

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO VIII - NÚMERO 14 / DICIEMBRE 2019



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

Contralmirante CJ (R) Julio Enrique Pacheco Gaige

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

Contralmirante CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

EDITOR DE LA REVISTA

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo
alrobama@hotmail.com

CORRECCIÓN DE ESTILO

General PNP (R) Jorge López Zapata

DIAGRAMACIÓN

Socorro Gamboa García

DISEÑO DE PORTADA

Nicol Huamanchumo Farfán

COLABORADORES

T2. AP. Jorge Alberto Zúñiga Ruiz
Yasmina Santos Agapito

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

Edición diciembre 2019
Año 8 - Número 14
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

Editado por:
FUERO MILITAR POLICIAL
Av. República de Chile 321, Santa Beatriz, Lima Cercado
Teléfono: (511) 6144747
E-mail: 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 Fuego Militar Policial.

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Julio Enrique Pacheco Gaige</i> _____	11

ARTÍCULOS

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN ESPAÑA, SU APLICABILIDAD A LAS JURISDICCIONES ESPECIALES, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR (Parte II)	
<i>Francisco Carruitero Lecca</i> _____	17
LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL	
<i>Hugo Minaya Chirinos</i> _____	37
EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL	
<i>José Antonio Rodríguez Santisteban</i> _____	45
PRINCIPIO ACUSATORIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO	
<i>Erickson Costa Carhuavilca</i> _____	81

EL ESPACIO EXTERIOR: ¿LA NUEVA FRONTERA DEL CONFLICTO ARMADO? (REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL ESPACIO EXTERIOR COMO ESCENARIO BÉLICO)	93
<i>Jorge Luis Palacios Palacios</i> _____	
REVISIÓN CONCEPTUAL DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO Y EL SISTEMA PENAL MEXICANO SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	111
<i>Delio Dante López Medrano y Liliana Pérez de la Rosa</i> _____	
LA EFICIENCIA DEL PROCESO SEGÚN LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS GARANTISTAS Y ACTIVISTAS	123
<i>Ana Paula Maritano</i> _____	
TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL APLICADAS A LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL	135
<i>Jorge Tordoya Zúñiga</i> _____	
EL ESTADO Y LA LEGITIMIDAD DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	151
<i>Helmut Andrés Olivera Torres</i> _____	
LA PRUEBA POR INDICIOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	163
<i>Arsenio Oré Guardia</i> _____	
CINCO ASEDIOS A LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ	177
<i>Jaime Francisco Coaguila Valdivia</i> _____	
PRISIÓN PREVENTIVA Y GERENCIALISMO: EL FIN NO JUSTIFICA LOS MEDIOS	185
<i>Leysi Mendoza Herrera</i> _____	

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL CORONEL CÉSAR GONZALES
NAVARRETE

Roosevelt Bravo Maxdeo _____ 195

ANEXOS

EL ESCUDO NACIONAL Y SU OLVIDADO
COMPONENTE: EL ÁRBOL DE LA QUINA

Hernán Ponce Monge _____ 201

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL
FUERO MILITAR” N° 13 _____

213

PRESENTACIÓN DEL LIBRO SÍMBOLOS DE
LA PATRIA _____

215

PRESENTACIÓN

Hoy presentamos el décimo cuarto número de nuestra revista, gracias a los artículos de autores nacionales y extranjeros, mujeres y varones. Los articulistas exploran temas de Derecho y otros relativos a la cuestión castrense, novedosos y de actualidad, como es el caso de la institución procesal de la prisión preventiva.

Deseo resaltar, también, que se han recibido un gran número de artículos, que por cuestión de espacio han quedado pendientes de publicación; igualmente, aplaudir la colaboración de jóvenes oficiales de nuestras fuerzas armadas, particularmente, mujeres. Gracias a todos por hacer que el “Jurista” goce de buena salud y ande a la longevidad, con paso seguro, sano y con esperanza.

JULIO ENRIQUE PACHECO GAIGE
Contralmirante CJ (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN ESPAÑA, SU APLICABILIDAD A LAS JURISDICCIONES ESPECIALES, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR. (PARTE II)

SUMARIO: I.4. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LAS JURISDICCIONES ESPECIALES EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL; I.4.A. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL; I.4.B. EL TRIBUNAL DEL JURADO; I.4.C. EL TRIBUNAL DE CUENTAS; I.4.D. LOS TRIBUNALES CONSUETUDINARIOS Y TRADICIONALES; I.4.D.1. EL TRIBUNAL DE AGUAS DE LA VEGA DE VALENCIA; I.4.D.2. EL CONSEJO DE HOMBRES DE LA HUERTA DE MURCIA; I.4.E. LA JURISDICCIÓN MILITAR; Y II.5. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.

RESUMEN:

El autor expone la posición de diversos autores y la propia sobre los principios constitucionales de la jurisdicción ordinaria española, previstos en la Constitución y Leyes Orgánicas de ese país. Estos principios, según el autor, resultan aplicables a la jurisdicción militar. La primera parte de este artículo se publicó en el número anterior de esta revista.

ABSTRACT:

The author expresses his position and of various authors on the Spanish ordinary jurisdiction's constitutional principles, provided for in the Constitution and Organic Laws of that country. According to the author,

1 Doctor en Derecho, por la Universidad de Castilla La Mancha Toledo España, Abogado, Magister y Doctor en Derecho (Revalida) por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Teoría de las Organizaciones, por la Universidad de Burdeos, Montesquieu IV, Francia, Bachiller y Doctor en Educación por la UNMSM. Es profesor titular y Director de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

these principles are applicable to military jurisdiction. The first part of this article was published in the previous issue of this magazine.

