los usos de los términos tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo cierto es que para la CIDH era claro que la Corte IDH sí realizó una calificación de los hechos, reforzando la racionalidad de la duda expresada por la defensa del Estado peruano.

En ese sentido, había elementos suficientes para estimar el pedido de interpretación formulado por la Procuraduría Pública Especializada Supranacional; no obstante, ello, la Corte IDH lo denegó, apelando a la siguiente argumentación:

“24 [...] Por otra parte, de la simple lectura de los párrafos relevantes de la Sentencia (supra párr. 20) y del punto resolutivo tercero (supra párr. 19) se desprende que estos son suficientemente claros en el sentido de que la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 de la misma y 1, 6 y 8 de la CIPST, resulta de la **falta de diligencia en la investigación de una violación a la integridad personal**, la cual en su momento fue denunciada por la víctima como tortura. Asimismo, **la Sentencia fue precisa en determinar que compete, en principio, a las autoridades internas realizar la determinación sobre el delito cometido por el acusado (tortura o lesiones graves) al final del proceso penal correspondiente**. De lo anterior, la Corte considera que la referida solicitud de interpretación del Estado no se encuentra dentro del marco establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, toda vez que el propósito de la interpretación debe ser aclarar algún punto impreciso o ambiguo sobre el sentido o alcance de la Sentencia, lo

que no es el caso en la presente solicitud.” [Énfasis agregado]

En ese sentido, a pesar que se desestimó el pedido de interpretación de la defensa del Estado peruano, lo que en la práctica realizó la Corte IDH fue una precisión de los términos de su propia sentencia, señalando que no calificó los hechos referidos al señor Valdemir Quispialaya como tortura sino que la responsabilidad del Estado peruano radicaba en la falta de diligencia en la investigación frente a la violación a la integridad personal, correspondiendo la calificación de los hechos (ya sea como tortura o lesiones graves) a los órganos jurisdiccionales internos.

Conforme a lo señalado, será el Ministerio Público y, de ser el caso, los órganos jurisdiccionales competentes del Fuero Ordinario, quienes se pronuncien sobre el delito tipificado en sede nacional que será aplicado frente a los hechos referidos al señor Quispialaya Vilcapoma.

3. CONCLUSIONES

Atendiendo a la importancia del rol de las Fuerzas Armadas para la defensa del Estado y el resguardo de la seguridad de su población en tiempos de guerra, resulta sumamente relevante que la formación de sus conscriptos se desarrolle también en claro respeto de sus derechos humanos.

Sobre lo indicado, en el caso específico del señor Valdemir Quispialaya, es importante tener en consideración que el Ejército peruano realizó acciones frente a los hechos que fueron calificados por la Corte IDH como vulneratorios de sus derechos humanos. Sobre tal punto, puede evidenciarse de los hechos probados que **el Ejército brindó la atención médica pertinente, a favor de**

la salud tanto física como sicológica del señor Valdemir Quispialaya.

Asimismo, en lo que concierne a la actuación del Fuero Militar Policial, si bien inicialmente tramitó la controversia referida a la agresión realizada en contra del señor Valdemir Quispialaya –ello conforme a las normas del ordenamiento nacional aplicables y al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República–, luego del correspondiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional (que precisó que el Fuero Militar Policial no era competente para conocer de delitos comunes sancionados por el Código Penal), finalmente determinó que no era competente para conocer la controversia concreta, remitiendo lo actuado al Fuero Ordinario. En ese sentido, **el Fuero Militar Policial al reconducir la controversia ante el canal procesal correspondiente, actuó en claro respeto a las garantías judiciales y el deber de protección judicial** (reconocidos en los artículos 8° y 25° de la CADH), lo cual fue reconocido expresamente por uno de los jueces de la Corte IDH, por medio de su voto concurrente.

No obstante, podrían existir situaciones respecto de las cuales las Fuerzas Armadas o los Operadores de Justicia no tengan claridad sobre su relación con la afectación de derechos humanos, frente a lo cual resulta pertinente no solo acudir a las normas nacionales e internacionales aplicables, sino a los pronunciamientos supranacionales, como las sentencias de la Corte IDH.

Al respecto, la sentencia de la Corte IDH materia del presente texto brinda elementos, tanto a favor de las Fuerzas Armadas como de los órganos jurisdiccionales, para que puedan desarrollar de mejor forma sus competencias frente a situaciones vinculadas a violaciones a derechos humanos,

en el marco de la prestación del servicio militar, de conformidad al Ordenamiento Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En ese sentido, la observancia de tal pronunciamiento del referido órgano supranacional resulta trascendental tanto para adoptar medidas preventivas, así como para investigar y activar los procesos correspondientes frente a situaciones similares al del caso objeto de estudio.

Lo anteriormente indicado no menoscaba la importancia de poder expresar críticas a la forma cómo actuaron las partes en el proceso, así como a la propia fundamentación de la sentencia la Corte IDH. Expresar tales ideas –como se ha pretendido realizar a lo largo del presente texto– resulta constructivo y favorable para los operadores del derecho, sobre todo respecto de aquellos cuyas labores se encuentran vinculadas a la prestación del servicio militar o al litigio nacional o interamericano.

Finalmente, conforme a lo sustentado a lo largo del presente texto, puede evidenciarse que el desarrollo del proceso supranacional en el marco del caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*, representó una serie de retos tanto para la defensa del Estado peruano, a cargo de la Procuraduría Pública Especializada Supranacional, así como para los representantes de la víctima y los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (CIDH y Corte IDH). En ese sentido, la Corte IDH brindó atención a los argumentos de las partes y si bien la sentencia determinó la responsabilidad del Estado peruano, no es menos cierto que también se pronunció a favor de algunas de sus pretensiones (por ejemplo, que no se determinara que existió un contexto de torturas en el marco de la prestación del servicio militar).

Carlos Ramos Núñez¹

UN FAMOSO JUICIO DE IMPRENTA: EL CASO O'HIGGINS

SUMARIO: 1. EL JURADO DE IMPRENTA; 2. EL JURADO DE IMPRENTA EN EL PERÚ; 3. EL CASO DE BERNARDO O'HIGGINS, ¿HOMICIDA INTELECTUAL DE MANUEL RODRÍGUEZ?; 4. COMENTARIO FINAL.

RESUMEN

El autor da a conocer la institución del jurado de imprenta y la influencia de las leyes del Trienio Liberal en el Perú. Por otro lado, también se analiza el procedimiento y algunos aspectos importantes de la ley de imprenta, ley que reguló el jurado en el Perú. Finalmente, se analiza el caso de Bernardo O'Higgins contra Carlos Rodríguez Erdoiza, caso que se presentó ante el jurado y por el cual este último fue condenado a dos meses de prisión y 150 pesos de multa.

ABSTRACT

The author presents the institution of the printing jury and the influence of the laws of the liberal triennium in Peru. On the other hand, he analyzes the procedure and some important aspects of the printing law, which regulated juries in Peru. Finally, he analyzes the case of Bernardo O'Higgins

1 Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de Número de la Academia Nacional de Historia del Perú y Miembro de Número de la Academia Peruana del Derecho. Se agradece la colaboración de Nora Lorenzo Quilla del Centro de Estudios Constitucionales.

against Carlos Rodríguez Erdoiza, a case that was presented before the jury and for which the latter was sentenced to two months in prison and 150 pesos fine.

1. EL JURADO DE IMPRENTA

El poeta inglés John Milton en su obra titulada *Areopagitica*, defendió en 1644 la libertad de expresión y de imprenta ante la censura con la que el Parlamento británico pretendía limitar libertades. John Milton, sobre la libertad de imprenta opinaba: «Dadme la libertad de saber, de hablar y de argüir libremente según mi conciencia, por de cima de todas las libertades».²

El Estatuto de Bayona de 1808 en el artículo 106, a su vez, prescribía: «El proceso criminal será público. En las primeras Cortes se tratará de si se establecerá o no el proceso por jurados».³ Se abría así la posibilidad, cumplida más adelante, de establecer juicios por jurado en España. La Constitución de Cádiz de 1812, no descartó tampoco tal posibilidad como es de verse del artículo 307 «Si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces del hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente». La Comisión de Constitución, al presentar el proyecto de Constitución ante

las Cortes, señaló que el jurado era una institución “saludable y liberal”. No obstante, también se aseguraba que su establecimiento era un poco arriesgado y, probablemente con razón se estimaba que «no era obra que pueda emprenderse entre los apuros y agitaciones de una convulsión política».⁴ Prudentemente consideró que no querían generar una “discusión prematura o acaso impertinente” y que «se debía dejar al progreso natural de las luces el establecimiento de un sistema, que solo puede ser útil quedando sea fruto de la demostración y del convencimiento».⁵

Así, dejó en manos de las Cortes el devenir de esta institución, que calificaba de “admirable”.⁶

No menos importante fue lo establecido en su artículo 131° de la Constitución de Cádiz: «Las facultades de las Cortes son: [...] 24. Proteger la libertad política de la imprenta».⁷ Pues de este se derivarían otros decretos destinados a proteger y regular la libertad de imprenta, que finalmente en 1820 terminarían estableciendo el jurado para delitos en caso de su abuso. Conforme lo establecía el artículo 131, las Cortes tenían que proteger la libertad de imprenta, para cuyo efecto se emitió en la isla de León, el Decreto de 10 de noviembre de 1810 de Libertad

2 MILTON, Jhon M. *Areopagitica*. México D.F.: Fondo de cultura económica de México, 2000, p. 90.

3 *Estatuto de Bayona de 1808* de 6 de julio de 1808.

4 Cfr. *Constitución política de la Monarquía Española: Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Precedida de un Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*. Madrid: Biblioteca Nacional, 1820, p. 88.

5 *Ibid.*, p. 89.

6 *Ibid.*, p. 88.

7 *Constitución política de la Monarquía Española: Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*. Cádiz: Imprenta Real, 1812.

Política de la Imprenta.⁸ Comentando este dispositivo, Emilio Parra López señalaba: «Tanto por el significado histórico que entraña como por su valor intrínseco la medida sobre prensa e imprenta más sobresaliente de las Cortes de Cádiz es, sin duda, el Decreto de 10 de noviembre de 1810. Esta disposición constituye el punto de referencia permanente de las demás adoptadas por esta legislatura en la materia, y es el arranque de la legislación del liberalismo español sobre imprenta».⁹

La citada ley establecía la libertad de prensa y la responsabilidad por el escrito, estableciendo, además, una Junta Suprema de Censura. En el artículo I señalaba: «Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquiera condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación, bajo las restricciones

y responsabilidades que se expresarán en el presente decreto».¹⁰

Con la juramentación en 1820 por Fernando VII de la Constitución de Cádiz, se inicia el Trienio Liberal.¹¹ En este periodo Fernando VII, dicta la Ley de Imprenta del 20 de octubre de 1820, complementada más tarde por la denominada Ley adicional de 12 de febrero de 1822.¹²

2. EL JURADO DE IMPRENTA EN EL PERÚ

En el Perú, una Comisión de Imprenta compuesta por Toribio Rodríguez de Mendoza, Nicolás de Aranibar, Joaquín Paredes, José Joaquín de Olmedo, Mariano José de Arce, Carlos Pedemonte y Francisco Javier Mariátegui;¹³ fue la encargada de presentar el proyecto que sería nuestra ley de imprenta. Los mismos delitos que fueron también considerados abuso de

8 *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde su instalación el 24 de setiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*. Tomo I. Madrid: Imprenta Nacional, 1820, pp. 14-17.

9 La Parra López, Emilio. *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*. Valencia: NAU Llibres, 1984, p. 53. Véase también Larriba, Elisabel y Fernando Durán López (editores). *El nacimiento de la libertad de imprenta. Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*. Madrid: Silex, 2012.

10 *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación el 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*. Op. Cit., pp. 14-17.

11 Véase AGUILAR, María Jesús. *La imagen del Trienio Liberal en Asturias*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1999.

12 *Colección de los decretos y órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes ordinarias de 1820 y 1821, desde 06 de julio hasta 9 de noviembre de 1820*. Tomo VI. Madrid: Imprenta Nacional, 1821, pp. 234-246. NIEVA, José María de. *Decretos de S.M. La reina doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la reina gobernadora, y reales ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las secretarías del despacho universal desde 1 de enero hasta fin de diciembre de 1836*. Incluyéndose en el apéndice las leyes y decretos de las Cortes anteriores que por las actuales y por S.M. han sido restablecidos en el mismo año. Tomo XXI. Madrid: Imprenta Nacional, 1837, pp.15-18.

13 Véase AGC. *Actas Congreso Constituyente del Perú*. [agosto 1823-enero 1824], sesión del 5 de octubre de 1822, AGC. *Actas Congreso Constituyente del Perú*. [agosto 1823-enero 1824], sesión del 21 de febrero de 1823.

libertad de imprenta en España y con la misma estructura normativa. En general, la Ley de 22 de octubre de 1820 y la nuestra del 03 de noviembre de 1823 resultan normas virtualmente iguales.

La denuncia en España al igual que en el caso peruano, se presentaba ante el alcalde de la ciudad. Sobre el procedimiento establecido; al igual que el caso peruano, la Ley del 22 de octubre de 1820 establecía dos jurados: uno destinado a declarar ha lugar o no a formación de causa, y otro jurado a emitir un veredicto para el fallo. El procedimiento establecido para ambos jurados es el mismo establecido para el caso peruano. La única diferencia: el jurado en España tenía 9 en el primer jurado y 12 en el segundo jurado, en el caso peruano ambos jurados tenían 7 jurados.

Si en el caso peruano, teníamos una Junta Conservadora de la Libertad de Imprenta, en el caso español se tenía una Junta Protectora de la Libertad de Imprenta; en el primero nombradas por el Congreso y en el segundo, por las Cortes, las funciones y procedimiento, exactamente los mismos.

Esta Ley del 3 de noviembre de 1823, dada en el gobierno de José Bernardo de Torre Tagle¹⁴ emergía en el marco del debate de libertad de imprenta. Una de las mayores obras democráticas del general de San Martín fue la declaración de la libertad de imprenta, que fue consagrada en octubre

de 1821, en los siguientes términos: «Todo individuo puede publicar libremente sus pensamientos sobre cualquier materia, sin estar sujeto a ninguna previa censura, aprobación o revisión».¹⁵

La Ley del 03 de noviembre de 1823 estableció el juzgamiento de la prensa a través de la figura del jurado. Declaró, asimismo, la responsabilidad del impresor, del librero o del vendedor por los impresos anónimos cuando se incurriera en delito. Se dispuso que en toda publicación por la prensa se expresara inequívocamente la imprenta y el nombre del dueño o administrador. Buscaba la norma que los infractores no se refugiasen en el anonimato. Si bien se garantizaba la libertad de prensa, los autores serían responsables de sus actos y de sus dichos.

La Constitución peruana de 1823 garantizaba la libertad de la prensa, consignándola entre las garantías constitucionales. También establecía límites legales, bajo la siguiente fórmula: «La libertad de imprenta en conformidad con la ley que la arregle».¹⁶ Se proclamaba a libertad de prensa, pero la misma norma la limitaba. El mismo Congreso Constituyente que dictó dicha Carta Política, expidió una ley reglamentaria de imprenta, el 03 de noviembre del mismo año, que con algunas modificaciones e interrupciones rigió durante casi 120 años, hasta bien entrado el siglo XX. Las constituciones posteriores prohibieron nuevamente la censura».¹⁷

14 SANTOS DE QUIRÓS, Mariano. *Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú. Desde su independencia en el año de 1821 hasta el 31 de diciembre de 1830*. Tomo I. Lima: Imprenta de José Masías, 1831, pp. 395-401.

15 *Ibid.*, Decreto del 13 de octubre de 1821, artículo 1º, pp. 49-50.

16 *Constitución política de la República Peruana 1823*. Lima: Imprenta José M. Noriega, 1867.

17 VILLARÁN ANGULO, Luis Felipe. *La Constitución peruana comentada*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2016, p. 150.

El artículo primero de la ley del 03 de noviembre, en una línea liberal, en el marco del título primero, «De la extensión de la libertad de imprenta», declaraba que todo peruano tiene derecho de manifestar sus pensamientos por medio de la prensa, sin licencia previa. Esto no ocurre, como estipulaba el artículo segundo, respecto de los escritos que versen sobre las santas escrituras, dogmas de la religión, la moral religiosa y la disciplina esencial de la Iglesia, en cuyo caso, para imprimirse, se necesita de la expresa licencia del ordinario eclesiástico.¹⁸

Queda claro que la Ley del 03 de noviembre de 1823 buscaba sancionar los abusos cometidos a través de la imprenta. En una época pródiga en enfrentamientos ideológicos, políticos y militares, la norma era un vehículo de pacificación, podría decirse que hasta de catarsis republicana. A fin de garantizar la independencia y asegurar una imparcialidad objetiva, se pensó en el establecimiento de un jurado.

En forma didáctica, Luis Felipe Villarán clasificaba en cinco grupos los abusos de la imprenta: escritos que conspiran contra la Constitución y la religión; publicaciones que inciten a la rebelión o perturbación de la tranquilidad pública; escritos que alienten directa o indirectamente a la desobediencia de la ley o de la autoridad; publicaciones obscenas o contrarias a las buenas costumbres; y aquellas publicaciones que contengan injurias personales.¹⁹

Conforme al artículo 6° del reglamento, se abusa de la libertad de imprenta:

cuando se publican máximas o doctrinas que conspiran directamente a trastornar o destruir la religión de la República, o su Constitución política; publicando doctrinas, o máximas dirigidas a excitar la rebelión o perturbación de la pública tranquilidad; incitando directamente a desobedecer alguna ley, o autoridad legítima, o provocando a esta desobediencia con sátiras, o invectivas; imprimiendo escritos obscenos, o contrarios a las buenas costumbres; injuriando a una o más personas con libelos infamatorios, que tachen su vida privada, y mancillen su honor, y buena reputación; aun cuando se ofrezca probar la imputación injuriosa, se le aplicará la pena al autor o editor del libelo infamatorio.²⁰

La graduación de los impresos que abusan de la libertad de imprenta y que resultan susceptibles de ser conocidos por el jurado de imprenta se clasifican en subversivos, sediciosos, incitadores, obscenos o contrarios a las buenas costumbres cuando se afecte a la moral o a la decencia pública y, finalmente, infamatorios cuando vulneren su honor, reputación o afecten su vida privada. En verdad, gran progreso este último en cuanto a la protección de la intimidad.

En lo referente a la calificación de los escritos abusos de la libertad de imprenta, conforme al artículo 9 de la Ley del 03 de noviembre de 1823, «...los impresos que conspiran directamente a trastornar, o destruir la religión de la República, o su Constitución política, se calificaran con la nota de subversivos, en primero, en segundo, o en tercer grado». Queda claro que dos son

18 *Ibid.*, p. 151.

19 *Ibid.*

20 SANTOS DE QUIRÓS, Mariano. *Op. Cit.*, p. 395.

los objetos esenciales de protección: la religión y la Constitución. Luego se recalca: «Esa graduación se hará según la mayor o menor tendencia del escrito a trastornar, o destruir la religión de la República, o su Constitución política».²¹

En esa misma dirección, «...se calificarán de sediciosos, o en primero, o en segundo, o en tercer grado los impresos en que se publiquen máximas, o doctrinas dirigidas a excitar la rebelión o la perturbación de la pública tranquilidad».²² Adviértase que existe una diferencia entre las notas de subversivo y sedicioso. Es subversivo, una calificación más grave, cuando se busca mediante impresos trastornar o destruir la religión o la constitución. Es sedicioso cuando se intenta mediante impresos fomentar una rebelión o incitar la tranquilidad pública. Y sigue la nomenclatura; serán considerados incitadores «...los impresos que inciten directamente a desobedecer las leyes, o autoridades legítimas, se calificarán con la nota de incitadores a la desobediencia en primer grado; y aquellos en que se provoque a esa desobediencia con sátiras o invectivas, con la nota de incitadores en grado segundo».²³

La obscenidad constituye un aspecto menos grave que la subversión, la sedición y la incitación, pero no por eso legalmente reprehensible. Así, conforme al artículo 13º: «Se calificarán con la nota de obscenos, o contrarios a las buenas costumbres, los impresos que ofendan a la moral o decencia

pública».²⁴ Por último, en la nomenclatura de la ley, en los términos del artículo 14: «Tendrán la nota de libelos infamatorios, los escritos que vulneren el honor, o reputación de los particulares, tachando su conducta privada; y según la gravedad de las injurias, atendidas todas las circunstancias, serán calificados de infamatorios en primero, en segundo o en tercer grado».²⁵ Quizás un orden con un criterio más proporcional hubiera sido considerar la obscenidad menos grave que la infamia y no al revés como hizo la ley que colocó a los libelos infamatorios, los escritos que vulneren el honor, la reputación o la privacidad de las personas por encima de un impreso que se juzgue contrario a la moral o a la decencia pública, como, por ejemplo, un relato o una ilustración pornográfica.

De acuerdo con el artículo 15 en la calificación no se usarán otras notas que las detalladas, esto es, fuera de las notas de subversión, sedición, incitación, obscenidad e infamatorio. No puede haber otra: «Cuando ninguna de ellas sea aplicable, se usará la fórmula: Absuelto».²⁶ Se consagra, bajo una concepción ilustrada el principio de legalidad. *Nullum crimen sine legge* y *Nullum pene sine legge*, pero también el de favorecer la absolución del acusado. Se sigue, pues, el criterio de reserva de la ley, puesto que, si la ley no prevé una conducta como ilícita, en este caso, ofensiva de la libertad de imprenta, sería arbitrario condenar a un individuo.

21 *Ibid.*, p. 396.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

El artículo 16° estipulaba que, tratándose de impresos subversivos, esto es que, trastocuen el orden constitucional y la Religión oficial del Estado, «...serán castigados con seis años de prisión en lugar seguro, el autor o editor de un escrito calificado de subversivo en segundo grado y con dos años los de un escrito subversivo en tercer grado. Además, serán privados de sus empleos, y honores los delincuentes; y si fueren eclesiásticos, serán ocupadas sus temporalidades, salva la congrua sustentación».²⁷ Cubre precisamente dos aspectos: el laico con la violación a la Constitución y el religioso con el quebrantamiento de la fe. En cuanto a la referencia a la reclusión del condenado –en lugar seguro– posiblemente transparente incertidumbre en cuanto a la efectividad de las penas privativas de la libertad. El énfasis en este aspecto puede estar emparentado, asimismo, en la visión carcelaria que anima a dicha norma.

El artículo 17° confirma: «Con la misma graduación se aplicarán las penas del precedente artículo, a los autores, o editores de impresos subversivos».²⁸ Pareciera que aquí la ley hubiera incurrido en un error técnico. Debiera haberse puntualizado la expresión ‘impresos sediciosos’, no subversivos, habida cuenta que ese supuesto ya había sido contemplado en el artículo 16° de la Ley del 03 de noviembre de 1823.

A los incitadores a la desobediencia, que fueran autores o editores de impresos,

en primer grado, esto es por debajo de la conducta más grave de subversión y sedición, «...se les castigará con un año de prisión en lugar seguro: a los incitadores en segundo grado, con cien pesos de multa; y si no pudieren satisfacer esa cantidad, con dos meses de prisión».²⁹

Por debajo de la incitación se halla la obscenidad, de manera que, conforme al artículo 19° del reglamento (Adviértase la gravedad de la pena entre lo trágico y lo cómico): «Los autores, o editores de impresos obscenos, o contrarios a las buenas costumbres, pagarán una multa equivalente al valor de un mil y quinientos ejemplares, al precio de venta; y cuando no puedan hacer efectiva dicha suma, serán destinados cuatro meses a sepultar cadáveres en el campo santo».³⁰ Sí, sepultar cadáveres en el cementerio, ni más ni menos. Una suerte de tremebundo y espeluznante servicio comunitario de antigua raigambre en colisión abierta con las concepciones ilustradas que inspiraban a la libertad de imprenta. Las ideas de Voltaire y de los enciclopedistas enfrentados a la tradición castellana en cuanto a la dureza de las penas y la nota de infamia que las apareja.

Manuel Lorenzo de Vidaurre postulaba penas similares en su *Proyecto de Código Penal*. Así, el marido que mataba al amante debía trabajar en un cementerio, buscar aliento en el camposanto y llevar colgada al pecho la calavera del difunto que asesinó.³¹

27 Ibid.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Ibid.

31 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo I: «El orden jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre». Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, p. 21.

Conforme los alcances del artículo 20º: «Se aplicará la pena de tres meses de prisión, y una multa de doscientos pesos al autor, o editor de un libelo en grado primero; dos meses de prisión y ciento cincuenta pesos de multa a los de un libelo en segundo grado; y a los de libelos en tercer grado, un mes de prisión y setenta y cinco pesos de multa. Si no tienen con qué satisfacer la multa se doblará la prisión en parte segura».³²

Una norma que subsistirá luego formal o informalmente reposa en el artículo 21º del reglamento: «Además de las penas que se especifican en los artículos precedentes, serán recogidos todos los ejemplares que existieren para suprimirlos en el todo, o en parte, según los términos declarados por los jueces».³³

Por otro lado, según el artículo 22º de la Ley del 03 de noviembre de 1823: «Todo el que retiene, o vende uno o más ejemplares de un impreso mandado recoger, debe pagar en clase de multa el valor de unos mil ejemplares del escrito a previo de venta».³⁴ Existía también la reincidencia. Así, en este caso «...se aplicará doble pena a la que sufrieron por la infracción primera».³⁵

En la ley despuntan también afanes controlistas incompatibles con la libertad de prensa. Así, conforme el artículo 24º: «Los impresores son obligados a pasar a los

fiscales y síndicos procuradores, un ejemplar en cuanto imprimen: la contravención se castigará con diez pesos de multa».³⁶ Por lo visto esta norma era obviada en la práctica tanto en la exigencia como en la sanción. De otro modo habría sido una verdadera cortapisa en la libertad de prensa.

Se entiende que es pasible o responsable de los abusos cometidos contra la libertad de imprenta, conforme el artículo 25º del reglamento: «El autor, o editor de un impreso; a cuyo fin deben firmar el original, el que quedará en poder del impresor».³⁷

Asimismo, según el artículo 26º de la ley del 03 de noviembre: «Es responsable el impresor que judicialmente requerido para presentar el original firmado, no lo hiciere; o cuando no da razón fija del domicilio del autor, o editor del impreso, o no presenta persona de abono que responda del conocimiento de dichos sujetos».³⁸

El afán reglamentario está omnipresente. Con esta norma a vista cualquiera se pregunta si esta ley busca garantizar la libertad de prensa o restringirla: «Son también responsables los impresores que no ponen sus nombres, apellidos, el lugar, y año de la impresión».³⁹ Queda ratificado este temor cuando el artículo 28º consigna que «...los impresores de escritos en que falten todos o casa uno de los requisitos que detalla el

32 SANTOS DE QUIRÓS, Mariano. *Op. Cit.*, p. 396.

33 *Ibid.*

34 SANTOS DE QUIRÓS, Mariano. *Op. Cit.*, p. 396.

35 *Ibid.*, p. 397.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

artículo precedente, serán castigados con la multa de cien pesos».⁴⁰ Esto aún en el caso que los impresos hayan sido calificados con la fórmula de absuelto o, sencillamente, no hayan sido denunciados.

El campo de legitimidad es amplísimo para los diversos grados de abuso de la imprenta. Así, según el artículo 29º: «Todo peruano tiene derecho para denunciar a la autoridad competente, todos los impresos que juzgue subversivos, sediciosos, obscenos o contrarios a las buenas costumbres».⁴¹ Cualquier persona con el único requisito de la nacionalidad podrá denunciar el abuso de la ley de la libertad de prensa. Empero, no solo los individuos de nacionalidad peruana pueden denunciar los crímenes de imprenta, sino también los fiscales y hasta los síndicos del Ayuntamiento constitucional (Art. 31). La mención al Ayuntamiento se refiere a las municipalidades o concejos y la referencia a los síndicos alude a los regidores o ediles. Dicha expresión 'ayuntamiento constitucional' permite deducir dos importantes aspectos. Por un lado, la raigambre democrática de la institución, pero también el modelo español recogido.

La denuncia de las injurias por medio de la imprenta carecía, a diferencia de la subversión, sedición, obscenidad o impresos contrarios a las buenas costumbres, de acción pública. Las publicaciones subversivas, sediciosas, obscenas o contrarias a las buenas costumbres producen acción popular; los fiscales tienen la obligación de

denunciar todo abuso, salvo el de las injurias; y en los líbelos solo los ofendidos, o sus parientes, según las leyes del procedimiento penal ordinario. No podía ser denunciada por cualquier ciudadano ni por los fiscales o síndicos del Ayuntamiento. La acción es eminentemente privada. Así, conforme el artículo 30º: «En los casos de injurias, podrán acusar solamente las personas a quienes las leyes conceden esta acción».⁴²

La responsabilidad del abuso recae, en primer término, sobre el autor o editor, para cuyo efecto debe firmar el original, y en segundo lugar, sobre el impresor, cuando no presenta el original firmado, o no da razón fija del domicilio del autor o editor, o no presenta persona de abono que conozca a dichos sujetos.

El hecho que las publicaciones subversivas, sediciosas, obscenas o contrarias a las buenas costumbres produzcan acción popular traducida en la prerrogativa de cualquier ciudadano y de los fiscales con capacidad y habilidad para denunciar todo abuso de la libertad de imprenta, salvo el de las injurias; legitima la institución del jurado. Los concejos municipales, en los lugares donde haya imprenta, nombran dentro de los primeros quince días de su instalación, treinta y dos personas, que deben tener las condiciones que la Constitución exige para los diputados.⁴³

Están impedidos para el cargo de jueces de hecho quienes ejerzan jurisdicción, las autoridades políticas, los secretarios y

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 VILLARÁN ANGULO, Luis Felipe. *Op. cit.* y *Ley del 03 de noviembre de 1823*. Artículo 34º. Santos de Quirós, Mariano. *Op. Cit.*, p. 397.

empleados en sus secretarías y los comandantes de fuerzas. La denuncia se hace ante el alcalde. En cada juicio funcionan dos jurados, cada uno de siete miembros designados por la suerte. El primero declara si hay o no lugar a formación de causa, y el segundo absuelve o condena, usando de la nota de calificación respectiva, después de las diligencias que practica el juez de 1ª instancia, para recoger los impresos y para la averiguación del responsable. El juez de instancia pronuncia la pena. Los detalles del procedimiento están consignados en la ley.

El Congreso Constituyente en la sesión del 5 de octubre de 1822, designó a una Comisión de Imprenta, compuesta por Toribio Rodríguez de Mendoza, Nicolás de Aranibar, Joaquín Paredes, José Joaquín de Olmedo y Mariano José de Arce.⁴⁴ En la sesión del 21 de febrero de 1823 se designó a Carlos Pedemonte, en lugar de Nicolás de Aranibar y el 24 de setiembre de 1823 se designó a Francisco Javier Mariátegui.⁴⁵ Esta Comisión fue la encargada de presentar el proyecto que contenía lo que sería nuestra ley de imprenta.⁴⁶

La discusión sobre la ley de imprenta se inició en la sesión del 24 de octubre de 1823 y casi nula sobre el contenido de la misma.

Por Decreto Dictatorial del 25 de marzo de 1855, Ramón Castilla, todavía bajo la influencia de los liberales, decidió abolir los jurados por juicios de imprenta. Recuérdese que la Constitución de 1856, producto de la Convención Nacional, eliminó por primera

vez en la historia constitucional el jurado para las causas criminales. En efecto, tanto la Constitución radical de 1856 como la moderada de 1860 no regularían en su texto a los jurados, como así lo hicieron las anteriores constituciones. La Constitución liberal de 1856 veía a la ley de imprenta como una amenaza a la libertad de imprenta. Y, ciertamente, en muchos aspectos lo era. Ahora bien, no se vea solo como una manifestación de principios, sino como parte de la lucha política que tuvo lugar entre la Convención Nacional y sus adversarios. Por otro lado, como nunca se instauró el jurado criminal, bien podía dejarse de hablar de él. La eliminación del jurado del texto constitucional prácticamente se daba por descontado. Y eso fue lo que ocurrió. Había, pues, consonancia entre una medida y la otra. Si bien el debate por el jurado persistió, desde la constitución de los hermanos Gálvez de 1856 ninguna constitución nacional volvió a incluir dicha figura jurídica.

Se observa, sin embargo, una fuerte resistencia a aceptar la introducción de los jueces ordinarios para juicios de imprenta, entre otras medidas que adoptó la Constitución de 1856 en materia de justicia, como la desaparición de las capellanías colativas, el fin del principio de inamovilidad de los jueces y la introducción de amovilidad, lo cual significa que la autoridad política podía separarlos en cualquier momento, una suerte de antecedente decimonónico de la ratificación que inauguró la Constitución de 1820. En el Proyecto de reforma de la Constitución sancionada en el año 1856, presentada

44 AGC. Actas Congreso Constituyente del Perú. [agosto 1823-enero 1824], sesión del 5 de octubre de 1822.

45 AGC. Actas Congreso Constituyente del Perú. [agosto 1823-enero 1824], sesión del 21 de febrero de 1823.

46 AGC. Actas Congreso Constituyente del Perú. [agosto 1823-enero 1824], sesión del 24 de setiembre de 1823.

en 1958, se propone en el artículo 20° el retorno del jurado para delitos de imprenta: «En los juicios de imprenta conocerá el jurado conforme a la ley».⁴⁷ La oposición conservadora a los liberales de la Convención estaba convencida que los jueces comunes no aseguraban independencia judicial alguna. En otro proyecto alternativo se lee: «El poder judicial se ejerce por la Corte Suprema y las cortes superiores de justicia, por los jueces de paz, por los jurados que establezca la ley para los delitos políticos y de abuso de la libertad de imprenta, por los consejos de guerra con arreglo a ordenanza, y por los demás tribunales y juzgados existentes en la actualidad, mientras otros no se establecieren en la forma legal».⁴⁸

El Decreto del 25 de marzo de 1855 no significaba que se suprimiese la ley ni los delitos derivados del abuso de imprenta. Únicamente se eliminaban los jurados que juzgaban esos delitos. Se disponía que las acciones públicas o privadas debían interponerse, en adelante, ante los jueces ordinarios.⁴⁹

La suspensión de la actividad de los jurados o jueces de hecho, en realidad, duró poco: seis años. En efecto, poco después, la Ley del 23 de mayo de 1861 derogó el Decreto del 25 de marzo de 1855 restituyó enteramente la vigencia de la Ley de noviembre de 1823, que regulaba el jurado. Se decía

que lo apremioso del tiempo no permitía al Congreso dar una ley de imprenta con la detención y estudio necesarios.⁵⁰ Se argumentó para reintroducir la Ley del 23 de noviembre de 1823, que ésta llenaba las indicadas exigencias, armonizando la libertad de pensamiento y de su emisión con la justa responsabilidad de los escritores. Quedaba en pie el deber del Congreso de garantizar la libre emisión del pensamiento por medio de la imprenta, dejando en pie las restricciones propias de la moral, el orden público y los derechos de los particulares. Declaraba, por otro lado:

«Que la experiencia ha demostrado, que el Decreto Dictatorial del 25 de marzo de 1855, que hoy rige en los juicios de imprenta, se halla en pugna con el enunciado principio; pues, por una parte, entraba la libre acción de la imprenta, y por otra, sujeta los delitos que por medio de ella pueden cometerse a los trámites y procedimientos de los delitos comunes».⁵¹

La norma dejaba; sin embargo, abierta la posibilidad de una reforma o de una derogatoria de la ley de imprenta, «...mientras el Congreso acuerda lo que tenga por conveniente».⁵²

La ley de 1861 estipulaba que se necesitaría la pluralidad absoluta de votos para absolver o condenar en los casos de injuria

47 Proyecto de reforma de la Constitución sancionada en el año de 1856, presentada el 18 de 1858. [s/l.]

48 *Proyecto de reforma de la Constitución de 1856. Conservando noventa y siete disposiciones constitucionales, suprimiendo, modificando, reformando, o derogando los demás artículos, y aumentando otros nuevos.* Lima: Tipografía de Aurelio Alfaro, 1858, artículo 80, pp. 17-18.

49 Decreto del 2 de marzo de 1855. artículo 2.

50 Ley del 23 de mayo de 1861.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*, artículo 1°.

personal hecha a cualquier individuo. En los demás casos bastaban dos votos para absolver.

Pero las modificaciones continuarían. El 09 de febrero de 1883, Miguel Iglesias, entonces presidente regenerador de la República, promulgaría en Cajamarca el Estatuto Provisorio dictado por la Asamblea del Norte. El mencionado estatuto, en su artículo 7, inciso 3, establecía: «Todos pueden comunicar sus pensamientos, de palabra o por escrito y publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa, pero bajo la responsabilidad de ley».⁵³

El artículo anteriormente citado, es ambiguo, no establece concretamente quién o qué procedimiento se adoptará en el caso de abuso de la libertad de imprenta; quizá por eso se había generado cierta confusión como veremos más adelante en el caso Piérola y Dreyffus.

El vacío al parecer era claro pues el propio Miguel Iglesias, por un Decreto de 31 de enero de 1884, declaró vigente el artículo 7º del Estatuto Provisorio de 27 de diciembre de 1879, sancionado por Nicolás de Piérola. Bajo el fundamento de que por Decreto 31 de octubre de 1883, se había declarado vigente todos los actos de la dictadura ejercida por Piérola hasta el 28 de julio de 1881. Así se revivió el artículo 7º del Estatuto de Piérola que disponía: «Queda garantizada, bajo la lealtad del Gobierno [...] La libertad de imprenta, quedando proscrito el anónimo, que se perseguirá y castigará como pasquín. Los delitos cometidos por medio de la

imprenta no cambian su naturaleza. En su consecuencia serán juzgados por los tribunales respectivos».

Sin embargo, y a pesar de toda esta aclaración aún había dudas –imagino que por la inestabilidad de la época– sobre qué norma sería el aplicable si la ley de imprenta de 1823 o el estatuto de Piérola. Un pronunciamiento de la Corte Suprema, en el caso Piérola-Dreyffus, señalaría que estaba vigente la ley de 1823 con base en la Ley de 26 de marzo de 1884, que declaraba vigente la Constitución de 1860, y por ende todas las leyes que de ella se desprendieran.

Una Resolución Legislativa del 22 de febrero de 1861, dispuso cortar el trámite de los juicios por jurado de imprenta que se hubiesen iniciado con motivo de artículos periodísticos sediciosos o que incitaban a la desobediencia.⁵⁴ La resolución entendía como una práctica política que, con motivo del juramento de la Constitución, el Gobierno dictará ciertos actos de magnanimidad e indulgencia a favor de quienes se hicieron delincuentes, víctimas de erróneas opiniones, o extraviados por las pasiones políticas. Se trataba, pues, de un modo de solemnizar los faustos días de la patria. En dicha posición se hallaban todos aquellos que han sido sentenciados por delito de abuso de imprenta y los que actualmente se hallan enjuiciados por el mismo delito. Se cortaba así el progreso de los juicios de imprenta por artículos subversivos, sediciosos o incitadores a la desobediencia. También se indultaban a los que estuviesen condenados

53 Estatuto Provisorio del 09 de febrero de 1883.

54 Resolución Legislativa de 22 de febrero de 1861.

por ese delito y, finalmente, los rematados, esto es los condenados en última instancia, como los enjuiciados (sin sentencia definitiva), serán puestos inmediatamente en libertad, sin que en ningún tiempo pueda hacerse revivir la responsabilidad en que hubiesen incurrido por dicho delito.⁵⁵ Se favorecía tanto al acusado como al reo. Resulta esclarecedor el caso Toribio Pacheco, a quien se le cortó un juicio de imprenta en el que había sido denunciado.⁵⁶

El artículo 78° de la Ley N° 9034 de noviembre de 1939, constituía una norma abrogatoria. Así, se derogaba definitivamente la Ley del 03 de noviembre de 1823, que, por un severo error histórico se consigna como 1822, siendo en realidad, de 1823. Se derogaban también las leyes del 8 de noviembre de 1823 y del 18 de noviembre de 1823. Incluso fue derogada una norma reciente, la número 6961, del 4 de diciembre de 1930.

Establecía la Ley N° 9034 de noviembre de 1939, que los jueces competentes para conocer de los delitos de imprenta serán los de la jurisdicción ordinaria. Se hace una excepción, cuando los afectados sean los funcionarios comprendidos en el artículo 33°.

Eso no permite que se habilite el jurado. El jurado de imprenta no volvería a aparecer. Para ello serían competentes los tribunales privativos allí estipulados. Cuando el delito estuviere comprendido en algún código o ley especial, será juez competente el señalado en uno u otra, según el caso.

3. EL CASO DE BERNARDO O'HIGGINS, ¿HOMICIDA INTELECTUAL DE MANUEL RODRÍGUEZ?

El doctor Juan Ascencio, en representación de don Bernardo O'Higgins, presenta una denuncia contra el folleto *El Alcance al Mercurio Peruano*, que fuera publicado por el doctor Carlos Rodríguez el 10 de abril de 1833. En casi cuarenta páginas se acusaba al Libertador de haber hecho su carrera pública 'con torpes bajezas y execrables maldades' y el cargo más grave, algo que será su pesadilla y baldón de toda su existencia, haber ordenado el asesinato de don Manuel Rodríguez Erdoiza (Santiago, 1785-Tiltil 1818), hermano del libelista, afamado abogado, estratega de guerrillas y héroe popular chileno.⁵⁷

El patriota Manuel Rodríguez, que crecería a lo largo del tiempo en el imaginario colectivo de todo un pueblo, fue ajusticiado cobardemente por la espalda el 26 de mayo de 1818, en circunstancias hasta hoy misteriosas, precisamente cuando se encontraba bajo la custodia de las tropas de O'Higgins, su enemigo político en las filas patrióticas y contra quien se había alzado en armas en repetidas ocasiones y de quien lo separan no los aspectos de estrategia política y militar, sino la pertenencia de O'Higgins junto con el general San Martín y el consejero Bernardo de Monteagudo a la controvertida Logia Lautaro, que fundara el ilustrado militar venezolano Francisco de Miranda, maestro de O'Higgins en Londres.⁵⁸

55 *Ibid.*, artículo 3°.

56 Véase Pacheco, Toribio. «El folleto-melgar». *El Mercurio*, N° 209, jueves 2 de julio de 1863.

57 Cfr. RODRÍGUEZ, Carlos. *Acusación pronunciada ante el tribunal de jurados de Lima por Juan Ascencio contra el alcalde al Mercurio Peruano de D. Carlos Rodríguez y denunciado por el Gran Mariscal del Perú D. Bernardo O'Higgins*. Lima: Imprenta de Masías, 1833, p. 2, 83.

58 GUAJARDO, Ernesto. *Manuel Rodríguez: historia y leyenda*. Santiago de Chile: RIL Editores, 2010.

Se observó en este juicio de imprenta todos los trámites prescriptos por la ley. En ese sentido se trató de un caso modelo. Los jueces de hecho, los jurados, Manuel Ladrón de Guevara, Agustín Cruzante, Ramón Cabezas, Manuel Ayluardo, José María García, Mariano Chemet y Ambrosio Según, conforme al secretario José Antonio de Cobias, calificaron de infamatorio en segundo grado el impreso titulado *Alcance al Mercurio Peruano* del 6 de abril de 1833 y que fuera denunciado el día 13 de abril por el Gran Mariscal del Perú don Bernardo O'Higgins.⁵⁹

No se dice que el jurado condenó a Carlos Cornejo, sino la ley. Una variante a la frase de Montesquieu, el juez es la boca de la ley, incapaces de moderar su rigor, que aparece en el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu.⁶⁰ En este caso, no es el juez, sino el jurado sería la boca de la ley.

«La ley condena a don Carlos Rodríguez a la pena de dos meses de prisión y 150 pesos de multa; y si no tuviere con que satisfacerla se le doblara la pena en parte segura conforme al artículo 20 de libertad de imprenta, título cuarto. En caso de no ser habido su fiador José Coppola exhibirá la cantidad referida. Se publicará la sentencia en el periódico ministerial, con arreglo a lo prescripto en el artículo 72 de la citada

ley; y archívese en la secretaría de la honorable Junta Municipal».⁶¹

Bernardo O'Higgins, Gran Mariscal del Perú, se desistió únicamente respecto de la pena corporal y aflictiva de la que se ocupa el artículo 20 de la ley de libertad de imprenta y que no se le aplique al reo prófugo, don Carlos Rodríguez. Se aprobó este pedido mediante auto del 25 de octubre de 1833.⁶²

El 10 de abril de 1833 publicó el doctor Carlos Rodríguez Erdoiza en la ciudad de Lima y bajo el título de *Alcance al Mercurio Peruano*, uno de libelos más infamatorios y escandalosos que hayan profanado el arte de la imprenta contra el gran Mariscal del Perú D. Bernardo O'Higgins. Denunciado el artículo Juan Ascencio se declaró haber lugar a formación de causa. Pasó lo actuado al juez de primera Instancia, quien dispuso recoger los ejemplares y exhibir el original a don Tadeo López, único impresor de Lima que quiso cargar con la ignominia de dar a luz esta publicación, pues todos los demás se excusaron. El impresor López fue conducido a la carceleta después de haber entregado el original diminuto que le consignó Carlos Rodríguez. Se siguió al impresor otro proceso que se desprendió de la causa principal.⁶³

Apareció como autor Carlos Rodríguez Erdoiza, quien compareció y reconoció su

59 RODRÍGUEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 189.

60 Secondat, Charles Louis de. *El espíritu de las leyes*. Traducido al español por Siro García Mazo. Tomo I, libro XI. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1906, «...ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley [...]», p. 237.

61 RODRÍGUEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 189.

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*, p. I.

firma. El 5 de mayo de 1833 el procesado, quien sería ministro de la Corte Suprema de Chile, recusó al doctor Benavente, que hasta entonces había obrado como juez de primera instancia. El autor denunciado insistía en la separación absoluta del juez, convencido de su parcialidad a favor de O'Higgins. A juicio del fiscal la recusación pugnaba directamente con la ley de imprenta. La trató de descabellada y absurda, y se opuso a su admisión. El juez rechazó la recusación como 'absurda pretensión'. Fue apelado por Carlos Rodríguez ante la Corte Superior, que confirmó el pronunciamiento del inferior.⁶⁴

No habiendo ya inconveniente ni obstáculo para el segundo juicio, se presentó al reo la lista de jurados, y el 10 de mayo se recibió la causa a prueba. En el curso del proceso, el abogado de Carlos Rodríguez, Paulino Roldán, publicó un artículo en el que ataca el proveído que rechaza la recusación. Se funda en el Tít. 2 Artículo 8 de la Ley de Imprenta, que declara libre de toda pena al autor o editor, que en algún escrito imputase delitos cometidos contra algún empleado o corporación en el desempeño de su destino si probase su aserto.

El abogado Roldán aseguraba que su cliente le dijo que probaría los hechos testimonial e instrumentalmente, esto es, que O'Higgins había sido el autor intelectual del

homicidio de Manuel Rodríguez. ¿Sería eso posible? Lo dudamos, no obstante que en Chile ya existía una gran discusión sobre el tema. Se decía que el teniente Antonio Navarro, autor material del asesinato había confesado que la orden la había recibido de Bernardo de Monteagudo, cercano colaborador tanto del general José de San Martín como de O'Higgins.⁶⁵ En forma irónica relata el abogado de O'Higgins: «Es muy extraño que el simple dicho de un hombre, cuya producción anuncia en todas sus cláusulas, no sólo la maldad más refinada, sino el destempe cerebral más completo, pueda hacer alguna impresión en un letrado docto y experimentado».⁶⁶ Agrega luego con dureza: 'Semejante hombre y semejante causa no merecían su patrocinio'.⁶⁷

La parte demandante elogia el proceso por jurados y su naturaleza oral, cuyos términos, ofrecimiento de prueba y actuación deberían arreglarse en el Perú, tal como sucede en Inglaterra:

«El señor Roldán a quien suponemos instruido en la teoría del juicio de jurados, no debe ignorar que en este modo de enjuiciar, la prueba se hace, no del modo oscuro y privado que en los juicios ordinarios, con el aparato de citaciones, declaraciones, careos, compulsas y otras ritualidades del derecho civil, sino en presencia de los jueces,

64 *Ibid.*, p. II.

65 GUAJARDO, Ernesto. *Op. cit.*, p. 81. Navarro fue llamado nuevamente por Álvarez y Bernardo de Monteagudo. el teniente relata a sí su entrevista «Bajo el mismo encierro (es decir, encerrados los tres en la pieza) me dijeron que interesaba mucho cumplir con toda exactitud el encargo que me habían hecho, por cuanto ya se había reducido el Gobierno a consentir en la exterminación de ese sujeto (Rodríguez), por convenir a la tranquilidad pública y la conservación del ejército. Yo prometí cumplir las órdenes que se me daban, porque me convenía, pero...hice reserva en mi corazón».

66 Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. III.

67 *Ibid.*

en audiencia pública, ante los espectadores, como se practica en Inglaterra, de donde hemos sacado está saludable invocación y a cuya práctica debemos arreglar la nuestra».⁶⁸

El 10 de agosto de 1833 se celebró el juicio público. A juicio de Ascencio, ninguna prueba demostraba lo dicho en el libelo; esto es, el asesinato de Manuel Rodríguez, hermano del libelista, por orden del Mariscal Bernardo O'Higgins.⁶⁹ Se trataba de "un tejido de abominables calumnias", en palabras del letrado denunciante. Los jueces expidieron un fallo unánime, acusando al escrito de injurioso en segundo grado en cuya virtud, el Sr. juez de derecho, aplicó al reo D. Carlos Rodríguez la pena de dos meses de prisión, 150 \$ de multa y penado en costas.⁷⁰

Días después del pronunciamiento, Rodríguez Erdoiza, pidió, en tono desafiante, que se le señale la ciudad por cárcel, y alegando su mala salud de que exhibió certificado. A los dos días, frustrando los fines de la justicia, y dejando comprometido al hombre honrado que le había dado su fianza, se escapó de la casa de este en que vivía, y se embarcó para Chile. Dejó, pues, a su fiador Coppola en una situación complicada.

La declaración dada por Coppola demuestra que la fuga de Rodríguez fue nocturna, cautelosa, ignorada por los que habitaban la misma casa, y que ni había dejado

dinero ni efectos con que cubrir el compromiso en que había puesto a su bienhechor. El mariscal O'Higgins se presentó inmediatamente ante el juzgado. Alegó que no buscaba ocasionar molestia ni pena alguna al autor del libelo, sino vindicar su honor y conservarlo sin mancha. Que el fallo satisfacía completamente sus deseos, y que no solo le era indiferente el castigo de Rodríguez, sino que había consultado los medios de evitarle la aplicación de la pena. Lamentaba la situación de José Coppola, cuya condescendencia y sinceridad fueron abusadas. Se desistía, en consecuencia, de cualquier persecución contra ese vecino injurioso.⁷¹

Posteriormente, el juez de derecho, el 17 de septiembre mandó citar al reo prófugo Carlos Rodríguez por edictos y pregonos, esto es avisos impresos y anuncios orales, con las solemnidades debidas tanto en los tribunales de justicia como en las esquinas de la capital. Todo esto sin suerte alguna.⁷²

En el curso del proceso, el mariscal O'Higgins, domiciliado en el Perú y uno de los organizadores de la Expedición Libertadora del Perú, se dirigió mediante correspondencia del 3 de agosto de 1833, al general argentino Juan de las Heras. Le participa a su antiguo compañero de armas del libelo publicado por Carlos Rodríguez con el objeto de injurarlo, «...en la estimación de un pueblo en el que he vivido por más de diez años, y cuya buena opinión él debe saber

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*, p. IV.

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*, p. V.

72 *Ibid.*, p. VI.

que aprecio altamente». ⁷³ En realidad, uno de los aspectos que más le mortificaba era la inclusión en el libelo del nombre de otras figuras de la Independencia como, el general Mariano Necochea y el propio Juan de las Heras, sobre aspectos vinculados al homicidio de Manuel Rodríguez Erdoiza. Entre las frases difamatorias de Carlos Rodríguez se hallaba una que asegura que el O'Higgins como director de Chile, ordenó a Las Heras que asesinasen a un señor de apellido Vigil. Y que el general de las provincias unidas del Río de la Plata se habría negado, alegando que los argentinos no serían asesinos de chilenos. ⁷⁴

El abogado Ascencio consideraba necesario poseer, según su oratoria clásica: 'los talentos de Demóstenes, la elocuencia de Cicerón y la facundia de Canning', pero su cliente solo exige: «...la simple exposición de las pruebas documentales que oportunamente existen para pulverizar el villano ataque con que se le ha ofendido». A su juicio, tanto los escritores más célebres y las naciones cultas que han consolidado una legislación sabia en materia de libertad de imprenta requieren cuatro circunstancias indispensables para caracterizar el libelo infamatorio. ⁷⁵

Lo que el libelo calumnioso requiere, según Ascencio (adviértase la apelación al sentimiento nacional del alegato), es deslucir el decreto del Congreso peruano, supuesto que no solo en el Perú ha osado Rodríguez derramar el veneno de su calumnia

que le concedió a don Bernardo O'Higgins el título de: «Amigo de la libertad del Perú y fundador de la República de Chile, el creador del sistema representativo, el primer demócrata, el ciudadano que nos dio independencia, patria y la libertad de que hoy disfrutamos». ⁷⁶ El hábil abogado hilvana (y no le falta razón) varias comparaciones: «Vedlo en su retiro, adorado de cuantos lo tratan, modestamente ocupado en los trabajos necesarios a su conservación y a la de su familia, estimado por los peruanos como Fabio lo era en su pobreza, como Cincinato en su choza, como Washington en su retiro, como un republicano inflexible, como un patriota exaltado, como un magistrado recto». ⁷⁷

Recuerda el abogado Ascencio, también aquí con celo nacionalista, que Carlos Rodríguez Erdoiza no ataca al Libertador en Chile, que se hallaba gobernado en ese momento por una facción contraria y que no lo quería.

«Viene a morderlo en el Perú -recalca Ascencio- donde este ilustre campeón goza de la estimación general. En el Perú, cuyo Congreso lo ha reconocido fundador de la república de Chile, y el más digno y esforzado amigo de la libertad peruana. Es pues indudable que su verdadero objeto ha sido insultar a la nación, en cuyo seno, el fundador de la república americana ha encontrado una acogida digna de sus altos merecimientos». ⁷⁸

73 *Ibid.*, p. VII.

74 *Ibid.*

75 *Ibid.*, p. 1.

76 *Ibid.*, p. 5.

77 *Ibid.*, p. 7.

78 *Ibid.*, p. 8.

El folleto de defensa del mariscal O'Higgins se explaya en consideraciones históricas en las que encomia su papel, a lo largo de la ambivalente campaña libertadora, como artífice de la independencia chilena y los conflictos internos con otros caudillos, entre los que se encontraba Manuel Rodríguez y José Miguel de la Carrera y Verdugo, a quien presenta constantemente como traidor a la causa de la Independencia.⁷⁹

Asoman también argumentos risibles y frágiles, por ejemplo, cuando el abogado asegura que O'Higgins no podía ser el asesino de Manuel Rodríguez, porque se encontraba postrado por una grave dolencia, no obstante que se la acusa de ser el autor intelectual y no el material de ese crimen, como el de otro personaje llamado Venancio Benavides, quien fuera también ejecutado.

«Durante la causa y ejecución de Benavides, y al tiempo de la muerte de Manuel Rodríguez, O'Higgins estaba postrado de una enfermedad que lo aproximaba cada día al sepulcro. Sin embargo, el libelista tiene el descarado impudor de asegurarnos que él personalmente encargó al teniente Ruiz que presto de conducir con cuatro soldados, a Mendoza y a los dos hermanos Benavides, prisioneros del Ejército real, los llevase a la noche al llano de Maipú, donde debía abrir en pliego cerrado, y cumplir la orden que en él se contenía. Esta era reducida a que bajo pena de la vida hiciese fusilar a aquellos infelices, sin permitirles hablar con nadie. Para concluir de una vez, añadiré que jamás conoció O'Higgins, ni

vio en su vida a los Benavides, como ni tampoco al teniente Navarro, según declaró el mismo solemnemente en el juicio seguido sobre la muerte de Rodríguez».⁸⁰

En un pasaje crucial reconoce O'Higgins; sin embargo, que sí ordenó la detención de Manuel Rodríguez, más no que fuera ejecutado por orden suya:

«El general Balcácer, que mandaba el ejército de los Andes, le avisó una mañana que sintió bullicio en la plaza donde se habían reunido algunos alborotadores pertenecientes a la cuadrilla de Rodríguez. O'Higgins, que siempre miró esta gente con el más alto desprecio, respondió al general Balcácer que no tuviese inquietud alguna, y que se contentase con mandar que la tropa permaneciese en los cuarteles. Pero más tarde, oyendo ruido en el mismo patio de Palacio, y noticioso de que en él se había introducido Rodríguez, ordenó que se le arrestase inmediatamente. Ya estaba en efecto colmada la medida del sufrimiento, ya había demasiadas pruebas de la incorregibilidad de Rodríguez, ya que no era posible substrarlo a la acción de la justicia, sin faltar a los deberes que la sociedad impone a aquellas en cuyas manos estaba sus destinos».⁸¹

El abogado peruano de O'Higgins continúa el relato, que, naturalmente, es también la versión que ofrece su patrocinado sobre la ejecución del guerrillero chileno y que conviene reproducir:

79 *Ibid.*, p. 13.

80 *Ibid.*, p. 110.

81 *Ibid.*, p. 83.

«Sale de Santiago el batallón: el preso y su escolta marchan a un flanco, oyese un tiro en esta, y el coronel se encamina al sitio donde salió. Encuéntrase con el cadáver de Rodríguez, manda allí mismo levantar un sumario, y da por resultado, que la escolta del preso había disparado, que la causa era haber visto a cierta distancia uno o dos hombres en buenos caballos, aproximándose con cautela al punto en que Rodríguez se hallaba; que esta había procurado frustrar la vigilancia de los que lo custodiaban; que había logrado ponerse en fuga, y que no habiendo sido posible detenerlo, se le había hecho fuego como se hace siempre en semejantes ocasiones. La sumaria fue elevada al general, y este le pasó al auditor de guerra del ejército de los Andes para que en él se formase causa al teniente Navarro, comandante de la escolta de Rodríguez. Así se ejecutó entre tanto los cazadores de Alvarado pasaron a las provincias del Río de la Plata donde se disolvieron y la causa no tuvo resultado».⁸²

La versión que esgrimió Bernardo O'Higgins sobre la muerte de Manuel Rodríguez descansaba en la aplicación de la ley de fuga. El comandante de la escolta del detenido Manuel Rodríguez era el teniente Antonio Navarro, a quien tampoco lo sindicaba como el autor material del asesinato. Según informa el letrado Ascencio, Antonio Navarro regresó a Chile desde Mendoza para someterse a un proceso judicial. Es arrestado una vez que se ha abierto la causa

en su contra. Se toman las declaraciones y el fiscal opina, «...que no resultando nada contra Navarro, sea restituido al tribunal de su fuero». El caso resultó así sobreesido o archivado.⁸³ El oficio del fiscal y el informe de O'Higgins son como sigue:

«Absolviendo el informe que a consecuencia de las citas hechas en las declaraciones tomadas al oficial Navarro sobre la muerte de D. Manuel Rodríguez, se pide por el Ministerio Fiscal, digo que la primera noticia que tuve de aquel suceso fue comunicada por el batallón de cazadores N. I. de los Andes, D. Rudecindo Alvarado a cuya custodia había encargado la seguridad del citado Rodríguez y su conclusión a la Villa de Quillota. Es justo entrar en los motivos que según recuerdo me obligaron a esta medida. No me detendré en otros menos principales, cuando tengo muy presente su resistencia criminal para entregar las armas del cuerpo de que se le hizo comandante con el objeto de reforzar la fuerza que debía obrar en Maypu. Aquel cuerpo que no llenó sus fines porque no se presentó en acción como tampoco su comandante, fue tomado a expensas del ejército, porque con intrigas, seducciones y promesas se hacían desertar por Rodríguez los soldados de los demás cuerpos, causando en lo moral y físico de nuestras fuerzas un perjuicio de graves temores».⁸⁴

Menciona el letrado peruano una curiosidad legislativa. En la legislación de casi

82 *Ibid.*, p. 85.

83 *Ibid.*, p. 86.

84 *Ibid.*, p. 87.

todos los pueblos del mundo, la pena de Rodríguez debe ser la misma que hubiera debido recaer sobre O'Higgins si la acusación hubiera sido probada, es decir, el cadalso. En nuestra ley 6. Título 6. Libro 12 de la Novísima Recopilación da bastante idea del rigor con que deben proceder los jueces contra los calumniadores.⁸⁵ En efecto, aún no se había dictado un código penal. Esto porque el delito imputado a O'Higgins ha sido tan grave como continua la insistencia de la denuncia sobre el asesinato de Manuel Rodríguez.⁸⁶

En enero de 1823 llegó al mismo puerto de Valparaíso el general Ramón Freyre con una división. Hizo arrestar en forma decorosa al ex director Bernardo O'Higgins para que sea sometido a juicio de residencia por haber ejercido el poder.⁸⁷ Nombró entonces Freyre a jueces para escudriñar todas las acciones de O'Higgins. Se incluía en esta investigación judicial el suceso de Manuel Rodríguez. Todos los archivos se registraron, todas las oficinas, todos los tribunales y aun los escritorios y libros de los comerciantes. Al final no encontraron trazas de responsabilidad en el ex director supremo de Chile.⁸⁸

O'Higgins también se defiende del cargo de haber hecho fusilar a los hermanos Carrera en Mendoza, enemigos capitales de San Martín, Monteagudo y O'Higgins:

«Contestaré a este cargo únicamente que los Carreras fueron mandados

fusilar por el Estado de un gobierno independiente en que el general O'Higgins no ejercía ni sombra de autoridad. Esto sobra para su absolución. Si queréis saber a demás los pormenores de este suceso y de los crímenes que condujeron a aquellos tres hombres al patíbulo, aquí están los documentos de oficio que pueden satisfacer vuestra curiosidad. Creo, sin embargo, que bastara el siguiente pasaje de la acusación fiscal que se registra en la página 56 de los documentos sobre la ejecución de D. Juan José y D. Luis Carrera, impreso en Buenos Aires en 1818».⁸⁹

Busca O'Higgins el testimonio de un observador imparcial, el argentino Martín Rodríguez capitán general de la provincia de Buenos Aires, «...magistrado distinguido, cuya excelente administración compone una de las páginas más brillantes de la historia de aquel país».⁹⁰

«Acaban de llegar a este punto el cura del salto D. Manuel Cabral, D. Blas Represa, D. Andrés Macaruzi, D. Diego Barrulí, D. Pedro Canoso y otros varios, que es imponderable cuanto han presenciado en la escena horrorosa de la entrada de los indios al Salto, cuyo caudillo es D. José Miguel Carrera, y varios oficiales chilenos con alguna gente, con los cuales han hablado todos estos vecinos, que en la torre se han separado. Han llevado como

85 *Ibid.*, p. 89.

86 *Ibid.*, p. 88.

87 *Ibid.*, p. 89.

88 *Ibid.*, p. 90.

89 *Ibid.*, p. 92.

90 *Ibid.*, p. 94.

trescientas almas de mujeres, criaturas, sacándolos de la iglesia, robando todos los vasos sagrados, sin respetar el copón con las formas consagradas, ni dejarles como pitar un cigarro en todo el pueblo, incendiando muchas casas y luego se retiraron tomado el camino de la guardia de Rojas; pero ya se dice que anoche han vuelto a entrar en salto. Es cuanto tengo que informar a U. S, previniéndole que dicen, que es tanta la hacienda que llevan, que todos ellos no son capaces de arrearla. Dios guarde a U. S. muchos años. Guardia de Lujan, 2 de diciembre de 1820 /Manuel Correa/ señor inspector brigadier general D. José Rondeau». ⁹¹

Otra de las acusaciones contra O'Higgins por parte de Carlos Rodríguez en el líbelo denunciado consistía en el secuestro y apropiación de los bienes de los emigrados realista. El Libertador de Chile se defiende y alega que esas decisiones estaban en manos de una comisión integrada por Juan Egaña, José Ximenez, Tendillo, Juan Agustín Jofre, Joaquín Gandarillas y Anselmo Cruz. ⁹²

El alegato de Juan Ascencio, abogado del Mariscal Bernardo O'Higgins, está firmado en Lima el 12 de agosto de 1833, ante

el escribano público, Juan Antonio Méndez. Grafica con dramatismo el proceso de la Independencia y los excesos y crímenes que resultan de la intensa rivalidad entre caudillos y de lucha por el poder. Disputa de la que, irónicamente, el propio O'Higgins fue primero verdugo y luego víctima. ⁹³

4. COMENTARIO FINAL

El jurado de imprenta cobró carta de ciudadanía en el Perú. Y contra lo que se supone abundaron los procesos sujetos a su tramitación que contrasta con la sorprendente ausencia de estudios en torno a su funcionamiento. ⁹⁴ El jurado de imprenta tuvo una presencia notoria y, a veces, dramática en la historia del país. La libertad de imprenta y el abuso que se hizo de ella, por lo menos tal como lo entendían los interlocutores políticos, se hallan al centro de su reconocimiento en los albores de la república. Esta temprana aceptación quería evitar una judicatura especializada que podía caer en la tentación de la arbitrariedad. Se consideraba más conveniente que fuera el pueblo (o, por lo menos un sector de él) que administrara justicia en esta materia. Una vocación democrática alienta su afirmación. No obstante, se trató también de una justicia que concernía esencialmente a ciertos sectores de la población.

91 *Ibid.*, p. 95.

92 *Ibid.*, p. 115.

93 *Ibid.*, p. 189.

94 Véase los números casos que se presentaron en AGN. Corte Superior de Justicia de Lima. ALP. Legajo 714 [1827-1843], legajo 715 [1846-1849], legajo 716 [1849-1853], legajo 717 [1855-1856], legajo 718 [1857-1861], legajo 719 [1857-1859], legajo 720 [1869-1990]. AHM. Concejo Provincial de Lima. JI. 02 [1890-1894], 03 [1895-1906], 04 [1909-1916], 05 [1920-1922], 08 [1909-1918]. AHM. Cabildo colonial. Junta Municipal. JI. [1534-1839].

LA PRUEBA COMO BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA FINALIDAD DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS EN EL PROCESO PENAL PERUANO

SUMARIO: TEMA RELEVANTE; I. NOCIONES REFERIDAS A LA PRUEBA; II. LA VERDAD PROCESAL Y ACTUACIÓN JUDICIAL; III. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL; IV. VERDAD PROCESAL Y MEDIDAS COERCITIVAS EN EL PROCESO PENAL PERUANO; BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La prueba como manifestación de la búsqueda de la verdad en un proceso judicial, es el tema tratado por el autor. La búsqueda de esa verdad puede llegar a colisionar con el principio de imparcialidad jurisdiccional, dado que en un proceso acusatorio como el que rige en el Perú, es el Fiscal quien plantea los hechos a ser probados, en todo el transcurso del proceso, desde el inicio de la formalización de la investigación penal hasta el juzgamiento. En este propósito de alcanzar tal verdad y demostrarla, el Ministerio Público cuenta con instrumentos procesales, tales como las medidas coercitivas personales, con lo cual, se justificaría la vulneración de los derechos del imputado a pesar de ser inocente para averiguar una verdad que es condenatoria, ya que, tanto la imputación como la acusación, tienen un fin persecutorio y consecuentemente punitivo.

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con Maestría en Derecho Procesal en la misma casa de estudios. Maestría en Derecho Procesal y Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Cusco, Huánuco y Cañete – Perú. Miembro Honorario del Instituto Latinoamericano de Derecho.

ABSTRACT

The author discusses the evidence as a manifestation of searching for the truth in a judicial process. The search for this truth can collide with the principle of judicial impartiality, given that in an adversarial process like the one in Peru, it is the prosecutor who raises the facts to be tested, throughout the process, from the beginning of the formalization of the criminal investigation until the trial. In order to achieve such truth and prove it, the Public Prosecutor's Office has procedural instruments, such as personal coercive measures, which could justify the violation of the defendant's rights in spite of being innocent to find out a truth that is condemnatory, since both imputation and accusation have a persecutory and consequently punitive end.

TEMA RELEVANTE

El autor presenta la temática referida a la prueba como manifestación de la búsqueda de la verdad, teniendo en cuenta que el proceso judicial, al plantearse esta finalidad, puede llegar a colisionar con el principio de imparcialidad jurisdiccional, porque teniendo en cuenta que un proceso penal se enmarca dentro de un modelo acusatorio (como es el que está vigente en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004), es el Fiscal quien planteará los hechos a ser probados, ya que el imputado tiene la presunción de inocencia de su lado, con lo cual, la verdad a probar será la que afirme el Ministerio Público, desde el inicio de la formalización de la investigación penal hasta el juzgamiento mediante la acusación, si el juez considera que los hechos no están esclarecidos y los prueba, él, el principio jurisdiccional invocado quedará plenamente desvirtuado.

Si tomamos en cuenta, que la verdad material, es en la mayoría de los casos

inalcanzable por las partes, sólo será posible probar los hechos que se afirmen en el proceso penal, sin embargo, como hemos precisado será el Ministerio Público, quien demuestre su verdad y para alcanzar tal finalidad, la ley procesal penal, le proveerá de los instrumentos para alcanzarla, es así, que las medidas coercitivas personales, serán instrumentos que permitan alcanzar la verdad procesal y que es la verdad planteada por el Fiscal, con lo cual, se justificaría la vulneración de los derechos del imputado a pesar de ser inocente para averiguar una verdad que es condenatoria, ya que, tanto la imputación como la acusación, tienen un fin persecutorio y consecuentemente punitivo.

Esperamos que el presente artículo conlleve a la reflexión de los lectores acerca que las medidas coercitivas en el proceso penal tendrán por finalidad esclarecer la verdad del Fiscal que busca condenar al imputado, con lo cual, el principio de presunción de inocencia queda plenamente desvirtuado, no obstante, es aceptada tal vulneración, por los derechos fundamentales que habrían sido presuntamente vulnerados en la comisión de un delito.

I. NOCIONES REFERIDAS A LA PRUEBA

El vocablo, prueba, ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equivocidad al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante. En efecto: en principio, probar, significa examinar las cualidades de una persona o cosa y, en segundo término, es demostrar, la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa y, su tercera acepción, se manifiesta en justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones,

instrumentos o testigos – parece que es, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra prueba.²

Conforme a lo inicialmente expuesto y de acuerdo con los diversos estudios realizados en el ámbito jurídico, se han planteado diversas acepciones de prueba:³

- Acreditación (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa)
- Verificación (es comprobar la verdad de algo)
- Comprobación (es revisar la verdad o exactitud de un hecho)
- Búsqueda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de alguna cosa)
- Convicción (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que muere de dictamen o abandone lo que sostenía por convencimiento logrado a bases de tales razones, en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada).

En el plano de la lógica, cuando una afirmación cualquiera (el ciclo es azul, por ejemplo) es contestada (negada: por ejemplo, el ciclo no es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de verdad definitiva, con la cual, pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una simple proposición que requiere ser demostrada por quien desea sostenerla.⁴

La experiencia judicial demuestra que frente a un mismo hecho, los testigos (obrando de buena fe), pueden dar versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas, ya que, cada testigo es él y sus propias circunstancias (salud, cultura, educación, inteligencia, agudeza mental y visual), por lo que, resulta que un testigo puede ver un hecho diferente desde un ángulo al que ocupa otro, como puede ser el ejemplo que cuatro personas presencien un accidente de tránsito, siendo interrogadas, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que –esto es importante de destacar– pueden ser todas reales (fue el mismo hecho observado) aunque luzcan antagónicas versiones.⁵

II. LA VERDAD PROCESAL Y ACTUACIÓN JUDICIAL

Se puede hablar con respecto a las afirmaciones jurídicas de verdad, no solamente en relación con la disciplina de la filosofía del derecho, ya que, también es tratada de manera extremadamente diferente, en distintas áreas de la práctica jurídica. Así, en los juzgados de revisión (o apelación), como si fuera obvio, establecen que las decisiones de los juzgados de primera instancia deben ser valoradas según las categorías de “correcta” o “falsa”, y que, si una decisión puede ser correcta, todas las demás tienen que ser erróneas.⁶

2 ALVARADO, Adolfo. *Garantismo Procesal contra actuación judicial de oficio*. Tirant lo Blanch. Valencia 2005. p. 168.

3 *Ibidem*. p. 168.

4 *Ibidem*. p. 172.

5 *Ibidem*. p. 175.

6 NEUMAN, Ulfried. *La Pretensión de la verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2006. p. 19.

Para un jurista continental común, teniendo en cuenta la naturaleza del conflicto civil y las consecuencias que derivan de él, aunque la verdad es valorada por igual en todo tipo de proceso judicial, se afirma que el error en la determinación de los hechos es menos preocupante en el proceso civil que en el penal, ya que, en el primero sólo está en juego la propiedad, mientras en el segundo, está la vida o la libertad.⁷

Toda sentencia –no importa cuál sea su propósito– se encuentra en el ámbito de la actividad social, donde el valor de la verdad no puede ser maximizado porque no es el único que cuenta. En la determinación del resultado de cualquier proceso está involucrado un delicado juego de equilibrio, no podemos determinar lo absoluto, sino solo sentir, de manera imperfecta, el peso relativo de los valores que se toman en consideración.⁸

Asumiendo que el valor de descubrir la verdad es igual a todo tipo de proceso, ¿Cuál es entonces el valor de la verdad en un proceso cuyo objetivo primordial es la resolución de conflictos? Parece claro que quien tiene que resolver el conflicto debe dominar el impulso de establecer la verdad histórica, no puede convertirse en un investigador independiente e incansable de la verdad, sin poner en peligro, la imparcialidad que es inherente a su papel de resolutor de conflictos. Incluso si sus investigaciones respetan los límites derivados de las alegaciones, dimensiones y los pactos de las partes, su búsqueda solo con la mentalidad

de alcanzar la verdad puede conducirle al descubrimiento de pruebas que produzcan más confusión y agraven la dificultad de alcanzar la verdad de los hechos litigiosos planteados por las partes.⁹

En esta cierta medida, existe la preocupación de que las partes y sus abogados, actúen dentro del margen de una “igualdad” aparente en la disputa procesal, que puede estar por encima de los problemas de los conocimientos de los hechos, ya que, puede presentarse el dilema en relación a la resolución de conflicto sobre que la “equidad” se contraponga a la “verdad”, porque alcanzar el segundo ideal puede resultar vulnerable a las actuaciones dispositivas de las partes que como lo señala la ley procesal, son las partes, las que impulsan el proceso y no el juez.

III. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

La necesidad de establecer los hechos indispensables para la realización de la política penal –por ejemplo: la separación de los culpables de los inocentes– implica la aplicación de la política criminal para eliminar o reducir los impedimentos hacia la búsqueda de la verdad, que, dentro de la perspectiva de la resolución de conflictos en el proceso judicial, existe el control de las partes sobre el objeto y la existencia de la controversia.¹⁰

Aplicar la política criminal de manera desmedida en el proceso penal aumenta el

7 DAMASKA, Mirian. *El derecho probatorio a la deriva*. Marcial Pons. Madrid 2015. p. 125.

8 *Ibidem*. p. 124.

9 *Ibidem*. p. 125.

10 *Ibidem*. p. 126.

valor relativo que tiene la búsqueda de la verdad, lo que origina una investigación exhaustiva para determinar la integridad y exactitud de la información de los hechos en un proceso cuyo objetivo primordial es la solución de controversias, a partir de la actuación de las partes, con lo cual, resulta un contrasentido, ya que si se admite que sean las partes, las que planteen los hechos a probar, siendo en muchos casos, sucesos vagos, imprecisos o abstractos, delimitarlos puede conllevar a que sea el juez quien los termine de esclarecer, pero si esto se produce, cómo queda la imparcialidad ante dicha actuación jurisdiccional.

Resolver las controversias puede conllevar a actuaciones que colisionen con la imparcialidad del juez, ya que, tal principio implica el equilibrio de las facultades, deberes y cargas entre los litigantes, lo que, puede interferir con la búsqueda de la verdad, sobre la base del esclarecimiento pleno de los hechos propuestos por el accionante y, de ser el caso, por la parte denunciada o imputada, si tiene a bien introducir hechos diferentes a los propuestos en la denuncia o imputación, por lo que, la concepción del proceso como resolución de controversias en la sensibilidad jurídica angloamericana desde un punto de vista dispositivo, puede conllevar a que dejemos de lado la búsqueda de la verdad.

Las distintas limitaciones procesales, y no procesales (como los intereses de las partes) pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados que producen en

algunas ocasiones que se declare probados enunciados falsos. Siendo así, es normal que en un proceso judicial se emita una declaración de hechos probados que se aparte de lo realmente ocurrido, por lo que, más que hablar de verdad procesal se puede decir que lo que se prueba es la verdad de las partes mas no del proceso.¹¹

La doctrina alemana del siglo XIX, y con ella buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia europea y latinoamericana hasta nuestros días, propuso la postulación de la distinción entre dos tipos y verdades: material y procesal. La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que pusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue.¹²

Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial. La verdad formal, en cambio, es aquella que se tiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria, dicha verdad puede coincidir o no con el material (aunque a menudo se admite que es deseable lo que haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica. Con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdad formal de hechos probados, realizados por el juez o tribunal en la sentencia.¹³

11 FERRER, Jordi. *Estudios sobre la Prueba*. UNAM. México DF 2006. p. 12.

12 *Ibidem*. p. 13.

13 *Ibid*.

Como ya se ha dicho, el criterio de la prueba que resulta ser típico en el proceso penal (sin que venga ser adoptado en ningún proceso civil) es aquel de la prueba más allá de cualquier duda razonable. Encuentra su razón de ser en la historia del proceso penal inglés y viene a constituir la regla fundamental por mucho tiempo en el proceso penal norteamericana. Sin embargo, existen ciertas tendencias hacia la aplicación del mismo criterio de ordenamientos propios del derecho continental, como el italiano.¹⁴

La presunción de inocencia, obtuvo su consagración en el ámbito constitucional por razones histórica-políticas, por la reacción contra regímenes totalitarios en los cuales correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia, más por razones lógicas o sistemáticas, ya que para una sociedad es importante que el delito no quede impune, en consecuencia es justificable que en aras de la no impunidad y bajo el ideal de verdad como sinónimo de culpabilidad, se busque a toda costa, los elementos que hagan posible esta verdad y con ello, a que se sancione penalmente la conducta delictiva, porque en el proceso penal la idea de verdad está asociada inicialmente a la imputación y posteriormente a la acusación, con lo cual, será verdad, lo que construya el fiscal durante la investigación y para lo cual, la ley procesal debe proveerle de los instrumentos que hagan posible alcanzar su verdad y que es la que llevará al acusado a prisión por un determinado tiempo establecido en la ley penal.¹⁵

IV. VERDAD PROCESAL Y MEDIDAS COERCITIVAS EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Las medidas coercitivas en el Proceso Penal Peruano se encuentran reguladas dentro del Principio de Legalidad, así como, las garantías constitucionales que establece nuestra Carta Magna. En ese sentido, el art. 253 del Código Procesal Penal, en su inciso 3, establece lo siguiente: (...) *La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida 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 la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.*

Como puede apreciarse, una de las finalidades de las medidas coercitivas, es impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, con lo cual, la imputación establecida por el Ministerio Público, deberá dilucidarse con la aplicación de la prisión preventiva o la comparecencia restringida, siendo la “verdad” a ser esclarecida la que se postula en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (o de apertura de la instrucción, si se toma en cuenta el antiguo modelo procesal penal).

Así también, en lo referido a la prisión preventiva, el artículo 268 del Código Procesal Penal, uno de sus presupuestos materiales, establece en su inciso c), lo siguiente: (...) *Que el imputado, en razón a sus*

14 TARUFFO, Michele. *Teoría de la Prueba*. ARA EDITORES. Lima 2012. p. 280.

15 *Ibidem*. p. 281.

antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (finalidad peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Por lo que, puede apreciarse que una de las finalidades de la prisión es la averiguación de la verdad, con lo cual, se requiere la presencia del imputado en el desarrollo del proceso penal para impedir que obstaculice los actos de investigación que programe el Ministerio Público. De esta manera, uno puede plantearse como posibilidad, teniendo en cuenta que el procesado se encuentre en libertad, hasta qué punto éste, puede impedir la averiguación de la verdad, si se asume que puede ocultar los elementos de convicción o modificarlos y desaparecerlos; sin embargo, asegurando su encarcelamiento se podrán desvanecer plenamente estos supuestos y de qué forma con su declaración puede realmente contribuir a demostrar la imputación fiscal, ya que, sí ayuda a esclarecerla, lo que estaría haciendo es condenarse penalmente.

En lo que respecta a la comparecencia restrictiva, el artículo 287 del Código Procesal Penal, establece que siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse, podrá adoptarse otras medidas diferentes a la prisión preventiva, que igualmente aseguren las finalidades planteadas, con lo cual, se reafirma el supuesto, que la búsqueda de la verdad justifica la restricción de los derechos del imputado, que como dijimos se trata de la verdad del Ministerio Público, que el imputado debe “ayudar” a que se alcance estando limitado en el ejercicio pleno de sus derechos, por lo que resulta justificable la siguiente pregunta: ¿debo aceptar la restricción de mis derechos para

ayudar a esclarecer la verdad del Ministerio Público, que a todas luces su esclarecimiento me conllevará a una condena?