I.4. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LAS JURISDICCIONES ESPECIALES EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Estudiar las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y las demás jurisdicciones que se encuentran a extramuros de ella debe realizarse con la finalidad de evaluar si estas, al momento de juzgar y ejecutar lo juzgado, respetan las garantías constitucionales exigidas a la jurisdicción ordinaria y si son también de exigencia obligatoria para ellas.

Las jurisdicciones especiales son el Tribunal Constitucional; el Tribunal del Jurado; el Tribunal de Cuentas; la Jurisdicción Militar; y los Tribunales Consuetudinarios.²

Al respecto, De la Oliva Santos y otros³ sostienen que, según la Constitución española, la jurisdicción es asunto exclusivo del Estado: todos los órganos jurisdiccionales españoles, o han de encuadrarse en la llamada jurisdicción ordinaria o son constitutivos o integrantes de jurisdicciones especiales.

La jurisdicción ordinaria es el conjunto de tribunales a los cuales se encomienda

el conocimiento y resolución de la generalidad de los procesos relativos a la generalidad de las materias jurídicas. Este conjunto de tribunales posee una estructura basada en criterios de jerarquía funcional y de división del trabajo, tanto cualitativa como cuantitativamente.

Explican los referidos autores⁴ que el concepto de *jurisdicción especial* se construye mediante opciones criteriológicas y, una vez constituido, se dedica por completo al conocimiento y resolución de procesos concernientes sólo a materias o sujetos específicos.

El fenómeno de la jurisdicción especial implica que una parcela del derecho objetivo se encomienda a un órgano jurisdiccional específico o a un complejo orgánico determinado. Con frecuencia, la existencia de una jurisdicción especial comporta que el personal juzgador se reclute de forma también especial; que la estructura y funcionamiento del órgano u órganos presenten singularidades; y que las actividades jurisdiccional y procesal también se desarrollen con especialidad.

I.4.a. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La autonomía procesal constitucional permite al Tribunal Constitucional (TC) español ejercer control de constitucionalidad de las Leyes militares y de la actuación de los tribunales militares, toda vez

2 El estudio de los tribunales especiales será realizado con la sola pretensión de presentar información básica y evaluar su relación con la jurisdicción ordinaria; y, asimismo, con la finalidad de determinar si dichos tribunales especiales deben o no aplicar los principios constitucionales de la jurisdicción ordinaria.

3 A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal, Introducción*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1999, pág. 218.

4 A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal, Introducción*, Op. Cit., 1999, pág. 218.

que ningún poder del Estado se encuentra exento de control por parte del TC. Ello, desde luego, si nos encontramos frente a amenazas y violaciones de derechos fundamentales de los ciudadanos o militares por parte de la jurisdicción militar.

Así lo ha precisado Rodríguez-Patrón⁵ al estudiar la institución de la autonomía procesal, quien arguye que, para su construcción, la doctrina parte de dos constataciones: por un lado, la incomplicación de la Ley reguladora del TC, que no agota la regulación del proceso constitucional sino que se limita a determinar algunas especialidades imprescindibles; y, por otro, la insuficiencia de los métodos tradicionales de integración jurisdiccional del Derecho para dar una respuesta adecuada a las especialidades de jurisdicción constitucional.

Teniendo en cuenta estos datos, se admite que, cuando esos métodos resultan insuficientes, el TC puede trascenderlos y realizar una configuración más libre del Derecho Procesal. En palabras de Landa Arroyo⁶, el concepto “autonomía procesal” encuentra dos concepciones en el Estado constitucional: una propia del derecho privado, en virtud de la cual nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que la Ley no prohíbe, fundado en la autonomía privada; y otra perteneciente al Derecho Público (la autonomía de los poderes públicos, gobiernos regionales y locales y los organismos constitucionales)

que se funda en el principio de la división y control de poderes.

En tal sentido, Díez Picazo⁷ argumenta que la autonomía en el Derecho Público se funda en el derecho objetivo –establecido en el sistema de fuentes del Derecho– en el cual no solo las normas, sino también la jurisprudencia, de manera subsidiaria, se constituye en fuente de irradiación del Derecho. Tal es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional que, habiendo sido emitidas por el supremo intérprete, constituyen una fuente del Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado, ya que todos estamos al amparo de la Constitución, respecto de la cual los Jueces se pronuncian de manera alternativa al Tribunal Constitucional.

En consecuencia, la autonomía es un atributo de un poder u organismo independiente con la capacidad de actuación –el TC, por ejemplo– para cumplir sus fines de control constitucional con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las Leyes especiales determinan.

Vista la autonomía de este modo, las implicancias que se derivan de reconocer la especial naturaleza del TC –en tanto órgano constitucional, jurisdiccional y político y en tanto supremo intérprete de la Constitución– no son irrelevantes.

En efecto, en un Estado constitucional y democrático de Derecho, la labor del TC es de integración jurídica de las normas,

5 P. RODRIGUEZ - PATRÓN, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, págs. 19-20.

6 C. LANDA ARROYO, “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, en *Justicia Constitucional, Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, año II, núm. 4, Lima, 2003, pág. 8.

7 L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 181.

fallos y actos sobre las presuntas violaciones de la Constitución. En dicha labor integradora se manifiesta la vinculación que existe entre integración material y legitimidad específica. La jurisprudencia de carácter formal, que relativiza estos hechos a favor del ordenamiento de los órganos y las funciones prescritas en la Constitución, no hace sino invertir el orden de prelación de importancia que, de forma contundente, quiere establecerse mediante la Constitución.

Finalmente, lo que debe quedar claro es que la jurisdicción constitucional ejerce control sobre la jurisdicción militar. Por ello, la labor del TC trasciende la labor jurisdiccional del juez ordinario, cuyos fallos revisa, en última y definitiva instancia. Por tal motivo, requiere de un mayor nivel de autonomía procesal que le permita flexibilizar las formalidades de los procedimientos con la finalidad de alcanzar los fines constitucionales, a través de un Derecho Constitucional y Procesal dúctil.

En consecuencia, en el actual proceso de fortalecimiento de la democracia, la autonomía procesal es una necesidad inexorable del TC –a través de su regulación mediante su reglamento y sus sentencias– si se quiere cumplir a cabalidad el principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales.⁸

Dicha autonomía –no autarquía– confiere al TC un importante grado de libertad y responsabilidad al momento de

definir, subsidiariamente a la Ley, su derecho procesal. Así, se le permite desarrollar principios con pretensión de generalidad a través de la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes (*stare decisis*) de modo que puedan ser aplicados a casos similares posteriores. En tal perspectiva, se califica a la autonomía procesal como el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el TC, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del Derecho (cuando estos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). Así, a través de procesos específicos basados en dicha autonomía, el TC crea reglas y principios procesales generales, más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidades.⁹

Es cierto que el modelo español optó por tener un Tribunal Constitucional; y es en este respecto –según palabras de Pérez Tremps– que “nace como una de las piezas claves del sistema de organización y distribución del poder, siendo su función primordial la de actuar como intérprete supremo de la Constitución”¹⁰. Por ello, es lícito afirmar que el TC reúne todas las garantías constitucionales para actuar a extramuros como una jurisdicción independiente e imparcial.

Asimismo, según lo dispuesto en el Título IX de la Constitución española el TC es uno de los órganos constitucionales al que específicamente se confía la defensa de la

8 C. LANDA ARROYO, “Autonomía procesal...”, Op. Cit., pág. 9.

9 P. RODRIGUEZ-PATRÓN, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Op. Cit., págs. 19-20.

10 P. PÉREZ TREMPs, en la obra colectiva con L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 8va. ed., 2010, pág. 246.

Carta Fundamental en la dimensión jurídica, y por métodos y formas jurisdiccionales. Fue con la aprobación de Su Majestad el Rey que, desde el día 12 de julio de 1980, el TC viene ejerciendo las competencias que le imponen la Constitución y su Ley Orgánica.¹¹

Sin embargo, es importante precisar que las normas constitucionales sobre el TC han sido desarrolladas con mayor detalle en la Ley Orgánica N° 2/1979, del 3 de octubre. En este cuerpo normativo –de acuerdo siempre con la propia Constitución (artículo 165°)– se regula tanto el funcionamiento del Tribunal como el estatuto de sus miembros, el procedimiento a seguir ante él y las condiciones para el ejercicio de las acciones. Asimismo, en atención de la potestad reglamentaria reconocida por su propia Ley Orgánica (artículo 2.2), el Tribunal¹² dictó, con fecha 5 de julio de 1990, el actual Reglamento de Organización y Personal que regula su actividad.

En efecto, un aspecto a resaltar es que en España se ha institucionalizado el Tribunal Constitucional y tiene pleno reconocimiento como el intérprete supremo de la Constitución (artículo 1.1 Ley Orgánica); además por ser un órgano constitucional e

independiente de cualquier otro, no forma parte del Poder Judicial y se encuentra sometido únicamente a la Constitución y a su propia Ley orgánica.

Efectivamente, tanto la Constitución como su Ley Orgánica y otros dispositivos sobre las sentencias del TC guardan coherencia con la calidad de máximo intérprete de la Constitución que se atribuye al TC. Como consecuencia de ello, se establece que las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad “tienen plenos efectos frente a todos” (artículo 164.1 Constitución) y “vincularán a todos los poderes públicos”¹³ (artículo 38.1 Ley Orgánica).

Lógicamente, ello implica el otorgamiento de especiales efectos a las resoluciones del Tribunal, lo que supone que su doctrina ha de informar la actividad de todos los poderes públicos.

En igual sentido, es importante mencionar que las decisiones del TC no pueden ser recurridas en el ámbito interno y tienen calidad de cosa juzgada. En consecuencia, un asunto resuelto por el Tribunal no puede volver a plantearse ante él. Sin embargo, sí se permite que problemas similares puedan

11 Esta norma ha constituido el instrumento indispensable para la realización de las tareas a cargo del Tribunal Constitucional y los procedimientos en ella previstos han incidido en la vida y la conciencia jurídica españolas.

12 El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*, con autorización de su Presidente. (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español).

13 Esta vinculación es parte del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, característica del Estado Constitucional de Derecho. Este reconoce a la Carta Política como una verdadera norma y no como un mero conjunto de principios políticos que desempeñan la función de directrices en la vida en la comunidad y en el ejercicio de sus poderes públicos. J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los Fundamentos del Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008, pág.105.

reproducirse ante el Tribunal Constitucional, siempre que permitan actualizar su doctrina y adecuar la interpretación constitucional a la realidad histórica; es decir –aun cuando en el caso español su Constitución no establezca expresamente que el TC es el órgano supremo de interpretación de la Constitución– se puede decir, sobre las bases de la interpretación de las normas constitucionales que lo regulan, que no existe duda respecto de dicha función.