Las medidas coercitivas de impedimento de salida del país y la suspensión preventiva de derechos, reguladas respectivamente en el mismo orden, en los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, establecen que es indispensable la adopción de tales medidas, cuando se refiera a la indagación de la verdad, por lo que es concluyente manifestar que toda medida coercitiva regulada en nuestro texto procesal penal tiene por finalidad la búsqueda de la verdad, como elemento justificante para la restricción de derechos de la persona imputada de la comisión de un delito.

Como lo hemos expuesto, se trata de la verdad del Ministerio Público sobre los hechos que postula en el inicio de la investigación preparatoria (o auto de procesamiento en el antiguo modelo procesal penal), es decir, desde el punto estrictamente procesal, la verdad para una condena debe ser asegurada desde el inicio del proceso penal, con lo cual, uno se pregunta: ¿y la presunción de inocencia?, ya que, lo que se estaría asegurando, es **“una verdad para condenar”**, puesto que siendo el Ministerio Público, el titular de la acción penal es él quien tiene la carga de la prueba, y a quien la ley procesal penal le garantiza que su verdad sea esclarecida a costa de los derechos del imputado.

Conclusiones

- La búsqueda de la verdad es una de las manifestaciones de la prueba en el proceso judicial.
- La búsqueda de la verdad puede conllevar a que el juez pueda vulnerar el principio de imparcialidad cuando

considere que las partes de manera deficiente no han podido esclarecer plenamente los hechos propuestos en el proceso judicial.

- Las partes en aras de la búsqueda de la verdad pueden plantear hechos que no necesariamente correspondan a la realidad sino a sus intereses, por eso que es inaceptable alcanzar una verdad material, pero si una formal o procesal.
- El esclarecimiento de los hechos en el ámbito penal le corresponde al

Ministerio Público, por ello, es inaceptable que el juez asuma dicha finalidad dentro del marco de un sistema procesal acusatorio.

- Las medidas coercitivas personales tienen por finalidad asegurar la verdad del Ministerio Público, con ello, se restringen los derechos del imputado siendo inocente para condenarlo, ya que la única verdad planteada en el proceso penal es la propuesta por el Fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Adolfo. *Garantismo Procesal contra actuación judicial de oficio*. Tirant lo Blanch. Valencia 2005.

DAMASKA, Mirian. *El derecho probatorio a la deriva*. Marcial Pons. Madrid 2015.

FERRER, Jordi. *Estudios sobre la Prueba*. UNAM. México DF 2006.

NEUMAN, Ulfried. *La Pretensión de la verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2006.

TARUFFO, Michele. *Teoría de la Prueba*. Ara Editores. Lima 2012.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE

LA IMPORTANCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO EN EL FUERO MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL; II. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL; III. EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO Y LA DE LOS INTEGRANTES DEL FUERO MILITAR POLICIAL; IV. LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO EN EL FUERO MILITAR POLICIAL Y LA REDUCCIÓN DE LOS RIESGOS DE CORRUPCIÓN; V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

El autor plantea una serie de reflexiones sobre la importancia de la implementación de sistemas de control en el Fuero Militar Policial. Destaca la necesidad de valerse de los principios de la administración pública

- 1 Vocal Supremo Titular del Tribunal Supremo Militar Policial en el Perú, Presidente del Comité de Control Interno del Fuero Militar Policial, Presidente de la Sala Suprema de Guerra, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctor en Derecho y Ciencia Política y Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, ambos grados académicos otorgados por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Máster universitario en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha, Diplomado en "Defensa y Seguridad Nacional, Pedagogía de la Educación Superior", "Derecho Administrativo y Gestión Pública", "Derecho Procesal Penal: Cuestiones Problemáticas", con especialidad en "Pedagogía de la Educación Superior", "Derecho Procesal Penal" y "Posgrado en Argumentación Jurídica y Función Jurisdiccional así como capacitación en Derecho Internacional Humanitario, Fuerza Pública y Derechos Humanos", estos dos últimos otorgados por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor universitario en distintos doctorados, maestrías y diplomados en el país. Autor de diversos artículos en la Revista "El Jurista del Fuero Militar Policial", conferencista internacional.
- 2 Un agradecimiento muy especial al Profesor Roque Augusto Bravo Basaldúa quien tuvo la generosidad de revisar el borrador y hacer importantes sugerencias que en gran parte aquí se recogen, sin perjuicio que la responsabilidad por lo escrito es sólo mía.

para tal propósito y señala los objetivos de la jurisdicción militar policial para el cumplimiento de su misión constitucional. Precisa que un eficiente sistema de control, en el que participan todos los miembros de la Institución, alejará de su seno los actos de corrupción y coadyuvará a la buena prestación del servicio de justicia.

ABSTRACT

The author raises a series of reflections on the importance of implementing control systems in the Military and Police Jurisdiction. He emphasizes the need of availing himself of public administration principles for such purpose and points out the objectives of the military police jurisdiction for the fulfillment of its constitutional mission. It states that an efficient control system, in which all the members of the institution participate, will remove the acts of corruption and will contribute to the good provision of justice service.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

Constitucionalmente, en el Perú, la Justicia Militar Policial es parte del Sistema

de Justicia, como lo son, también, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Justicia Arbitral, el Congreso de la República en su función de juicio político y acusación constitucional entre otras funciones jurisdiccionales que pudiera tener, la justicia comunal, el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional, etc.

Pero está también relacionada con el Sistema de Defensa Nacional como preceptúa el Art. 2º de su Ley de Organización y Funciones,³ ya que la jurisdicción militar, en particular, brinda un servicio público, directamente vinculado a preservar la seguridad nacional, el orden interno y a coadyuvar conjuntamente con los Institutos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a mantener la disciplina de sus integrantes y todo ello para asegurar el bienestar del ciudadano, eje central de toda Política Pública, vale decir, con un enfoque de derechos, de ahí que resulte siendo una “pieza fundamental en el desarrollo social”,⁴ en clave de modelo de gestión por procesos y para resultados,⁵ que orienta la función de la justicia militar policial hacia la generación de valor público.⁶

3 Artículo 2º Relación del Fuero Militar Policial con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional. El Fuero Militar Policial, por su naturaleza y finalidad, se relaciona con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, dentro de la autonomía e independencia que les reconocen la Constitución Política del Perú y sus respectivas leyes.

4 MERY NIETO, Rafael: “La demanda de justicia, un problema de política pública”; Santiago: 2002, Universidad de Chile.

5 Gestión por procesos y para resultados son diferentes, aunque complementarias. La gestión por procesos hace hincapié en controlar el proceso para mejorarlo, mientras que la gestión por resultados busca que la inversión agregue valor o genere un producto determinado.

6 Sin disciplina no hay orden, sin orden no hay seguridad, sin seguridad no hay inversión, sin la cual a su vez no hay crecimiento económico, sin crecimiento económico no hay desarrollo nacional y sin desarrollo nacional no hay bienestar ciudadano. Así de simple.

II. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

Lo anterior propone asimilar la noción de jurisdicción castrense como derecho y como servicio público, y en esa virtud, repensar creativamente la relación existente entre la administración pública y esta justicia especial en orden a aproximarse al modelo de la gestión pública como plataforma conceptual indispensable para el análisis de la gestión judicial militar policial a través de la incorporación de herramientas y criterios de gestión, con un enfoque estratégico que facilite un cambio de paradigma en la propia gestión del servicio de justicia privativa, convirtiendo a su operador en un gerente público.

Se trata de aplicar los principales conceptos de la administración pública a la justicia militar policial y en ese orden de ideas, cae por su propio peso la necesidad de implementar en el Fuero Militar Policial, un Sistema de Control Interno que sea consistente y eficaz, como una herramienta de gestión que posibilite minimizar los riesgos en su funcionamiento, coadyuvando, de ese modo, al correcto desempeño así como a la ética en la administración de la justicia militar policial, de cara al logro de los objetivos institucionales.

Esto no significa que el Fuero Militar Policial se encuentre exento de control,

rescatando la existencia del Órgano de Control de la Magistratura encargado de fiscalizar la conducta funcional y la idoneidad de los vocales, jueces, fiscales y auxiliares del Fuero Militar Policial, cuya labor es controlar la gestión presupuestal, económica y financiera de la Justicia Militar⁷ y la Inspectoría General, la que podría acercarse relativamente al Sistema de Control Interno en el sentido que realiza algunas actividades de control previo simultaneo y posterior cuando realiza la verificación del cumplimiento de las leyes, directivas y normas de carácter administrativo, verifica que los procedimientos administrativos se ajusten a la normativa legal vigente, efectúa el seguimiento de recomendaciones realizadas como consecuencia de acciones de fiscalización y control, lleva a cabo investigaciones administrativas para determinar responsabilidades, inspecciones inopinadas ya sea por orden del Presidente del Fuero Militar Policial o cuando las circunstancias lo ameriten⁸ en sus distintos órganos administrativos de acuerdo a lo programado en el Plan Anual de Inspecciones aprobado por el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial.

III. EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO Y LA DE LOS INTEGRANTES DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Sin embargo, el Sistema de Control Interno, a diferencia de los controles mencionados, exige la participación de todo el

7 Texto Único Ordenado de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial N° 29182, promulgada el 10 de enero de enero 2008 y Decreto Legislativo N° 1096 promulgado el 31 de agosto de 2010 y publicado el 01 de setiembre de 2010.

8 Reglamento de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (ROF), aprobado por Consejo Ejecutivo de fecha 07 de diciembre 2011- Resolución Administrativa N° 001-2011-PCEMP/SG de fecha 07 de diciembre de 2011 (Diario Oficial "El Peruano" del 24DIC11).

personal de la Entidad en el cumplimiento de los objetivos trazados por ésta, al tornarse indispensable generar un clima organizacional favorable que concrete una cultura de control interno que la fortalezca de manera eficaz, como una herramienta de gestión que coadyuve en el cumplimiento de las metas y objetivos de la Institución.

En efecto, el Art. 6° de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, preceptúa que el control gubernamental (administrativo o de gestión) consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes. El Art. 7° de la citada Ley Orgánica, indica que el control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad de que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente, siendo responsabilidad del Titular, en este caso del Presidente del Fuero Militar Policial, fomentar y supervisar el funcionamiento y confiabilidad del control interno para la evaluación de la gestión y el efectivo ejercicio de la rendición de cuentas, propendiendo a que éste contribuya con el logro de la misión y objetivos de la entidad. Luego, con la vigencia de la Ley N° 28716, Ley de Control Interno de las Entidades del Estado del 27 de Marzo de 2006, la Contraloría de la República estableció las normas para regular la elaboración,

aprobación, implantación, funcionamiento, perfeccionamiento y evaluación de control interno en las Entidades del Estado, con el propósito de cautelar y fortalecer los sistemas administrativos y operativos con acciones y actividades de control previo, simultáneo y posterior, contra los actos y prácticas indebidas o de corrupción, proponiendo un transparente logro de los fines, objetivos y metas institucionales, cuyo Art. 10° fue modificado por el Decreto de Urgencia 067-2009 y posteriormente en el 2011, por la Ley 29473, la misma que dio lugar al Decreto Supremo N°004-2013-PCM, que aprobó la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021 así como a las Resoluciones de Contraloría N°320-2006-CG, que aprueba las Normas de Control Interno para entidades del Estado, 458-2008-CG (derogada), relativa a la Guía para la Implementación del Sistema de Control Interno de las entidades del Estado y 273-2014-CG, sobre Normas Generales de Control Gubernamental y su modificatoria. Posteriormente, la Ley 30372, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016, en su Quincuagésima Tercera Disposición Complementaria Final, estableció la obligación de todas las entidades de implementar su Sistema de Control Interno, en un plazo máximo de treinta y seis meses, contados a partir de su entrada en vigencia y en ese contexto, por Resolución de Contraloría N° 149-2016-CG de 14 de mayo de 2016, se aprobó la Directiva N° 013-2016-CG/GPROD denominada "Implementación del Sistema de Control Interno en las entidades del Estado" y finalmente, en el 2017, se aprobó por R.C. N° 004-2017-CG, la Guía para la implementación y fortalecimiento del control interno en las entidades del Estado, que dejó sin efecto la Guía aprobada por la citada Resolución 458-2008-CG y que constituye un documento orientador.

No deben existir zonas exentas de control. Este ha sido el propósito de la Contraloría General de la República con la emisión de normas que obligan a la implementación del Sistema de Control Interno en las Entidades del Estado. Es por ello por lo que el Fuero Militar Policial también asume el compromiso de implementar el Sistema de Control Interno en todos sus niveles para un mejor logro de sus objetivos y la idónea prosecución de sus actividades en el correcto manejo de los recursos públicos.

El personal del Fuero Militar Policial tiene la condición de funcionario o Servidor Público al servicio de la Nación. Al margen de encontrarse en diferentes regímenes laborales, no está exento al control. Ello, a la luz del control gubernamental,⁹ implica la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión de la Entidad, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, el respeto a la normatividad y a los lineamientos de política y planes de acción, para lo cual es necesario generar una cultura de control interno en la Entidad, que coadyuve al cambio de actitud en el personal para el cumplimiento de los objetivos y las metas trazadas.

La implementación del Sistema de Control Interno implica, primigeniamente, realizar un diagnóstico determinando su madurez en cinco componentes, a saber: ambiente de control, evaluación de riesgos, actividades de control gerencial, sistema de información y comunicación y supervisión

y, por ello, nos sentimos en la obligación de explicar sucintamente algunos puntos de importancia relacionados con la implementación del Sistema de Control Interno, sobre la base del diagnóstico.

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO EN EL FUERO MILITAR POLICIAL Y LA REDUCCIÓN DE LOS RIESGOS DE CORRUPCIÓN

La implementación del Sistema de Control Interno en el Fuero Militar Policial coadyuvará a reducir los riesgos de corrupción, lograr los objetivos y metas establecidos por la Entidad, promover el desarrollo organizacional, lograr mayor eficiencia, eficacia y transparencia en las operaciones, asegurar el cumplimiento del marco normativo, proteger los recursos y bienes del Estado y el adecuado uso de los mismos, contar con información confiable y oportuna, fomentar la práctica de valores y promover la rendición de cuentas de los funcionarios por la misión y objetivos encargados y el uso de los bienes y recursos asignados así como el mejoramiento de los controles existentes, realizando una idónea administración de control gerencial para administrar los riesgos identificados que influyan negativamente en el cumplimiento de las metas y objetivos.

Al respecto, es útil mencionar que nos encontramos enmarcados en el Objetivo Nacional N° 1 “Plena vigencia de los derechos fundamentales y de dignidad de las personas”, cuyos objetivos específicos son:

9 Es importante que el lector tenga en cuenta que el control es parte de la gestión, no se vaya a confundir la parte con el todo.

1.- Vigencia plena de los derechos y libertades fundamentales. 2.- Acceso a una justicia autónoma y moderna. 3.- Institucionalidad Democrática y participación de la ciudadanía y 4.- Reducción de la inequidad, pobreza y pobreza extrema. En ese contexto, la misión y visión Institucional son, respectivamente:

“Administrar e impartir justicia a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú que incurran en delitos de función, con observancia de los principios, normas y derechos establecidos en la Constitución Política y el Código Penal Militar Policial, garantizando el respeto irrestricto de los derechos humanos, así como el cumplimiento de los fines institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo previsto en el Art. II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial”.¹⁰

“Ser una entidad reconocida Nacional e Internacionalmente como una institución que administra justicia en el ámbito militar policial, eficiente, transparente, oportuna y confiable, adaptándose rápidamente a los cambios de nuevos modelos jurisdiccionales, fiscales y de gestión administrativa pública, contando con personal debidamente capacitado y formado con una cultura de principios, valores y ética, respetuoso de los derechos humanos, para lo cual se debe contar con instalaciones modernas y funcionales a nivel nacional en todos sus niveles”.

Los objetivos estratégicos y específicos de Fuero Militar Policial son:

Objetivo Estratégico N° 1

Administrar Justicia en el ámbito Militar y Policial en forma oportuna, eficiente y eficaz, buscando alcanzar un fin justo, ético y humano, acorde con los criterios de austeridad y límites en el gasto público.

Objetivos Específicos:

- 1.1. Mejorar y ampliar la cobertura del servicio de Justicia Militar Policial.
- 1.2. Implementar el nuevo Código Penal Militar Policial.
- 1.3. Mejorar y racionalizar los procesos de gestión de los trámites jurisdiccionales, fiscales y administrativos.

Objetivo Estratégico N° 2

Desarrollar una organización administrativa con modelos de gestión modernos y con criterios de racionalidad, eficiencia y calidad, que sirva de soporte a los órganos jurisdiccionales y fiscales.

Objetivos Específicos:

- 2.1. Contribuir a la eficiencia y eficacia en la gestión presupuestal.
- 2.2. Mejorar los procedimientos de gestión institucional y administrativos.
- 2.3. Optimizar los procedimientos de las actividades financieras y administrativas.
- 2.4. Fortalecer la imagen institucional del Fuero Militar Policial, consolidando la Cultura Corporativa del personal Militar, Policial y Civil; a fin de contribuir

10 <http://www.fmp.gob.pe/FMP/Html/2009-07-20/mision_y_vision_del_fuero_militar_policial.html>. 05 de junio 2015. 12.55 hrs.

al cumplimiento de los objetivos institucionales.

Objetivo Estratégico N° 3

Continuar y culminar con la implementación y funcionamiento del Fuero Militar Policial previstas en la Ley N° 29182 de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dotando al Tribunal Supremo, Tribunales Superiores, Juzgados Militares Policiales y las Fiscalías respectivas, de inmuebles, instrumentos y equipamiento tecnológico, que contribuyan a la modernización del sistema de Justicia Militar Policial.

Objetivos Específicos:

- 3.1. Fortalecer e implementar la infraestructura de los bienes e inmuebles de la Justicia Militar Policial, logrando el saneamiento físico legal.
- 3.2. Implementar con equipos tecnológicos y audiovisuales que contribuyan a la modernización del sistema de Justicia Militar Policial.
- 3.3. Optimizar el soporte técnico administrativo en apoyo de la función Jurisdiccional y fiscal, fortaleciendo la predictibilidad y su sistematización.

Objetivo Estratégico N° 4

Promover en forma continua la actualización, capacitación profesional y técnica del personal jurisdiccional, fiscal y administrativo; a nivel nacional e internacional.

Objetivos Específicos:

- 4.1. Fortalecer al Centro de Altos Estudios de Justicia Militar Policial.

- 4.2. Continuar con el Plan de Capacitación a nivel Nacional.

- 4.3. Promover el intercambio de experiencias y preparación profesional con instituciones similares o afines a nivel nacional e internacional.

Para el cumplimiento de la misión y lograr la visión anhelada, se requiere que cada uno de los componentes mencionados ut supra y los subcomponentes estén debidamente implementados con los controles y filtros idóneos, razón por la cual haremos una breve descripción de los puntos más importantes que influyen en la implementación del Sistema de Control Interno del Fuero Militar Policial.

Es útil mencionar que el sistema de control interno es el conjunto de acciones, actividades, planes, políticas, normas, registros, procedimientos y métodos, incluido el entorno y actitudes que desarrollan autoridades y su personal a cargo, con el objetivo de prevenir posibles riesgos que afectan a una entidad pública. Se fundamenta en una estructura basada en cinco componentes funcionales y subcomponentes:

1. Ambiente de control:¹¹
 - Filosofía de la Dirección.
 - Integridad y valores éticos.
 - Administración estratégica.
 - Estructura organizacional.
 - Administración de Recursos Humanos.
 - Competencia profesional.
 - Asignación de autoridad y responsabilidad.

11 RESOLUCIÓN DE CONTRALORÍA N° 458-2008-CG, aprueba la "Guía para la Implementación del Sistema de Control Interno de las entidades del Estado" - Lima, 28 de octubre de 2008, p.16.

- Órgano de Control Institucional.
- 2. Planeamiento de gestión de riesgos
 - Evaluación de riesgos
 - Identificación de riesgos
 - Valoración de riesgos
 - Respuesta al riesgo
- 3. Actividades de control gerencial¹²
 - Procedimiento de autorización y aprobación.
 - Segregación de funciones.
 - Evaluación de costo-beneficio.
 - Controles sobre accesos y recursos.
 - Verificaciones y conciliaciones.
 - Evaluación de desempeño.
 - Rendición de cuentas.
 - Documentación de procesos, actividades y tareas.
 - Revisión de procesos, actividades y tareas.
 - Controles de TICs.
- 4. Información y comunicación
 - Funciones y características de la información.
 - Información y responsabilidad.
 - Calidad y suficiencia de la información.
 - Sistemas de información.
 - Flexibilidad al cambio.
 - Archivo institucional.
 - Comunicación interna.
 - Comunicación externa.
 - Canales de comunicación.

5. Supervisión

- Actividades de prevención y monitoreo
- Seguimiento de resultados
- Compromisos de mejoramiento

La madurez del sistema de control interno que se desprende del diagnóstico está en función de las encuestas realizadas a los componentes siguientes a quienes hemos asignado los pesos que aparecen entre paréntesis, en función de la naturaleza de nuestra entidad: al ambiente de control 54.03% (30%), evaluación de riesgos 34.69% (20%), actividades de control 44.42% (20%), información y comunicación 44.41% (15%), supervisión 45.32% (15%). De lo anterior se desprende que la madurez del sistema de control interno que arroja el diagnóstico, en base a las encuestas es del 45.4905%, siendo nuestra mayor fortaleza el ambiente de control y la mayor debilidad la evaluación de riesgos, vulnerabilidad que comparten otras entidades públicas, dado que el tema de los riesgos es, por naturaleza, especializado. La implementación del Sistema de Control Interno se realizará en cada uno de los subcomponentes mencionados, siendo un trabajo integral. Por ello es denominado sistema, ya que compromete a todas las áreas y niveles de la Entidad, no quedando exenta al control área alguna, considerando que cada subcomponente implica directa e indirectamente el uso de recursos públicos. Como el Fuero Militar Policial aún no cuenta con un Manual de Procesos, no podemos identificar los riesgos para cada proceso, así que actualmente estamos

12 *Ibidem*, p.81.

intentando realizar la implementación a nivel Entidad, poniendo énfasis en los riesgos estratégicos, de operaciones, financieros y de información.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En suma, la implementación del sistema de control interno es tarea de todo el personal sin excepción. Para su adecuada implementación es muy importante el conocimiento de su importancia, por ende, el cambio de actitud, lo cual generará una adecuada cultura de Control Interno, que contribuirá grandemente a una eficaz implementación del Sistema con especial énfasis en la calidad del servicio que se presta y en pro del crecimiento de la Institución.

La implementación del sistema de control interno constituye la aplicación de una herramienta metodológica que coadyuva a asegurar una correcta inteligencia de la gestión pública estratégica de cara a lograr una administración de justicia militar policial, más eficiente y con menos recursos.

Estas reflexiones pretenden invitarlos a aplicar los conceptos de gestión y administración pública en orden a entender que el servicio de justicia militar policial que prestamos, constituye un servicio público y en ese orden de ideas, debemos comprender el impacto que produce la

Nueva Gestión Pública en la concepción de la administración de justicia militar policial como gestión judicial, distinguiéndola de la noción de gobierno judicial¹³ cuyo máximo órgano es el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 5º de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, modificado a su vez por el Artículo Único de la Ley N° 29955.

Debemos entender el mejoramiento de la jurisdicción castrense, también como un proceso de políticas públicas¹⁴ que nos obliga a beber de la nueva gestión judicial atendiendo particularmente a la calidad del servicio, teniendo en el magistrado judicial militar, en ese sacerdote del derecho a través de los evangelios de la ley, a un actor importante de las políticas públicas, con independencia para tomar decisiones en ese ámbito y evaluar el impacto de esas decisiones así como analizar y tener una correcta inteligencia de los mecanismos de control de tales decisiones y, entre ellos, el sistema de control interno, pero esta empresa, por su magnitud, excede largamente las posibilidades de estas reflexiones.

Lo anterior implica repensar creativamente las labores del Director Ejecutivo¹⁵, que están diseñadas en el Art. 51º de la mencionada ley, como el de más alta jerarquía administrativa, dependiente del

13 El lector debe tener clara la diferencia conceptual entre gestión judicial y gobierno judicial, así como su vínculo con el control, que aquí por razones de espacio no se desarrolla.

14 "Conjunto de acciones e inacciones, en un determinado segmento de la sociedad o espacio geográfico, a partir de una decisión de cualquier nivel gubernamental, para enfrentar un problema público. El análisis de políticas públicas tiene como propósito ayudar al gobernante que toma decisiones, a conocer mejor qué impacto tendrán las políticas públicas, así como por qué y cómo se generan dichos impactos". Al respecto ver: CASTRO Carlos: "Curso de diseño de políticas públicas", PMBOK.

15 Es fundamental empoderarlo para que haga gestión, pero hay que tener en cuenta que la gestión es más que el control, por lo que el lector debe tener claro cómo se pasa de la gestión al control y la relación entre ambas funciones.

presidente del Fuego Militar Policial, quien propone al Consejo Ejecutivo su designación y él, a su vez, propone al presidente a los demás funcionarios de los órganos administrativos. El Director Ejecutivo deber ser considerado un administrador del Fuego Militar Policial, con habilidades técnicas, humanas y conceptuales, debiendo tener por función principal¹⁶, organizar y controlar la gestión administrativa del Fuego, utilizando eficaz y eficientemente los recursos humanos, materiales y financieros asignados al Fuego. En esta línea, debe dirigir las actividades administrativas propias de la justicia militar policial, bajo la supervisión del Consejo Ejecutivo; proponer al Presidente del Fuego la designación de los jefes de unidades y de los empleados; proponer al Presidente la distribución del personal; evaluar al personal a su cargo; distribuir el trabajo administrativo, remover, en su caso, a los jefes de unidades y al personal de empleados; llevar la contabilidad y administrar la cuenta corriente del Fuego, de acuerdo a las instrucciones del Presidente; dar cuenta al Presidente acerca de la gestión administrativa del Fuego; elaborar el presupuesto anual; adquirir y abastecer de material de trabajo al Fuego, de conformidad con el plan presupuestario¹⁷ aprobado para el año respectivo e implementar y dar cumplimiento a las políticas y directrices

generales que dicte el Consejo Ejecutivo para la selección de personal, evaluación, administración de recursos materiales y de personal, de diseño y análisis de información estadística y demás que éste dicte en el ejercicio de sus atribuciones propias.¹⁸ Estamos pues hablando en términos de Stephen Robbins y Mary Coulter¹⁹ de un Gerente de Alto Nivel, responsable de “tomar las decisiones organizacionales de amplio espectro y de establecer los planes y objetivos” que afectan al Fuego Militar Policial en general, vale decir, debe planear, organizar, dirigir y controlar. Debe poder “generar actitudes y comportamientos... arraigados entre sus empleados”²⁰. Debe contribuir en la formación de una cultura organizacional fuerte, innovadora, sensible a los operadores de la justicia, así como a los justiciables y propia²¹ (valores, principios, tradiciones y formas de hacer las cosas que compartimos los integrantes de la justicia militar policial y que nos distinguen del resto de organizaciones) y estar atento a los factores externos que pueden afectar a la justicia militar, siempre con visión de futuro. En suma, es su responsabilidad fortalecer la imagen e identidad institucional, construir la personalidad corporativa y reforzar el espíritu de pertenencia, tareas estas últimas que debe realizarlas en coordinación con la Oficina de Relaciones Públicas e Imagen Institucional.

16 VARGAS VIANCOS, Juan Enrique: “Herramientas para el diseño de despachos judiciales”, en <<http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/422.pdf>> pág.97.

17 Función de secretario ejecutivo.

18 Ideas tomadas del Artículo 389-A del Código Orgánico de Tribunales de Chile.

19 ROBBINS Stephen y COULTER Mary: Administración, Pearson Educación, México 2014, pág. 6.

20 *Ibidem* pág. 42.

21 El tema de la construcción de una cultura organizacional en el Fuego Militar Policial, que es a lo que debemos tender, importa un gran desafío, ya que por la naturaleza de nuestras funciones coexistimos en esta entidad efectivos del Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea y Policía Nacional, cada uno, con su correspondiente cultura organizacional, además de personal civil.

Si la justicia militar policial peruana es una organización, entendida como “un conjunto de personas constituida de forma deliberada para cumplir un propósito específico”²², a saber, administrar justicia militar policial correcta y oportunamente, que ha podido sobrevivir a los embates de la política²³, lo que no ha ocurrido con sus similares en la Región Andina que o han desaparecido como el caso ecuatoriano o están a punto de desaparecer como en Uruguay o se han quedado en el proceso inquisitivo como en Chile, es porque ha innovado, vale decir, ha hecho las cosas de manera distinta, ha podido cambiar a tiempo y es que en efecto, la justicia militar policial peruana²⁴ ha sufrido un cambio de 180° en su concepción y principalmente en su procedimiento de aplicación de cara a hacerla más respetuosa de los derechos fundamentales de militares y policías procesados sin quitarle rigurosidad con aquellos malos uniformados que afortunadamente son los menos, que animados por propósitos subalternos, ajenos a la moralidad o a la defensa de la legalidad, usan o pretenden usar los cargos, honores, grados, armas, en fin, el poder que da la nación para abusar o enriquecerse al calor de enardecidas pasiones, desvirtuando los fines de honda raigambre jurídica e histórica que fundamentan la existencia misma de las Fuerzas Armadas, la Policía

Nacional y la Justicia Militar Policial que no se entiende sin aquellas, pero cuya imagen jamás podrá ser dañada por esos oscuros personajes cuyos nombres la historia no registra y que merecen su desprecio y olvido y que pululan como roedores por el patio trasero de la historia y que deberán ser condenados al ostracismo perpetuo, perdiendo los honores y emolumentos que el país les asigne y quedar sujetos al proceso y a la sanción penal que les corresponda según las leyes ordinarias.

En lo procesal, hemos pasado de un proceso inquisitivo básicamente escrito, poco respetuoso de los derechos fundamentales de los procesados y del Estado Constitucional de Derecho que se postula para el Perú a un modelo acusatorio adversarial contradictorio sustancialmente oral y ello implica también un repensar creativamente los despachos judiciales, habida cuenta que como acertadamente sostiene Juan Vargas “uno y otro obedecen a lógicas de funcionamiento tan profundamente distintas que permiten sostener que el producto que cada uno arroja es diferente al del otro y, por lo tanto, no sólo no es conveniente que sean los mismos, sino puede ser perjudicial”²⁵.

En efecto, siguiendo al autor mencionado²⁶, como se sabe, en los procedimientos orales, las decisiones son tomadas

22 *Ibidem*, pág. 6.

23 Aquí se puede aplicar la tesis del profesor Miguel de Althaus Guarderas quien sostenía que la monarquía inglesa sobrevivió, a diferencia de la francesa, porque supo adaptarse a los cambios.

24 GILES FERRER, Arturo Antonio: “Epílogo: Oteando el futuro de la justicia militar en América”, en II Foro Interamericano sobre Justicia Militar y Derecho Operacional” Lima, 26 a 28 de agosto de 2014, págs. 122 y 123.

25 VARGAS VIANCOS, Juan Enrique: “Herramientas para el diseño de despachos judiciales”, pág.80., en <http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/422.pdf>

26 *Ob. Cit.* pág.81.

directamente por los jueces en audiencias donde se produce el debate entre las partes y la aportación de prueba de ser necesaria. Organizacionalmente, en este tipo de procedimientos, el hito central ya no es el expediente, sino la audiencia, por lo tanto, los recursos del fuero deben estar colocados en función de la más eficiente organización de éstas. En términos cuantitativos, el recurso juez pasa a ser más significativo y los empleados, cuya función ya no es ayudar a construir la decisión judicial sino encargarse de la organización de las audiencias, no necesitan tener una formación jurídica en derecho sustantivo, sino simplemente saber cómo insertar su trabajo dentro del proceso general del tribunal²⁷.

Pero el éxito del modelo recae sustancialmente en el trabajo de los fiscales, cuyo despacho también debe ser repensado creativamente, en orden a cumplir con los nuevos roles que este proceso les exige²⁸.

Lo anterior implica hacer gestión judicial militar policial por procesos e identificar

los riesgos en cada proceso con el propósito de proponer soluciones consistentes y eficaces para enfrentarlos, de ahí la importancia de conocer a profundidad el control interno, de cara a obtener una justicia castrense más correcta, oportuna y administrada con menos recursos, utilizando la informática como elemento de trabajo, a cuyo efecto, resulta indispensable realizar mediciones y evaluaciones, para lo cual debe tenerse en cuenta la metodología contenida en la “Guía metodológica para la definición, seguimiento y uso de indicadores de desempeño de los programas presupuestales”²⁹ y en lo que resulte aplicable el Sistema de Medición de Desempeño Anual de los Administradores (as) del Módulo Penal del Código Procesal Penal, aprobado por Resolución Administrativa N° 108-2017-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de mayo de 2017, que debe servir de impronta para que el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial apruebe una norma similar que permita realizar mediciones de desempeño³⁰.

27 Al respecto se sugiere revisar: BERNALES, Manuel, 2016, “La evaluación de jueces”. Instituto de Defensa Legal, Lima, págs. 59 a 103.

28 Se sugiere revisar: ALMANZA ALTAMIRANO, Frank: 2013, “Técnicas para iniciar la gestión de un despacho fiscal”. Academia de la Magistratura. Lima, páginas 17 a 46 y 175 a 192. Fecha de Consulta 23.02.17 <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/gestion_despacho_fiscal.pdf>.

29 Documento aprobado en 2015 por la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, Lima, Neva Studio, SAC. <http://www.mef.gob.pe>. Fecha de consulta 23 de febrero de 2017. Aun cuando pudiera no ser aplicable al Fuero, Militar Policial pues, de acuerdo a lo establecido en el Art. 79° del Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por el Decreto Supremo N°304-2012-EF, concorde con lo establecido en la Directiva para los Programas Presupuestales en el marco de la Programación y Formulación del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2017, el monto del Presupuesto Inicial de Apertura que se maneja es menor a S/.100,000,000 (cien millones de soles), empero, resulta un referente útil para establecer mediciones, sin las cuales no se puede determinar si estamos avanzando.

30 Todo ello sin perjuicio de que lo más importante es la reforma del proceso penal militar a la par del fuero común, parte de ello es la incorporación de mecanismos de evaluación de los operadores o incluso, de los jueces y fiscales.

PROCURARSE INTERÉS

EN CONTRATO U OPERACIÓN QUE AFECTE A LA ADMINISTRACIÓN MILITAR EN EL CÓDIGO PENAL CASTRENSE

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES; II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO; III. LOS TIPOS DEL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR; III.1. «PROCURARSE INTERÉS EN CUALQUIER CLASE DE CONTRATO U OPERACIÓN QUE AFECTE A LA ADMINISTRACIÓN MILITAR»; III.2. EL TIPO DEL 441 DEL CÓDIGO PENAL EN ÁMBITO MILITAR; IV. SUJETOS; IV.1. SUJETO ACTIVO; IV.2. SUJETO PASIVO; V. NECESIDAD DE QUE LA CONDUCTA SEA DOLOSA; VI. FORMAS IMPERFECTAS DE APARICIÓN; VI.A. ACTOS PREPARATORIOS; VI.B. TENTATIVA; VII. CONSUMACIÓN; VIII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN; VIII.A. AUTORÍA; VIII.B. PARTICIPACIÓN; IX. PROBLEMA CONCURSAL; IX.A. CONCURSO DE NORMAS; IX.B. CONCURSO DE DELITOS; IX.C. DELITO CONTINUADO; X. PENALIDAD.

RESUMEN

El autor analiza con amplitud los alcances del artículo 38 del código penal militar español, sobre “procurarse interés en contrato u operación que afecte a la administración militar”. La acción de *interesarse* significa «un aprovechamiento de la función pública que se ejerce respecto a los contratos u operaciones que se sitúan bajo aquella» en la esfera de la Administración militar. El análisis es amplio, señalándose el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo del delito, la autoría, la participación, el problema concursal, el delito continuado, entre otros. Los actos de corrupción capean hoy en el mundo y el análisis del artículo citado se da en ese contexto.

1 Doctor en Derecho. Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar. Asesor Jurídico del Cuartel General del Ejército de España.

ABSTRACT

The author analyses comprehensively the scope of article 38 of the Spanish Military Penal Code, "to procure interest in contract or operation that affects the military administration". The action to be interested means "a use of the public service exercised with respect to the contracts or operations that are located under that" in the field of the military administration. The analysis is comprehensive, indicating the protected legal good, the active and passive subjects of the crime, the authorship, the participation, bankruptcy matters, the continued crime, among others. Acts of corruption are now in the world and the analysis of the aforementioned article occurs in that context.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 83 del Código Penal Militar es la extrapolación del párrafo primero del artículo 401 del Código Penal de 1973² al ámbito del derecho penal militar, eliminando la expresión «que deba intervenir por

razón de su cargo», en base a una mayor penalidad que debe exigirse a los militares que realicen este tipo de conductas, con respecto al funcionario público común o civil al que se le añade el delito del artículo 441 del Código Penal mediante la técnica del reenvío.

Se trata de un tipo penal mixto y alternativo³, por lo que es suficiente la realización de cualquiera de las conductas en él descritas para que se entienda cometida la infracción penal.

Referido este delito al funcionario público *propio sensu*, autores como Crivellari conocen a este delito con el nombre de «delito de interés particular en actos oficiales»⁴. Pacheco, comentando el mismo delito en el Código Penal Común de 1870, se refiere a él como un delito grave, en que la norma tipifica y cree posible el «fraude del funcionario que al convertirse en contratista perjudique los intereses del Estado [...], beneficiando los suyos particulares»⁵. Para este autor, el funcionario «no puede llevar ningún interés, ni directo ni indirecto, en la materia del

2 Este delito desaparece con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pero se vuelve a introducir gracias a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, asimilándose en parte al derogado artículo 401 del Código Penal de 1973. El precepto donde se incluye es el artículo 439 del Código Penal, el cual dispone que «la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

El artículo 401 del Código Penal de 1973, en su párrafo primero, señalaba que «el funcionario público que, directa o indirectamente, se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial y multa del tanto al triple del interés que hubiera tomado en el negocio».

3 S. Mir Puig, Derecho Penal: Parte General, 9.ª Edición, Reppetor, Barcelona, 2011, p. 236; M. Polaino Navarrete, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, tomo II, Tecnos, Madrid, 2013, p. 119.

4 Citado por Puig Peña en Derecho Penal, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, 6.ª edición, Serie C. -Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público-, Madrid, 1969, p. 472; Citado por F. De Querolt y Duran en Principios de Derecho Militar Español, tomo II, Ed. Naval, Madrid, 1946, p. 614.

5 Citado por Puig Peña en Derecho Penal, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, 6.ª edición, Serie C. -Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público-, Madrid, 1969, p. 472.

contrato mismo»⁶. Por su parte, Groizard señala que, si los funcionarios se convierten en contratistas ocultos, se hacen sospechosos de fraude⁷. Se está ante un precepto de larga tradición en nuestro derecho penal tanto común como militar, porque se incluía en los diferentes textos penales desde antaño. El Código Penal de 1944 lo contenía y también el texto revisado de 1963, así como el de 1973 y desaparece con el Código Penal de 1995, aunque parte del mismo se encuentra en su esencia en el actual artículo 439⁸. El precedente directo en el derecho penal militar lo tenemos en el artículo 403 número 3º del Código de Justicia Militar de 1945⁹.

Imaginemos que se produjeran, a modo de ejemplo, conductas como la de que mandos militares formen una organización delictiva en la que se controle la actividad contractual con la única finalidad de enriquecerse, mediante la exigencia de comisiones por contratos, en los que, previamente a la licitación, se ha decidido cuál es la empresa adjudicataria, manipulando los expedientes para eludir los requisitos de publicidad y los controles a cambio de una dádiva, asesorando a las empresas, preparando la documentación necesaria, avisándolas de las adjudicaciones e, incluso,

comprometiéndose a agilizar el pago de facturas. Además, si esas despreciables actuaciones se hicieran públicas, porque un medio de comunicación les diera visibilidad mediática, darían lugar a: 1.º la percepción de que estas prácticas son habituales; 2.º un daño en la imagen del colectivo militar; 3.º una desconfianza hacia la Fuerzas Armadas; y 4.º que se genere la incentivación para ese tipo de conductas abusivas.

La consecuencia es, pues, evidente. Hay que combatir este tipo de comportamientos. Estas acciones no pueden quedar impunes y, mucho menos, en un estamento como el de las Fuerzas Armadas en las que se predica de sus miembros una cultura ética muy elevada, en las que todos los participantes de la misma tienen un alto sentimiento de responsabilidad, basado en un estricto código de conducta, enraizados entre otros valores en la honradez. Por estas razones se incluyen en el Código Penal Militar delitos como el del artículo 83, en el que, según se expondrá posteriormente al seguir la teoría del delito, se tipifican conductas tan reprochables.