En otro extremo, el TC está integrado por doce miembros¹⁴ nombrados por el Rey: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados (por mayoría de tres quintos de sus miembros); cuatro a propuesta del Senado (con idéntica mayoría calificada); dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (artículo 159.1 Constitución).

Su elección se realiza, según mandato constitucional, entre juristas de reconocida competencia, independientes e inamovibles. La duración del cargo es de nueve años sin posibilidad de reelección inmediata. La Ley no prevé límite de edad para su desempeño. Finalmente, es pertinente señalar que –con el fin de asegurar la continuidad en las actuaciones del Tribunal– este se renueva por terceras partes cada tres años (artículo 159.3 Constitución).

I.4.b. EL TRIBUNAL DEL JURADO

El Tribunal del Jurado (TJ) tiene antecedentes históricos en la Constitución de

Cádiz de 1812 y en las constituciones de 1837, 1869 y 1931. Mediante ellas se permite la participación de los ciudadanos en la administración de justicia. En España, el primer documento legislativo referente al jurado es el dictamen de la Comisión encargada por las Cortes Constituyentes de Cádiz de elaborar el proyecto de Constitución.¹⁵

En el entender de Granados Calero¹⁶, el interés de la sociedad española por reimplantar el Tribunal del Jurado –una vez constitucionalizado en 1978– ha pasado por diversas fases evolutivas. Así, en la década de los 80, solo unas cuantas personas, a título individual o con respaldo de partidos políticos a los que pertenecían, se preocuparon por mantener la trémula llama de la institución del Jurado.

Sobre este punto, el referido autor¹⁷ explica que definir al Jurado desde una perspectiva funcional, ofrece muchas menos dificultades que si se intenta avanzar en su sentido conceptual de fondo; sobre todo, ante el escollo, aparentemente insalvable, del artículo 117.1 de la CE: la justicia se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial.

Si en efecto es así, lo que inmediatamente resalta es la primera objeción que ya manifestara uno de los ponentes en la redacción definitiva del primitivo artículo 114º de la propia Constitución: existe una contradicción entre el artículo 117º y el 125º, porque

14 Artículo 5º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.

15 J. MONTERO AROCA y J. L. GÓMEZ COLOMER, *Comentarios a la Ley del Jurado*, Arazandi, Pamplona, 1999, pág. 131.

16 F. GRANADOS CALERO, *El jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 272.

17 F. GRANADOS CALERO, *El jurado en España*, Op. Cit., pág. 29.

este preceptúa que la justicia se administra por Jueces y Magistrados y aquel que los ciudadanos podrán participar en la administración de justicia. ¿Quién –se pregunta Granados– administra la justicia? Si son los Jueces y Magistrados, qué sentido tiene esta participación de los ciudadanos. Si participan ¿será también para administrar justicia?

Así, pues, planteados estos interrogantes, Serrano Alberca y Arnaldo Alcubilla¹⁸ argumentan que el artículo 125º de la CE ha hecho renacer la polémica sobre el Jurado; y, con argumentos a favor y en contra, se plantean diversas posiciones. Tan es así, que un sector de la doctrina propone la no derogación de la Ley del Jurado de 1888; la obligatoriedad del desarrollo constitucional del art. 125 de la CE; y la posibilidad de establecer en lugar de un Jurado puro un tribunal escabinado.

Desde una óptica distinta, un sector de la doctrina sostiene que el artículo 125º no debe ser objeto de ulterior desarrollo porque el precepto no es imperativo, ni de él se deriva ninguna vinculación concreta.

En esta perspectiva, el artículo 125º de la CE preceptúa que “[...]los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”; asimismo, en el artículo 83º de la LOPJ de

1985 se prescribe: “1. El juicio del Jurado se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial u otros Tribunales y en la forma que establezca la Ley. 2. La composición y competencia del Jurado es la regulada en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”. Complementariamente, mediante la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, se regula el tribunal del Jurado.

Precisamente, es el artículo 125º de la CE el que tiene plena relación con dos derechos fundamentales: el primero, la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, el cual se encuentra normado en el artículo 23.1. de la CE: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente”; y en el art. 24.2. de la CE: “Asimismo todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley”.

No obstante, para Pietro- Castro Ferrándiz¹⁹ el artículo 125º de la CE no va más allá de declarar que los ciudadanos podrán participar en la administración de justicia, pero no para administrarla ya que este cometido solo puede ser asumido por los Jueces y Magistrados. Por tanto, a su entender, lo que se prevé con absoluta claridad es un Jurado que ni es integrante del Poder Judicial ni ejerce potestad jurisdiccional; únicamente, está llamado a suministrar el componente del hecho, con declaración de culpabilidad o de inocencia, pero sin pasar al momento de la sentencia.

18 J. M. SERRANO ALBERCA y E. ARNALDO ALCUBILLA, “Artículo 125º de la Constitución”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, (Dir. por F. Garrido Falla), Editorial Civitas, Madrid, 3ra. ed., 2001, pág. 2127.

19 L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Jornadas conmemorativas del Centenario de la Ley del Jurado*, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 25.

Como bien anota Montero Aroca²⁰ “[...] el Tribunal del Jurado ha sido reinstaurado en España mediante LO 5/1995, de 22 de mayo, reformada por LO 1/1995, de 16 de noviembre, y por la LO 10/1995, de 23 de noviembre (Código Penal). Con ello se desarrolla el artículo 25º CE y las previsiones de los artículos 19.2 y 83º de LOPJ.”

Sobre este punto, en la exposición de motivos de la LO 5/1995, se explica que:

[...] se da un paso cualitativo más, desde una perspectiva técnico-legal, encaminada a cerrar el modelo básico de la Justicia diseñado por la **Constitución** y la **Ley Orgánica del Poder Judicial**, facilitando la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia. El establecimiento del Tribunal del Jurado debe ser considerado como uno de los contenidos constitucionales aún pendientes de desarrollo. Con su regulación en esta Ley se da cumplimiento a un mandato constitucional tantas veces diferido y se establece una de las piezas básicas en el funcionamiento de la Administración de Justicia diseñado por el constituyente.

Es importante resaltar que el TJ es una manifestación fundada en el **artículo 24º de la CE** en el que se preceptúa que todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, lo que constituye un presupuesto del debido proceso, como bien se ha dicho en la exposición de motivos de la LO 5/1995:

[...] no se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces y Magistrados de carrera a que se refiere el **artículo 122º de la Constitución**, sino de establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho y deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar.

En esta óptica, es importante señalar que, de acuerdo a los artículos 1.3 y 2.1. LJ, el Tribunal del Jurado se incardina con los siguientes órganos: a) La Audiencia Provincial (supuesto orgánico ordinario); b) El Tribunal Superior de Justicia, para casos de aforamiento; y c) El Tribunal Supremo cuando se den enjuiciamientos desaforados. De modo distinto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 in fine, se prohíbe que el Tribunal del Jurado se incardine con la Audiencia Nacional.

Asimismo, creemos que el TJ no es sólo un imperativo constitucional sino, muy por el contrario, una necesidad sentida como tal por los ciudadanos, ya que permite –en el tratamiento de sus procesos – mayor especialización, celeridad y equidad al momento de emitir sus resoluciones y una participación directa de los ciudadanos en la resolución de los conflictos. Es así como también lo ha entendido el Consejo General del Poder Judicial, prueba de lo

20 J. MONTERO AROCA, “La Jurisdicción”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Op. Cit., pág. 50.

cual es su inclusión en las memorias elaboradas estos últimos años.

De acuerdo al artículo 2º de la LJ, la composición del TJ es la siguiente:

- a) El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial, quien lo presidirá. Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será un Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, respectivamente.
- b) Al juicio del Jurado asistirán, además, dos jurados suplentes.

Igualmente, de conformidad con los arts. 1.1. y 1.2 LJ, el TJ tiene las siguientes competencias:

1.1. El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas:

- a) Delitos contra las personas.
- b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- c) Delitos contra el honor.
- d) Delitos contra la libertad y la seguridad.
- e) Delitos de incendios.

1.2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

- a) Del homicidio (artículos 138º a 140º).
- b) De las amenazas (artículo 169.1).
- c) De la omisión del deber de socorro (artículos 195º y 196º).
- d) Del allanamiento de morada (artículos 202º y 204º).
- e) De los incendios forestales (**artículos 352º a 354º**).
- f) De la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413º a 415º).
- g) Del cohecho (artículos 419º a 426º).
- h) Del tráfico de influencias (artículos 428º a 430º).
- i) De la malversación de caudales públicos (artículo 432º a 434º).
- j) De los fraudes y exacciones ilegales (artículos 436º al 438º).
- k) De las negociaciones prohibidas a funcionarios públicos (artículos 439º al 440º).
- l) De la infidelidad en la custodia de los presos. (artículo 471º).

En efecto, como afirma Montero Aroca, “[...] con ello se excluyen expresamente el auxilio o inducción al suicidio (que si estaban en la versión de la LO/1985), el aborto y la imprudencia con resultado de muerte (homicidio por imprudencia), o las lesiones en igual caso. En cuanto al paricidio y al infanticidio, desaparecidos como delitos autónomos, habrá que estar al juego

de los arts. 138 a 140 con la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23º del Código Penal (CP) de 1995.”²¹

A su vez, Asencio Mellado²² conceptúa con acierto que “[...] la competencia del Jurado se limita al ámbito penal”. Sin embargo, en nuestra opinión el legislador, a la luz de la experiencia, debe evaluar si se amplía el conocimiento de nuevos delitos materia de enjuiciamiento. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los ciudadanos miembros del TJ emiten su veredicto circunscribiéndose a los hechos materia del enjuiciamiento y a la aplicación del Derecho. La individualización de la pena, a su turno, es determinada por el Magistrado Presidente, desde luego, dentro del marco de la Constitución y la Ley.

I.4.c. EL TRIBUNAL DE CUENTAS

De principio debemos mostrar nuestro acuerdo con el modelo constitucional actual, mediante el cual las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas son susceptibles de recurso de casación y extraordinario de revisión ante el Tribunal Supremo. Claro está que este Tribunal se encuentra en la obligación de respetar las garantías constitucionales de los investigados.