En definitiva, con este delito se pretende evitar una de las formas de corrupción, entendiéndose por tal el mal uso de

6 J. F. Pacheco, *El Código Penal, concordado y comentado*, tomo II, 4.ª edición, Imprenta Manuel Tello, Madrid, 1870, p. 518; F. De Querolt y Durán, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, Ed. Naval, Madrid, 1946, p. 614.

7 A. Groizard y Gómez de la Serna, *Código de 1870, comentado y concordado*, tomo IV, Establecimiento tipográfico de los hijos de J. A. García, Madrid, 1912, p. 304.

8 El artículo 439 del Código Penal, redactado conforme la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal señala que «la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

9 «El militar que se interesase en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo».

la posición para un beneficio privado y, por ello, personal.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico¹⁰ principal y unitario que se pretende preservar es el patrimonio o hacienda en el ámbito militar, siendo este un bien jurídico comunitario¹¹. La hacienda militar se entiende como el conjunto de los bienes materiales y recursos económicos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad propia encomendada a las Fuerzas Armadas y al resto del Ministerio de Defensa¹². Los delitos contra el patrimonio en ámbito militar son un grupo de delitos heterogéneos y de difícil conexión entre sí¹³, pero que el legislador decidió incluir juntos bajo una misma rúbrica por tener todos ellos un mismo bien jurídico-penal que no es otro que la hacienda en ámbito militar¹⁴. Además, cada delito por sí mismo o en grupo con otros, protege otros valores o bienes jurídico-penales.

Si acudimos a la Exposición de Motivos del Proyecto¹⁵ originario del Código Penal Militar de 1985, que se suprimió por

el Senado y que desembocó en el anterior Código Penal Militar, al referirse a los delitos contra la hacienda en ámbito militar, los sistematizaba en grupos y respecto al artículo 191 del Código Penal Militar de 1985 (*interesarse ilícitamente en contrato*), como antecedente del actual artículo 83 del Código Penal Militar, se le incluía entre aquellos en que la conducta era contraria a la probidad e imparcialidad del funcionario¹⁶.

Según la jurisprudencia, opinión que comparto, «la preservación de la dignidad de la función pública debe estar por encima de cualquier interés privado. Cuando esto ocurre, el ordenamiento jurídico reacciona a través de la vía penal como inequívoca demostración de la importancia que la Comunidad ha de conceder a la salvaguarda de las cosas públicas. De ahí la trascendencia cada día mayor de la transparencia y rectitud en las administraciones públicas respecto de los administrados, en relación con las personas y cosas administradas como exigencias propias del Estado de Derecho y democrático, esenciales para nuestra convivencia»¹⁷. La conducta prevista en el artículo 83 del Código Penal Militar realizada por

10 A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, 2015, p. 127.

11 S. Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 9.ª Edición, Reppetor, Barcelona, 2011, p. 297.

12 En este sentido se debe tener en cuenta que la Guardia Civil también, en determinados casos, forma parte del ámbito del Ministerio de Defensa, dependiendo de las funciones que realice o de las misiones encomendadas.

13 F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 236.

14 A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 423 y 424; F. De Querolt y Duran, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, Ed. Naval, Madrid, 1946, pp. 610 y 611.

15 El Proyecto de Código Penal Militar fue publicado el 12 de noviembre de 1984. *Vid. BOCG*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 12 de noviembre de 1984, pp. 8201 y ss.; A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, 9.ª edición, Ariel, Barcelona, p. 38.

16 F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 237 y 239.

17 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de marzo de 1992.

un militar implica «una falta de ética pública»¹⁸ incompatible con su profesión.

La finalidad es evitar el riesgo de que intereses privados prevalezcan sobre los públicos, poniendo en entredicho la objetividad e imparcialidad¹⁹ de la función pública²⁰, en este caso la que se desempeña en el ámbito del Ministerio de Defensa. En suma, este precepto protege el prestigio y la imparcialidad objetiva de la Administración que se prediga y reconoce en el artículo 103 de la Constitución Española.

Las conductas previstas en el artículo 83 del Código Penal Militar realizadas por un militar implican «una falta de ética pública»²¹ incompatible con su profesión.

III. LOS TIPOS DEL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

El artículo 83 del Código Penal Militar castiga con pena de prisión de tres meses y un día a tres años, pudiendo imponerse, además la de pérdida de empleo, aquella conducta realizada por un militar prevaleciéndose de su condición consistente en «procurarse interés en cualquier clase de

contrato u operación que afecte a la administración militar» o que «cometiere el delito del artículo 441 del Código Penal».

Se trata de un tipo mixto²² y alternativo²³. Por ello, se ha de diferenciar por un lado la remisión al artículo 441 Código Penal si lo realiza un militar (única diferencia con lo previsto en la norma general), del tipo clásico de las normas penales militares consistente en «procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración Militar». Se trata para cualquiera de los dos tipos expresados en el artículo 83 Código Penal Militar de delitos de acción²⁴.

1. «Procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración Militar»

Esta acción²⁵ comporta que se realice necesariamente por parte del sujeto activo del delito una acción positiva consistente en «procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar». Ello implica que no sea posible que el delito se cometa mediante

18 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de noviembre de 2002.

19 «El bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales con respecto a los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 4 de noviembre de 2014 y de 11 de julio de 2008).

20 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 7 de enero de 2003, de 18 de junio de 1997, de 14 de octubre de 1997.

21 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de noviembre de 2002.

22 F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 296; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2013, p. 119.

23 S. Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 9.ª Edición, Reppetor, Barcelona, 2011, p. 236.

24 Los delitos de acción son aquellos que requieren que la conducta consista en un hacer activo, tratándose por tanto de la infracción de normas prohibitivas. M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2013, p. 113.

25 A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, 2015, p. 181.

omisión, por tanto, se trata de un delito de acción²⁶.

La acción de *interesarse* significa «un aprovechamiento de la función pública que se ejerce respecto a los contratos u operaciones que se sitúan bajo aquella»²⁷ en la esfera de la Administración militar²⁸.

Esta conducta («se interesare») puede tener una gran amplitud, con lo que dentro de esta expresión se pueden subsumir una gran variedad de acciones en las que el militar puede tener o tomarse un interés personal y propio en una actividad en la que está obligado o no a intervenir por razón del puesto que desempeña²⁹.

Simplemente con un acto (interesarse) se realizará la conducta prevista en el tipo y por ello es un delito de un acto al describirse una sola acción³⁰. El interés es lo mismo que

se produzca de una forma directa como indirecta. Aunque sí es necesario que ese interés consista en vincularse el militar, ligándose a expectativas de posible beneficio³¹.

Como consecuencia de este precepto, el militar no puede realizar conductas como esta en la que interviene directamente, pero tampoco aquellas en las que lo hiciera a través de su cónyuge, ascendiente, descendiente o por cualquier otra persona interpuesta en un negocio jurídico que dependa de la Administración militar.

Además, con estas actuaciones se produciría una incompatibilidad³² para contratar con la Administración militar de aquellas empresas en las que un militar forme parte de su Consejo de Administración, ocupe otros cargos directivos o figure como representante o agente comercial.

26 *Ibidem*, pp. 155 y ss.

27 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 7 de diciembre de 1995 y de 5 de marzo de 1992.

28 J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988, pp. 256 y ss.

29 «La conducta típica viene definida con el verbo se “interesare” que, por su amplitud, permite las más variadas formas en que un funcionario puede tomarse un interés propio y personal en una actividad de contenido pecuniario en la que tiene obligación de intervenir por el cargo que desempeña» (Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995).

30 S. Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 9.ª Edición, Reppetor, Barcelona, 2011, p. 235.

31 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de febrero de 1980.

32 La incompatibilidad referida no es la incompatibilidad del militar para desarrollar un trabajo privado fuera de las funciones públicas que ejerce, las cuales pueden dar lugar a una falta disciplinaria por no estar autorizado a ello.

En concreto el artículo 8 en su punto 11.º de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, señala que son faltas muy graves: «El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades». Las normas sobre incompatibilidades se regulan por Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y por el Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, de incompatibilidades del personal militar. Este Real Decreto, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional 5ª de la Ley, adapta ésta «a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas». Esta idea se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala «sobre el hecho de que el recurrente percibiera retribuciones de la Empresa SITEC, por los trabajos de asesoramiento que aquél prestaba a ésta, no implicaría otra cosa, en su caso, que una infracción disciplinaria por incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades del personal militar. En relación con él, en la misma Sentencia de 18 de mayo de 1994 se dice: “el recurrente no ha sido condenado en la sentencia impugnada por haber practicado el pluriempleo, ni tampoco por haberse dedicado a actividades incompatibles, desde el punto de vista administrativo, con las que le incumbían como militar... sino por haber realizado actos que integran el delito contra la hacienda en el ámbito militar que tipifica el artículo

El procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación implica que existe una finalidad de obtención de un provecho, utilidad o ganancia, un lucro patrimonial en cualquier actividad de carácter negocial, haciendo abstracción de que tal provecho llega a realizarse efectivamente o no³³. Por eso se trata de una conducta dolosa y un delito de mera actividad o peligro independientemente de que, como consecuencia de esa actuación, se produzcan consecuencias.

En el orden práctico, el interesarse se desdobra en dos tipos distintos de intervenciones igualmente válidas para la realización del tipo. Es decir, el militar podría realizar el tipo interviniendo como servidor público militar en el contrato u operación. También podrá actuar como particular recibiendo el beneficio directo o indirecto de tal operación, poniendo pues el interés público de su gestión que debe llevar el sello de la limpieza y honestidad de aquella, al servicio de sus intereses privados o particulares

y pudiendo dar lugar a consecuencias despreciables como el obtener beneficios de una manera deshonesto e incompatible³⁴ con la carrera de las armas.

Es destacable que con la acción prevista en el tipo no es necesario que se dé un resultado porque no requiere la «defraudación ni artificio para defraudar, sino un interesarse en operaciones de la Administración Militar, lo que significa un aprovechamiento de la función pública militar que se ejerce respecto a contratos u operaciones que se sitúen bajo aquélla»³⁵.

El «interesarse» es respecto a un contrato u operación con la Administración Militar. La expresión «contrato u operación» unida al resto del precepto, ha de entenderse a través de una interpretación literalista³⁶, en absoluto extensiva, pero si teleológica, como cualquier actividad de naturaleza económica en la que el sujeto activo del delito se inmiscuya para el logro de un beneficio de igual naturaleza³⁷.

191 del Código Penal Militar. Se le ha condenado, pues, por haber cometido un hecho penalmente típico [...] sin perjuicio de examinar la corrección del raciocinio en cuya virtud ha sido subsumido el hecho en la mencionada norma penal". Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar), de 14 de diciembre de 2004. Vid. R. Barranco Vela, «El régimen de incompatibilidades de las Fuerzas Armadas», en *La carrera horizontal, el Estatuto básico del empleado público, situaciones administrativas y otras cuestiones en la Ley de la Carrera Militar*, Seminario "La Carrera Horizontal desde la perspectiva militar" Dir. R. Barranco Vela y A. Ramírez Fernández, Centro mixto UGR-MADOC, d-estante, 2012, pp. 145 y ss.

33 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 diciembre de 1994.

34 R. Barranco Vela, «El régimen de incompatibilidades de las Fuerzas Armadas», en *La carrera horizontal, el Estatuto básico del empleado público, situaciones administrativas y otras cuestiones en la Ley de la Carrera Militar*, Seminario "La Carrera Horizontal desde la perspectiva militar" Dir. R. Barranco Vela y A. Ramírez Fernández, Centro mixto UGR-MADOC, d-estante, 2012, pp. 145 y ss.

35 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de marzo de 1992.

36 Artículo 3 del Código Civil.

37 Así lo señala el Tribunal Supremo respecto del artículo 401 del Código Penal de 1973 en la sentencia de la Sala de lo Penal de 5 de marzo de 1992, según la cual estas «exigencias que se extraen de su propia redacción y de su ubicación dentro del Código Penal (Capítulo XI del Título VII situados «de los fraudes u exacciones ilegales») aunque se trata de un delito de pura actividad, siendo indiferente que el titular de las obras fuera el Alcalde o mujer [...] un sector doctrina estima que hubiera debido utilizar la expresión «negocio jurídico para describir este comportamiento, aunque siempre con un trasfondo económico».

Esa «cualquier clase de contrato u operación», es decir una actividad comercial cualquiera, debe afectar o estar relacionada con la Administración militar. Pero esto no quiere decir que deba producirse un perjuicio o detrimento en la hacienda militar o patrimonio militar. Ni tan siquiera se requiere o se necesita que se produzca beneficio de algún tipo al militar que realiza la conducta prohibida. El legislador ha entendido que la lesión se da por realizada u ocasionada automática y simplemente por intervenir con interés particular y propio del militar sin tener en cuenta el daño que puede ocasionar a la Administración militar³⁸.

En mi opinión, necesitaría ampliarse el precepto añadiendo un nuevo apartado. Éste sería un tipo cualificado respecto del tipo básico que se prevé en el artículo 83 para el supuesto de que se obtuviera un beneficio por parte del militar que hace que la reprochabilidad de la conducta sea aún mayor.

Se trata de un delito conocido con la nomenclatura de infracción de deber³⁹ que evidencia la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal, en la medida

que supone la criminalización de un deber extrapenal por quien tiene una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico-penal.

La imparcialidad en la actuación de la Administración Pública, en nuestro caso en la Administración Pública en ámbito militar, es uno de los valores que vertebran el Estado de Derecho de una sociedad democrática, pues en base a ello se consolida la credibilidad entre los ciudadanos. Consecuencia de ello es la prohibición de obtener ventaja particular por parte del servidor público en asunto en el que deba intervenir oficialmente, y a esta idea responde este precepto⁴⁰.

No es preciso que se produzca un fraude o engaño por parte del militar, ya que el artificio fraudulento⁴¹ no es exigencia del tipo que se está analizando. Por ello, es de importancia destacar que en esta conducta no es necesario el perjuicio a la Administración militar, aunque es evidente que se falla y lesiona la lealtad y confianza que el Estado (en nuestro caso la Administración militar) ha depositado y tiene en sus servidores públicos militares.

38 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 18 de mayo de 1994 y de 20 de diciembre de 1994 según las cuales «lo decisivo para que el delito alcance realidad es simplemente que el sujeto se interese en el contrato –en su celebración o en su ejecución– que afecta a la Administración militar, porque el bien jurídico tutelado mediante castigo, a semejanza de lo que ocurre con el delito tipificado en el artículo 401 de Código Penal de 1973 es la probidad del funcionario –en este caso el militar–, su lealtad hacia la Administración, valores que no deben ser puestos en peligro mediante actuaciones como la del recurrente».

39 Respecto a los delitos de infracción del deber existen diferentes corrientes sobre los mismos, destacando la de Roxin (C. Roxin, «Los delitos de infracción de deber», en *Autoría y dominio del Hecho en Derecho penal*, Séptima edición, traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000), la de Jakobs (G. Jakobs, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª edición, traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995), Sánchez-Vera (J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002) y Bacigalupo (S. Bacigalupo, *Autoría y Participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007).

40 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de mayo de 2011.

41 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 de diciembre de 1994.

2. El tipo del 441 Código Penal en ámbito militar

El tipo que se prevé en el artículo 441 del Código Penal para el ámbito militar es aquella conducta⁴² que realiza el militar «fuera de los casos admitidos en la Ley o Reglamentos, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental».

La acción típica consiste en realizar una actuación profesional o de asesoramiento a entidad privada en asuntos que se encuentran relacionados con el cargo que ejerce el militar fuera de los casos previsto, es decir violando el régimen de incompatibilidades⁴³.

La conducta no abarca el trabajo o actividad realizados para la Administración Militar⁴⁴. Lo delictivo será la actuación que comprometa la imparcialidad, sólo ésta, por menoscabar el deber de exclusividad o por provocar una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública⁴⁵.

Conductas como la de asesorar a empresas para que se les adjudicaran los contratos realizadas por militares es lo que se persigue evitar con la inclusión de este tipo en el Código Penal Militar, al dañar la imagen de las Fuerzas Armadas, ir en contra de

la probidad necesaria para ser militar y, en definitiva, resultar incompatible con la ética exigible al colectivo castrense.

IV. SUJETOS

1. Sujeto activo

El sujeto activo del delito ha de ser necesariamente un militar, para las conductas que se recogen en el artículo 8 del Código Penal Militar. Para el caso de la acción de «procurarse interés» no se requiere o necesita ningún otro requisito más. Sin embargo, para la conducta del artículo 441 del Código Penal sí que se exige que el militar por razón de su cargo tenga que intervenir⁴⁶.

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo y titular del bien jurídico-penal atacado no es otro que el Estado en su rama de la Administración Militar, como ocurre en todos los delitos militares y cuya imagen tan perjudicada queda con conductas realizadas por su personal. El artículo 83 del Código Penal Militar es un delito especial propio⁴⁷ debido a que el sujeto activo del mismo sólo puede ser el militar o funcionario⁴⁸ afectado por el deber de imparcialidad que se protege.

42 A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, 2015, p. 181.

43 Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

44 Sentencia del alto Tribunal de 7 de enero de 2003.

45 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012.

46 A diferencia de lo que ocurría con el artículo 401 de Código Penal de 1973. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 22 de junio 1995.

47 No posee figura común para el extraneus, desde el momento en que sólo la autoridad o funcionario público que conoce de un asunto por razón de su cargo o que pertenece al lugar donde se tramita o resuelve el mismo puede violar el deber personalísimo de abstención, imparcialidad y exclusividad (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004).

48 Esto último atendiendo a las normas comunes.

V. NECESIDAD DE QUE LA CONDUCTA SEA DOLOSA

Se requiere que la conducta sea dolosa, es decir, es necesario una voluntad y consciencia de abarcar los requisitos objetivos contenidos en el tipo penal del artículo 83 del Código Penal Militar, al no tipificarse la conducta por imprudencia⁴⁹.

El militar actúa por su cargo o destino en un negocio determinado tomando un interés particular en un concreto asunto en el que sólo tiene que primar el interés de la Administración militar.

Ese dolo existirá cuando en asuntos en los que sólo debe prevalecer el interés de la Administración militar⁵⁰ mezcla el militar sus intereses particulares en la esfera de la gestión pública. Con ello, se quiebra la ética propia que debe tener todo militar en el ejercicio de sus funciones por el simple hecho de ser militar y que le obliga a respetar aún más que a cualquier otro servidor público las cuestiones morales o éticas⁵¹. Con esta conducta, se daña la buena imagen de

la Administración militar⁵², cuando él mismo tiene una función de velar por la misma, de cuidarla y preservarla.

Cuando el militar persigue un interés particular, lleva implícitamente aparejado un dolo intencional o impulsor. Ese dolo es el único elemento subjetivo exigido por el legislador como integrante del tipo previsto en el artículo 83 del Código Penal Militar. No se necesita que exista un engaño o artificio fraudulento, sino simplemente la voluntad consciente de actuar a la vez como particular y como servidor público de la Administración Militar.

Se trata de un tipo delictivo congruente en que la parte subjetiva de la acción se corresponde con la objetiva. El militar para cometer la conducta típica prevista en el artículo 83 del Código Penal Militar ha de interesarse por alguna actividad contractual u operacional de la Administración Militar o, como diría Rodríguez Devesa, en los «negocios jurídicos» de la Administración Militar⁵³.

49 Consecuencia del principio de legalidad proclamado en el artículo 9 de la Constitución Española y en el Código Penal español, además la señala la jurisprudencia que del «sistema de régimen apertus de los anteriores códigos penales se ha pasado al de numerus clausus o de cláusula específica en la punición de los delitos y faltas imprudentes o culposos, lo que supone una limitación del castigo de las conductas meramente imprudentes, aun cuando sean punibles los mismos comportamientos en su versión dolosa». Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de marzo de 1997, de 14 de septiembre de 2005 y de 27 de enero de 2009.

50 J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988, pp. 256 y ss.

51 Artículo 15 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, dispone que el militar «dará primacía a los principios éticos que responden a una exigencia de las que hará norma de vida. De esta forma contribuirá a la fortaleza de las Fuerzas Armadas, garantía de paz y seguridad». El artículo 119 del mismo texto normativo señala respecto a la actuación del militar que «se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, corporativas o cualquier otra que puedan colisionar con la satisfacción del interés general».

52 J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988, pp. 256 y ss.

53 J. M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1993, p. 1040.

El sentir general de la sociedad detesta este tipo de conductas, despreciándolas y rechazándolas, máxime en un contexto económico como el actual, en que la sola idea de obtener un provecho privado consecuencia de ocupar un puesto o ejercer un servicio público es denostada con arraigo. Además, el militar debe tener un conocimiento. Para ello se le instruye en sus obligaciones, sus deberes e incompatibilidades⁵⁴ entre las actividades privada y pública⁵⁵.

En el caso de la conducta del artículo 441 del Código Penal, además es posible el dolo eventual si asume la posibilidad de que el asunto en el que asesora o actúa probablemente se decida en la unidad, centro u organismo en la que se encuentra destinado⁵⁶.

VI. FORMAS IMPERFECTAS DE APARICIÓN

A lo largo del *itercriminnisse* tienen en cuenta las distintas fases por las que discutir el delito. Las diferentes etapas constituyen el camino en que el delito puede cometerse atendiendo al grado de ejecución⁵⁷.

De antemano se sabe que no es posible castigar o tener en cuenta para el Derecho penal la llamada fase interna y que sólo en los

casos expresamente establecidos por el legislador los actos preparatorios son punibles⁵⁸.

A. Actos preparatorios

No se ha establecido por el legislador ni en la normativa penal común ni en la militar para las figuras del artículo 83 de Código Penal Militar los actos preparatorios, por lo que no es posible que exista responsabilidad penal en los casos de provocación, conspiración o proposición⁵⁹ para los supuestos contemplados.

B. Tentativa

No es posible la tentativa⁶⁰ inacabada, ni acabada, ni el desistimiento. Al ser un delito de mera actividad, difiere de lo previsto para los delitos de resultado⁶¹, agotándose el tipo simplemente con la realización de una conducta o acción que no necesita producir un resultado material a pesar de que idealmente debe ser lesiva para un bien jurídico-penal.

En los delitos de mera actividad, señala Jeschek, «el tipo del injusto se agota [...] en una acción del autor, no precisándose un resultado en el sentido de un efecto exterior diferenciable espacio- temporalmente»⁶². Para

54 Ley Orgánica 53/84, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

55 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) de 18 de julio de 1997 y de 14 de octubre de 1997.

56 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) de 13 de julio de 2012.

57 C. Vázquez González, *Casos Prácticos de Derecho Penal (Parte Especial)*, Dykinson S.L. Madrid, 2012, p. 38.

58 Artículo 17 y 18 del Código Penal. Es una consecuencia del principio de legalidad penal. A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, pp. 71 y ss.

59 No es posible castigar por ellos en virtud de lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Código Penal y el artículo 1. 2 del Código Penal Militar.

60 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 de diciembre de 1994.

61 L. Gracia Martín, «El “itercriminnisse” en el Código Penal español de 1995», en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 259 y ss.

62 H. Jeschek y T. Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción de M. Olmedo Cardenete, 5.ª edición, Comarex, Granada, 2002, p. 282.

García Aran los delitos de mera actividad carecen de problemas causales⁶³ y no admiten la tentativa acabada, aunque sí la inacabada, si bien en la práctica no se castiga.

El artículo 83 del Código Penal Militar se puede considerar un delito de intención⁶⁴, es decir, un delito de tendencia interna transcendente en el que «el autor persigue un resultado que, ciertamente, debe considerar para llenar el tipo, pero que no necesita alcanzar»⁶⁵, no siendo tampoco posible el desistimiento al configurarse como un delito de consumación instantánea⁶⁶.

VII. CONSUMACIÓN

No se necesita para la consumación del delito que el autor consiga el provecho proseguido, ni que la Administración militar resulte económicamente perjudicada al ser un delito de mera actividad⁶⁷ o, como lo considera un sector de la doctrina, un delito de «peligro presunto»⁶⁸ con cuyo castigo, ante todo, se trata de proteger el correcto e imparcial funcionamiento de la Administración militar, su buena imagen ante los ciudadanos y la probidad de los militares que la sirven⁶⁹ como bienes jurídicos penales militares que son.

VIII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

A. Autoría

Los tipos previstos en el artículo 83 del Código Penal Militar son constitutivos de delitos especiales propios. El autor sólo puede ser un servidor público. Pero al tener equivalencia estas figuras en la normativa común también pueden calificarse como especiales impropios al tratarse de supuestos agravados con respecto a la normativa común debido al sujeto activo del delito que habrá de ser un militar. El autor necesariamente será un militar. El Código Penal Militar no dispone ninguna regla en materia de autoría para los delitos militares, por lo que buscar en el mismo de nada servirá⁷⁰. Por este motivo se acude a la normativa común, en donde se contienen las reglas de la autoría y participación⁷¹ que serán también de aplicación para el Derecho penal militar en virtud de lo señalado en el artículo 1 del Código Penal Militar, como consecuencia del carácter de complementariedad que inspira el Código Penal Militar de 2015 y de la especialidad del texto militar con respecto a la normativa común⁷².

A pesar de las diferentes interpretaciones para determinar la noción de autor

63 F. Muñoz Conde y M. García Aran, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 423.

64 Se llaman así porque en ellos la finalidad o motivo trasciende la realización del hecho típico. En ellos se adelanta la represión penal a un momento anterior al de la producción del resultado que se pretende evitar. C. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, p. 317.

65 H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª edición, Comarex, Granada, 2002, p. 342.

66 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de junio de 1996.

67 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 de diciembre de 1994.

68 J. M. Rodríguez Devesa, «Fraude militar», *Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix*, tomo X, 1960, p. 166.

69 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de junio de 1996.

70 J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, Bosch, Barcelona, p. 267.

71 Según este artículo 1. 2. Código Penal Militar «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

72 Hoy la complementariedad del Derecho penal militar con respecto al común es aceptada por la unanimidad de la doctrina sin dejar de entenderse una especial naturaleza de las infracciones militares que, incluso,

partiendo del artículo 28 del Código Penal, su concepto debe ser restrictivo⁷³, llegando a esta conclusión partiendo de la teoría del dominio del hecho. En el caso que estamos analizando para ser autor se tiene que producir la infracción de un deber⁷⁴.

Respecto a la autoría mediata, se ha de tener en cuenta que el propio artículo 83 del Código Penal Militar se refiere a ella al hablar del que «se interesare directa o indirectamente». Incluye en ese *indirectamente* al autor mediato en los términos del artículo 28 del Código Penal. Este precepto señala que «son autores quienes realizan el hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento»⁷⁵, pero en nuestro caso, para ser autor mediato, evidentemente también se ha de ser militar. Esta figura del autor mediato se encuentra también en el 441 del Código Penal en la expresión «por sí o por persona interpuesta».

En cuanto a la coautoría⁷⁶, en la conducta tipificada en el artículo 83 del Código Penal Militar no parece que sea posible que

pueda producirse. Es necesario el mutuo acuerdo y la comisión del delito conjuntamente por varias personas. El coautor ha de realizar dentro del *itercriminis*, en la fase de ejecución del delito, una contribución imprescindible y adecuada para la realización del tipo penal. Señala Mir Puig que «los coautores se reparten la realización del tipo de autoría»⁷⁷. Se trataría de que ninguno de ellos realiza el hecho completamente por sí mismo, sin que pueda considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro⁷⁸. Sin embargo, sí hay que entender que es posible la autoría basándonos en la pertenencia del delito⁷⁹, de esta forma también se justificaría la autoría atribuida al autor mediato⁸⁰.

B. Participación

En nuestro sistema rige, en materia de participación, el principio de accesoriadad limitada en materia de participación⁸¹. Por ello, para que los partícipes respondan criminalmente el autor debe haber realizado la conducta típica y antijurídica prevista en el tipo delictivo en cuestión.

se ha dejado ver en algún proyecto de reforma como por ejemplo la Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código de Justicia Militar de 1978 donde se reconoce la especial naturaleza de las infracciones militares que «comprenden generalmente un tipo de antijuricidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de las armas». J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Principio de Especialidad», en Comentarios al Código penal militar, coord. R. Blecua, Civitas, Madrid, 1988, p. 124; y en «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», en Revista Española de Derecho Militar núm. 77, 2001, p. 93.

73 M. Olmedo Cardenete, *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 177 y ss.

74 E. Pérez Alonso, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comarex, Granada, 1998, pp. 165 y ss. Critica esta teoría J. López Borja, *Autoría y participación*, Akal/iure, Madrid, 1996, pp. 28 y ss.

75 M. CorcoyBidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales individuales*, Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 1999, p. 330.

76 La definición de coautoría es una de las novedades que incorporó en su día el Código Penal de 1995.

77 S. Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 9.ª Edición, Reppetor, Barcelona, 2011, p. 400.

78 *Ibidem*, p. 401.

79 *Ibidem*, p. 403.

80 *Ibidem*, p. 403.

81 *Ibidem*, pp. 406 y ss.

Al ser un delito especial y además de infracción de deber⁸², presenta interés la posibilidad de participación del *extraneus*, en virtud de principio de accesoriedad limitada en la participación y de unidad de título de imputación⁸³. Con lo que los partícipes responderán por el delito especial⁸⁴, como es el delito militar⁸⁵. Sin embargo, el *extraneus* también responderá, aunque no tenga la cualidad de militar o de funcionario público⁸⁶, dado que los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción, cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor⁸⁷.

Además, en esta materia cobra importancia la normativa sobre contratación pública de nuestro país que sigue los criterios

europeos. A esos criterios europeos se encuentra España obligada con la finalidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia que son fundamento de la normativa comunitaria⁸⁸.

En un delito militar, como el del artículo 83 del Código Penal Militar, el partícipe viene arrastrado por «el mayor contenido del injusto que debe atribuirse a la conducta desleal de quien como el militar, debe dar primacía a los valores morales»⁸⁹. La participación puede ser tanto mediante la inducción⁹⁰, que el legislador la equipara a la autoría en el artículo 28 del Código Penal, como mediante la cooperación⁹¹ ya sea necesaria⁹² o no.

82 Respecto a los delitos de infracción del deber existen diferentes corrientes sobre los mismos, destacando la de Roxin, Jakobs, y Bacigalupo.

83 En los delitos especiales el autor está determinado por la ley, en virtud de que la conducta implica forzosamente la infracción de un deber jurídico específico. En el *extraneus* la autoría es imposible, pero la participación sí que puede darse siempre que el autor sea el sujeto calificado por la ley en base a que el autor es un elemento del tipo objetivo sin el que la conducta sería atípica. E, Alberto Donna, *La autoría y la participación criminal*, Comarex, Granada, 2008, pp. 88, 104 y 105.

84 Responderán por este delito del artículo 83 del Código Penal Militar. S. Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 9.ª Edición, Reppetor, Barcelona, 2011, pp. 396 y ss.; R. Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

85 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 23 de marzo de 1993.

86 En este caso se reconduciría a través de las normas comunes.

87 Art. 65.3 del Código Penal Común.

88 La pertenencia de España a la Unión Europea ha exigido en los últimos años un esfuerzo de adaptación y armonización de nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario, en particular con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta Directiva no sólo refunde las tres Directivas clásicas en esta materia (Directivas 92/50/CEE, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios; 93/36/CEE, sobre coordinación de los mismos procedimientos en los contratos de suministro; y, la 93/37/CEE, sobre coordinación de los mismos procedimientos en los contratos públicos de obras), sino que introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación.

89 Sentencia del Tribunal Militar Centra de 4 de febrero de 2004.

90 Un ejemplo es cuando X convence al funcionario militar en su cargo, para que le facilite información sobre un contrato en el ámbito de la Administración militar.

91 La cooperación se regula en el artículo 29 del Código Penal en virtud del artículo 5 del Código Penal Militar. El artículo 29 del Código Penal considera cómplices «a los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

IX. PROBLEMA CONCURSAL

A. Concurso de normas

El concurso de normas es posible que pueda plantearse entre el artículo 83 del Código Penal Militar y el artículo 439⁹³ del Código Penal. Este concurso de normas se resolverá teniendo en cuenta la remisión prevista como consecuencia de la especialidad y complementariedad del Derecho penal militar⁹⁴. Por ello es de aplicación lo dispuesto en el artículo 8 del Código Penal⁹⁵, que en el caso será aplicando el principio de especialidad.

B. Concurso de delitos

También pueden darse diversos supuestos de concursos de delitos entre las conductas del artículo 83 del Código Penal Militar con otras del Código Penal Militar y del Código Penal. Estos son:

1.º Concurso con el artículo 415 del Código Penal de revelación de secretos. En este caso, se trata de un concurso real si se producen distintos hechos punibles y el sujeto actúa en todos ellos con dolo directo. Si lo que se produce es un único hecho constitutivo de las dos infracciones estaremos ante un concurso ideal. Lo normal es que con un solo hecho se produzcan las dos conductas típicas previstas, dándose de este modo la identidad de hecho y en definitiva la unidad de acción. Conforme a la regla del concurso ideal prevista en el artículo 77 del Código Penal, se aplicará la pena prevista en su mitad superior para la infracción más grave, es decir la tenga la pena de prisión más elevada.

2.º Concurso con cualquiera de las conductas de cohecho previstas del artículo 419 al 422 del Código Penal. En este supuesto

92 En ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Militar Central de 4 de febrero de 2004, referido al señor que «se asoció con la compañera sentimental del Capitán administrador del Hospital Militar, y le pagó determinados salarios, al tiempo que concurría a los contratos convocados por el Hospital Militar de Las Palmas, y acordaba con el citado Capitán en su calidad de Administrador las modalidades de entrega de determinados suministros. Asimismo, retribuía regularmente al citado Administrador por su actividad de asesoría técnica, mientras, en contraprestación recibía no sólo presuntos informes, sino un trato de favor en el conjunto de la contratación llevada a efecto por el Hospital Militar de Las Palmas. El Sr. ha de ser considerado, por tanto, como coautor en tanto que cooperador necesario de la acción antijurídica realizada por el Capitán Administrador, conforme a lo señalado el artículo 28, b) del Código Penal, ya que sin su actuación el citado Capitán no hubiera podido ni siquiera intentar su propósito de procurarse interés en la actividad contractual desplegada por el Hospital Militar de las Palmas».

93 El artículo 439 del Código Penal, redactado conforme la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal señala que «la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

94 J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Principio de Especialidad», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. R. Blecua, Civitas, Madrid, 1988, p. 124; y en «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», en *Revista Española de Derecho Militar* núm. 77, 2001, pp. 89 y ss.

95 El legislador ha entendido que si se produce un concurso de normas o leyes se debe optar por la aplicación de uno sólo de los preceptos aplicables para castigar la acción cometida aplicando las siguientes reglas: 1) principio de especialidad (Artículo 8. 1. Código Penal), *Lexspecialisderogatlegigenerali*; 2) principio de subsidiariedad (artículo 8. 2. Código Penal), *Lex primaria derogatlegissubdiariae*; 3) principio de consunción (artículo 8. 3. Código Penal), *Lexconsumensderogatlexconsumpta*; 4) principio de alternatividad (artículo 8. 4. Código Penal), en defecto de los otros criterios el precepto penal más grave excluirá los que castiguen la conducta con menos pena.

se estaría en presencia de varios hechos punibles en concurso real porque habría una pluralidad de acciones y una pluralidad de delitos (artículos. 73, 75, 76 y 78 del Código Penal). Para Blecua Fraga en el cohecho cada cual pretende su propio beneficio, mientras que en el interesarse en operaciones al que refiere el artículo 83 del Código Penal Militar, el militar y el particular se asocian con el objetivo de conseguir un beneficio económico a costa del Estado⁹⁶, por lo que para este autor se produciría un concurso de normas.

3.º Concurso con el delito de tráfico de influencias del artículo 428 del Código Penal. Con un solo hecho, realizar la conducta prevista en el artículo 428 de Código Penal daría lugar a que se consumara el tipo de artículo 83 de Código Penal Militar. Con ello que se produciría un concurso ideal de delitos, debiendo castigarse con la pena prevista en su mitad superior para la infracción más grave (art. 77 CP).

C. Delito continuado⁹⁷

Es posible que este delito pueda cometerse de forma continuada conforme el artículo 74⁹⁸ del Código Penal, que es aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º del Código Penal Militar⁹⁹.

X. PENALIDAD

Se castiga este delito con la pena de prisión de tres meses y un día a tres años a la que se puede adicionar la pérdida de empleo. Esta pena es inferior a la que se preveía en el artículo 191 del Código Penal Militar de 1985. Esto evidencia que la dureza de la sanción se aminora y no prima tanto la idea de prevención general que existía con anterioridad.

No obstante, la pena privativa de libertad de prisión es más elevada que la que se establece en los artículos 439 y 441 del Código Penal y, también, es superior a la que se preveía en el artículo 401 del Código Penal de 1973 que estaba en vigor a la aprobación del Código Penal Militar de 1985. Esta diferencia se encuentra sobradamente razonada, no sólo por el distinto arsenal punitivo propio de ambos textos, sino también por el mayor contenido de injusto que debe atribuirse a la conducta desleal e imparcial de quien, como militar, debe dar primacía a los valores morales¹⁰⁰.

En mi opinión, la penalidad de este precepto se encuentra plenamente motivada en la exigencia debida a un servidor público militar, que debe ser mayor que la exigida a un funcionario público cualquiera, como consecuencia lógica de que los criterios éticos de los militares atendiendo a las importantes funciones y misiones constitucionales¹⁰¹ que tienen encomendadas.

96 R. Blecua Fraga, «Delitos contra la Hacienda en ámbito militar», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. R. Blecua, Civitas, Madrid, 1988, p. 2032.

97 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 8 de febrero.

98 Los apartados 1 y 3 del artículo 74 del Código Penal de 1995 fueron modificados por la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 del Código Penal.

99 Nuevamente se hace referencia a la «cláusula de salvaguarda» recogida en el artículo 1 del Código Penal Militar.

100 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de junio de 1996.

101 El artículo 8. 1 de la Constitución Española señala que «las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el Ordenamiento constitucional».

ESTÁNDARES DE VALORACIÓN PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

SUMARIO: I. ACERCAMIENTO AL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR Y EL FUERO MILITAR; II. LOS ESTÁNDARES DE VALORACIÓN PROBATORIA Y EL DENOMINADO “MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE”; III. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los estándares de valoración probatoria en el procedimiento penal militar colombiano son los mismos que en el procedimiento penal común de ese país, dado que el derecho penal militar no es sino una rama del derecho penal, por tanto, tiene como fuente inmediata la Constitución Política, la Ley y la Jurisprudencia.

“Más allá de toda duda razonable”, es el estándar que se aplica en materia penal seguido de la “presunción de inocencia” y “nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio”. El autor critica la existencia de conceptos contruídos fuera del ordenamiento legal como “más allá de toda duda razonable” y refiere que es esencial reivindicar el Principio de Legalidad.

¹ Abogado especializado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín. Magister en Derecho Procesal y Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

ABSTRACT

The evidentiary valuation standards in the Colombian military criminal procedure are the same as in the common criminal procedure of that country due to the military criminal law is a branch of the criminal law. Therefore, it has as an immediate source the Political Constitution, law and jurisprudence.

"Beyond reasonable doubt," is the standard applied in criminal matters followed by the "presumption of innocence" and "no one can be condemned without having been heard and defeated in trial". The author criticizes the existence of concepts built outside of the legal system as "beyond reasonable doubt" and refers to the fact that it is essential to vindicate the principle of legality.

I. ACERCAMIENTO AL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR Y EL FUERO MILITAR

El procedimiento penal militar hace parte del derecho penal militar, que es considerado pacíficamente, como una rama del derecho penal. Tiene como fuente inmediata la Constitución Política, la Ley, la Jurisprudencia, reconociendo precisamente la figura denominada Fuero Militar.

La finalidad del derecho penal militar es proteger determinados bienes jurídicos relativos a la fuerza pública y a sus miembros, evitando cualquier tipo de irregularidades en el cumplimiento de sus funciones, mediante la imposición de límites al ejercicio de la fuerza, con miras a ratificar la existencia del derecho y la supervivencia

misma del Estado Social de Derecho, como es el caso de Colombia.²

Con la entrada en vigor de la Ley N° 1407 de 2010, por la cual se expide el nuevo código penal militar, muere definitivamente el sistema penal militar inquisitivo y entra en vigor un sistema de carácter adversarial, en el que se tendrá una concentración de la prueba en un juicio de carácter oral y público, con igualdad de armas entre una Fiscalía Militar y la Defensa de los implicados.³

Con respecto al fuero militar, de gran preocupación entre activos y retirados, se conserva el artículo primero, tal como estaba en la Ley 522 de 1999, así: Fuero Militar: "De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro", con lo cual se ratifica el mandato constitucional consagrado en el artículo 221 superior.

De otra parte se creó la Defensoría Técnica Penal Militar, conformada por empleados civiles del Ministerio de Defensa y particulares, constituidos como un cuerpo autónomo separado del mando, quienes ejercerán de forma exclusiva la defensa técnica respecto de militares y policiales investigados por delitos en relación con el mismo servicio, para aquellos eventos en los que el procesado no tenga abogado de confianza, la cual tendrá entre otras atribuciones especiales, las de disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de

2 <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf>>.

3 <<http://eldiario.com.co/seccion/OPINION/sistema-penal-militar-acusatorio-i100824.html>>.

la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral, conocer, en su oportunidad, todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia el Fiscal Penal Militar, incluidos los que sean favorables al procesado; controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral, interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos, solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral; interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión y no ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.⁴

En sentencia C-326 de 2016, la Corte Constitucional indicó: “Teniendo en cuenta que, tanto de la aplicación de los métodos histórico, sistemático y teleológico de interpretación en torno al contenido del vigente artículo 250 superior, como de las exigencias y graves implicaciones que rodearían la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal ordinaria y/o penal militar, se concluye que se requeriría de una expresa previsión constitucional que permita su incorporación en cada uno de estos ámbitos, y considerando que el referido artículo 250, solo contempla la aplicación de este mecanismo para los procesos a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la jurisdicción penal ordinaria, al paso que ni esta ni ninguna otra norma constitucional

autoriza la posibilidad de aplicar esa misma figura dentro del ámbito de la justicia penal militar, sino que, por el contrario, su valoración en los términos consignados en este fallo, se traduce en su prohibición en esta última especialidad, la Corte determinó que el desarrollo legislativo contenido en los apartes acusados de los artículos 30 y 112, además de la totalidad de los artículos 111 y 113 a 120 de la Ley 1765 de 2015, resulta contrario al referido texto constitucional”.⁵

II. LOS ESTÁNDARES DE VALORACIÓN PROBATORIA

EL Código de Procedimiento Penal Colombiano, ley 906 de 2004, contempla en los artículos 7, 91, 101, 372, 381, un estándar de valoración para las pruebas, proferir sentencia y condenar. Este mismo estándar, puede ser identificado en los artículos 178, 513, 522 de la ley 1407 de 2010, que contiene el Código Penal Militar.

En este orden de ideas, el estándar de valoración puede ser identificado como una forma epistemológica de acercarse al conocimiento histórico de lo acontecido en unas circunstancias de tiempo, modo y lugar que el juez no conoce. “Más allá de toda duda razonable”, es el estándar que se aplica en materia penal seguido de la “presunción de inocencia” y “nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio”. Sobre el primer estándar, seguidamente se presenta el contenido normativo en el Código Penal Militar Colombiano, así:

“Artículo 178. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Todo miembro

4 Ibidem.

5 Sentencia C-326 de 2016.

de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.”

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable. (Las negrillas no pertenecen al texto)

“Artículo 513. Fines de la prueba.

Las pruebas tienen como fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.”

“Artículo 522. Conocimiento para condenar. Para condenar se **requiere el conocimiento más allá de toda duda**, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.”

Los artículos referidos contienen el estándar de prueba denominado “más allá de toda duda”, dirá para el tema probatorio, para sentenciar y para condenar. Es decir, que la importancia de este aspecto de valoración y generación de conocimiento del juez fue dejado a la epistemología y no a la

ley, como debió ocurrir, para garantizar el principio de legalidad, tan necesario en materia penal como límite de la actuación del juez y también como garantía de los procesados.

La aplicación del citado estándar de valoración se realiza sobre bases cualitativas para lograr una convicción íntima de la culpabilidad del implicado, pues claro que, en caso de existir dudas, estas se resolverán aplicando el principio del *in dubio pro reo*, que necesariamente se resolverán a favor del acusado.

Para algunos doctrinantes, como por ejemplo Taruffo, Ramírez y Bustamante, existen consideraciones para la aplicación de los estándares de valoración probatoria como son:

- a) La preponderancia de las pruebas presentadas
- b) Intentar la determinación de la probabilidad que tiene la hipótesis de culpabilidad del acusado.
- c) La asignación de una probabilidad a la creencia de culpabilidad.

Para Taruffo, la construcción de la probabilidad prevalente debe contener las siguientes premisas:

- Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa.
- Que la elección se conciba como producto de un procedimiento de la racionalidad.
- Que se considere racional la elección que se asume como verdadera la hipótesis sobre los hechos que resultan evidenciados.

- Que se encuentre debidamente probado y las evidencias ajustadas a ley.⁶

Para otros, como Botero y Prieto⁷, este sistema lo único que les dice a los juzgadores de los hechos es que al final el juicio deben pensar en la evidencia, observar el nivel de confianza que se ha alcanzado acerca de la culpabilidad del acusado; y si está convencido de la culpabilidad, debe así argumentarlo racionalmente y fundar la sentencia condenatoria.

El estándar “Más allá de toda duda razonable”, es un concepto vago e indeterminado, que no tiene justificación en un Estado de Derecho, toda vez que es abrir un espacio o puerta al autoritarismo y arbitrariedad que dan lugar a decisionismo ilegal o injusto.

El citado estándar puede ser atacado jurídica y argumentativamente a partir de reparos dirigidos a la ponderación de las pruebas; a lo probado y a lo que se presume probado, dándose por sentada su existencia y, finalmente, por las afirmaciones que se realizan sin tener prueba de ello en el marco de la sentencia.

Los estándares de prueba se sustentan en las llamadas reglas de la sana crítica, la cual es también una fuente ajena a la legalidad. En este sentido, la sana crítica se forma gracias a la presencia de los siguientes componentes, todos ellos subjetivos y por tanto falibles en materia penal.

1. Apreciación en conciencia
2. Íntima convicción
3. Persuasión racional
4. Apreciación razonada.

Cuando se construye una sentencia con fundamento en la valoración probatoria sustentada en la sana crítica, se está afirmando de manera general que estamos frente a una serie de elementos subjetivos que deben ser materializados en la misma, razón por la cual no se presumen, sino que son demostrativos de la posición y decisión del juez.

III. CONCLUSIONES

1. Los estándares de valoración probatoria en materia penal como “más allá de toda duda razonable” se encuentran contruidos por fuera del ordenamiento legal.

2. La epistemología jurídica en el campo de la formación del conocimiento judicial para proferir sentencia, con aplicación del estándar de valoración, “más allá de toda duda”, deja sin resolver varios problemas, entre ellos, cuando se inicia, cuando termina y que entender por el más allá, que impone lógicamente un más acá, y así se diluye el pensamiento racional para caer en la especulación.

3. El Principio de legalidad es fundamental reivindicarlo y hacer las definiciones

6 <www.eafit.edu.co/investigacion/semilleros/Documents/estandar-prueba-jueces.pdf>.

7 Ponencia aplicación del estándar de prueba por los jueces promiscuos. <www.eafit.edu.co/investigacion/semilleros/Documents/estandar-prueba-jueces.pdf>

correspondientes de cada institución jurídica. Dejar a otras ciencias el conocimiento jurídico como es la filosofía, la epistemología, entre otras, es generar un indebido

proceso judicial que va en contra de los derechos fundamentales que se encuentran en las Constituciones Políticas de nuestras Repúblicas.

BIBLIOGRAFÍA

Ley 1407 de 2010

TARUFFO, Michelle. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. UNAM. México. 2011.

_____. *Probabilidad y prueba judicial*. Marcial Pons, Madrid. 2009.

<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf>>.

<www.eafit.edu.co/investigación/semilleros/Documents/estandar-prueba-jueces.pdf>.

<<http://eldiario.com.co/seccion/OPINIÓN/sistema-penal-militar-acusatorio-i100824> Sentencia C-326 de 2016>.

EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN EN PERÚ Y EN SUDAMÉRICA¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LOS PRIMEROS INTENTOS. LAS OPINIONES CONSULTIVAS SOBRE EL ARTÍCULO 8.2.HJ; III. LOS FALLOS; IV. PROVISORIAS CONCLUSIONES; V. PROSPECTIVA.

RESUMEN:

El autor, a propósito de haber estado presente en la audiencia del caso “Manfred Amrhein y otros vs. Costa Rica”, que versaba sobre excepciones preliminares, analiza diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sobre los alcances del artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretamente, sobre el derecho a un recurso efectivo para impugnar decisiones judiciales y aun administrativas que violen los derechos de un ciudadano.

Del análisis de las diversas sentencias emitidas por la Corte IDH en torno al artículo 8.2.h., el autor concluye que varios conceptos no están claros y que el caso “Manfred Amrhein” debiera ser visto “como una oportunidad para que la Corte precise, concretamente y en términos técnicos, cuál es el intento recursivo que cubre las expectativas del artículo 8.2.h), tanto como los efectos de sus sentencias en la corrección de los distintos ordenamientos locales.”

¹ Esta apostilla se corresponde con la intervención del autor en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal y Constitucional “La tutela Procesal y los Derechos Fundamentales en el Perú y Sudamérica”, Lima, Perú, 6 de octubre de 2017.

ABSTRACT:

The author, regarding his presence at the hearing of the case “Manfred Amrhein and others vs.” Costa Rica”, which dealt with preliminary derogations, analyses various sentences of the Inter-American Court of Human Rights (IHR), on the scope of Article 8.2. h. of the American Convention on Human Rights, specifically, on the Right to an effective appeal to challenge judicial and even administrative decisions that violate the rights of a citizen.

From the analysis of various sentences issued by the Inter-American Court of Human Rights on Article 8.2. H., the author concludes that several concepts are not clear and that the case “Manfred Amrhein” should be seen as an opportunity for the court to specify, specifically and in technical terms, what is the appeal attempt that covers the expectations of article 8.2 h), as well as the effects of its sentences on the correction of various local regulations”.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que convoca este prestigioso evento, hemos de confesarlo, nos inquieta desde hace años; muchos años.

Los que precedemos a la *globalización* hemos podido observar cómo el fenómeno comunicacional, sobre todo en lo que respecta a la Internet, ha generado un sinnúmero de acercamientos y contactos jurídicos que ha venido a reforzar y apuntalar el fenómeno de la regionalización, lo que permite apreciar un panorama muy nutrido de realidades litigiosas y, por qué no decirlo, generar eventos como el que nos convoca.

Ante tantos prestigiosos panelistas, poco puedo hacer yo más que volcar ante ustedes mis propias dudas.

Debo contarles que, a principios de este año, tuve el honor de representar a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, de Argentina, en el marco de un Convenio de Movilidad Docente, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la centésima décima séptima Sesión Ordinaria de ese Tribunal. Las vivencias fueron fantásticas, pero una de las causas allí tratadas, llamó poderosamente nuestra atención. No era para menos, ya que el día anterior los titulares de los diarios de Costa Rica anunciaban: “El Gobierno dará batalla en la Corte contra la libertad de violadores y narcotraficantes”. Se trataba del caso “Manfred Amrhein y otros vs. Costa Rica”.

La audiencia versaba sobre excepciones preliminares y básicamente, estaba dirigida al cuestionamiento que hacía el ilustre Estado de Costa Rica sobre la acumulación de causas que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ocho casos, diecisiete personas, involucrados más de cincuenta procedimientos a los que no se les aplicó un único régimen y que se replicaría en unos doscientos casos más). La Comisión y los representantes de las presuntas víctimas parten de la idea de que la lesión es idéntica en todas esas causas: se ha violado el Derecho al recurso que consagra el artículo 8.2.h. de la Convención.

Hagamos un poco de historia para poner el tema en perspectiva.

II. LOS PRIMEROS INTENTOS. LAS OPINIONES CONSULTIVAS SOBRE EL ARTÍCULO 8.2.H)

Ante la Corte

Debemos precisar que, en el año 1991 por medio de la Opinión Consultiva 12/91, fue el propio Estado de Costa Rica quien

puso a consideración de la Corte Interamericana el proyecto de reforma del Código Procesal Penal que consagraba un nuevo recurso de Casación y requirió, en consulta, si esa norma respondía a los cánones (estándares) del 8.2.h. La Corte hizo uso de la facultad de no responder la consulta, debido a que “podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes han formulado peticiones ante la Comisión”.

Ante la Comisión

En el año 1992, Costa Rica formuló una consulta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de si la *casación* era o no un recurso compatible con el 8.2.h.; y, ésta, mediante el informe 24 del año 1992, le respondió que sí era posible que lo fuera, a condición de que “... permita la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, que no se regule, interprete o aplique con rigor formalista y siempre que permita examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, y el respeto a los derechos fundamentales en especial, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso”².

III. LOS FALLOS

Según la glosa que hace la doctora Anamari Garro Vargas, en su excelente obra “El derecho a la protección judicial” (Tirant lo blanch, ciudad de México, 2016), podemos recordar que la Corte Interamericana

se expresó sobre el artículo 8.2.h) en los siguientes casos:

Caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” (1999)

En lo que a la actividad jurisdiccional –contenciosa– de la Corte, puede decirse que fue en la causa “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, donde se expidió, por primera vez, de manera relevante, una posición sobre el art. 8.2.h y. En esa ocasión, emparentó esa norma con el artículo 8.1., que establece la garantía del juez natural.

En el marco de enfrentamientos entre grupos armados y las Fuerzas Armadas del Perú, fueron detenidos cinco ciudadanos chilenos. Se les inició un proceso en la jurisdicción penal militar bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria. Durante la etapa de investigación, no contaron con defensa legal. El proceso fue llevado frente a jueces “sin rostro” quienes los sentenciaron. Se interpusieron recursos de *habeas corpus*, los cuales fueron rechazados.

El tribunal entendió que el proceso penal era uno solo y que, mientras no se respetase la garantía del juez natural, de nada sirve que exista formalmente una segunda instancia. En definitiva, no nos dijo, en concreto, qué se requería de ésta, sino, sólo, que debía ser la continuidad del proceso ante sus jueces naturales.

Caso “Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (2004)

Cinco años después, aparece el que podríamos denominar *leading case* sobre

2 Como indica Ángela Ledesma, todos estos argumentos los repitió, luego, la Corte en “Herrera Ulloa”.

la materia: el caso “Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica”.

Mauricio Herrera Ulloa, en carácter de periodista, había replicado en el diario La Nación de Costa Rica una serie de artículos publicados en Europa con severas acusaciones a un delegado *ad honorem* de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica (Félix Przedborski), que le inició querrela por difamación, calumnias y publicación de ofensas. La primera instancia desestimó la querrela y la Corte, en casación, anuló ese fallo y mandó a juzgar nuevamente. Contra la sentencia condenatoria, el representante del diario La Nación y Mauricio Herrera Ulloa interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por los mismos jueces.

La particularidad de este caso es que la Corte ingresó al tratamiento de la lesión al derecho fundamental contemplado por el art. 8.2.h *iura novit curiae*; ello porque en la demanda -donde se ventilaba fundamentalmente la violación a la libertad de expresión-, la Comisión no alegó violación al art. 8.2.h, más allá de que, luego, en sus alegaciones, los representantes de las víctimas señalaron que el recurso de casación no cumplía con las exigencia del 8.2.h y 25 porque no permitía una revisión integral del fallo y, además, en el caso, la normativa había sido aplicada con criterios formales.

“El recurso de casación penal -se dijo- no cumple con los requisitos de ser un recurso efectivo ante un juez o tribunal superior en los términos contenidos en los artículos 8.2.h) y 25 de la Convención”.

“El derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior puede concebirse como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial

efectivo, según el art. 25.1 de la Convención. Además, la falta de un recurso de apelación infringe el art. 25.2.b) de la Convención, mediante el cual las partes se obligan a desarrollar las posibilidades del recurso judicial”.

La Corte -a pesar de que dice no poder expedirse sobre la alegada violación al artículo 25 por su extemporaneidad- emparenta la decisión a sus conceptos al referir que no basta su existencia formal, sino que debe ser un recurso eficaz y no ilusorio.

En el considerando 161, luego de recordar que los tratados deben interpretarse de buena fe, dice la Corte: “De acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un **recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho**. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”.

Continúa diciendo que: “El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen” (Cons.163); “La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ **debe ser accesible,**

sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho” (Cons.164); y, “Lo importante es que dicho recurso **garantice un examen integral de la decisión recurrida**” (Cons. 165). Sostuvo, en definitiva, que “En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior ...”.

Caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú” (2004)

En el mismo año 2004, la Corte vuelve a tratar este derecho a recurrir el fallo condenatorio en la causa “Lori Berenson Mejía vs. Perú” que, en prieta síntesis, repite los considerandos de “Castillo Petruzzi”, entendiendo que la violación del 8.2.h., se da por añadidura de la violación del 8.1., pues, aunque estaba prevista la segunda instancia, el órgano no era ni imparcial, ni independiente ni competente.

Lori Berenson Mejía fue detenida en 1995 por miembros de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional del Perú y llevada a su sede. En ese lugar fue interrogada por su presunta vinculación con miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Durante los interrogatorios y las diligencias de registro que se realizaron en su domicilio no estuvo presente el abogado de la señora Berenson y tampoco se le informaron los cargos en su contra, se le tomó declaración instructiva en el fuero militar. Antes de ser juzgada, fue exhibida ante la prensa nacional como cabecilla del MRTA.

El 2 de enero de 1996 el Juez Instructor Militar dio por concluida la investigación, y el mismo día el Fiscal Militar Especial del Ejército para casos de traición a la patria, formuló la correspondiente acusación. El 11 de enero de 1996 se celebró el juicio militar de la señora Berenson ante un tribunal militar “sin rostro”. El juicio duró un par de horas y consistió únicamente en la lectura de la sentencia. Por tanto, mediante dicha sentencia se condenó a la señora Berenson como autora del delito de traición a la patria, otorgando la pena privativa de libertad de cadena perpetua, en aplicación de la legislación penal antiterrorista. Luego de la condena en el juicio militar, fue enviada a diferentes cárceles. El 28 de agosto de 2000 se inició un nuevo juicio en el fuero penal ordinario, que culminó el año 2001 cuando la Sala Nacional de Terrorismo emitió sentencia mediante la cual declaró que, al no haberse logrado plena certeza de que la señora Berenson haya llegado a asociarse y ser parte integrante de la organización del MRTA, se la condenaba por delito de terrorismo, en la modalidad de actos de colaboración, a 20 años de pena privativa de libertad. El 13 de febrero de 2002 la Corte Suprema de Justicia del Perú confirmó la sentencia.

Dijo la Corte con cita de “Castillo Petruzzi”: [e]l derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de

sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, **el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales.** Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.

Caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala” (2005)

Un año después, en 2005, la Corte falla la causa “Fermín Ramírez vs. Guatemala” y vuelve a tratar la norma del 8.2.h).

En mayo de 1997 el señor Fermín Ramírez fue detenido por un grupo de vecinos de la aldea Las Morenas, quienes lo entregaron a la Policía Nacional. Dichos vecinos alegaron que el señor Fermín Ramírez habría violado y posteriormente asesinado a una niña. Inmediatamente, se ordenó la prisión preventiva del señor Fermín Ramírez por los delitos de asesinato y violación calificada. El 6 de marzo de 1998 se emitió sentencia condenatoria. Fue condenado a la pena de muerte. Solicitó un indulto, el cual fue denegado. El señor Fermín Ramírez permaneció más de siete años privado de su libertad, en condiciones carcelarias que afectaron su salud.

Aquí, si bien la Corte consideró que no se había violado la norma del 8.2.h, en razón de que, a pesar del resultado desfavorable, **el señor Ramírez había tenido “... un recurso efectivo...”**, es decir, lo emparentó, nuevamente con el art. 25. (Cons. 83) Si bien las instancias superiores no advirtieron las irregularidades que ocurrieron en el proceso penal, de las que deriva

la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 8 de la Convención, admitieron a trámite y resolvieron con regularidad los recursos interpuestos por la defensa del señor Fermín Ramírez. El hecho de que las impugnaciones intentadas no fueran resueltas, en general, de manera favorable a los intereses del señor Fermín Ramírez, **no implica que la víctima no tuviera acceso a un recurso efectivo para proteger sus derechos. (...)**

Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela” (2009)

Cuatro años después, en 2009, la Corte vuelve a tratar esta garantía en la causa “Barreto Leiva vs. Venezuela”. La particularidad de esta causa es que se trataba de un proceso llevado directamente por ante la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

En una causa seguida contra un expresidente, un senador y un diputado, por una presunta maniobra fraudulenta en una rectificación presupuestaria, fue citado como testigo Oscar Enrique Barreto Leiva que ejercía, en ese entonces, el cargo de Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República.

La Corte Suprema de Justicia consideró que dicha rectificación presupuestaria constituía un delito y condenó a quienes consideró responsables de dicho ilícito, incluyendo al señor Barreto Leiva. Él fue condenado a un año y dos meses de prisión y a otras penas accesorias por habersele encontrado responsable del delito de malversación genérica agravada en grado de complicidad.

El proceso, durante la etapa sumarial, implicó que el señor Barreto Leiva no fuera asistido por un defensor de su elección

en esa etapa del proceso, interrogara a los testigos, conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, presentara pruebas en su defensa y controvertiera el acervo probatorio en su contra. Asimismo, se le impuso la medida de prisión preventiva, sin la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza, la cual duró más tiempo que la condena que recibió.

La Corte diferenció aquí los supuestos contemplados por el artículo 25 y por el 8.2.h, al decir que (Cons. 101) “El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”. (Cons. 102) “Al respecto, la Corte considera que los hechos de este caso se circunscriben al campo de aplicación del artículo 8.2.h de la Convención que, como fue señalado anteriormente (supra párr. 88³), consagra un tipo específico de recurso que debe ofrecerse a toda persona condenada por un delito, como garantía de su derecho a la defensa, y estima que no se está en el supuesto de aplicación del artículo 25.1 de dicho tratado. La indefensión del señor Barreto Leiva se debió a la imposibilidad de recurrir del fallo condenatorio, hipótesis abarcada por el artículo 8.2.h en mención. (Cons. 103) “En consecuencia, la Corte declara que el Estado no violó el

derecho consagrado en el artículo 25.1 de la Convención”.

Dicho con otras palabras, la Corte entendió que Barreto Leiva no estuvo en indefensión, tuvo un “recurso” efectivo, pero que se le violó su derecho a recurrir el fallo y circunscribió la aplicación al ámbito del Derecho Penal y requirió que el Estado asegure el derecho a recurrir el fallo aun en los supuestos de imputados que tengan un fuero especial y sean juzgados por un tribunal supremo.

Caso “Vélez Loor Vs. Panamá” (2010)

Al año siguiente (2010), se falló la causa “Vélez Loor vs. Panamá”, que tiene la característica de tratarse de un procedimiento en sede administrativa (migratoria).

Jesús Tranquilino Vélez Loor, ciudadano ecuatoriano, fue retenido el 11 de noviembre de 2002 en el Puesto Policial de Tupiza, en la Provincia del Darién, República de Panamá, por presuntamente no portar la documentación necesaria para permanecer en dicho país. Posteriormente, la Directora Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia dictó una orden de detención en su contra. El señor Vélez Loor fue trasladado a una cárcel pública. El 6 de diciembre de 2002 se resolvió imponerle una pena de dos años de prisión por haber infringido disposiciones

3 88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable.

Luego dirá que la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado; y que, si bien los Estados tienen discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.

de Migración. La referida resolución no fue notificada al señor Vélez Loor. El 18 de diciembre de 2002 fue trasladado al centro penitenciario La Joyita. Mediante resolución de 8 de septiembre de 2003, la Directora Nacional de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta. El 10 de septiembre de 2003, el señor Vélez Loor fue deportado hacia Ecuador, tras lo cual, alegó haber sido víctima de actos de tortura y malos tratos ocurridos durante su estancia en los diversos centros penitenciarios (Cons. 178). “Al respecto, la Corte considera que los hechos de este caso se circunscriben al campo de aplicación del artículo 8.2.h de la Convención, que consagra un **tipo específico de recurso que debe ofrecerse a toda persona sancionada con una medida privativa de libertad**, como garantía de su derecho a la defensa, y estima que no se está en el supuesto de aplicación del artículo 25.1 de dicho tratado. La indefensión del señor Vélez Loor se debió a la imposibilidad de recurrir del fallo sancionatorio, hipótesis abarcada por el artículo 8.2.h en mención”. (Cons. 179) “La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio o sancionatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En este sentido, el derecho a recurrir del fallo, reconocido por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que

juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso. **Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.** Sobre este punto, si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”.

Caso “Mohamed vs. Argentina” (2012)

Dos años después, la Corte vuelve sobre la temática del 8.2.h en la causa “Mohamed vs. Argentina”, en él se circunscribe aún más al aspecto penal y determina que “dicha norma convencional garantiza a la persona condenada penalmente”.

Oscar Alberto Mohamed era conductor de un colectivo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el año 1992 atropelló a una mujer que luego falleció. Inmediatamente se le inició una causa por homicidio culposo y tanto la fiscalía como la querella requirieron la pena de un año de prisión e inhabilitación para conducir por seis años. En primera instancia fue absuelto y, en apelación, condenado a las penas solicitadas. Interpuso recurso extraordinario y se le denegó, fue en queja a la Corte y ésta declaró inadmisibile el recurso en los términos del art. 280 (certiorari negativo).

Es importante resaltar que la Corte sostuvo “el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y

que **resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria**. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena”.

Seguidamente, la Corte se refirió al contenido de la garantía que otorga el artículo 8.2.h de la Convención y resaltó que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y **reiteró que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz** (vuelve a emparentarlo con el art. 25), lo cual supone, entre otras cosas, que: debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente. Asimismo, el Tribunal indicó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, **para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea**. Ello requiere **que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada**. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso

contra la sentencia condenatoria **respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente**, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.

Caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (2013)

Estos mismos argumentos se repitieron, un año después, volviendo a la identificación hecha en “Herrera Ulloa”, en la causa “Mendoza y otros vs. Argentina”, también denominada “Niños condenados a perpetua en Argentina”.

Allí, la Corte dijo que (Cons. 242) “El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. (...) Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida”. (Cons. 244) “... que el artículo 8.2.h de **la Convención se refiere a un recurso ordinario** accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada” (Cons. 247) “En el caso específico, la Corte también considera conveniente resaltar que el derecho de recurrir del fallo también se encuentra previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño” (Cons. 256).

Con base en fórmulas rígidas contrarias a la revisión integral del fallo en el sentido exigido por la Convención, el rechazo de los recursos de casación fue in limine, sin ningún análisis sobre el fondo de la cuestión

y sin considerar que las cuestiones fácticas y probatorias también pueden incidir en la corrección de una condena penal (...). En términos de la jurisprudencia sobre los alcances del derecho de recurrir del fallo, las decisiones recaídas a los recursos de casación fueron contrarias a lo dispuesto por el artículo 8.2.h) de la Convención Americana (Cons. 260). “Si bien la Corte valora positivamente que, en el presente caso, mediante los recursos de revisión se haya logrado la revisión de las condenas de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal aproximadamente 12 años después, este tipo de recurso no satisface el derecho previsto por el artículo 8.2.h) de la Convención Americana en cuanto a la posibilidad de interponer un recurso antes de que la sentencia condenatoria quede firme y adquiera calidad de cosa juzgada”.

En definitiva, la Corte aquí refiere a un recurso ordinario y desecha la posibilidad de que la satisfacción provenga de un recurso extraordinario, como la revisión, porque supone como objeto litigioso una sentencia firme basada en autoridad de cosa juzgada.

Caso “Liakat Alí Alibux vs. Suriname” (2014)

Como sostiene Anamari Garro Vargas, en su obra *Derecho a la protección judicial*, merece, por último, considerarse el más reciente de los fallos que se inscribe en la misma línea, pero con la característica particular del voto del vicepresidente de la Corte, Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

En efecto, el 30 de enero del año 2014, la Corte falló el caso “Liakat Alí Alibux vs. Suriname” expidiéndose sobre la garantía del artículo 8.2.h). Liakat Ali Alibux fue

Ministro de Recursos Naturales y, también, de Finanzas de Suriname. En este último cargo, autorizó la compra de un edificio para un Ministerio valuado en novecientos mil dólares. Luego de un cambio de gobierno, fue acusado de dos casos de falsificación y fraude a la ley cambiaria. Entre otros planteos, le hizo saber a la Alta Corte de Justicia que el artículo 140 de la Constitución de Suriname y la Ley sobre Actuación de Funcionario con Cargos Políticos (LAFCP) no respetaban el standard del artículo 8.2.h) de la Convención ni el 14.5. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Los planteos le fueron desestimados. Se lo condenó y luego de cumplida su condena, se modificó la ley generando un recurso ante la misma Corte.

En este caso, la Corte Interamericana vuelve a efectuar una subsunción del artículo 25.1 en el 8.2.h); entendiendo que, si se viola el **derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior**, se viola el **derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo** que ampare contra los actos que violen derechos fundamentales.

A diferencia de lo que había sostenido en Barreto Leiva cinco años antes, frente a un juzgamiento en instancia única ante una Corte Suprema, donde dijo que no había violación al artículo 25 pero sí al 8.2.h), ahora sostiene que, tal violación, se da por vía de consecuencia.

El voto individual del Juez Ferrer Mac-Gregor, sin embargo, pasa a marcar las diferencias y, al deslindar el campo de aplicación del artículo 8.2.h), deja abierto un gran interrogante. Dice en el párrafo 62. “Resulta por momentos evidente los paralelismos entre los recursos previstos por ambos derechos sobre todo en la forma de sustanciarse. Ambos deben ser eficaces, accesibles y deben respetar el marco del debido

proceso legal previsto en el artículo 8.1 del Pacto de San José. Sin embargo, el derecho a la protección judicial (Art. 25) es amplio y general, para proteger los derechos consagrados en la Constitución, la ley o la Convención Americana, mientras que el otro derecho (8.2.h) se encuentra circunscrito a promover la revisión de una decisión en el marco de un proceso que puede incluir la determinación de los derechos y obligaciones tanto de orden penal, así como las de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

IV. PROVISORIAS CONCLUSIONES

Todo este *raconto*, no hace más que demostrar que el Estado de Costa Rica llega a esta causa “Mnandfred Amrheim vs. Costa Rica” en iguales condiciones a las que se encontraba en el año 1992, cuando solicitó la Opinión Consultiva; o, si se quiere, peores. Y ello, a pesar de que la Corte IDH, en la sentencia del 22 de noviembre del año 2010, declaró que el Estado de Costa Rica dio cumplimiento a todos los puntos de la sentencia dictada en la causa “Mauricio Herrera Ulloa” particularmente en lo que a la “Obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana” refiere.

En cuanto a la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 de la misma, dentro de un plazo razonable (punto resolutivo quinto de la Sentencia) -dijo la Corte-, Costa Rica informó que el 29 de abril de 2010 la Asamblea Legislativa aprobó la Ley N° 8.837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de

oralidad en el proceso penal” (en adelante también “Ley N° 8.837”), cuyo texto fue publicado el 9 de junio de 2010 en el Diario Oficial “La Gaceta”. Asimismo, acompañó una copia de la publicación oficial de dicha ley, la cual: **a)** estableció diversas reformas al Código Procesal Penal, entre otras, amplió el régimen de impugnación de sentencias con la incorporación del recurso de apelación de sentencia penal, reformó el recurso de casación y revisión, y fortaleció el principio de oralidad en los procesos penales; **b)** creó el recurso de apelación de sentencia, disponiendo que son apelables todas las sentencias y los sobreseimientos dictados en la fase de juicio. El recurso de apelación “permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y la valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El Tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aún de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que se encuentren en la sentencia”. Asimismo, la Ley N° 8.837 prevé un número reducido de causales de inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia y dispone que el recurso debe ser resuelto aun cuando en su redacción existan defectos. En caso de que tales defectos impidieran en forma absoluta conocer el reclamo, el Tribunal de Apelación puede prevenir a la parte para que los corrija, puntualizando los aspectos que deben aclararse y corregirse. En cuanto a la prueba ante el Tribunal de Apelación dispone que “[e]n orden al examen integral del juicio o del fallo emitido por el tribunal de juicio, mediante el recurso de apelación de sentencia, el tribunal, a petición de parte, tendrá la facultad de examinar los registros de las pruebas producidas en el juicio, siempre y

cuando sea necesario, pertinente y útil para los fines de la apelación, el objeto de la causa o para la constatación de un agravio. De igual forma se procederá respecto de las manifestaciones del imputado”. Asimismo, la Ley N° 8.837 regula lo relativo a la prueba testimonial y pericial que, excepcionalmente, podrá recibirse directamente ante el Tribunal de Apelación, así como los supuestos en los cuales determinada prueba puede considerarse como nueva. Adicionalmente, establece la posibilidad de que dicho Tribunal de Apelación pueda auxiliarse de los sistemas de documentación a su alcance, con el fin de facilitar el control de lo ocurrido en el tribunal de sentencia. El Tribunal de Apelación apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión. Finalmente, se regula lo relativo a la resolución del Tribunal de Apelación y al juicio de reenvío, y c) modificó el recurso de casación, el cual procederá contra las sentencias dictadas por los tribunales de apelación: i) cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por dichos tribunales, o por ellos y por los de la Sala de Casación Penal, o ii) cuando la sentencia no observe o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal.

Antes

(149) De conformidad con la legislación costarricense [que había sido consultada a la Comisión y, aunque sin resultados, a la propia Corte], contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente se puede interponer el recurso de casación. Dicho recurso se encuentra regulado en los artículos 443 a 451 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

(150) El artículo 443 del Código Procesal Penal de Costa Rica establece que el “recurso de casación procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal”. Asimismo, el artículo 369 del Código Procesal Penal establece que los defectos de la sentencia que justifican la casación son los siguientes: a) que el imputado no esté suficientemente individualizado; b) que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado; c) que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por lectura con violación de las normas establecidas en el Código; d) que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo; e) que falte en sus elementos esenciales la parte dispositiva; f) que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente; g) la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; h) la inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre la sentencia y la acusación; e i) la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

V. PROSPECTIVA

No es fácil vaticinar el resultado del caso Manfred Amrhein. La Corte no ha tenido una postura uniforme. Si bien varios aspectos han sido reiterados en los distintos fallos, ha hablado, pues, de un recurso “ordinario eficaz”. Ha dicho que los Estados tienen un margen de apreciación para

regular dicho recurso a condición de no establecer restricciones que vulneren la esencia misma del derecho a recurrir el fallo; que lo importante es que se “garantice un examen integral de la decisión recurrida” (no nos dice, lisa y llanamente, apelación), ha indicado que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer “un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores” que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable; que “debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada”.

A la vez, ha dicho que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un “medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea”. Ello requiere “que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada”. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso “deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria” y consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria “respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la

Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente”, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.

Indudablemente, como anticipamos, sólo nos deja dudas. Mantienen sentido –al menos en lo que a la responsabilidad internacional respecta– las acciones de revisión –entendido éste como un recurso que tiene por objeto impugnable a sentencias firmes–?

Si un recurso de revisión prospera, existe igualmente violación de los derechos humanos en los términos del artículo 8.2.h)?

Si los Estados tienen libertad de determinar el tipo de recurso e instituyen un recurso de casación o de revisión en términos amplios que permitan revisión de hechos, prueba y derecho, los inhabilita poseer nombres de recursos extraordinarios?

Cuál es el alcance objetivo de una sentencia dictada por la Corte Interamericana que ordena adecuar un procedimiento? Qué sentido tiene, en este contexto, una reparación como la indicada en el resolutorio número 9 de la sentencia dictada el 2 de septiembre de 2015 en el caso “Omar Humberto Maldonado Vargas y otros contra Chile”⁴.

Qué efectos tiene, en la esfera del sistema de protección de los DDHH, el desaprovechamiento de una instancia de excepción que no tiene otra opción que concederse

4 9. El Estado debe poner a disposición de las víctimas del presente caso, dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la presente Sentencia, un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en la referida causa en su perjuicio, de conformidad con lo señalado en el párrafo 167 de la presente Sentencia. Ese mecanismo debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena de conformidad con lo señalado en el párrafo 170 de la presente Sentencia.

contra una sentencia firme por amplio que sea su margen de conocimiento?

El caso “Manfred Amrhein” debe ser visto como una oportunidad para que la Corte precise, concretamente y en términos

técnicos, cuál es el intento recursivo que cubre las expectativas del artículo 8.2.h), tanto como los efectos de sus sentencias en la corrección de los distintos ordenamientos locales. Es imperioso que así sea.

LOS PROCESOS COLECTIVOS, UNA HISTORIA DE CLASES. APROXIMACIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. EL CAMBIO DE PARADIGMA; 2. LA BILL OF PEACE Y LA COURT OF CHANCERY; 3. LA REGLA DE EQUIDAD 48; 4. LA REGLA DE EQUIDAD 38; 5. LA REGLA 23 DE 1938; 6. LA REGLA 23 DE 1966; 7. LA ACTUAL REGLA 23; 8. EL SALTO DE LAS CLASS ACTIONS A SUDAMÉRICA. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

Revisión de cómo las denominadas *Class Actions* anglosajonas pasaron a ser el antecedente histórico de lo que hoy se conoce como Procesos Colectivos, su evolución hasta la actual Regla Federal 23 y su salto a Sudamérica proveniente Europa y no desde Estados Unidos como podría creerse.

ABSTRACT

Review of how the so-called Anglo-Saxon Class Actions became the historical antecedent of what is now known as Collective Processes, its evolution to the current Federal Rule 23 and its jump to South America from Europe and not from the United States as you might think.

1 Profesor de Derecho Procesal, Académico jornada completa en el Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Tarapacá, Sede Esmeralda, Iquique, Chile. Alumno de Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, Iquique. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Procesal. Adherente al Instituto Panamericano de Derecho Procesal, capítulo Chile. Correo electrónico: <luispriosm@gmail.com>. Sitio web <<http://luispatricio-riosmunoz.webnode.cl>>.

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales el ser humano ha tenido una interrogante en particular: ¿cuál es su origen y el origen de todo? Este es probablemente un teorema genético que nos mantiene inquietos, salvo cuando nos sumergimos en la rutinaria vida mundana. De esta interrogante surgió la Ciencia y la Historia, y volviendo ya al campo jurídico, surge también la rama del Derecho Histórico o Historia del Derecho, que se refiere a la evolución del mismo en el mundo occidental, estudia el desarrollo de los preceptos e instituciones jurídicas de determinados pueblos a través del tiempo. Ello tiene una explicación bastante cabal, ya que conocer el pasado de toda institución jurídica es importante para la comprensión de la forma o revestimiento actual de la misma, y para determinar su evolución en el futuro.

Por ello, es bueno recordar que el tema que ahora tratamos tiene su origen en el desarrollo de los derechos que han sido catalogados por “generaciones”². Así, en un primer momento, se habla de *los derechos de primera generación*, preponderantemente los individuales, que aparecen con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en la Revolución Francesa.

Ya para 1948, tras la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Organización de Naciones Unidas, aparecen en escena los

derechos de *segunda generación*: los sociales, económicos y culturales, que abarcan y complementan a los anteriores.

La *tercera generación* de derechos comienza a gestarse tras la Segunda Guerra Mundial y se va desarrollando durante toda la segunda mitad del siglo XX, donde los avances de la ciencia y la tecnología dejan atrás los esquemas individualistas propios de épocas pasadas, pasa a comprenderse la globalidad de los problemas humanos y su afectación a todo el planeta; la consigna pasa a ser “una sola Tierra”, por lo que debe promoverse la solidaridad humana para alcanzar la convivencia. Es así como aparecen y se configuran los derechos solidarios, orientados a asegurar la existencia, dignidad y desarrollo integral de la persona humana ya no considerada individualmente.

Este fenómeno de masas es un tema meta-jurídico que comprende las diversas ciencias sociales, y que no todos ven con buenos ojos. En efecto, algunos hablan del fantasma de los grupos impredecibles de ciudadanos que, de un momento a otro pueden poner en jaque a poderosas corporaciones y gobiernos, incluso destruirlos. Estos grupos de interés son denominados como los *stakeholders* por los profesionales de las ciencias empresariales. Los ciudadanos se han empoderado, pasando de ser entes anónimos para transformarse en individuos que expresan su malestar. Se trata de grupos de personas afectadas que tienen la capacidad de generar cambios en las empresas³.

2 Seguimos aquí la evolución que de estos derechos hace CAPELLA, José Luis: *Intereses Difusos*. Gráfica Esfinge, Santa Fe, 1995, pp. 23 a 25.

3 GODOY ETCHEVERRY, Sergio y OPAZO PRELLER, Eduardo: *La empresa es el mensaje. Estrategia y comunicación*. El Mercurio, Santiago, 2015, p. 28.