Un estudio de mayor profundidad y acuciosidad ha sido desarrollado por el

profesor Vera Santos²³ quien, entre otros fundamentos, sostiene que:

[el] control de las cuentas ha sido, como es notoriamente conocido, un elemento básico no sólo del desarrollo y actual desenvolvimiento del Estado constitucional, sino que fue el germen de un sistema parlamentario que emergía a partir de unas asambleas estamentales que ya, en pleno feudalismo exponían fielmente el deseo, de que los ingresos obtenidos por la Corona fuesen bien utilizados y que de esta manera se produjese un menor incremento impositivo por parte del monarca a sus súbditos, para en una segunda etapa fiscalizar también el uso dado por la Corona a dichos créditos, convirtiéndose así el Rey en un trasunto de la figura iusprivatista del buen administrador.

En palabras de Cazorla Prieto²⁴, el origen del Tribunal de Cuentas se remonta a las Ordenanzas de Juan II en 1437. Mediante ellas, se creó la Contaduría Mayor de Cuentas que nació desde un principio teñida de la razón que hoy más que nunca justifica su existencia: completar la labor fiscalizadora de las Cortes. En efecto, con la importante función económica del Estado contemporáneo y la complejidad y dimensión de sus actividades, esa razón inicial de la entidad se engrandece hasta extremos insospechables.

21 J. MONTERO AROCA, “La Jurisdicción”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Op. Cit., pág. 51.

22 J.M. ASECIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 168.

23 J. M. VERA SANTOS, *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pág. 15.

24 L. M. CAZORLA PRIETO, “Artículo 136º de la Constitución”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, (Dir. Por F. Garrido Falla), Editorial Civitas, Madrid, 3ra. edición, pág. 2360.

El artículo 136.1. de la CE da rango constitucional al Tribunal de Cuentas. En su primer párrafo, lo tipifica como el “supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del Sector Público”. Esto explicaría su desvinculación del Ejecutivo y del Legislativo. Sin embargo, ello implicaría una contradicción con lo dispuesto en el segundo párrafo, por el que se estatuye que “[...] dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.”

No obstante, esta dependencia no debe interpretarse como una incorporación del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales. Sin embargo²⁵, hay quienes sostienen que el Tribunal de Cuentas no es únicamente un órgano fiscalizador sino también jurisdiccional lo que, en ningún caso, entraría dentro de las competencias de las Cortes Generales. Asimismo, es sostenible, en este respecto, que la dependencia que se configura es fruto más que de un deseo de incorporar el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, de la reacción frente al estado de cosas de la fase histórica anterior y de la *domesticación* de dicho Tribunal por el Gobierno.

Asimismo, el precepto glosado se inspira directamente en el artículo 120º de la Constitución de 1931 y en la Ley del 29 de junio de 1934, que desarrolló este precepto.

En consecuencia, no puede entenderse ni mucho menos como incorporación del Tribunal a la estructura parlamentaria.

En todo caso, en numerosos textos constitucionales europeo-occidentales, se plasma también la dependencia de la institución sin que por ello se haya producido la incorporación indicada.

Complementariamente, el artículo 136.2, de la CE, prescribe que, “Todas las cuentas del Estado y del sector público se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste. El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.”

En consecuencia, todas las cuentas del Estado y del sector público han de ser rendidas al Tribunal de Cuentas, el cual no administra, pues es un órgano jurisdiccional al margen del administrativo y del Poder Judicial.

Al respecto, mediante el artículo 136.3, se estipula que “[...] los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades de los Jueces.”

En torno a esta materia, Mendizábal Allende²⁶ afirma que la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, reconocida

25 L.M. CAZORLA PRIETO, “Artículoº 136 de la Constitución”..., *Op. Cit.*, pág. 2361.

26 R. MENDIZÁBAL ALLENDE, “La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas”, en *Revista de Administración Pública*, números 100-102, enero-diciembre de 1983, pág. 101.

expresamente en el artículo 136º, conlleva también el rasgo de independencia, servida instrumentalmente por la inamovilidad. Es por ello que se otorga constitucionalmente a los miembros del Tribunal un estatus judicial con las dos características que se acababan de señalar.

Por otro lado, en el artículo 136.4 de la CE, se establece que “[...] una Ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.” Como desarrollo de esta disposición constitucional, se promulgó la Ley Orgánica 2/1982, del 12 de mayo, reguladora del Tribunal de Cuentas. En igual sentido, se norma en 1988, mediante la Ley número 7, de 5 de abril.

Gómez Colomer²⁷, en referencia a la composición del Tribunal de Cuentas, dice que este se compone de 12 consejeros: seis designados por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, con el voto mayoritario de los 3/5, por un período de 9 años. Su designación se realiza entre censores del Tribunal de Cuentas, censores jurados de cuentas, Magistrados y fiscales, profesores de universidad y funcionarios públicos pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso se exige titulación académica superior (abogados, economistas y profesores mercantiles), todos ellos de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio profesional.

I.4.d.LOS TRIBUNALES CONSUETUDINARIOS Y TRADICIONALES

El artículo 125º de la CE establece que “[...] los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales *consuetudinarios y tradicionales*.”

Este artículo introduce la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia ante dichos tribunales. Asimismo, permite que los legos en derecho puedan participar en la Administración de Justicia ante dichos tribunales. A su vez, esta disposición constitucional viene a constituir “[...] una excepción al principio general de Jueces profesionales [...]”.²⁸

En palabras de Gimeno Sendra²⁹, ya antes referido, el artículo 125º de la CE obliga, en primer lugar, a excluir del carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional a aquellos órganos que, cuando apliquen derecho foral o agrario de carácter consuetudinario, ello no obstante han sido establecidos por la voluntad del Estado y no por la común opinión de sus destinatarios. En segundo lugar, se excluye de su ámbito de aplicación cualquiera órgano con funciones judiciales que no forma parte de la Jurisdicción, por estar ausente alguna de sus notas

27 J. L. GÓMEZ COLOMER, “Los Tribunales Especiales Constitucionales”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10ma. ed., 2010, pág. 54.