1. EL CAMBIO DE PARADIGMA

No son pocos los autores jurídicos que afirman que la sociedad ha cambiado y evolucionado, haciendo aparecer nuevos intereses⁴. Aguirrezabal sitúa el inicio de los Procesos Colectivos como consecuencia de la transformación en el orbe que significó la Segunda Guerra Mundial, lo que ocasionó el surgimiento de nuevas formas de conflicto y, en consecuencia, la necesidad de crear mecanismos más idóneos para su solución, calificando nuestra sociedad actual como una sociedad de masas en que las relaciones son cada vez más complejas⁵.

Si bien el primer tratado internacional del que se tiene noticia data del año 3.100 a.C., fue sólo después de la Primera Gran Guerra que los tratados comenzaron a reunirse a muchos Estados. En efecto, se afirma que los tratados de paz fueron el principal legado del conflicto armado mundial de 1914 a 1918; los más importantes, sin duda, los cinco tratados firmados en la Conferencia de Paz de París de 1919 y 1920: el Tratado de Versalles, el Tratado de Saint-Germain-en-Laye, el Tratado de Neully, el Tratado del Trianon, y el Tratado de Sévres. A dicha Conferencia asistieron representantes de todos los países aliados, en una empresa sin precedentes⁶. Esto cambió al mundo entero,

y “*lo colectivo*” empezó a volverse cada vez más recurrente y más importante.

En Estados Unidos, en 1919, uno de cada cinco trabajadores fue a la huelga, con la esperanza de que el Gobierno reconociese a los sindicatos el derecho a la negociación colectiva. La respuesta del Estado no fue lo que esperaban ya que, el día de año nuevo de 1920 fueron detenidos seis mil huelguistas bajo el cargo de sospecha de simpatizar con el comunismo⁷. Conforme lo indicado precedentemente, es imposible desconocer la conexión existente entre el Derecho Colectivo del Trabajo, si bien los orígenes del derecho laboral colectivo se remontan a la Revolución Industrial, no fue sino hasta que aparece el fenómeno de la “*colectivización del trabajo*”⁸, que surge el sindicalismo, fenómeno producido por la reunión masiva de trabajadores en las fábricas o lugares de producción, precisamente durante o después de la Primera Guerra Mundial. Este fenómeno permitió una lenta pero segura toma de conciencia por parte de los trabajadores, de sus necesidades e *intereses comunes y del poder colectivo*⁹. Al igual que los Procesos Colectivos, se afirma que la negociación colectiva (o lo que es lo mismo para estos efectos, el Derecho Colectivo del Trabajo) no

4 Sin ser exhaustivos, podemos citar a AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite: *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia*. Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 1; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*. Fallos del Mes, Santiago, 2004, pp. 54-57; y Montero Aroca, Juan: *De la legitimación en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 2007, p. 407.

5 Aguirrezabal Grünstein, Maite: *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia*. Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 1.

6 STEVENSON, David: *1914-1918: Historia de la Primera Guerra Mundial*, trad. Juan Rabasseda y Teófilo de Lozoya. Debate, Buenos Aires, 2014, páginas 652 y 653.

7 STEVENSON, David: *1914-1918: Historia de la Primera Guerra Mundial*, trad. Juan Rabasseda y Teófilo de Lozoya. Debate, Buenos Aires, 2014, p. 696.

8 GAMONAL CONTRERAS, Sergio: *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lexis Nexis, Santiago, 2002, p. 2.

9 GAMONAL CONTRERAS, Sergio: *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lexis Nexis, Santiago, 2002, p. 3.

ha tenido un origen único ni uniforme¹⁰, si bien todos coinciden en que surgió del movimiento obrero.

De lo que hasta aquí se lleva dicho, es improbable que podamos dar una fecha exacta al nacimiento de la conciencia colectiva de derechos que llegó a transformarse en lo que hoy conocemos como Procesos Colectivos, si bien existe uniformidad en que los fenómenos bélicos mundiales contribuyeron a un cambio en el paradigma y centraron el interés en los fenómenos de masas. Lo que sí podemos hacer es revisitar los hitos más importantes que son el antecedente de las instituciones que hoy conforman los Procesos Colectivos, partiendo por la más significativa y representativa de este movimiento, que son las *class actions* norteamericanas.

2. LA BILL OF PEACE Y LA COURT OF CHANCERY

Se dice que los antecedentes más remotos de las *Class Actions* se encuentran en la época medieval, donde se sitúan los primeros litigios efectuados a favor o en contra de grupos de personas que traían reclamos sobre daños comunes: mercaderes que manipulaban el mercado, oficiales de iglesias que disturbaban la paz religiosa, familias poderosas que intimidaban a los jurados, etc.¹¹. Se trata de una tipología de litigio representativo de connotaciones más amplias que las actuales.

La necesidad de hacer partícipes del proceso a todos aquellos a quienes el pronunciamiento pudiera afectar (aun cuando no se apersonaren en el juicio), se impone como consecuencia del derecho de defensa. En el Derecho inglés, una concreción de este principio se traducía en la “regla de las partes necesarias” (*necessary party rule*), pero cuando el número de partes necesarias era muy elevado o su identificación se tornaba difícil, aquella exigencia venía a convertirse en un obstáculo para el desenvolvimiento oportuno del proceso. En tales casos, la *Court of Chancery*, en su función de tribunal de equidad, entendió que sería preferible otorgar la tutela a todos los posibles afectados, aunque sólo uno de ellos actuara, y aun sin expreso poder de representación del resto¹².

Lo anterior se entiende porque este tipo de procedimientos se caracterizaba por la ausencia de formalismos y la amplia discrecionalidad jurisdiccional, ya que la solución se tomaba en base a reglas de equidad en todos aquellos casos en que existían dificultades para llegar a una resolución adecuada y justa mediante la aplicación de los normales remedios legales. Estos procesos eran tramitados ante los tribunales de equidad que exigían la presencia de todos los interesados para quedar afectos a lo que ahí se decidiera¹³.

De esta manera, las *Class Actions* tienen su raíz en el *Bill of Peace* utilizado por la *Court of Chancery* de Inglaterra hacia el

10 TAPIA, Francisco: *Sindicatos en el Derecho chileno del Trabajo*. Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 31.

11 SALGADO, José María: *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 61.

12 LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011, p. 11.

13 GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo: *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 449.

siglo XVI, regla que permitía aglutinar pequeñas pretensiones, justificando la iniciación de un proceso conjunto¹⁴, y que se dicta debido a los problemas de organización que derivaron del ejercicio de los tribunales de equidad. La Corte de la Cancillería (*Court of Chancery*) era el cuarto tribunal central en Inglaterra, y su nombre proviene de quien la presidía, el Canciller, quien era el secretario general del rey, cuyas funciones jurisdiccionales surgen de los límites de competencia que tenían los tribunales del *common law*, que no cubrían todos los posibles ilícitos jurídicos, lo que llevó a las víctimas de aquellos ilícitos a pedir la intervención del rey, quien terminó delegando esta facultad en su Canciller¹⁵.

En el *Bill of Peace*, hacia los siglos XVI y XVII, la *Court of Chancery* había desarrollado un remedio procesal que permitía al tribunal de equidad entender en una acción promovida por representantes de un grupo, si la parte podía acreditar que la cantidad de personas involucradas en el conflicto era tan grande que hacía imposible o impracticable la acumulación de todas las acciones o la acumulación de todas las defensas, exigiéndose, además, que los integrantes del grupo poseyeran un interés común en la materia sometida a decisión judicial y que las partes que se presentaban por la clase

representaran adecuadamente a los ausentes, que fueran mencionados como actores o demandados¹⁶.

Los tribunales de las colonias norteamericanas recibieron este criterio de actuación, en los casos de procesos con una pluralidad de sujetos en una de las posiciones procesales de las partes, como una regla de la *equity*, a fines del siglo XIX.

3. LA REGLA DE EQUIDAD 48

El procedimiento referido precedentemente, como ya indicamos, fue adoptado por las Cortes de Estados Unidos a fines del siglo XIX, comenzando en Nueva York, y luego siendo reproducida en el resto de los códigos demás de los Estados, hasta que, en 1842, el Tribunal Supremo promulga las normas de procedimiento de los tribunales federales (conocidas como *Federal Equity Rules*)¹⁷, entre las que se encuentra la Regla 48, vigente entre 1842 y 1912.

Su procedencia devenía en aquellos casos en que resultaba imposible agrupar a todos los integrantes de la clase y era el juez quien debía verificar la existencia del interés común entre los miembros. Esta “Regla de Equidad”, establecía que cuando cualquiera de las partes sea muy numerosa

14 CORTÉS DE LA CERDA, Matías: “Acciones de Clase: Lecciones desde la experiencia comparada” en VV.AA.: *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente*. Editores: José Pedro Silva, José Francisco García y Francisco Leturia. Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006, p. 343.

15 HAZARD JR., Geoffrey y TARUFFO, Michele: *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, trad. Fernando Gascón Inchausti. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 29.

16 GARCÍA PULLÉS, Fernando: “El Proceso de Clase. Herramienta implícita en el sistema jurisdiccional argentino. Necesidad de regulación. Una propuesta racional” en VV.AA.: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. II. Director: Juan Carlos Cassagne. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 623.

17 LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011, p. 12.

y no puedan ser todas llevadas al proceso sin manifiesto inconveniente y retraso en éste, el Tribunal podrá discrecionalmente dispensar el que todos ellos hayan a comparecer y proceder si hubiera partes suficientes ante él para representar adecuadamente los intereses contrarios de los demandantes y demandados; en cuyo caso, la sentencia se produciría sin perjuicio de los derechos y acciones de los ausentes¹⁸.

Se atribuye al juez Joseph Story la elaboración de la doctrina de las *class actions*, a partir de los precedentes ingleses de los Tribunales de Equidad y la *Bill of Peace*¹⁹, en la sentencia *Smith v. Swormstedt*, de 1853, en la que se da a entender que el fallo dictado a favor de una clase vinculaba tanto a quienes habían actuado como partes representativas, como a quienes no se habían apersonado en él²⁰.

En este primer momento, las *class actions* eran útiles en tres distintas situaciones, a saber: 1) Cuando el número de personas interesadas era tan numeroso que la unión de los mismos era imposible o impracticable; 2) Cuando, siendo posible la unión, circunstancias como el fallecimiento de alguno de ellos, impedía su resolución; y 3) Cuando la efectiva acumulación de las personas era imposible por problemas de competencia territorial de los tribunales, o

sea, cuando los tribunales no podían ejercer jurisdicción sobre todas las personas a las que afectaba el proceso, por falta de competencia²¹.

4. LA REGLA DE EQUIDAD 38.

En 1912, la Regla 48 fue reemplazada por la *Rule 38*, que resolvió el problema que planteaba su antecesora de si la sentencia debía o no alcanzar a los miembros de la clase que no se habían apersonado en el proceso²². Esta nueva Regla establece que cuando la cuestión sea de interés común o general para muchas personas, constituyendo una clase tan numerosa como para hacer impracticable el llevarlas a todas ante el Tribunal, una o más podrán demandar o defender por los demás; lamentablemente, la vaguedad de la norma formulada generó mucha incertidumbre y terminó siendo aplicada restrictivamente, con escasa proyección práctica²³.

Este nuevo criterio sería confirmado por la Suprema Corte en su sentencia *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, de 1921, en donde 524 ciudadanos de distintos Estados de la federación norteamericana y un residente en Canadá, ejercitaron una acción contra la asociación benéfica *Supreme Tribe of Ben-Hur*, constituida en Indiana, que

18 GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo: *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 449.

19 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 267.

20 LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011, p. 12.

21 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 268.

22 SALGADO, José María: *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 62.

23 GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo: *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 449.

finalmente fue desestimada. Años más tarde se ejercitó una nueva acción por varios ciudadanos de Indiana, ante lo cual, la asociación demandada planteó (primero al Tribunal de Distrito federal, y luego al Tribunal Supremo) el exceso de jurisdicción de los tribunales de Indiana. El mismo criterio, sería reiterado en 1940 en el caso *Hansberry v. Lee*, en el cual, el Tribunal Supremo consideró que la vinculación de quienes no se han apersonado en un proceso de class action en su nombre, sólo puede considerarse que respeta las reglas del *due process* cuando existe una adecuada representación²⁴.

Esta Regla, al igual que la 48, sólo era aplicable a los procesos de equidad, y su principal diferencia con su antecesora era que ahora se eliminaba toda referencia a que la sentencia no tenía efectos vinculantes para los ausentes, pasando a ser interpretada como una extensión general de la cosa juzgada. El problema que planteaba la extensión de los efectos vinculantes de la resolución dictada en estos procesos, era precisamente determinar si obligaba a todos los integrantes del grupo, independientemente de que hubieren sido o no parte del proceso; concluyendo los tribunales que, atendida la finalidad de la Regla de evitar pretensiones individuales sobre cuestiones que ya habían sido resueltas de forma colectiva, se extendía los efectos de la sentencia tanto a los presentes como a los ausentes²⁵.

5. LA REGLA 23 DE 1938

Tenemos que esperar hasta 1938 para ver nacer el sistema que rige hasta hoy en Estados Unidos, principalmente para resolver problemas de derechos civiles donde los demandantes perseguían obtener una orden de no innovar contra casos de discriminación. Pues es en ese año en que se promulgan las *Federal Rules of Civil Procedure*, que extienden las *class actions* **más allá de los procesos de equidad, a las actions at law**, pudiendo entonces deducirse pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, lo que hasta entonces no era posible²⁶.

La Rule 23 de 1938 estableció que cuando la cuestión sea común o de interés general para muchas personas, de forma que constituyan un grupo tan numeroso que sea impracticable llevarlos a todos ante los tribunales, uno o más de uno podrá demandar o defender a la totalidad²⁷. Asimismo, esta Regla impuso tres tipos distintos de *Class Actions*: 1º) La denominada acción verdadera (*true*), en función de que el derecho cuya tutela se reclamase fuese vinculado, común o secundario, en el sentido que el titular del derecho primario rehusase su actuación. Era para aquellos casos en que los derechos cuyo cumplimiento se requería, eran compartidos por los miembros de la clase, exigiendo un litisconsorcio necesario; 2º) La híbrida (*hybrid*), en función que el derecho cuya tutela se reclama es diverso, cuando el objeto de la acción fuese la

24 LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011, p. 14.

25 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 269.

26 GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo: *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 449.

27 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 270.

decisión sobre pretensiones que afectan o pudieren llegar a afectar una concreta titularidad de un derecho implicado en la acción. Correspondía a derechos diversos o respectivos de cada uno de los miembros de la clase, divisibles y relacionados con un titular o propietario específico como contradictor; y 3º) La impura (*spurious*), cuando el derecho cuya tutela se reclama es diverso, cuando, presentándose cuestiones comunes de derecho o de hecho que afectasen a esos derechos, se pretendiese una tutela común. Se refería a derechos divisibles, agrupando a particulares que no tenían relación jurídica alguna entre sí, pero que compartían circunstancias de hecho o de derecho comunes²⁸.

También fijaba como requisito que la “clase” estuviese compuesta por una cantidad tal de miembros que resultara impracticable traerlos a todos ante el tribunal.

6. LA REGLA 23 DE 1966

Desde 1938 hasta la década de los 60', no hubo gran interés de los abogados en las *Class Actions*, principalmente por las dificultades y confusiones que generaba la primitiva *Rule 23*, hasta que, en 1966, el Congreso de Estados Unidos votó una absoluta modificación de la *Rule 23*, eliminando la rigidez en las categorías de las clases y flexibilizando la certificación y admisibilidad

de las mismas²⁹. Se mantienen las tres distintas pretensiones colectivas (*true*, *hybrid* y *spurious*), siendo común a todas ellas la existencia de un grupo de personas lo suficientemente numeroso para hacer impracticable su presencia individual ante el tribunal, de forma tal que se permite que la pretensión se plantee o defienda por uno o más de los miembros del grupo en nombre de todo él.

La primera categoría, *true class action*, se basa en una acumulación obligatoria, por existir una posición concurrente o de cotitularidad, cuya resolución vinculaba a todos los miembros del grupo, estuvieran o no presentes ante el tribunal, pues, de lo contrario, sería inútil. Incluye la situación en la que un miembro del grupo en lugar del titular originario del derecho está facultado a exigir su ejercicio por haber renunciado éste al mismo. Mediante esta pretensión verdadera se busca el reconocimiento de derechos compartidos, por lo que es necesaria la unión de todos los miembros del grupo, si bien al ser excesivamente numeroso, ello resulta imposible. En esta modalidad, la indivisible naturaleza del derecho en discusión determina la pertenencia al grupo por el hecho de ser titular del mismo, y la vinculación y efectos de cosa juzgada de su resolución para todos los miembros del grupo³⁰. Esto es lo que hemos explicado como intereses supraindividuales difusos.

28 Véanse: SALGADO, José María: *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires, 2011, páginas 63 y 64; y López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011, p. 16.

29 CORTÉS DE LA CERDA, Matías: “Acciones de Clase: Lecciones desde la experiencia comparada” en VV.AA.: *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente*. Editores: José Pedro Silva, José Francisco García y Francisco Leturia. Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006, p. 345.

30 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 272.

La segunda modalidad, *hybrid class suit*, afecta situaciones en las que los derechos que se pretende ejercer por o frente al grupo son distintos, pero referidos a un mismo bien, pretendiendo la resolución de reclamaciones que afectan a una propiedad o fondo común específico. Aquí, los miembros del grupo tienen varios intereses individuales que afectan la propiedad y éstos pueden verse afectados por el resultado del proceso. La sentencia es vinculante y con efectos de cosa juzgada para todos los miembros del grupo, pero sólo en lo que respecta específicamente a la propiedad objeto del proceso³¹. Esto es lo que hemos denominado intereses individuales homogéneos.

En la tercera pretensión, *spurious class action*, el derecho cuyo ejercicio se pretende por o contra un grupo es diverso, pero existe una cuestión común de hecho o de derecho que afecta a varios derechos que buscan una satisfacción común. Se trata de una acumulación voluntaria, por lo que la resolución de la misma sólo vincula a los sujetos que efectivamente se han mostrado como parte del proceso, que han optado por formar parte del grupo, pues, de lo contrario, no les alcanza la cosa juzgada de la sentencia. Se trata de una ficción de relación para justificar la acción conjunta³². Esto es lo que hemos explicado como intereses supraindividuales colectivos.

7. LA ACTUAL REGLA 23

La *Rule 23* ha sufrido importantes modificaciones en los últimos años. La primera fue una que se comenzó a gestar en 1990, pero vio la luz en 1998, que terminó aprobando sólo el cambio referido a la posibilidad de apelar la certificación. La segunda fue el año 2003, en que se efectuaron muchos cambios que en realidad sólo significaban la codificación de modalidades y prácticas usuales en su trámite; se establece la posibilidad de realizar acuerdos en nombre de la clase, cuestión que ya había aprobado la jurisprudencia en el caso “Amchem Products vs Windsor”. En la subdivisión se cambió el requisito de que el tribunal debía certificar una clase tan pronto como fuera posible luego que la acción fuera iniciada. También se previó que, luego de definida una clase certificada, pudiera ser modificada para incluir miembros de la clase a los que no se había dado aviso y ofrecido la oportunidad de solicitar la exclusión (*opt out*)³³.

La última modificación data de enero de 2005, denominada *Class Action Fairness Act*, que atribuyó competencia a la jurisdicción federal en este tipo de procesos y reguló algunos excesos en materia de honorarios profesionales³⁴. Su objetivo era terminar con la mala praxis de las demandas judiciales, tratando de controlar los abusos que se generaban con el uso de las

31 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 272.

32 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 272.

33 SALGADO, José María: *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 78.

34 GARCÍA PULLÉS, Fernando: “El Proceso de Clase. Herramienta implícita en el sistema jurisdiccional argentino. Necesidad de regulación. Una propuesta racional” en VV.AA.: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. II. Director: Juan Carlos Cassagne. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 624.

class actions. Se trató de una reforma apoyada por las grandes empresas, trasladando la competencia a los tribunales federales, que eran más estrictos al controlar los estándares necesarios para la certificación de la clase, terminando con la especulación de los abogados que llevaban los pleitos a los Estados en que los tribunales eran más indulgentes con las *class actions*³⁵.

Pese a los cambios, se mantienen dos exigencias, que son la esencia misma de la institución, a saber: 1) La numerosidad del grupo, entendiéndose que ésta no debe significar una imposibilidad de unirlos a todos, sino una dificultad; y 2) La adecuada representación de quien actúe como representante del grupo, de forma que defendiendo sus intereses defienda también al grupo. También pueden encontrarse tres modalidades de pretensiones, pero no son equiparables a las anteriormente referidas³⁶.

8. EL SALTO DE LAS CLASS ACTIONS A SUDAMÉRICA

Dijimos que el concepto de intereses individuales homogéneos fue acuñado por el Derecho brasileño, en su Código de Defensa del Consumidor, de 11 de septiembre de 1990, que distingue precisamente a estos

intereses individuales de los intereses supraindividuales, señalando que los primeros son el conjunto de derechos subjetivos provenientes de origen común, de que son titulares los miembros de un grupo, categoría o clase³⁷.

Sin embargo, los orígenes de esta figura legal brasileira no se encuentran en Estados Unidos, sino en Italia, en los trabajos académicos de Mauro Capelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoritti, que influenciaron a Barbosa Moreira, Ada Pellegrini y Waldemar Mariz Oliveira Jr., tres de los más distinguidos juristas de Brasil, lo que llevó al legislador brasileño a introducir tal figura en su ordenamiento³⁸.

Sus orígenes se remontan al año 1972, tras la cumbre de París, cuando se resolvió agregar entre los objetivos de la Unión Europea, un régimen unificado para las políticas a adoptar en las relaciones de consumo que no hubieren sido previstas en el Tratado de Roma³⁹. Desde entonces, se ha ido incorporando una serie de avances en estas materias, tales como la que se refiere a la noción de consumidor (julio de 1987), el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la Justicia (noviembre de 1993), la estrategia en materia de política de consumidores (junio de 2002), la acción de cesación (abril de 2009), etc.⁴⁰.

35 SALGADO, José María: *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 81.

36 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 274.

37 MONTERO AROCA, Juan: *De la legitimación en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 2007, p. 409.

38 GIDI, Antonio: "Acciones de grupo y 'amparo colectivo' en Brasil. La protección de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", trad. Lucio Cabrera Acevedo y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en VV.AA.: *Derecho procesal constitucional*. Editor: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, 2001, p. 891.

39 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 476.

40 Para un análisis exhaustivo, véase PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 475 y ss.

De Brasil, la denominación pasará a Argentina, donde Salgado define la tutela individual homogénea como la posibilidad de dar respuesta, con valor de cosa juzgada, a un número plural de reclamos en un solo proceso judicial, aunque éstos, en teoría, podrían ser postulados o defendidos en tantos litigios como personas integren el conjunto. Su particularidad radica en que, a diferencia del litisconsorcio, los integrantes del grupo no tienen necesidad de comparecer al proceso desde un comienzo, ni personalmente ni por representante legal o convencional, e incluso podrían sumarse personas al proceso cuando éste haya culminado; tratándose entonces del ejercicio de una pretensión representativa, autoproclamada y sin previo acuerdo de los miembros de esta “clase”⁴¹.

De Brasil y Argentina se extenderá a otros países de América del Sur, entre los

cuales se cuentan Colombia, Paraguay y Chile, pero eso ya es parte de otra historia.

CONCLUSIÓN

No hay duda alguna que los Procesos Colectivos encuentran su antecedente histórico en las *Class Actions* norteamericanas. Sin embargo, la circunstancia de que Brasil haya tomado la figura no directamente de Estados Unidos, sino de Italia, y el que los ordenamientos sudamericanos pertenezcan a una familia jurídica (la de corte romanista o *civil law*) y el norteamericano a otra (*common law*), permite entender por qué en estos lares los Procesos Colectivos tienen diferentes modalidades muy diversas de las primitivas acciones de clase, distinguiendo procesos que tutelan intereses individuales homogéneos, intereses colectivos e intereses difusos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite: *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia*. Legal Publishing, Santiago, 2014.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*. Fallos del Mes, Santiago, 2004.
- CAPELLA, José Luis: *Intereses Difusos*. Gráfica Esfinge, Santa Fe, 1995.
- CORTÉS DE LA CERDA, Matías: “Acciones de Clase: Lecciones desde la experiencia comparada” en VV.AA.: *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente*. Editores: José Pedro Silva, José Francisco García y Francisco Leturia. Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006, pp. 339-380.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio: *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lexis Nexis, Santiago, 2002.

41 SALGADO, José María: *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 1 y 92 a 112, en las que se encontrará una evolución histórico-jurisprudencial en la Argentina, que va desde el caso “Prodelco con Poder Ejecutivo nacional” de 1998, pasando por el caso “Halabi con PEN” de 2009, hasta llegar a nuestros días.

- GARCÍA PULLÉS, Fernando: "El Proceso de Clase. Herramienta implícita en el sistema jurisdiccional argentino. Necesidad de regulación. Una propuesta racional" en VV.AA.: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. II. Director: Juan Carlos Cassagne. La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 605-634.
- GIDI, Antonio: "Acciones de grupo y 'amparo colectivo' en Brasil. La protección de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", trad. Lucio Cabrera Acevedo y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en VV.AA.: *Derecho procesal constitucional*. Editor: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, 2001, pp. 883-935.
- GODOY ETCHEVERRY, Sergio y OPAZO PRELLER, Eduardo: *La empresa es el mensaje. Estrategia y comunicación*. El Mercurio, Santiago, 2015.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES Pablo: *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Aranzadi, Navarra, 1999.
- HAZARD JR., Geoffrey y TARUFFO, Michele: *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, trad. Fernando Gascón Inchausti. Aranzadi, Navarra, 2006.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011.
- MONTERO AROCA, Juan: *De la legitimación en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 2007.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- SALGADO, José María: *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires, 2011.
- STEVENSON, David: *1914-1918: Historia de la Primera Guerra Mundial*, trad. Juan Rabasseda y Teófilo de Lozoya. Debate, Buenos Aires, 2014.

Juan Esteban Aguirre Espinosa¹

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL, UN ANÁLISIS DESDE EL CONCEPTO DE REPÚBLICA (Aspectos preliminares para el análisis del Código General del Proceso)²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL PROCESO; III. EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO; EL CÓDIGO JUDICIAL (1931-1971); CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (1970-2012); IV. EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO A LA LUZ DEL ESTADO REPUBLICANO, EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1991; V. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Con la presentación de este Artículo, se pretende establecer líneas claras de investigación formativa y disciplinar al interior del programa de derecho de la Universidad Santo Tomás Sede Medellín, consolidando, en primera fase, la investigación jurídica sobre los temas tratados en este Artículo, desde el área del derecho procesal. Nuestros lectores podrán tener de primera mano, los resultados que se han forjado por parte

1 Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, especialista en Derecho Tributario Internacional en la Universidad Externado de Colombia, candidato a magíster en Ciencias Políticas, docente Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y de La Facultad de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó (Colombia). Coordinador del semillero de Investigaciones Jurídicas SIJCUA. Ponente y conferencista Internacional. Investigador adscrito al grupo de investigación Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho, categorizado A. Por Colciencias. Correo electrónico: aguirreespinosaesteban@gmail.com

2 Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: Perspectivas y retos del Código General del Proceso, un Análisis a la luz de los principios de Economía, Celeridad e igualdad de las partes. Financiado por la Universidad Santo Tomás, Sede Medellín, dentro de la línea de investigación en Derecho Procesal adscrita al grupo de Investigación Metelliu, Reconocido por Colciencias.

de docentes investigadores, estudiantes y auxiliares de investigación; que, preocupados por la necesidad de encontrar desde la academia respuestas claras para el desarrollo de una sociedad más equitativa y justa; buscan presentar respuestas para lograr una administración de justicia para resolver los problemas de los ciudadanos, no solo desde el debate académico, trascendiendo al ámbito del ejercicio profesional, como litigantes.

ABSTRACT

With the presentation of this article, it is intended to establish clear lines of formative and disciplinary research within the law program of the Universidad Santo Tomás, based in Medellin, consolidating, in the first phase, the legal investigation on the topics covered in this article, from the procedural law area. Our readers will be able to have first-hand results forged by professors, researchers, students and research assistants; who, concerned about the need of finding clear answers from the academy for the development of a more equitable and fair society; they seek to present answers to achieve an administration of justice to solve citizens' problems, not only from the academic debate, transcending the scope of professional practice, as litigants.

I. INTRODUCCIÓN

Resultado como avance del Proyecto de Investigación: **Perspectivas y retos del Código General del Proceso, un Análisis a la luz de los principios de Economía, Celeridad e igualdad de las partes. Adelantado en la Universidad Santo Tomás sede Medellín.**

Se pretende, entonces, realizar un estudio preliminar con las reformas que se

introdujeron al ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la expedición del Código General del Proceso ley 1564 de 2012, partiendo de un análisis Constitucional desde el concepto de Republica, separación de los poderes públicos o ramas del poder público y proceso. Con la finalidad de realizar una mirada panorámica y crítica frente a estos cambios en materia del proceso civil en Colombia.

II. EL PROCESO

Las últimas dos décadas han sido testigos de grandes cambios en materia de proceso jurisdiccional en América del Sur. En un principio se modificaron los estatutos procesales en el ámbito penal; los cuales migraron de su concepción inquisitiva a las ideas del sistema acusatorio. Estos cambios iniciaron en el año 2000, en la república de Chile y posteriormente se expandió por todo Sur América, hasta el año 2013 con la promulgación del Código Orgánico integral penal del Ecuador.

Posterior a ello, se inició una serie de reformas a los códigos de procedimiento civil en la región latinoamericana, las cuales dejaron de lado la tendencia acusatoria promovida en el fuero penal y, por el contrario, se inclinaron a una marcada influencia del Activismo y Publicismo judicial, como lo presenta el insigne profesor Adolfo Alvarado Velloso en su texto Proceso y República, en el capítulo denominado las novedades procesales surgidas en América.

Es curioso observar, como en materia penal, el continente avanza en el establecimiento de un proceso penal de talante acusatorio, donde el proceso se concibe como un método de debate adversarial, mientras que el proceso civil en Latinoamérica retrocede al ámbito inquisitivo y publicista,

al mejor estilo de los juicios medievales, donde el juez, por parte del legislador, recibe amplias facultades, que, en virtud de ese poder, desvirtúa su imparcialidad y su imparcialidad. Es decir, el juez desde esta concepción de proceso funge con roles de parte. Para ello, es necesario traer a colación del lector el siguiente fragmento que relata los juicios medievales:

“En la tradición occidental el juicio estaba asociado a las ideologías o las cosmovisiones representativas del temor de la determinación de los hechos por parte del juez. Por ejemplo, en la sociedad germánica del siglo XIII, el hombre era juzgado conforme a un destino arbitrario y a la creencia, para lo cual se utilizaba la ordalía como principal método de aportar la prueba legal, así como los tipos probatorios del fuego y el agua en honor a los dioses. El primero era para las personas de alto rango y consistía en que éstas quedaban exoneradas de toda responsabilidad si se curaban debidamente de las quemaduras causadas, luego de pasar descalzas o con los ojos vendados sobre arados puestos al rojo vivo. El segundo era para el pueblo común y radicaba en que el sospechoso era declarado culpable si su cuerpo era llevado por las aguas contra su curso natural, o inocente si salía ileso después de meter brazos y piernas desnudos en agua hirviendo” (Berman, 2001: p 67).

Debemos aclarar que nuestro debate académico, no se surte desde el punto de vista penal, resaltando que no es nuestro objeto de estudio, sin embargo, desde nuestro punto de observación es necesario hacer una reseña, hacer esta claridad, para conceptualizar el proceso independiente de ser penal o civil, buscando describir las

tendencias legislativas en América Latina, desde las diatribas o situaciones inverosímiles, que buscan un proceso adversarial desde lo penal y publicista desde lo civil.

La historia de la humanidad ha buscado que la administración de justicia, desde el concepto de la división de poderes, resalte la actividad jurisdiccional del Estado; desde la independencia, la autonomía y la imparcialidad. Sin embargo, pese a que en la doctrina este concepto ha sido ampliamente tratado, se hace necesario el análisis de las garantías procesales dentro de la internacionalización de los Derechos Humanos. Es por ello, que lejos de las posturas antagónicas, se debe estructurar una nueva forma de observar las garantías de los ciudadanos al interior de un litigio de carácter civil.

Desde el siglo XX, se ha planteado una gran discusión sobre el modelo procesal que se ha de implementar dentro de los Estados de Cultura Occidental, los pueblos Latinoamericanos no han sido ajenos a estos cuestionamientos entre las escuelas y doctrinas que a continuación reseñamos: -Proceso Privatista - Proceso Publicista - Activismo Judicial - Garantismo Procesal - Proceso Escritural - Proceso oral - Proceso Acusatorio - Proceso inquisitivo.

Sin embargo, se busca esgrimir dentro de este análisis que: “existen valores verdaderos, inmutables, universales, intemporales, objetivos, válidos para todos los hombres, en todas partes, en cualquier tiempo; que estos valores son, cuanto menos en principio realizables...” (Berlín, 1983: p. 189). Y ello no puede ser ajeno al concepto de proceso:

Se puede establecer el concepto de proceso desde diferentes posturas. En su concepción más antigua: el termino proceso, viene del latino “*procedere*” que significa

colocar en movimiento y/o avanzar. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el proceso se presenta como sinónimo de juicio, en el cual, las diferencias de los ciudadanos son llevadas a que sean dirimidas por un juez. “El proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el derecho procesal, que establece el orden de los actos (procedimiento) para una correcta (legal) prestación de la actividad jurisdiccional (...) se pone en marcha, normalmente, cuando una de las partes ejerce su derecho (poder) de acción” (Véscovi, p. 104).

Para ello, se analiza el proceso, desde los siguientes elementos que lo conforman: –El Personal o subjetivo (las partes), –El juez-, –Los elementos sustanciales y –Los elementos formales o dinámicos.

Elemento Personal y/o Subjetivo: Se constituye por las personas que intervienen en el proceso, el demandante y el demandado y su participación, así como los terceros que entran al proceso por que las results del mismo repercuten dentro de sus intereses. “son partes los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate” (Ovalle Favela, p. 257).

El Juez: en su calidad de director, instructor y juzgador del proceso. Como tercero imparcial e imparcial. Así lo exige la Republica.

Los elementos sustanciales: La materia o la especialidad que rige el conflicto que llega a instancia judicial, sea civil, comercial, de familia entre otros.

El Elemento formal o dinámico: El procedimiento reglado, que implica actos, pautas y etapas en las cuales deben actuar las partes, bajo la dirección del juez y regladas por el legislador.

Analizados los elementos que configuran el proceso jurisdiccional, es necesario hacer claridad sobre las perspectivas del proceso judicial, el cual puede ser entendido desde las siguientes aristas:

1. Forma.
2. Función.
3. Como Instrumento.
4. Como garantía.
5. Educación.

1. Como forma, el proceso judicial es configurativo y/o ritual. Desde esta concepción, el proceso determina y atribuye los elementos y las instituciones bajo las cuales los sujetos procesales y el juez, deben enmarcar sus actuaciones durante todas las etapas regladas por la norma adjetiva.

2. Como función, el proceso judicial, implica la unión de los derechos sustantivos con los derechos adjetivos, siendo el proceso el camino mediante el cual se materializan los derechos subjetivos de las partes. Es así, como mediante el derecho de acción y la excepción, desde el punto de vista funcional, las partes buscan la aplicación de los derechos invocados en el escrito demandatorio, en su eventual contestación y/o contumacia, en la actividad probatoria de las partes y en la valoración probatoria por parte del juez, para emitir o dictar sentencia. Desde la perspectiva republicana, se justifica el proceso, como utilidad pública y servicio público, para las partes que acuden a los estrados judiciales y poder público en cabeza del Estado para Dirimir los conflictos que llegan a su conocimiento.

3. Como instrumento, el proceso judicial, se concibe desde la perspectiva garantista, como método de debate, en el cual, las partes enfrentan una disputa adversarial, en la cual, el juez asume una posición

imparcial e imparcial, para decidir cuál de ellas tiene la razón de conformidad con las circunstancias de hecho y de derecho probadas dentro del proceso. Desde el punto de vista activista, el proceso es concebido como medio para materializar la justicia, desde esta óptica, el juez puede anular su imparcialidad y su imparcialidad, realizando actuaciones de parte, desde sus facultades jurisdiccionales.

4. Como garantía, desde la cobertura constitucional, el proceso judicial en cualquiera de sus especialidades y desde el concepto de República en el Estado, busca procurar, la urgencia de procedimientos fáciles, expeditos y de sustanciación breve, para solidificar la efectividad de los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos.

5. Como Educación, el proceso se ha de convertir en una institución cúspide de la civilidad, en la cual los ciudadanos entregan la decisión de la controversia a operadores jurídicos comprometidos en buscar la solución pacífica de sus conflictos.

Desde esta perspectiva, se puede definir el derecho procesal o adjetivo, como aquella rama del derecho que dicta normas instrumentales, para materializar los derechos consagrados en las formas sustantivas, con la finalidad de poner en actividad el órgano jurisdiccional del Estado. Para establecer los criterios que determinan, la petición de decidir un conflicto por parte de un tercero imparcial, denominado juez. De esta manera, el juez, dentro de su conocimiento del derecho, dirime el conflicto o la controversia suscitada entre las partes, “La suma procesal, y significa que la acción, más la jurisdicción, más la actividad de terceros, nos da como resultado el proceso. En realidad, el proceso jurisdiccional no es sino ese conjunto complejo de actos del Estado, de las

partes y de los terceros ajenos a la relación sustancial. Los actos del Estado son ejercicio de la jurisdicción; los actos de las partes interesadas son acción, en el sentido de la doble pertenencia de la misma, es decir, la acción entendida como la actividad realizada por el actor y por el demandado; y finalmente, los actos de los terceros, que son actos de auxilio al juzgador o a las partes y que convergen, junto con la jurisdicción y junto con la acción, dentro del mismo proceso para llegar al fin lógico y moral de éste: la sentencia. Estos actos de los terceros pueden consistir en el testimonio de los testigos, en la ciencia de los peritos o en la ayuda, por ejemplo, de los secretarios y de los abogados que son auxiliares de la función jurisdiccional” (Gómez Lara, p. 132-133) así las cosas, se puede establecer que el derecho Procesal, no es ajeno a los fines que se le asignan al derecho, se encarga de dotar de forma y contenido, que de manera sistemática han constituido los criterios especializados para decidir los conflictos que llegan a los despachos judiciales y, en este orden de ideas, pasamos a analizar el proceso civil en Colombia.

III. EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

En Colombia, el Procedimiento Civil se ha ido desarrollando dentro de distintas tendencias: - Proceso Privatista - Proceso Publicista - Activismo Judicial - Garantismo Procesal - Proceso Escritural - Proceso oral - Proceso Acusatorio - Proceso inquisitivo.

Teniendo presente estas tendencias o doctrinas procesales, que en nuestro concepto son antagónicas y riñen entre sí, el Estado Colombiano ya puede contar con una historia de dos siglos en materia de Proceso

civil, en la cual se observa a cabalidad la inmersión en múltiples posturas.

El debate y discusiones en torno a los cambios del proceso civil en Colombia durante dos (2) siglos, se orientan a combatir la lentitud de la Administración de Justicia (Plazo razonable) y Tutela Judicial efectiva (Doctrina Española). Procurando un desarrollo de una normatividad procedimental con principios de eficiencia, eficacia y economía procesal.

Hablar de tendencias legislativas en el Proceso Civil Colombiano, involucra delimitar sus más importantes períodos, desde el concepto de Estado Republicano en Colombia. Para ello, se realizará una breve reseña de las leyes que han regulado el proceso civil colombiano desde el siglo XX, con la finalidad de observar los antecedentes normativos, previos a la expedición del Código General del Proceso:

El estado colombiano, luego de su emancipación de La Corona, las leyes españolas, como la ley de las 7 partidas conservaron su vigencia mientras la consolidación del Estado, sin embargo, consideramos no ser necesario reseñarlas, para ello hablaremos de nuestras leyes desde el concepto de Republica e independencia Estatal.

El Código Judicial (1931-1971)

Se puede hablar de un primer momento histórico del proceso civil colombiano, el Código Judicial o ley 105 de 1.931, que rigió durante 40 años, entre el periodo comprendido entre 1.931 y julio de 1.971, caracterizado por tener una concepción procesal privatista, influenciado por la ley española de enjuiciamiento civil 1855.

Materias que se regulaban en el código:

1. Organización Judicial,
2. Procedimiento Civil, y
3. Procedimiento Penal.

Dentro del proceso civil regulado por esta norma procesal: “Se citan dentro de sus principales rasgos: el juez como tercero que decide el asunto según su convicción, los efectos de la sentencia entre las partes, el proceso basado en la prueba, la tarifa legal de pruebas etc., caracterizándose por tener una concepción netamente privatista.” (Madero, 2008. Pag. 3).

Código de Procedimiento Civil. (1970-2012)

Mediante la Ley 4ª de 1.969, el Gobierno Nacional, recibió facultades para expedir un nuevo Código Procesal, el cual se adoptó mediante el Decreto-ley 1.400 de agosto 6 de 1.970, modificado el mismo año por el también Decreto-Ley 2019, estableciendo su vigencia a partir del 1º de Julio de 1.971. Tal codificación se mantuvo vigente sin mayores reformas durante 19 años aproximadamente, Código que mantuvo el concepto publicista del proceso siguiendo la mundialmente conocida Ordenanza Austríaca de Franz Klein de 1.895, la cual ha sido influencia directa para las legislaciones modernas, iniciada en Alemania con la Ordenanza de 1887. -su inspiración el proceso publicista-.

Destacamos de este importante Código en su momento y con vigencia hoy en día, el proceso como institución encaminada a lograr el bienestar social y el mantenimiento del orden jurídico, sin que pueda servir para medir la habilidad o astucia de las partes o sus apoderados, confiando al juez la dirección del mismo. Se supera el criterio liberal individualista que se traía

del proceso en el código anterior y el Estado como las partes tienen un interés en el litigio cual es la solución pacífica del mismo, objetivo primordial de la jurisdicción, denotando con ello un criterio social propio de la socialización de los procesos a nivel mundial.

El Código de Procedimiento Civil fue el compendio de normas jurídicas adjetivas establecidas en un cuerpo legislativo que reguló los procedimientos civiles dentro de los procesos de esta naturaleza. Culminó su periodo de transición porque a partir del 1° de enero de 2016, este código quedó derogado por el Código General del Proceso, aunque se conservan algunas de sus instituciones. Para ello se comenzará con el análisis del CGP desde el concepto de Estado y de República.

IV. EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO A LA LUZ DEL ESTADO REPUBLICANO, EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONSTITUCION DE 1991

En primer lugar, es necesario plantear que el código General del Proceso, regulado por la ley 1564 de 2012, no puede ser ajeno a las disposiciones constitucionales que regulan la actividad jurisdiccional de estado. Desde el concepto de servicio público de administración de justicia en el siglo XXI.

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, el Constituyente primario estableció, dentro de los fines que debe buscar el derecho, la necesidad de configurar normas de control y eficaces en la función de organización de los órganos del Estado, los cuales están encargados de la administración de justicia, desde su finalidad de resolver los conflictos que se originan desde la relación de las personas desde cualquier

ámbito: sea familiar, civil, comercial, penal administrativo entre otros. Es claro y dice la filosofía del derecho, que el hombre es un ser social por naturaleza, pero su relación con los mismos de su propia especie genera conflictos. Los cuales deben ser solucionados desde y para la obtención de la civilidad, en métodos eficaces para la solución de los problemas sociales en nuestros tiempos, desde el Concepto de la República.

De ese punto de vista, el derecho en las sociedades emergentes busca, la solución de los conflictos, que en muchas ocasiones no se soluciona desde las mismas personas que entran en conflicto. Siendo la administración de justicia, como rama del poder público, la llamada a dirimirlos.

Siguiendo en nuestro análisis de la expedición del CGP, se hace relevante, hablar o sintonizar el tema de la Constitucionalismo del Derecho Procesal, a la luz del neo constitucionalismo que se consolidó con la Constitución de 1991, señalando el carácter fascista del nuevo CGP. Para ello, se trae a colación el siguiente episodio histórico:

“El 12 de Julio de 1939, Dino Grandi, Fue nombrado guardasellos de Italia, tras haber ejercido su profesión como abogado, se dedicó por completo a la Política, Mussolini, encomendó la gran tarea de reformas los códigos procesales de la Italia fascista”

Frente a esa solicitud, es preciso señalar, que: Justicia y policía no son la misma cosa, aunque los regímenes fascistas lo quieran presentar como sinónimos:

Paradójico puede ser afirmar que la aspiración del Estado, dentro del régimen democrático de administración de justicia, encarna la consolidación de un régimen procesal instrumentalista que ha sido impuesto y dentro de ese esquema los

abogados litigantes acepten esa realidad de forma condicionada o desistan de procurar los intereses de sus defendidos, así les toque afrontar batallas que riñen en contra de lo que concebimos como proceso. El nuevo Código General del proceso ha sido una reforma preparada por juristas, pero no ha sido ajena a la politización. A manera de ejemplo, se observa cómo ha desaparecido a favor de las entidades financieras, las cauciones previo a la notificación del demandado, para solicitar embargos y secuestro de bienes, donde los perjuicios causados a terceros quedan a merced del criterio jurisdiccional.

Dentro de este estudio, se observan enfoques dualistas que establecen una visión del proceso a la luz del CGP, que buscan presentar el debate entre Publicismo, Decisionismo, Garantismo y activismo judicial. Tratando de comulgar tesis antagónicas desde cada una de las escuelas. Como presentamos a continuación:

Problemas del nuevo CGP:

Como código general, continúa siendo un código especial, para la justicia civil, en el entendido, que los procesos penales, administrativos, laborales contienen sus normas adjetivas propias para instrumentalizar sus juicios, continúa el concepto de norma adjetiva residual, por lo tanto, la norma residual, no encarna el concepto de norma general.

Se desconoce sus principios, toda vez que encontramos normas que rigen desde el concepto de garantismo procesal y, así mismo, desde el activismo judicial, proceso dispositivo y publicista en un mismo estatuto, conceptos que son antagónicos desde la concepción de proceso.

Se busca el anhelo de justicia, desde el arropamiento político para los hombres

sencillos, pero con disposiciones e instituciones que se alejan de la gratuidad de la administración de justicia, tal como lo establece el artículo 82, la etapa liminar, el juramento estimatorio y los peritajes que se deben gestionar previo a proceso civil colombiano.

Proceso escritural en primer lugar, con altos costos para las partes y en segundo lugar, proceso oral, donde el juez, debe interrogar exhaustivamente a las partes, audiencia inicial. Desbordándose la actividad jurisdiccional del juez.

En materia de Garantías constitucionales guardar silencio puede ser considerada una estrategia procesal o un derecho fundamental, sin embargo:

La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. (-Subrayas y negrillas fuera de texto-)

Se desconoce el canon Constitucional que establece que: Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Mas problemáticas observadas, la duración de la litis, la orden de tiempo en la duración del proceso, *-Un (1) año en primera instancia, seis (6) meses en segunda instancia-*, a simple vista, una norma que consolida las garantías y los Derechos Humanos a un plazo razonable para quienes someten al Estado la solución de sus controversias, dentro de su función republicana de administrar justicia, desde sus obligaciones

consagradas en el pacto social y democrático establecido en la Constitución Política de 1991. Situación que origina al juez dentro del código de asumir en su contra el tiempo para fallar una vez presentada la causa a su despacho, tal como lo establece el artículo 8 del Precitado Código:

“Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya.” (-Subraya y negrilla fuera de texto-)

Tal situación colocará al juez en dos situaciones, a saber: La primera, convertirlo en parte para dirimir el conflicto y solicitar las pruebas para llegar a su convicción o la segunda, a fallar de manera acelerada conforme a las pruebas que alleguen las partes dentro del proceso. Anticipando que conforme a las normas que entraremos a analizar, el juez en la mayoría de los casos optará por la primera opción.

Podemos resaltar que, dentro del código general del proceso, se le otorgan al juez, facultades oficiosas, en materia probatoria, tal como se corrobora al analizar el artículo 167 del Estatuto Procesal Citado ya que consolidan el activismo y el proceso publicista en los acápites resaltados:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la

carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, al haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.” (-Subraya y negrilla fuera de texto-)

Problemáticas a la luz del proceso: Podemos observar en primer lugar, el problema que se origina con la carga de la prueba, en primer lugar, se establece: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” Pero acto seguido se le concede al juez, la potestad de variar la carga de la prueba, característica del proceso publicista radical, que consolida un gran desequilibrio entre las partes, por qué se riñe con la imparcialidad. Desde lo doctrinario y lo humano.

Situación similar lleva a pensar el siguiente panorama; el juez se convertirá en el encargado de ser el gestor del debate probatorio, más aún cuando se consolida el principio de intermediación física del juez en todo proceso que llega a su conocimiento. Así se establece en el artículo 232 del citado Código:

El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica,

teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito **y su comportamiento en la audiencia**, y las demás pruebas que obren en el proceso. – (Subraya y negrilla fuera de texto-.)

Y esto solo es la génesis de la problemática procesal colombiana a la luz del CGP:

“Empero, también es verdad que el activismo judicial no se agota con el ejercicio de la susodicha potestad de decretar pruebas de oficio, también tiene otras formas de expresión: la llamada reconducción de pretensiones defectuosamente planteadas pero parcialmente rescatables, el rechazo in limine de pretensiones principales o incidentales y de otros pedimentos, el impulso procesal oficioso, la interpretación extensiva del principio de adquisición procesal, que justifica, entre otras cosas, la ponderación oficiosa de indicios, la llamada flexibilización de la congruencia en materia decisoria, etc.” (PEYRANO, 2003 P.99)

Pese a estas concepciones y disposiciones establecidas, el Garantismo, como corriente minoritaria, continúa realizando el debate sobre la concepción del proceso; desde su finalidad como método de debate, donde el demandante y/o accionante presenta, alega y busca probar dentro de la acción judicial, sus pretensiones; Con la finalidad de obtener mediante sentencia el Reconocimiento judicial de sus derechos. Así mismo, dentro de la resistencia o excepción el demandado quien debe ejercer la defensa de sus intereses al interior del proceso busca dentro de la Litis, la absolución de lo reclamado. Resaltándose la labor del juez, como tercero imparcial, dentro de un análisis

lógico, desde la dialéctica procesal, que implica un momento antagónico, analizado desde la ley, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la axiología jurídica y los cánones constitucionales, en un plano de igualdad dentro del proceso, buscando que el tercero imparcial, encuentre la solución motivada del conflicto, siempre desde la prueba debidamente allegada al proceso.

V. CONCLUSIONES

- El Constituyente primario de la Constitución de 1991, consagró el derecho fundamental al debido proceso, en concordancia con el derecho de acción y de excepción que ha de garantizar la decisión judicial.
- Si se habla del proceso desde el punto de vista dogmático, presentado por los académicos y los filósofos del derecho, se concibe el derecho procesal desde una realidad preconcebida. Sin embargo, si se analiza el proceso desde un sentido empirista, desde la órbita del juez y los litigantes, el proceso se debe solucionar desde las situaciones de tiempo y lugar en que se presentó el litigio. Dura dualidad, dogmatismo desde la doctrina, empirismo desde la jurisprudencia.
- Son muchos los panoramas frente a la nueva normatividad establecida en el código general del proceso, la sed de justicia pronta y oportuna, lejos del refrán popular “la Justicia Cojea, pero llega” son problemas complejos debido a que no hay planeación de las necesidades, las fallas del sistema de justicia se localizan en diferentes núcleos sociales que impiden la cristalización del debate de los procesos civiles.

- La tendencia sobre esta gran disputa en parte mayoritaria ha sido ganada por parte del activismo judicial, tendencia que concibe el proceso como método para encontrar la verdad, entregándole al juez facultades y poderes probatorios que lo involucran en la actividad de las partes. Así se han promulgado varios códigos procesales conservando dicho horizonte en América Latina. En Colombia esta situación no ha sido ajena a la tendencia mundial y en materia del Proceso civil, se consolida con la expedición del CGP, donde el juez, recibe del legislador – Congreso de la Republica- facultades exorbitantes, que, dentro de este análisis, inclinan su balanza hacia alguna de las partes intervinientes en el litigio; abriendo el espectro para la con- creción de una dictadura Judicial.
- En Colombia a partir de la Consti- tución de 1991, desde la concepción de Republica, se le asignó a la rama judicial del poder público, la deci- sión de las controversias judiciales en cada una de sus especialidades a los órganos jurisdiccionales que se enuncian en el artículo 116 de la car- ta Política; conservándose las ideas de la división de poderes y ramas del poder público.
- Así las cosas, el sistema de imparciali- dad, ponen en aprietos nuestro sistema judicial, donde los jueces, previos a fallar en derecho, observan el pensa- miento de fallar rápido para tomar las decisiones que en virtud del tiempo corresponden desencadenado la ba- lanza de la justicia.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1976). *Derecho Civil de los Contratos*. Editorial Zamorano y Caperoni. Página 76.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos (1995). *Teoría General del Proceso*. Offset Universal S.A., México, D.F. Página 17.
- BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio (1998). *De los negocios jurídicos en el Derecho Pri- vado Colombiano*. 2ª edición. Volumen I. Universidad de Bucaramanga. Páginas 101 y 102.
- CABRERA ACOSTA, Benigno (1994). *Teoría general del proceso*. Gustavo Ibáñez Ltda. Página 442.
- CARDONA GALEANO, Pedro Pablo (1999). *Manual de derecho procesal civil. Parte General*. Cimpresores, Medellín. Página 625.
- COUTURE, Eduardo (1972). *Elementos del Derecho Procesal*. 3ª edición. Editorial Desalma, Buenos Aires. Página 376.
- DELLEPIANE, Antonio (1961). *Nueva teoría de la prueba*. s. ed. Bogotá. Página 13. -. *Ob. Cit.*, págs. 13, 14.
- ESCOBAR FORNOS, Iván (1990). *Introducción al proceso*. Temis, Bogotá. Página 25.
- GARCÍA SARMIENTO, Eduardo (1981). *Medidas cautelares. Introducción a su estu- dio*. Librería El Foro de la Justicia, Bogotá. Página 4.
- GARCÍA VANEGAS, David. *Lecciones de derecho probatorio*. Edit. Gustavo Ibáñez. Páginas 192-193.

- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (1997). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo I. Dupre Editores, Bogotá. Páginas 294/29 y 31.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (1988). *Principios de derecho procesal*. Temis, Bogotá. Página 52.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (1996). *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Temis, Bogotá. Página 120.
- MORALES MOLINA, Hernando (1985). *Curso de derecho procesal*. Editorial ABC. Página 195.
- PARRA QUIJANO, Jairo (1992). *Principios de derecho procesal*. Temis, Bogotá. Página 49.
- PEYRANO, Jorge W., “El Derecho procesal de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, tomo 2, Rosario 2003, Editorial Juris, página 223.
- PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo; LLANO SÁNCHEZ, Carlos (2000). *La argumentación y efectos de las sentencias judiciales*. 1ª edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá.
- QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Ob. Cit.* (Tomo I), pág. 293.
- ROCHA A., Antonio (1951). *De la prueba en derecho*. 32ª edición. s.ed. Bogotá. Página 217.
- RODRÍGUEZ, Gustavo; RODRÍGUEZ, María C. *Ob. Cit.*, pág. 245.

REFERENCIAS

Revista Via Inveniendi et Iudicandi - Núm. 3, Marzo 2008.

Autor: Fernando Madero Morales

Cargo: Facultad de Derecho -Universidad Santo Tomás

Páginas: 1-12

Id. vLex: VLEX-42560405

Link: <http://vlex.com/vid/tendencias-ultimas-reformas-civil-colombiano-42560405>

Nuestro sistema judicial, se ha perdido, las decisiones judiciales cada vez más, se han aplicado por la incidencia de los medios de comunicación, los cuales, de una u otra manera, permean la decisión judicial por fuera de lo que la ley dicta, los medios de comunicación aseguran la decisión judicial, por encima de lo que consagra nuestra constitución y la ley. Con esa antesala, quisiera hablar de muchas situaciones que, en el mundo de hoy, sería bueno tenerlas presente.

APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN QUE POSIBILITE CONSIDERAR AL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

SUMARIO: I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN; II. EL DERECHO COMO UN FENÓMENO MUY COMPLEJO; III. LA CONCEPCIÓN FORMAL DE LA ARGUMENTACIÓN COMO ACTIVIDAD Y EL ARGUMENTO EN CUANTO RESULTADO; IV. LA SEGUNDA CONCEPCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN, EN TÉRMINOS DEL PROFESOR ATIENZA, ES LA LLAMADA CONCEPCIÓN MATERIAL; V. LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA O DIALÉCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor analiza las diversas concepciones que del Derecho se tienen. Todas ellas le parecen insuficientes, porque analizan tan solo una parte del problema. Una cuarta concepción, desde la Argumentación Jurídica, dice que cobra una “trascendental importancia y acentuada relevancia en los Estados constitucionales y más aún en los regímenes de gobierno cualificados como democráticos debido a los postulados y principios fundamentales del propio sistema de vida democrática”. Esta cuarta concepción es la que analiza el autor con detenimiento, siguiendo particularmente al profesor Manuel Atienza.

1 Abogado por la Universidad Mayor de San Simón, docente de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Argumentación Jurídica, en reciente obtención, en la materia de Filosofía del Derecho. Docente de Filosofía Jurídica de la Universidad Central. Miembro de la Red de Profesionales Abogados por los Derechos Humanos. Abogado de la firma de abogados “Rivera & Arispe” y miembro-fundador del grupo de estudios jurídicos TAIS. Contactos: Teléfono: (+591) 70391896; Email: ricardorivera.ac@gmail.com; Facebook: Ricardo Rivera Aldunate.

ABSTRACT

The author analyses various conceptions that the law has. They all seem to be insufficient because they analyze only a part of the problem. A fourth conception, from the legal argument, says that it has a "transcendental importance and accentuated relevance in the constitutional states and even more in the regimes of government qualified as democratic due to the postulates and fundamental principles of the own democratic life system". This fourth conception is what the author analyzes carefully, following in particular Professor Manuel Atienza.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Partiendo de algunas ideas generadas por la pluma del profesor Atienza en el cierre del master en argumentación jurídica de Alicante-España, se origina esta oportunidad en la que difícilmente podré centrarme, debido a lo amplio y debatido del tema –la *Argumentación Jurídica*–, en exponerles un número limitadísimo de apuntes para un debate que no es otro que el de considerar al derecho como argumentación y no como se viene considerando, especialmente en el mundo de la abogacía libre en el que diaria y fatídicamente me desenvuelvo, al Derecho, y de casi similar forma por los operadores jurídicos y, si es que existen, teóricos del Derecho en Bolivia. Debido a este doble cometido y lo espinoso del asunto confiaré en la tolerancia y consideración de mis destinatarios y especialmente de los lectores sobre algunas insuficiencias, debilidades y excesos que pueda contener esta mi exposición.

Recogiendo todas nuestras enseñanzas en materia de Teoría del Derecho y especialmente en Filosofía del Derecho, podemos apuntar lo siguiente: paralelo o, si se

prefiere, haciendo frente a las tan conocidas e implementadas concepciones del Derecho como *norma*, como *hecho* o como *valor*, que no hacen más que reflejar las tesis de fondo de las corrientes iusfilosóficas del a) normativismo, b) realismo jurídico y c) iusnaturalismo, ya desde Genaro Carrio se viene postulando y teorizando una concepción aplicativa del Derecho que, precisamente, radica en considerar *el Derecho como argumentación*.

Esta concepción del derecho cobra trascendental importancia y acentuada relevancia en los Estados constitucionales y más aún en los regímenes de gobierno cualificados como democráticos debido a los postulados y principios fundamentales del propio sistema de vida democrática.

Y es precisamente en esta cuarta concepción que emerge la disciplina de la Argumentación Jurídica que, por cierto, como lo señala el profesor Manuel Atienza, no existe una única manera de entender la argumentación jurídica, si fuera el caso de estar ante una pregunta de qué es o en qué consiste la argumentación jurídica.

Ahora bien, mis apuntes se guiarán o tendrán como base las tres concepciones sistematizadas por el profesor Atienza que a recordar son: i) la formal, ii) la material y, iii) la pragmática o dialéctica, que en el fondo resuelven gran parte de las problemáticas que se plantean en la *teoría de la argumentación jurídica*.

Para cerrar esta pequeña introducción debo expresar un especial agradecimiento al doctor Pinilla de la Universidad Externado de Colombia, por incentivar una actividad, no sé si calificar de abandonada en Bolivia, porque sólo se abandona aquello que existió o, que comienza a surgir con cierta seriedad y apoyo institucionalizado como

es la investigación. Debido a ese incentivo me animo a discurrir en estas ideas.

II. EL DERECHO COMO UN FENÓMENO MUY COMPLEJO

Desde la perspectiva que se aborde el estudio del Derecho casi siempre se llega a la conclusión de que el Derecho es un fenómeno muy complejo y que puede ser comprendido desde muy diversas perspectivas. Realizando una revisión de la cultura jurídica dentro de lo que es nuestro Derecho continental o lo que son los estados iberoamericanos, podemos advertir que tres de las varias concepciones del derecho tienen una carrera exitosa, así como una relevancia teórica importante y, en consecuencia, se encuentran muy arraigadas a nuestros sistemas jurídicos y nuestra propia justicia.

La primera concepción del Derecho es aquella que puede denominarse como *estructural*; esta concepción del Derecho tal como se tiene en la Teoría y la Filosofía del Derecho origina las diversas formas de *normativismo jurídico*. Lo que esta concepción pretende en esencia no es otra cosa que la de identificar y describir los elementos propios del derecho que, según la tesis fondo de esta corriente iusfilosófica, sería tan sólo las normas bajo una comprensión de los diversos tipos de normas y, como comprenderán los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, las piezas de este Derecho estarían compuestas eventualmente por otros enunciados que contendrían definiciones o juicios de valor, lo cual nos llevaría a una delicada conclusión de considerar al Derecho como un conjunto de enunciados y se consideraría al derecho como un lenguaje nada más. Siguiendo esta concepción del Derecho pues estaríamos situados ante una tarea

absolutamente descriptiva y en el mejor de los casos, si esa descripción del Derecho llega a ser lo suficientemente completa y clara, lograríamos observar como engranan esos elementos o partes del derecho. En conclusión, esta perspectiva tiene como finalidad la de sólo describir el Derecho tal y *como es*, lo cual excluye toda discusión respecto a intentar comparar el Derecho que es con un modelo ideal, es decir con el Derecho que debería ser.

Una segunda concepción del Derecho es la del realismo jurídico o concepción sociológica del Derecho; esta concepción a contrario del estructural ocupa sus esfuerzos en expresar que el Derecho no se reduce nada más a lenguaje y normatividad, ya que esta concepción sostiene que el Derecho es igual o genéricamente comportamiento humano y, en particular, se comprende al Derecho como *comportamiento judicial* o lo que es conocido como el derecho de los jueces que se traduce en el valor de la jurisprudencia para comprender verdaderamente lo que es el Derecho. El realismo jurídico o concepción sociológica del Derecho tiene como fin esencial el de conocer la funcionalidad de cada una de las piezas del Derecho con el objetivo de explicar la utilidad de cada uno de sus elementos y justificar cómo se inserta el Derecho en el conjunto del que forma parte que no es otra que la propia sociedad. Cabe apuntar que los teóricos del realismo al igual que los normativistas parten de una distinción categórica entre *lo que es* y *lo que debe ser* el Derecho y es en esta distinción que radica el desvelo de los realistas por desarrollar toda una serie de teorías explicativas sobre el comportamiento de los jueces que hace a los fundamentos de la teoría del *Derecho en acción*, dejando de lado el compromiso por construir una teoría que posibilite justificar el desarrollo

del Derecho en un cierto sentido. Ello nos llevaría a concluir que esta concepción del Derecho se construye a partir de una visión dinámica e instrumental del Derecho sin involucrarse en cuestionar o valorar los fines, o lo que son los valores jurídicos implícitos o expresos del Derecho.

Una tercera concepción del Derecho, es la conocida como el Derecho natural en sus distintas versiones, esta concepción se consideraría –de manera arbitraria por este ensayo– como la idealidad del Derecho; esta perspectiva o tercera concepción del Derecho no se ocupa de los aspectos formales o de constitución y producción de los elementos o *piezas* del Derecho, en razón a que esta tercera concepción se centra en los presupuestos o requisitos que tendría que cumplir el Derecho para ser calificado como *Derecho justo* y no sólo como un *Derecho válido*.

Partiendo de estas concepciones del Derecho por lo menos de aquellas que se han impuesto en nuestro sistema de pensamiento jurídico –hablo del boliviano–, en el presente ensayo pretendo apuntar ciertos elementos o tesis primaria que nos permitan discutir una cuarta concepción del Derecho que no tiene otro objetivo que el de poner en marcha o bien dar sentido a las concepciones teóricas ya apuntadas, es decir, una cuarta concepción que utilice todos los elementos teóricos y los materialice en el ejercicio diario de la práctica jurídica; en tal entendido esta cuarta concepción nos llevaría a concebir el Derecho como, no exclusivamente, argumentación.

Un primer apunte que discutir es el hecho de a) *considerar al Derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos*. Este apunte nos lleva a concebir y tratar al Derecho bajo

una concepción pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho. Este modo de ver al Derecho como un instrumento no implica que pueda ser utilizado para cualquier fin ya que desde la concepción del derecho como argumentación el derecho, como sostiene el profesor Atienza y con cierta solemnidad, debe *concebirse como un instrumento de la razón práctica*. Esta concepción ubica a los juristas, los teóricos, los prácticos y a los propios operadores jurídicos en la posición de asumir una postura no sólo descriptiva, no sólo analítica, no sólo de participación en la construcción del Derecho, ya que esta concepción ubica a los sujetos de derecho a comprometerse con la tarea de mejorar cada uno de los elementos del Derecho; esto no significa que el derecho bajo las anteriores concepciones carezcan de sentido, más al contrario la tarea de considerar al Derecho como argumentación invita a perfeccionar el Derecho y seguir construyendo los elementos de una obra inagotable como lo es el Derecho.

Otro apunte tiene que ver con el hecho de que bajo la concepción del Derecho como argumentación; lo que se busca en el fondo es la de precisamente dotar de sentido a aquella b) *idea de que el Derecho –por lo menos de los Estados democráticos– es en algún sentido un medio válido y vigoroso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada en tal sociedad*. Lo que nos llevaría en última instancia a concebir *el derecho más allá del derecho*.

Otro apunte de vital importancia, que precisamente viene a justificar, el por qué esta cuarta concepción del Derecho conecta precisamente al Derecho con la

argumentación, al menos en mayor medida que los otros enfoques. El apunte es el siguiente; bajo esta concepción lo que se pretende *es el sometimiento del poder a la razón, no de la razón al poder*.

Con este apunte lo que se pretende, a) es intentar justificar por qué este cuarto enfoque del Derecho se conecta precisamente con la argumentación. Por otro lado, b) intenta justificar por qué este cuarto enfoque eleva en mayor medida que los anteriores enfoques a considerar *el Derecho como argumentación*. Esto en razón a que, si bien todas las concepciones exigen en cierta medida que, tanto la producción así como la aplicación o inaplicación del Derecho, debe estar justificada. Pero cabe resaltar que, bajo la cuarta concepción, en última, el ideal regulativo del Estado de Derecho es el sometimiento del poder a la razón y no de la razón al poder; y es precisamente en este ideal que surge la necesaria e ineludible exigencia de que las decisiones de los órganos públicos deben estar racionalmente fundamentadas, por un lado, y por otro, esta exigencia origina otra condicional, lo que significa que esta exigencia de fundamentación racional sólo será posible si cabe hablar de criterios que proporcionen algún tipo de objetividad a la práctica argumentativa en el Derecho. Nótese como este apunte nos lleva a percibir que, en los Estados de Derecho se exige que el Derecho se presente *esencialmente* bajo la forma de razonamiento, pero no de cualquier razonamiento sino bajo la forma de un razonamiento práctico justificativo que fuere a resolver un problema práctico.

Expliquemos esta afirmación; reflexionando el Derecho en su instancia legislativa, en la jurisdiccional, en la doctrinal, en la política, etc., se puede advertir que

el Derecho se presenta como un esqueleto muy complejo de decisiones, casi todas o por lo menos en su mayoría, vinculadas con la resolución/solución de ciertos problemas prácticos. Ahora bien, esta exigencia de que las decisiones deben ser razonablemente fundamentadas genera una doble exigencia ya que, en el Derecho de las sociedades democráticas contemporáneas, lo importante no son sólo las decisiones razonablemente fundamentadas, ya que, de igual manera son importantes las razones que pueden exponerse en favor de esas decisiones que dan fin a ciertos problemas prácticos. Así dada esta exigencia de tener buenas razones, en relación con las decisiones o resoluciones, así como con las propias acciones humanas, se pueden apuntar, no exclusiva, pero si básicamente, dos tipos de razones: a) *las razones explicativas* y b) *las razones justificativas*.

Así las primeras centran su esfuerzo en una doble finalidad: i) en la de dar cuenta de por qué se tomó una determinada decisión, es decir, de exponer las causas que motivaron a tomar una decisión y no otra y, ii) de dar cuenta de para qué se tomó tal decisión, es decir qué finalidad se perseguía con esa decisión.

En cambio, las razones justificativas, están dirigidas a conseguir que la decisión sea correcta y resulte aceptable. En este entendido surge una afirmación muy importante respecto al razonamiento práctico y su vinculación con el razonamiento justificativo. Y podemos entender que, si por razonamiento práctico no exclusivamente comprendemos un argumento dirigido a acciones humanas, sino esencialmente un argumento dirigido a establecer reglas de cómo alguien debe comportarse, concluimos que el razonamiento práctico y

razonamiento justificativo vienen a concordar en sus fines².

En este entendido, uno puede tomarse la licencia de concluir en que el razonamiento jurídico es, en cierta dosis, un razonamiento justificativo, lo cual no implica que el hecho de que las razones explicativas jueguen un papel trascendental e incluso, decisivo en muchos casos de resolución de casos prácticos. Así planteada la postura y, considerando la presencia del principio del derecho a contar con una sentencia debidamente motivada, se tiene que motivar, a efectos de esta exposición, una sentencia significa exponer una justificación –no una explicación– de la decisión que fuere a resolver el caso, sin quitar siempre de en medio que ante la aplicación del silogismo jurídico siempre se encuentran las razones explicativas como base de afirmación de que realmente a ocurrido el hipotético jurídico “H”.

Otro apunte que surge de este último razonamiento es el siguiente:

La justificación de una decisión puede lograrse de diversos modos y no sólo por medio de la lógica jurídica.

Partamos del siguiente antecedente, *una decisión correcta o aceptable depende en última instancia de las razones que se expongan a su favor* lo cual hace que esta decisión se encuentre justificada. Lo cual en último término nos lleva a comprender que justificar una decisión no significa otra cosa que exponer razones que hagan de la decisión una decisión correcta o aceptable, o por lo menos logren hacerla consentir como tal, así se tiene que este ansiado y obligado resultado es posible conquistar de diversos modos y no sólo por medio de la lógica jurídica, como punto y centro de inicio y final del proceso argumentativo.

Recordemos que, a efectos del presente ensayo, convendrán conmigo, el acto de justificar una decisión se considera o concibe *prima facie* como aquel acto de exponer razones que la hagan aparecer como una decisión correcta o aceptable; esta exigencia puede lograrse de diversos modos; así, convenimos, que una decisión puede entenderse como justificada apelando a las siguientes bases o modos: a) *apelando a la autoridad*, b) *apelando al procedimiento* y, c) *apelando al contenido*. El primer modo de encontrar a una decisión como justificada intenta la

2 A esta altura, considero necesario realizar algunas puntualizaciones de orden diferencial entre las razones explicativas y las de justificación. Haber, la explicación de la acción humana *en términos de causas o de finalidades* no da lugar a enunciados de deber ser como las razones jurídicas o normativas, así, por ejemplo, la explicación de ¿por qué S realizó X? puede tentativamente ser que lo hizo *por causa de L o con el propósito de lograr C*, este esquema nos demuestra cómo se desarrolla el razonamiento explicativo y en consecuencia como se exponen las razones explicativas.

En cambio, si estamos ante el siguiente razonamiento: *S debía –tenía la obligación de– realizar Y* es un razonamiento justificativo y no explicativo, en atención a que la razón que lleva en si este ejemplo presenta una justificación de la conducta de S y no sólo una explicación.

De estas puntualizaciones casi gráficas, podemos acordar que la distinción entre explicación y justificación y, consecuentemente, entre razonamientos explicativos –teóricos– y justificativos –prácticos– es de vital importancia, en razón a que explicar y justificar son dos operaciones que en muchos de los casos se entrecruzan y hasta confunden. Así, diferenciar estas dos dimensiones es importante, ya que, así como *del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación* (así se tiene que lo que explica que un juez haya tomado una decisión Z y no M es en cierta medida que él la considera justificada y no otra cosa, así también la explicación de las decisiones facilita en igual o mayor campo la tarea de la justificación ya que hace más explícitas las razones justificativas y en consecuencia aceptables.

tesis que sostiene que la decisión se encuentra justificada en razón *exclusivamente* del sujeto que la dicta –dependiendo el tiempo o espacio bien podría ser Dios, el monarca, la asamblea popular, el tribunal, el jurado, el juez, etc.–. Como se podrá advertir este modo de tener como justificada una resolución ocasiona una serie de inconvenientes de entre las cuales la de mayor relevancia es la que apunta a hacer notar que este modo de hacer justificada una decisión es escasamente controlable. Por otro lado, el único elemento posible a someter a discusión, y aquí radica lo cuestionable, es el hecho de discutir o cuestionar si el sujeto que dictó la resolución es el sujeto quien podía o debía dictarla.

En cambio, el segundo modo de encontrar o tener una decisión como justificada, se encuentra en el hecho de que, estando vencido el primer requisito, o sea, el de apelar a la autoridad, se le añade el requisito de establecer un determinado procedimiento, pues este requisito incrementaría las posibilidades de discusión, pero con la condicionante de que se trate de procedimientos controlables racionalmente. Este requisito se comprende de mejor manera cuando traemos a memoria los procedimientos instituidos en los códigos procedimentales, en tal caso no habría mucho que discutir respecto a que la resolución *sí o no* se encuentra justificada. Ahora bien, a estos dos presupuestos, se habilita uno que eleva considerablemente las posibilidades de control y, consiguientemente de discusión respecto a que, si una decisión se encuentra o no justificada, este presupuesto apunta a que las justificaciones de las decisiones dependen simultáneamente tanto de la autoridad como del procedimiento y, se suma, del contenido de la propia decisión. Ahora bien, estas exigencias que se reproducen

en nuestra normativa puesto que dentro el ordenamiento jurídico boliviano podemos encontrar normas que regulan quien, bajo que procedimiento dicta resoluciones y que deben contener las mismas. Así comprendidas estas exigencias se tiene que los elementos citados se *metaconciben* como un régimen de límites a la toma de decisión y consiguientemente más discutibles/controlables, si fuera el caso. En el fondo esta exigencia de contenido posibilita el control respecto a que las decisiones deben encontrar fundamento en las normas, que regulan el universo de problemas y, por otro lado, genera la doble exigencia respecto a considerar de igual forma aquellas *metanormas* que en el fondo obligan a quienes establecen y aplican normas a exponer razones que justifiquen el haber seguido unas y no otras normas que sirven de base argumentativa a sus decisiones.

Si consideramos esos tres escenarios de exigibilidad tanto a la forma como al contenido de las resoluciones, pues convendrán conmigo en que tales exigencias nos llevan a centrarnos o concentrarnos en una sola de ellas que no es otra que la afirmación de que, *cuanto mayor sea la fuerza de este mecanismo de justificación tanto mayor también lo será la necesidad de argumentar*; argumentar entendida no como resultado sino como teoría y actividad. Así planteadas las cosas, a esta altura de la exposición corresponde formularnos ahora.

En el sentido de actividad: *¿qué significa argumentar?*; en un sentido de resultado: *¿Qué es un argumento?* Partamos por la primera cuestión; en principio aclarar que la actividad de definir es en sí una tarea de las más complejas, así que tomare como un –de los varios que podrían presentarse– punto de partida para así contestar a las preguntas iniciales. Este punto de inicio descansa

en el hecho de que, por un lado, en una *argumentación* –como actividad– y, por otro lado, en un *argumento* –como resultado de esa actividad– se presentan o deben de estar presentes básicamente los siguientes elementos:

- i) ***un lenguaje***, tal elemento nos lleva a, de un lado, concebir a la actividad de *argumentar* como una actividad esencial pero no exclusivamente *lingüística* y, por otro lado, el resultado, un *argumento* se comprende o resultaría ser algo así como el *producto lingüístico* que necesariamente debe concretarse en un conjunto de enunciados;
- ii) ***una o varias premisas***, este elemento emerge de la argumentación formal, ya que se concibe este elemento como el *punto de partida* de la argumentación o, técnicamente, como los enunciados con que se abre el argumento;
- iii) ***una relación entre las premisas y la conclusión***, este elemento se comprende como aquella operación cognoscible a través de las cuales se puede, a partir de las premisas presentes en la argumentación, exponer o presentar las inferencias sean relaciones o definitorias para llegar al resultado argumento; cabe advertir que esta actividad no priva de poder hablar de un argumento con premisas implícitas, en cuanto resultado, y en cuanto actividad, no priva de considerar una argumentación en la que alguno de sus pasos no consiste en una acción lingüística, así por ejemplo podemos señalar la actividad de presentación de una prueba en un proceso judicial;
- iv) ***una conclusión***; bajo la argumentación formal, este elemento es vital para la pretensión, en razón a que viene en

constituirse en el enunciado con que cierra el argumento.

Si, debido a su consideración, llegamos a convenir en la validez de estos elementos presentados, también es absolutamente válido y, de alguna forma, razonable considerar la presencia de una diversidad de maneras o formas de entender los, resultado, argumentos y, actividad, la argumentación, pero también es válido, en cierta manera, considerar que –en cualquiera de las concepciones sobre este resultado y la actividad– de una u otra manera estos elementos tienen que darse ineludiblemente.

Ahora bien, a pesar de la existencia de estos elementos comunes, no hay una única forma de conceptualizar tanto la argumentación, así como a los argumentos.

En este estado de cosas, es preciso señalar que dentro las teorías de la argumentación jurídica no existen una corriente uniforme en cuanto a la comprensión de la actividad de la argumentación, así como de su resultado que es el argumento. En tal entendido es deber recalcar que para poder abordar de manera más ordenada o si se depura la pretensión del presente ensayo es preciso desarrollar otro, de mayor importancia, *apunte*, y para ello acudiré a la sistematización planteada por el profesor Manuel Atienza; así el profesor Atienza sostiene que se puede hablar de argumentación y argumentos a partir de tres concepciones distintas que él las nombra como: a) *concepción formal*, b) *concepción material* y, c) *concepción pragmática o dialéctica*. Cada uno de los elementos ya citados, en forma peculiar y distinta pero cada una de estas concepciones interpreta los elementos apuntados en forma peculiar o propia. Ingreseemos pues a desarrollar de manera muy sumaria.

III. LA CONCEPCIÓN FORMAL DE LA ARGUMENTACIÓN COMO ACTIVIDAD Y EL ARGUMENTO EN CUANTO RESULTADO

Esta concepción se inscribe dentro la teoría del derecho de los llamados lógicos o lo que es la Filosofía del Derecho dentro lo que sería el positivismo jurídico; bajo esta concepción se tiene que los argumentos se definen como un encadenamiento de proposiciones. Bajo esta definición se tiene que un argumento puede considerarse como deductivamente válido, si y sólo si –en virtud de alguna regla de derivación de la lógica– las premisas son verdaderas, lo cual nos lleva a elaborar inferencias verdaderas y necesariamente la conclusión lo será de igual manera.

Sea el orden que fuera en cuanto a las premisas, la inferencia y la conclusión, en esta concepción el argumento ineludiblemente se tratará de una relación formal, que no cumple otra función que la de garantizar el paso de las premisas, hacia una inferencia y, finalmente, a la conclusión; lo cual implica la aplicación práctica de reglas de carácter formal. Se afirma que la aplicación de las reglas es de carácter formal en razón a que en su aplicación no es necesario y menos imperativo ingresar a considerar el contenido de verdad o de corrección de las premisas que nos llevan a sacar conclusiones.

Un ejemplo de la aplicación de este razonamiento jurídico, en cuanto a las premisas, sería el siguiente:

“sí M comete Y, debe ser castigado con la pena Z”

“M ha cometido Y”, en tal caso, la lógica estándar vincula a que

“M debe ser castigado con la pena Z”.

Bajo este ejemplo de elaboración de un argumento según la concepción formal, en cuanto la aplicación de las reglas de la lógica, se puede también válidamente sostener que en las *lógicas divergentes* o *lógica de la relevancia* las que, necesariamente se apartan de la lógica estándar, nos podemos situar en un lugar en el que el sujeto de la argumentación puede o se encuentra habilitado para modificar la noción clásica de inferencia deductiva ya que permite que se puedan elaborar inferencias irrelevantes pero que afectan tanto la inferencia así como la conclusión.

Un ejemplo aplicado de este razonamiento es el siguiente:

“sí M comete Y, debe ser castigado con la pena Z”

“M ha cometido Y”, en tal caso, la lógica estándar permite derivar no sólo

“M debe ser castigado con la pena Z”, sino también

“M debe ser castigado con la pena Z o bien debe aplicársele L”

Como se podrá advertir estas lógicas no dejan espacios para intuiciones o tanteos inferenciales o de establecimiento de premisas y menos para una conclusión.