28 v. “Diario de Sesiones del Congreso” núm. 84, págs. 3082 y ss.

29 J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal, Jurisdicción, Acción y Proceso*, Op. Cit., pág. 97.

esenciales y, en particular, su independencia, bien sea por encubrir una jurisdicción especial o por infringir el principio del juez legal.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio reconoce al Tribunal consuetudinario y tradicional del Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana. Asimismo, el Consejo de Hombres Buenos de Murcia es reconocido como Tribunal consuetudinario y tradicional, a través de la Ley Orgánica 13/1999 de 14 de mayo. Ambos resuelven conflictos derivados del reparto del agua entre los regantes de sus respectivos territorios.

I.4.d.1. EL TRIBUNAL DE AGUAS DE LA VEGA DE VALENCIA

El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia es la más antigua institución de justicia existente en Europa. Aunque ya existiera desde tiempos de los romanos alguna institución jurídica que resolviera los problemas del agua en tierras de Valencia, la organización heredada data de los tiempos de Al-Andalus, muy posiblemente de la época del Califato de Córdoba y perfeccionada desde los primeros momentos de la conquista del Reino de Valencia por el Rey don Jaime.³⁰

El profesor Fairén Guillén³¹ es quien mejor ha estudiado este tema, sostiene que el Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia

es de origen muy antiguo y de funcionamiento constante. Se encuentra integrado por ocho Jueces (síndicos) representando a cada una de las ocho acequias de riego de la Vega de Valencia. Estos son elegidos por plazos de varios años, por los miembros de las respectivas comunidades de regantes y de entre ellos. No son juristas, pero conocen muy bien el Derecho de Aguas de dicha circunscripción. Así, pues, no son ni un jurado puro ni escabino.

Su funcionamiento se rige por un proceso oral y concentrado, que se desarrolla en la vía pública a la Puerta de la Catedral. Su competencia se extiende a las infracciones de uso de las aguas que se cometan en la Vega de Valencia. No hay recursos contra sus sentencias.

Ahora bien, los miembros del referido Tribunal, si ejercen funciones administrativas, se llaman síndicos; si jurisdiccionales, Jueces. Son elegidos democráticamente en cada comunidad de regantes, de acuerdo con las ordenanzas respectivas de cada acequia, debiendo ser labradores, propietarios y cultivadores directos de las tierras regadas por la acequia. El periodo de ejercicio del cargo, como regla general, es de tres años, con posibilidad de reelección.³²

El Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia no forma parte del Poder Judicial porque sus miembros ni se rigen por el sistema del autogobierno ni tienen similares

30 El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, [en línea], <www.tribunaldelasaguas.com>, consultado el 10 de agosto de 2013, Valencia, pág. 1

31 V. FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina General del Derecho Procesal...*, Op. Cit., pág. 120. Sobre el particular, ver exhaustivamente el brillante estudio de V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1975.

32 J. L. GÓMEZ COLOMER, "Los Tribunales Especiales Constitucionales", en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Op. Cit., pág. 55.

derechos, deberes y régimen disciplinario. Ello, sin embargo, no quiere decir que carezcan de independencia aunque no sea esta institucional³³.

I.4.d.2. EL CONSEJO DE HOMBRES DE LA HUERTA DE MURCIA

En la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, Ley del Poder Judicial, se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional del Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana. Pero esta Ley Orgánica no había reconocido al Tribunal consuetudinario y tradicional del Consejo de Hombres Buenos de Murcia, ignorando que la existencia de este tribunal tiene una vieja data que viene desde el siglo IX y que su actuación se ha prolongado desde esa fecha

hasta la actualidad, teniendo legitimidad entre sus miembros.

Dada esta ausencia, se promulga la Ley Orgánica 13/1999 de 14 de mayo, la cual va a modificar con acierto los artículos 19^{o34} y 240^{o35} de la Ley Orgánica 6/1985, de 7 de julio, del Poder Judicial. **En tal sentido, el apartado 4 del artículo 19º quedó regulado de la siguiente manera: “Se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres de Murcia.”** Con ello otorga un reconocimiento legal expreso a este tribunal, aun cuando en la práctica ya se encontraba legitimado.

Asimismo, debe anotarse que la modificación de los apartados 3 y 4 del artículo 240º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1

33 J.V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal, Jurisdicción, Acción y Proceso*, Op. Cit., pág. 98.

34 Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 19º de la **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio**, del Poder Judicial, con la siguiente redacción: “4. Se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia.”

35 Los apartados 3 y 4 del **artículo 240º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio**, del Poder Judicial, quedan redactados de la siguiente reforma: “3. No se admitirá, con carácter general, el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundadas en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que en los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. La resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será susceptible de recurso alguno.

4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que, en el plazo común de cinco días, podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes. La resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno.”

de julio, del Poder Judicial, permite **regular la inadmisión**, con carácter general, del incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, posibilita, de manera excepcional y a quienes sean parte legítima, que se solicite declarar la nulidad de actuaciones; ello bajo la condición de que se funde sea en defectos de forma que hubieran causado indefensión, sea en incongruencia del fallo. En este respecto, mediante la propia Ley, se establece que la resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno.