Ahora bien, ante la presencia de una lógica de la relevancia o de divergentes, pues la misma lógica nos permite la posibilidad de eliminar o por lo menos evitar las consecuencias irrelevantes, esto mediante la restricción de la noción de inferencia, lo cual implica que en el argumento y consecuentemente en la argumentación sólo una parte de las reglas de la lógica se verá privada de su uso, y pese a ello estaremos ante un argumento dentro la lógica deductiva estándar. Aun así, la argumentación y

el argumento vienen a constituir una actividad y resultado formal, en razón a que en su aplicación no se necesita y menos obliga a ingresar a considerar el contenido de las premisas.

Si bien se expone toda la cadena de elaboración y paso de premisas hacia una conclusión, es obligación precisar que la lógica, dentro el proceso de argumentación no cifra sus esfuerzos en la actividad de argumentar sino esencialmente en el resultado de la actividad que son los argumentos. En tal entendido podemos convenir en la apreciación de que aquello que la lógica ofrece son esquemas de argumentación, y que al utilizar estos esquemas de argumentación pues nos estamos permitiendo un margen considerable de poder controlar la corrección de nuestros argumentos, lo cual de igual forma implica que la lógica no describe cómo la gente argumenta ya que sólo se ocupa del resultado, es decir, del argumento. Bajo esta concepción, nace un apunte, el sujeto de la argumentación, se encuentra con un serio conflicto que es el hecho de que bajo esta concepción formal existe la duda respecto que se nos está permitido una reconstrucción adecuada de nuestros argumentos o no.

Como se podrá advertir, podemos considerar que el motivo de fondo de la mayor parte de las lógicas divergentes no es otra cosa que el de la urgente necesidad de construir *lenguajes artificiales* o en su caso *lenguajes formales* que se ocupen de revelar la *lógica* interna de hecho incorporada a nuestros lenguajes naturales, aunque –como ya lo advirtió el profesor Alchourrón–, no siempre o del todo podrá lograrse este cometido en razón a que no hay una lógica coherente en el lenguaje natural, esto en razón a que, de una revisión muy ligera, se tiene que el lenguaje corriente no sólo

está cargado de vaguedades, ambigüedades y aún más de imprecisiones significativas, lo cual no hace más que otorgarnos un argumento fuerte para justificar nuestro alejamiento de este lenguaje dentro de lo que vendrían a ser los procesos de reconstrucción racional de los argumentos.

En suma, la concepción formal, la cual nos lleva a considerar la argumentación a partir de un punto de vista lógico, pues no hablaríamos más que de *esquemas de argumentos* y no tanto de *argumentos*; y estos esquemas argumentativos necesariamente se expresan en un lenguaje artificial, tal como se presentaron en los dos ejemplos apuntados, que no precisamente encuentra correspondencia con algún lenguaje natural, debido a su propio abandono a los mismos.

En sí, desde el punto de vista lógico, se tiene que las premisas y la conclusión vienen a ser enunciados y, estos enunciados, sólo podrán interpretarse como proposiciones capaces de ser calificadas o *como verdaderas* o *como falsas* así también se pueden calificar como normas que carecen o gozan de valores de verdad. Por otro lado, cabe apuntar que la relación de inferencia o consecuencia lógica entre el paso de unas a otras premisas se caracteriza por una serie de propiedades estrictamente formales, que podrán variar en razón al tipo de lógica que se fuera a utilizar. Así, por ejemplo, en lo que respecta a la lógica deductiva estándar, esas propiedades formales son las de a) *reflexividad generalizada*, b) *corte* y c) *monotonía*. Respecto a la *reflexividad* implica que un enunciado se deriva, o es consecuencia, de un conjunto de enunciados –premisas– si la conclusión está incluida en las premisas pues el argumento formalmente es válido. Esto nos permite concluir que, en una deducción, la conclusión no puede ir más allá de las premisas que generan su existencia o presencia

en el argumento. Por otro lado, la propiedad de *corte* nos da a entender que, si un enunciado es consecuencia de un conjunto de premisas y del vínculo de esas premisas más la conclusión se deriva un nuevo enunciado, entonces este nuevo enunciado se deriva también del conjunto inicial de premisas, dicho de otra manera, se tiene que las consecuencias de las consecuencias de un conjunto de enunciados son consecuencia del conjunto de partida o premisas. Finalmente, se tiene la propiedad de *monotonía*, que nos da a comprender que, si un enunciado es consecuencia de un conjunto de premisas, ese enunciado seguirá siendo consecuencia de cualquier ampliación del conjunto de premisas de las que ha derivado, es decir, que al agregar enunciados, independientemente del número de los mismos, a un conjunto de premisas no se pierde ninguna de sus consecuencias.

Si bien se expone un esquema ideal de esta concepción, esto no implica negar las virtualidades prácticas de la concepción formal o punto de vista lógico y es más, el mundo de los juristas y de, algunos de, los teóricos de la argumentación jurídica admiten su aplicación práctica y esencialmente, respecto a la lógica deductiva, su fin no es otro que el de proporcionar un criterio muy importante y sólido para controlar la corrección de nuestros argumentos en cualquier discusión, debate o juicio racional entre las cuales se encuentra precisamente el campo del Derecho.

IV. LA SEGUNDA CONCEPCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN, EN TÉRMINOS DEL PROFESOR ATIENZA, ES LA LLAMADA CONCEPCIÓN MATERIAL

Dentro la teorización de la concepción material de la argumentación jurídica, se parte de las tesis respecto a la concepción

de la tópica jurídica de Theodor Viehweg, que, básicamente descansa en la exigencia de distinción entre lo que es, dentro la argumentación jurídica, la *justificación interna* y *justificación externa* y, en igual sentido se sostiene que esta concepción material de la argumentación jurídica emerge de la teoría de Joseph Raz y otros autores que plantean y sostienen la teoría de las *razones para la acción*.

Ahora bien, comencemos por las postulaciones del profesor Viehweg. Así se tiene que en la teoría jurídica de Viehweg la tópica se caracteriza como un *ars inveniendi*, esto quiere decir como una técnica del pensamiento problemático en la que el centro de la discusión lo ocupa la noción de *topos* o *lugar común*. Esta teoría nos sitúa en un escenario en el que al sujeto que realiza la argumentación no le debe importar, excluyentemente, en la argumentación jurídica el *ars iudicandi*, es decir, que no centra su vista en la técnica consistente en inferir unas proposiciones de otras, tal como lo haría un sujeto en la lógica, ya que la lógica se ocupa de elaborar los criterios que permiten controlar/juzgar esas inferencias, más al contrario, el sujeto debe centrarse en el *ars inveniendi*, esto quiere decir que debe preocuparse en el descubrimiento y examen de las premisas y no tanto en el paso de las mismas a la conclusión.

Ahora bien, a fin de poder efectuar esta labor de estudio del *ars inveniendi*, uno debe ineludible y necesariamente acudir a los *tópicos*. *Tópico* viene a constituir uno de los conceptos más y extraordinariamente ambiguos desde sus orígenes en la teoría de Aristóteles; a los fines del presente trabajo y en razón a los apuntes realizados, convendremos en uno de los varios sentidos del término *tópico*, que es aquel que conceptualiza o concibe al *tópico* como aquellos

argumentos materiales, o lo que sería lo mismo, enunciados de contenido o en el lenguaje de la lógica, en premisas materiales que ofrecen un soporte para la justificación de la resolución de un problema práctico que no puede ser evitado, esto en términos de Viehweg se considera como una *aporía*.

Esta concepción nos lleva a establecer una distinción –que se origina en las postulaciones de Jerzy Wróblewski, hoy en día referencia obligada en la teoría estándar de la argumentación jurídica– entre *justificación interna* y *justificación externa*. Ahora bien, muy resumidamente nos centramos en la distinción; así la *justificación interna* se refiere a la validez de una inferencia–conclusión a partir de premisas ya sentadas. Como se podrá advertir la justificación interna se sujeta estrictamente al campo de la lógica deductiva, esto en razón a que en la elaboración de los argumentos y en consecuencia en la misma deconstrucción de los mismos debe basarse en la teoría y reglas mismas del silogismo jurídico. En cambio, la justificación externa centra su atención en la justificación de las premisas, esto es en que, si las premisas se encuentran o no justificadas y, este cometido sólo puede lograrse acudiendo a teorías no formalistas tales como la teoría de la interpretación jurídica o, la teoría sobre la valoración de la prueba o la teoría de los hechos, entre otras.

Esta concepción adquiere una explicación más clara en la teoría del razonamiento práctico de Joseph Raz quien califica a las premisas ya no como simples enunciados, sino como razones para la acción, que el propio Raz los conceptualiza como hechos. Bajo este entendimiento se puede apuntar que un razonamiento ya sea práctico o ya sea teórico, no se agotaría en una inferencia regida por reglas formales, como ocurre con el silogismo, ya que un razonamiento

práctico implica un procedimiento cuyo fin no es otro que el de resolver un conflicto de razones, si estas razones son prácticas, estamos hablando de razones para la acción y, si hablamos de razones teóricas, nos referimos a razones para creer en algo que de hecho debe defenderse. Para Raz lo más importante dentro el razonamiento práctico es “*establecer lo que tenemos prima facie razones para hacer y cómo resolver los conflictos de razones y establecer aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración*”; en conclusión se tiene que la teoría de Raz sobre el razonamiento práctico viene en constituirse en una teoría de las *razones para la acción* en razón a que es una teoría sobre los diversos tipos de razones para la acción existentes y, no podía ser de otra forma, sobre las diversas manera de resolver posibles conflictos emergentes del choque entre esas razones.

Rastros de la manera de razonar de Raz o la forma como se deben entender el razonamiento práctico se encuentran en autores como Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin o Robert S. Surnmers quien elaboro toda una tipología de lo que personalmente deben de considerarse como *buenas razones* y que las clasifica en razones sustantivas, autoritativas, factuales, interpretativas y críticas. Ya que mencione a las buenas razones, reportare fugazmente tan sólo la primera de las razones citadas. Así las razones sustantivas, puede y, generalmente, son consideradas como razones finales, un ejemplo podría ser el de *garantizar el vivir bien de la sociedad*; ahora las *razones de corrección* se comprenden como aquellas medidas originadas por una situación deónticamente calificada, así por ejemplo se tiene el *deber de restablecer el daño por la lesión causada*, como se podrá advertir en su trabajo el profesor Surnmers formula toda una

reconstrucción racional del proceso por el cual los jueces a) identifican, b) construyen y c) evalúan las razones sustantivas.

V. LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA O DIALÉCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN

En el orden planteado, se tiene, finalmente, la *concepción pragmática o dialéctica de la argumentación*, bajo esta concepción se considera la argumentación como un tipo de acción o de interacción lingüística.

Así se tiene que bajo esta última concepción la argumentación, en última instancia, debe comprenderse como un acto de lenguaje complejo que sólo es posible en determinadas y ciertas situaciones, así como en un contexto de un diálogo ya sea frente a otro sujeto o, ya sea, con uno mismo, en igual sentido otro escenario posible sería frente a una duda o, ya en una situación más caótica, cuando se pone en cuestión un enunciado sea este práctico o teórico y, lo más importante, es que deba aceptarse que tales situaciones problemáticas puedan ser resueltos por medios lingüísticos, lo cual excluye toda posible situación de recurrir a la fuerza física o a otra clase de presiones ajenas o externas al discurso. En fin, a la argumentación, básicamente, se la concibe como una actividad, como un proceso, en cuyo desarrollo deben aplicarse determinadas reglas de comportamiento lingüístico propios para el/los sujeto/s que interviene/n en la misma.

Repasando las teorías contemporáneas de la argumentación, encontraremos que esta manera de razonar la argumentación se encuentra muy presente en teorías como la de Stephen E. Toulmin o Jürgen Habermas, y fundamentalmente en la nueva retórica de Chaïm Perelman y Olbrecht-Tyteca o la

propia teoría de la argumentación jurídica del alemán Robert Alexy.

En esta concepción la argumentación es posible gracias al consenso, ya que la argumentación tal como se la presenta en esta tercera concepción, en suma, consiste en lenguaje, destacando la dimensión pragmática del lenguaje, lo cual imposibilita hacer, en la argumentación, abstracción de los sujetos que argumentan ya que al margen de ellos no sería posible una argumentación y menos obtener los resultados, es decir, argumentos. En sí, la argumentación progresa en la medida en que los participantes se van haciendo aquiescencias. En tal caso inferir consistiría en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación o el consenso, de los sujetos que argumentan respecto a lo argumentado o el argumento en razón a que, para cada interviniente, los enunciados constituyen las premisas y cuya aceptación puede darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso de argumentación y, la conclusión, sería en última instancia aquello que pretenden los intervinientes sea aceptado por el otro.

En este estado de cosas, se puede apuntar que, el Derecho en cuanto práctica racional, y particularmente el Derecho de los Estados constitucionales, presupone la coexistencia no sólo de valores de tipo formal, sino también de tipo material tales como los de justicia, libertad o verdad y de valores de tipo pragmático o político que implican el consenso y la aceptación. Con esto, lo que se pretende es que, si bien cada concepción apuntada de la argumentación jurídica es diferente, pero esto también apunta a que todas estas concepciones deben ser consideradas a la hora de argumentar.

Dentro de todos estos elementos a considerar, otro apunte importante para el

debate es el hecho de que, en las labores diarias de todo jurista, teórico, práctico o juez, se presentan elementos o circunstancias que deben previamente ser calificados para luego ser justificados; así hablamos de un *contexto de descubrimiento* y de un *contexto de justificación*.

Una de las ineludibles tareas, en lo que es la argumentación jurídica, es precisamente el de poder distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, que propiamente se origina el debate en el ámbito de la teoría de la ciencia y, que ahora este debate migra al campo de la argumentación jurídica y, particularmente al de la decisión judicial; ahora cabe apuntar que una de las debilidades de la teoría estándar de la argumentación jurídica es que la misma se centra o reduce su estudio a explicar o abordar sólo el concepto del contexto de la justificación.

La distinción entre ambos contextos ha estado implícita en los deberes ya antiguos, así se ha procurado esta distinción con el objetivo de hacer oposición a ciertos teóricos del Derecho propios del realismo radical, como Frank, quien consideraba que las decisiones jurídicas/judiciales no pueden ser justificadas, todo debido a que los jueces toman decisiones en forma irracional, lo cual nos lleva a considerar que la justificación de las sentencias no sería otra cosa que una *racionalización* de una operación que no obedece en absoluto al esquema de la lógica y, en sí, del silogismo judicial. Sobre esta postura, el profesor Manuel Atienza sostiene lo siguiente: *“Es posible que, de hecho, las decisiones se tomen, al menos en parte, como ellos sugieren, es decir, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas e incluso que la decisión sea, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni*

convierte tampoco esta tarea en algo imposible; en otro caso, habría que negar también que se pueda dar el paso de las intuiciones a las teorías científicas o que, por ejemplo, científicos que ocultan ciertos datos que se compadecen mal con sus teorías estén por ello mismo privándolas de justificación”.

Así sentadas las cosas, un primer dato del que debemos partir para la distinción es, por ejemplo, el instante en el que se habla, en relación con la conducta humana, de las teorías científicas que ofrecen esquemas *explicativos*, no *justificativos* de la conducta.

En suma y finalmente, respecto a la importancia de poder centrarnos en la importancia de lograr diferenciar entre el contexto de descubrimiento y el de justificación, conviene apuntar que, en la argumentación concebida desde la lógica, la distinción en cuestión es del todo oportuno, en atención a que la lógica, como ya se ha apuntado, se centra en la argumentación no como proceso sino como resultado, ya que esta concepción se preocupa del paso, podría ser, de la premisa fáctica *“M ha realizado la acción A”* y normativa *“Quien realiza A debe ser condenado con la pena F”* a una conclusión *“Debo condenar a M a la pena F”* que, en si no viene a constituirse en la decisión en cuanto tal: *Condeno a M a la pena F*. De lo que se interesa la lógica es el de poder establecer si un determinado paso es o no lógicamente correcto y no centra su preocupación en el *cómo* se pasa de las premisas a la conclusión. En tal caso la justificación lógica viene a ser de carácter puramente formal.

En cambio, si este ejercicio se lo considera en términos del *razonamiento práctico*, en la concepción material de la argumentación sí importa el *proceso* de la argumentación y no sólo el resultado. Conciene hacer una distinción entre el

proceso psicológico del balance de razones y aquello que vendría a ser una *reconstrucción racional* de ese proceso, pero que ha momento de evaluar el resultado del balance, en apariencia, resulta que el hecho de que el razonador haya tenido la actitud psicológica adecuada resulta sin duda relevante; en tal caso el contexto de la justificación se encuentra íntimamente ligado al paso previo del contexto de descubrimiento, lo cual nos lleva a concluir que está presente la importancia de establecer la distinción. Para cerrar, la distinción aludida prácticamente desaparece si la argumentación se concibe desde la pragmática o dialéctica, puesto que a la hora de establecer el criterio de evaluación de los argumentos

pues nos encontramos con lo indisoluble entre el propio comportamiento de los participantes y el de los destinatarios. En tal caso, la distinción que cabe trazar aquí entre lo empírico y lo normativo tiene lugar en el plano del comportamiento real y el ideal de los sujetos partícipes de la argumentación. Y si uno centra su atención en ese mundo ideal de debate o discurso, se tiene que en tal escenario podremos distinguir un argumento persuasivo de un argumento convincente, o ya sea distinguir entre un argumento eficaz/aceptado y un argumento eficaz que debería esforzarse por ser aceptado, precisamente, en este escenario ideal, por una comunidad ideal de seres o partícipes de la argumentación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E.: «Concepciones de la lógica», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7, *Lógica*, CSIC-Trotta, Madrid, 1995.
- ALEX, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ____ «Estado de Derecho, interpretación y argumentación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997.
- ____ «A propósito de la argumentación jurídica», en *Doxa*, núm. 21, vol. 11, 1998.
- HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.
- MAZZARESE, Tecla: *Fo1me di rasionaluá dele decisión giudiziali*, Giapichelli, Turín, 1996.
- PERELMAN, Chaím, y OLBRECHT-TVTCAL, Lude: *La nueva retórica. Tratado de la argumentación*, Gredos, Madrid, 1989.
- RAZ, Joseph: «Introducción» al vol. colectivo *Razonamiento práctico* (compilación de J. Raz), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- SUMMERS, Robert s.: «Two Types of Substantive Reasons: The core of a theory of common-law justification», en *CornellLaw Review*, núm. 63, 1978.
- TOULMIN, Stephen E.: *Los usos de la argumentación*, Cambridge University Press, 1958.
- VIEHWEG, Theodor: *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy: «Legal Decision and its Justification», en *Le raisonnement juridique* (ed. de H. Hubien), Bruselas, 1971. ISEGORfN21 (1999).

■ Biografía

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA JOSÉ DOLORES BENJAMÍN PUENTE URRUNAGA

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

I. DATOS FAMILIARES DEL GENERAL PUENTE

De acuerdo con la información que proporciona Raúl Antonio Alvisur Trigo en su página web (Geneanet), el general de brigada José Dolores Benjamín Puente Urrunaga habría nacido en 1869, siendo bautizado el 5 de abril de dicho año en la Parroquia Santa Ana de Lima. Nosotros hemos verificado, en el Escalafón general del Ejército de 1919,² que nació el 19 de marzo de 1870. Sus padres fueron Juan Benjamín Puente y Jesús Susana Urrunaga.

El general Puente tuvo cinco hijas y un hijo barón, de nombre Moisés Benjamín Puente Aguilar, quien nació el 7 de febrero de 1899 y murió el 20 de enero de 1980, en Lima. Llegó él al alto grado de general de brigada del Cuerpo Jurídico Militar, ejerciendo, entre otros cargos, el de Fiscal General del Consejo de Oficiales Generales entre 1955 y 1961.

1 Abogado.

2 Imprenta Americana, Santo Toribio 230-234, Lima.

II. LA VIDA MILITAR DEL GENERAL PUENTE

Ingresó al ejército en 1884 como soldado distinguido en el batallón Cajamarca N° 2, ascendiendo a sub teniente en 1887. De teniente, en 1889, se integró a la Escuela Militar dirigida entonces por el futuro general Eléspuru, siendo designado instructor de infantería y luego, en 1893, instructor del Batallón Universitario. Prestó después servicios en el Batallón Tarapacá y en 1894 ascendió a capitán. Formó parte, con el grado de mayor, de la expedición mandada por mar a Iquitos, a bordo del transporte “Constitución” y a órdenes del coronel Ibarra, para sofocar el movimiento federal que se inició en esa ciudad el 2 de mayo de 1896, durante el gobierno de Nicolás de Piérola. Esa expedición hizo una larga travesía, dando la vuelta por el estrecho de Magallanes.³

El coronel Ibarra le comisionó para que estudiara la organización militar del Uruguay, ocasión en la que visitó sus establecimientos militares. Regresó de Loreto ese mismo año con el Batallón Junín N° 1, del cual era su segundo jefe, haciendo el viaje hasta Lima por la región fluvial y luego por tierra, a través de la montaña, travesía que se hizo por primera vez. Al organizarse la Escuela Militar de Chorrillos, fue uno de los elegidos por la misión francesa para secundar sus labores, siendo nombrado segundo jefe de la División de Infantería y jefe de los oficiales alumnos de dicha arma, al iniciar la Escuela sus labores el 3 de febrero de 1898. El comandante de la División era el teniente coronel Claudio Perrot, de la misión francesa, siendo relevado al año siguiente por Benjamín Puente.^{4 5}

Ascendido a teniente coronel en 1898, participó en la organización, por primera vez, del Estado Mayor del Ejército, oportunidad en que fue designado jefe de la segunda sección, al mismo tiempo que los coroneles Muñiz y Acevedo que fueron nombrados jefes de las otras secciones.

En 1900, durante el gobierno de López de Romaña, viajó a Buenos Aires en misión de estudio y para la adquisición de armamento, siendo acompañado por el mayor Panizo. Permaneció diez meses en Argentina, tiempo en que estudió también la organización del ejército argentino. De regreso al Perú, volvió a prestar servicios en el Estado Mayor General, como jefe de la primera y cuarta secciones.

3 Una amplia información sobre el movimiento federal de Loreto se puede encontrar en el libro: “El Estado Federal de Loreto, 1896” de Frederica Barclay Rey de Castro, editado por el Instituto Francés de Estudios Andinos y el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de Las Casas, primera edición, mayo 2009.

4 Monografía histórica redactada por disposición del director de la Escuela Militar coronel Roberto López, imprenta de la Escuela Militar, 1932, pág. 26.

5 Cuadros de los SS Jefes y Oficiales de los Cuerpos del Ejército y sus dependencias, Lima, agosto 1 de 1899, información que obra en el Centro de Estudios Histórico Militares del Perú, gaveta 1899.

Durante seis años consecutivos, fue primer jefe del Batallón N° 1, siendo ascendido a coronel en 1907, y nombrado nuevamente jefe de la segunda sección del Estado Mayor General del Ejército. Posteriormente, pasó a ser Inspector de Infantería, en reemplazo del Coronel D' André. En momentos muy difíciles para la tranquilidad pública (1909) ejerció la Prefectura de Lima, con retención de su puesto militar. En la Prefectura de Lima demostró carácter, actividad y honradez. Ese mismo año fue enviado al Japón para estudiar sus armamentos y organización militar. Entonces opinó por la adaptación del fusil japonés en nuestro ejército. A su paso por los Estados Unidos de Norteamérica y México, estudió la organización de sus ejércitos y establecimientos militares.

En 1911 fue nombrado jefe de la primera Región, estableciendo en ella la organización militar, que por primera vez se implantaba en la República. Allí empezó y dejó avanzada la construcción de un cuartel y prestó apoyo decidido a la expedición Mesones Muro para la apertura de un camino al Maraón. Ese mismo año, por las reformas establecidas en la organización de la justicia militar, actuó también como Jefe de Zona en Lambayeque, ordenando el procesamiento de los integrantes de las montoneras que en Ferreñafe y otros pueblos aledaños, organizaron los adictos a Piérola como el doctor Lora y Cordero, el cura Manuel Chumán, el “coronel” Orestes Ferro y Miguel Plaza, entre otros.

Entre los otros cargos que ocupó está también el de sub jefe primero y el de jefe de Estado Mayor General del Ejército después. Posteriormente, fue nombrado comandante general de la 5ta Región y prefecto del departamento de Loreto, cargos en los que tuvo activa e inteligente labor. Ocupando esos cargos dejó terminadas las instalaciones inalámbricas del Putumayo; presentó al gobierno y fue aprobado, un proyecto de colonización de los ríos, fundándose las primeras colonias militares. Hizo abrir el importante camino militar del Tamboryacu al Putumayo; formó el hospital militar, refaccionó un vetusto local convirtiéndolo en cómodo cuartel para las tropas; fundó el casino militar, que fue el primer centro social de Iquitos; estableció la granja militar; fundó el arsenal militar; contribuyó eficazmente al arreglo y embellecimiento de la plaza 28 de julio, convirtiéndolo en un lugar de paseo. Fomentó la navegación en el Huallaga, se preocupó de establecer la vigilancia de nuestras fronteras, reglamentando el servicio de las guarniciones en ellas. Sofocó en Iquitos una asonada que pudo tener efectos desastrosos para el vecindario, porque la sublevación se proponía entregar la población al saqueo.⁶ El 21 de octubre de 1916 fue

6 Parte de la información que se expone en este artículo fue tomado del Diccionario Biográfico de peruanos contemporáneos, publicado bajo la dirección de Juan Pedro Paz Soldán, librería e imprenta Gil – Lima, calle de Lampa (Banco del Herrador) Nos. 569 A 67, 1917. Hay una versión digital de la Universidad de Connecticut.

ascendido a la alta clase de general de brigada, mediante Resolución Legislativa N° 2291, cuando contaba con 32 años de servicios⁷.

III. LA VIDA POLÍTICA DEL GENERAL PUENTE

Fue elegido senador por el departamento de Lambayeque, en mérito a la buena labor que realizó en este departamento como comandante general y jefe de zona. Durante el segundo gobierno de José Pardo se le encargó la cartera de Guerra y Marina, cargo que desempeñó entre el 18 de agosto de 1915 y el 24 de julio de 1917, integrando el Consejo de Ministros presidido por Enrique Riva Agüero Riglos, quien también desempeñaba el cargo de ministro de Relaciones Exteriores; por Luis Julio Menéndez en Gobierno, Policía, Correos y Telégrafos; Wenceslao Valera en Justicia, Culto e Instrucción; Aurelio García Lastres en Hacienda y Comercio y Belisario Sosa en el de Fomento.⁸

IV. EL GENERAL PUENTE EN EL FUERO MILITAR DEL PERÚ

En la sesión del Consejo de Oficiales Generales del 02 de noviembre de 1917, se dio cuenta de un oficio del ministro de Guerra, transcribiendo la resolución suprema “por la que se nombra (va) presidente del Consejo de Oficiales Generales al General de Brigada don Benjamín Puente, mientras dure la licencia concedida al de igual clase don Carlos I. Abril”.

En la sesión del 30 de noviembre de 1917, reunido el Consejo en la sala de actuaciones del Colegio de Abogados de Lima, que presidió por primera vez el general Benjamín Puente y conformaron el mismo los coroneles Manuel F. Diez Canseco, Arístides de Cárdenas, Manuel Pío Alcalá, Carlos S. Pásara y Carlos B. Regal, los capitanes de navío Ernesto de Mora, Daniel S. Rivera y Federico Sotomayor Vigil y el Fiscal doctor Ricardo Leoncio Elías. El general Puente presidió el Consejo hasta la sesión del 03 de enero de 1919.

V. EL GENERAL PUENTE PERSEGUIDO POLÍTICO Y EXILIADO

Durante el gobierno de Augusto Bernardino Leguía Salcedo se le hizo cargos de conspiración y fue desterrado. Las represalias que se tomaron en

7 De acuerdo con el Escalafón General del Ejército de 1919, al 31 de diciembre de 1914, el general Puente había cumplido 30 años y 2 meses de servicios.

8 GÁLVEZ MONTERO, José Francisco y GARCÍA VEGA, Enrique Silvestre. Historia de la Presidencia del Consejo de Ministros, Tomo I, Empresa peruana de servicios editoriales, Lima, 2016, pág. 245.

su contra fueron extremas; así, mediante Ley N° 4911, de 21 de enero de 1924, promulgada el día 29 del mismo mes y año, se le borró del Escalafón del Ejército. La ley, en su artículo único, señalaba: “Bórrase (Sic) del Escalafón del Ejército al General de Brigada don Benjamín Puente, debiendo el Ministerio de Guerra dictar las disposiciones convenientes para la cancelación de los respectivos despachos.”

Mediante Ley N° 6819, de 18 de febrero de 1930, promulgada por el propio Leguía el primero de marzo de dicho año, se derogó la Ley N° 4911 y se dispuso reinscribir en el Escalafón General del Ejército al general Puente, precisándose en el artículo segundo de la ley: “Restitúyase las prerrogativas y derechos que a su alta clase militar corresponde, a partir de la promulgación de la presente ley”. Claramente la ley era injusta, ya que se le había dejado de pagar la pensión durante seis años y no se le daba el derecho a que se le devolvieran los devengados.

En la sesión del Consejo de Oficiales Generales del primero de setiembre de 1930, el coronel César Gonzáles manifestó “que pedía el enjuiciamiento de todos los que intervinieron en el asesinato del señor (coronel) Samuel del Alcázar y del Teniente Barreda, perpetrado en la provincia de Chota el año de mil novecientos veinticuatro, pues considera (ba) necesario que esos hechos delictuosos caigan bajo la sanción ejemplarizadora de la justicia, ya que el largo tiempo transcurrido desde que aquellos hechos tuvieron lugar no ha sido posible formular la denuncia dada la situación por la que a atravezado el país durante el régimen oprobioso que ha presidido el gobierno que acaba de ser derrocado”.

El Coronel Augusto Pásara dijo a su vez “que también conviene estudiar que si la muerte del señor General don Benjamín Puente puede dar lugar al correspondiente enjuiciamiento, toda vez que esa muerte ha sido la consecuencia de su deportación y supresión del Escalafón del Ejército, sufriendo miserias y toda clase de privaciones en el destierro hasta el extremo de no tener con que alimentarse, lo que minó su salud y determinó su prematura desaparición.”

Mediante Ley N° 7789, promulgada el 1° de setiembre de 1933, durante el gobierno del general Oscar Raymundo Benavides, se dispuso: “Artículo Único.- Consígnese en el Presupuesto General de la República una partida por la suma de sesenta y cinco mil ochenta y dos soles oro y dos centavos, para abonar a doña Rosa Mercedes Ayulo viuda de Puente el crédito que se le ha reconocido por los sueldos y racionamientos dejados de percibir por el que fue su esposo, General de Brigada don Benjamín Puente.”

■ Apéndice

UNA ALTERNATIVA DIFERENTE PARA LA REDACCIÓN DE ARTÍCULOS JURÍDICOS

Fernando Núñez Vara¹

RESUMEN

Mayormente los artículos jurídicos son ensayos en los cuales el autor describe un problema, lo analiza, compara, llega a conclusiones y sugiere recomendaciones, es un artículo válido, donde sólo se pone de manifiesto la opinión del investigador con relación a las referencias consultadas. El objetivo de este artículo es mostrar una alternativa diferente para la redacción de artículos jurídicos, en los cuales se incluya la metodología científica con el importante apoyo de la estadística y donde se tomaría en cuenta no sólo la opinión del autor del artículo científico, sino también participarían otros magistrados, la opinión de otros profesionales o de sujetos activos en los procesos militares y donde en la conclusión participen más de un criterio y de esta forma enriqueceríamos y haríamos más nutritivo el artículo de investigación.

I. INTRODUCCIÓN

El investigador fue invitado a dictar el Módulo de Elaboración de trabajos científicos del XI Curso del Primer nivel para magistrados policiales militares, en agosto del 2017. Se asesoró y se actuó como facilitador para la elaboración de temas jurídicos, del quehacer militar policial. Los artículos desarrollados fueron a modo de ensayos, en los cuales se analiza,

1 Docente investigador.

interpreta, concluye y se recomienda, pudiendo ser descriptivos, argumentativos o comparativos o una mezcla de ambos. Los ensayos son ampliamente empleados en muchas profesiones, dentro de ellas se encuentra el derecho, pero se vio la oportunidad de incluir los artículos jurídicos con una estructura de trabajo científico.

La estructura de un trabajo de investigación es la siguiente:

I. INTRODUCCION

Justificación del trabajo de investigación.

Se indica la importancia de la realización del trabajo y la importancia que tiene en las fuerzas armadas

Bases teóricas

Es la columna vertebral del trabajo de investigación, sobre ellas se construirá y desarrollará el estudio. Por ello es de suma importancia la cuidadosa y extensa investigación del tema de estudio y ella permitirá el desarrollo de la metodología a emplear, los resultados y la discusión de los hallazgos.

Objetivos

Se plantearán los objetivos de la investigación, los cuales podrán ser generales y específicos.

II. MÉTODOS

Participantes

Para los fines de investigación se determinarán los participantes con los cuales se desarrollará el estudio, los cuales serán seleccionados de acuerdo a las necesidades del trabajo de investigación, obedeciendo a parámetros cualitativos o cuantitativos.

Instrumentos de medición de las variables

Una vez que se determinen las variables de investigación, se determinarán los instrumentos para la medición de dichas variables, los cuales podrán ser aquellos empleados en otros trabajos de investigación o de elaboración propia. Entre ellos tenemos cuestionarios, con preguntas cerradas o abiertas y entrevistas, cuyas preguntas serán abiertas.

Procedimientos empleados

Se diseñará las estrategias, métodos y procedimientos para el desarrollo del estudio de investigación.

Procesamiento de datos

Si se emplearan datos cuantitativos se seleccionará la prueba estadística para el procesamiento de datos de investigación y se seleccionará el programa estadístico a utilizar.

III. RESULTADOS

Una vez procesados los datos producidos en la investigación se presentarán en cuadros y gráficos

IV. DISCUSIÓN

Se procederá a la discusión de los resultados encontrados en el estudio y se contrastará con los encontrados en otros trabajos de investigación similares.

Ejemplo de un trabajo de investigación jurídico con aplicación de metodología científica

Seguidamente se esbozará un ejemplo de un trabajo jurídico, con la estructura de un trabajo científico. Digamos que estamos interesados en realizar una investigación, cuyo título sería:

Despenalización del delito de desertión del personal de tropa, y para ello se requiere realizar una investigación para que los magistrados tengan más información, antes de revisar la ley, ante un tema que representa el 70% de la carga procesal de los magistrados militares.

TÍTULO: DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE DESERCIÓN DEL PERSONAL DE TROPA

I. INTRODUCCION

La desertión en las fuerzas armadas del Perú constituye el 70% de la carga procesal, por tal motivo es de suma importancia realizar trabajos de investigación con el propósito de plantear alternativas de solución para casos específicos

La desertión según el código penal militar policial. (Comunicación personal).

Se cuenta con información que en el año 2014 “El Fuero Militar Policial abrió proceso a un total de 7 mil 101 oficiales y subalternos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes se atribuye delitos desde abandono de destino hasta apropiación ilícita, entre otros. Del total indicado, 118 son oficiales de alta graduación, lo que comprende a los del

grado de general y coronel y sus equivalentes. De acuerdo con fuentes del Fuero Militar Policial, de los 7.101 uniformados 4.261 pertenecen a la Policía Nacional y 2.840 a los institutos castrenses. Al 50 por ciento de la totalidad de los procesados por el tribunal militar-policial se les acusa de haber cometido el delito de desertión. A un 30 por ciento se les enjuicia por el delito de desobediencia al superior. Y a un 15 por ciento, por el delito de afectación a bienes destinados a la Defensa Nacional, como robo de armamento, munición y combustible”.

Hurtado (2015), investigó acerca de los factores que inciden en la comisión de delito de desertión en las fuerzas armadas colombianas, desde el año 2007 hasta el 2015, no se pudo determinar con exactitud, las causas de desertión, pero el mayor porcentaje correspondió al estado de necesidad por condiciones de salud.

Por otro lado, Borda (2016), aborda la alternativa de despenalizar el delito de desertión en las fuerzas armadas bolivianas. Dentro de los factores más comunes por los cuales el personal deserta tenemos a la falta de vocación militar, medidas estrictas que implica extremos sacrificios y por ello en muchos casos el personal de tropa no soporta. Con relación a oficiales, los motivos son mayormente debidos al aspecto económico, que engloban, falta de oportunidades para el ascenso, irregularidades en el procedimiento de ascenso para el grado inmediato superior y el temor al fracaso de dichos exámenes, todo ello conlleva, tanto al personal de tropa, como a la oficialidad, cometer el delito de desertión.

El objetivo del presente trabajo de investigación es la determinación del elemento de juicio que permita la despenalización del delito de desertión del personal de tropa de las fuerzas armadas y como objetivos específicos, las percepciones que tienen sobre este tema, el personal de tropa, los jefes militares y los magistrados del Fuero Militar Policial.

II. MÉTODOS

Participantes

Para la investigación se incluirá a los siguientes participantes:

- 50 personas del personal de tropa, procesadas por el delito de desertión.
- 10 jefes militares.
- 5 magistrados del Fuero Militar policial.

Instrumentos de medición de las variables

Se estructuran encuestas de elaboración propia con preguntas cerradas para el personal de tropa y para los jefes militares. Y para los magistrados se realizarán entrevistas con preguntas abiertas.

Procesamiento de datos

Para la evaluación de las encuestas se empleará la Prueba de Chi-cuadrado y los datos serán procesados con el programa estadístico SPSS versión 24.

III. RESULTADOS

Una vez procesados los datos producidos en la investigación se presentarán en cuadros y gráficos

IV. DISCUSIÓN

Se procederá a la discusión de los resultados encontrados en el estudio y se contrastará con los encontrados en otros trabajos de investigación similares

CONCLUSIONES DEL ARTÍCULO

Las ventajas que se obtendrían de esta alternativa de redacción de artículos jurídicos con estructura de artículos científicos son:

1. En la investigación participarían no una, sino varias personas relacionadas al tema y que de hecho enriquecerían los resultados a los que se llegarían, puesto que son varios puntos de vista, con diferentes dimensiones tanto en los resultados, como en las conclusiones y discusiones.
2. En los casos, en que se podría aplicar encuestas u otro tipo de instrumentos de investigación y por ende pruebas estadísticas, los resultados tendrían una confiabilidad del 95%.
3. Incluiríamos a la estadística en la evaluación de los resultados, lo cual contribuiría con el rigor científico de los trabajos de investigación.

REFERENCIAS

- BORDA ROCHA, A. (2016). *Despenalización Del Delito De Deserción Del Personal De Las Fuerzas Armadas En Tiempo De Paz*. (Tesis de pregrado, Universidad de San Andrés). Recuperado de: <<http://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/12041/TD5057.pdf?sequence=1>>.
- DIARIO LA REPÚBLICA del 14/12/2014. <http://larepublica.pe/politica/844132-enjuician-a-4261-policias-y-2840-militares-la-mitad-por-desercion>.
- HURTADO MORENO, J. (2015) *Análisis De Los Factores Que Inciden En La Comisión Del Delito Deserción En Los Policías Bachilleres*. Universidad Militar Nueva Granada. Metodología De La Investigación. Recuperado de: <<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6656/1/APROBADO%20ALONSO.pdf>>



PRESENTACION DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 9

El Fiero Militar Policial, a través del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, presentó en la “Ciudad Blanca de Arequipa”, el pasado jueves 31 de agosto del año en curso, el noveno número de la Revista el “Jurista del Fiero Militar Policial”.

La ceremonia tuvo lugar en el Tribunal Superior Militar Policial del Sur y la presentación corrió a cargo de prestigiosos juristas como el Dr. Oscar Béjar Pereyra, Juez Superior y representante de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el Dr. Alejandro Suarez Zanabria, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa y el Dr. Mauro Pari Taboada, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, quienes hicieron un exhaustivo análisis del texto de la revista, coincidiendo que constituía un importante material académico para la jurisdicción militar policial y de ayuda a los magistrados en su trabajo de administrar justicia.

Durante el desarrollo de la ceremonia, el contralmirante CJ Julio Pacheco Gaige, vocal supremo del Fiero Militar Policial y director del centro de Altos Estudios de Justicia Militar, precisó, entre otras cosas, que tenían como meta futura “llevar a las aulas universitarias la enseñanza del derecho militar, como materia indispensable en la formación de las futuras generaciones de abogados.”

El discurso de orden estuvo a cargo del general de brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fiero Militar Policial, quien resaltó que actividades académicas como las que se llevaba, estaban dentro de la política de descentralización de los órganos de la jurisdicción militar.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en diciembre del 2017 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