1.4.e. LA JURISDICCIÓN MILITAR

La jurisdicción militar en España cuenta con reconocimiento constitucional y su configuración ha sido dejada al legislador. En palabras de Serrano Alberca y Arnaldo Alcubilla³⁶ “[...] la CE contempla la jurisdicción militar desde una doble situación, según el país se encuentre en estado normal, de paz o de guerra.” Así, cuando indica que la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar, en el ámbito estrictamente castrense, se refiere a las situaciones normales en tiempos de paz; y cuando tiene en cuenta los supuestos de estado de sitio, se refiere a situaciones anormales en las cuales la jurisdicción militar no estará limitada al ámbito estrictamente castrense.

En consecuencia, la intención del legislador constitucional se ha inclinado con suma claridad por la existencia de la jurisdicción militar tanto en tiempo de paz

como en estado de sitio. Sin embargo, ha dejado a la discrecionalidad del legislador ordinario su regulación tanto dentro como fuera del Poder Judicial. Este, a su vez, optó por que se fueran generando vulneraciones a las Garantías Jurisdiccionales y de los Jueces y Magistrados, al quebrantar el principio de unidad jurisdiccional.

Para mayor abundamiento, el hecho de encontrarse la jurisdicción militar a extramuros del Poder Judicial vulnera el principio de unidad jurisdiccional y, por ello, no permite la actuación independiente e imparcial de los Jueces respecto del Ejecutivo. En ese mismo sentido, sostenemos que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales y, por ello, el ejercicio de la jurisdicción militar se da en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución.

De todo lo dicho, podemos afirmar que la jurisdicción militar es una jurisdicción especializada que, sin embargo, debe estar integrada al Poder Judicial. Dicha jurisdicción tiene como atribuciones fundamentales conocer dos grandes bloques de materias: la materia penal militar y la contencioso-disciplinaria militar.

En ese sentido, la CE prescribe en el artículo 117.5 que “[...] el principio de unidad es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales”. Al respecto, San Cristóbal Reales³⁷ explica que la redacción

36 J. M. SERRANO ALBERCA y E. ARNALDO ALCUBILLA, “Artículo 117º de la Constitución”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, (Dir. Por F. Garrido Falla), Editorial Civitas, Madrid, 3ra. ed., 2001, pág. 1904.

37 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 221.

de este apartado constitucional da a entender que la unidad se predica tanto de la organización como del funcionamiento de los Tribunales. Sin embargo, en sentido estricto, el principio de unidad es un principio orgánico, por cuanto está dirigido a la organización del Poder Judicial para evitar la dependencia respecto del Poder Ejecutivo.

Al respecto, debemos manifestar que, indirectamente, afecta al funcionamiento de los Tribunales, al atribuir la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado exclusivamente a los órganos que actualmente constituyen la denominada jurisdicción ordinaria; y, como excepción a la exclusividad, al resto de los órganos reconocidos expresamente en la Constitución.

Sobre esta materia, el TC³⁸ ha establecido que:

[...] el artículo 117.5 de la CE ha establecido los límites y exigencias muy estrictas de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo. Que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción

militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente en las dictatoriales.

II.5. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Constitución, Ley y Juez –según el profesor Revenga Sánchez³⁹– son los tres vértices de un sistema, cuyas relaciones determinarán la posibilidad misma de una jurisdicción constitucional. Allí donde la Constitución fue percibida *ab origine* como una norma jurídica susceptible de ser aplicada por el Juez, no tiene sentido hablar de jurisdicción constitucional; hay que hablar solo y únicamente de jurisdicción.

Pero, aun cuando la naturalidad con la que la Constitución fue pronto utilizada como parámetro de juicio, ello no significa que la función de interpretar la Constitución –y especialmente la posición del Tribunal Supremo, que es quien lo hace con carácter último y vinculante para los demás Jueces y Tribunales– no haya sido (y en parte siga siendo) una cuestión polémica.

En cambio, allí donde el problema constitucional fue el de asegurar la vinculación del Juez a la Ley, el punto de partida hacía inviable que este pudiera ‘saltar’ sobre la voluntad del legislador para buscar en la Constitución razón alguna que no estuviera ya expresada en la letra de la Ley. Todo un

38 STC 60/1991, de 14 de marzo de 1991, f.j.2.

39 M. REVENGA SÁNCHEZ, “Notas sobre la relación entre la Justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria” en VV.AA., *Tutela de derechos en sede jurisdiccional*, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2012, pág. 222.

arsenal de mecanismos de ‘ingeniería’ jurídica (*réferee* y casación, principalmente) y toda una organización que hizo del Juez un funcionario situado en la órbita de la administración y entregado a la tarea de preservar la majestuosidad de la Ley, se pusieron al servicio de ese ideal.

Así, pues, en nuestra opinión, la relación entre jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria se desarrolla en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, como también en el ámbito de la aplicación y defensa de la Constitución. Esta relación ha producido una serie de fricciones.

En esta instancia, el TC es un *primus inter pares*, un poder moderador o armonizador entre los poderes del Estado y la Constitución. Pero ocurre que el TC tiene por función controlar y limitar los excesos legislativos del poder en perjuicio de la Carta Magna y de los ciudadanos en razón de los excesos judiciales que puedan vulnerar sus derechos fundamentales.⁴⁰

Es importante señalar, en este respecto, que entre el TC y el Poder Judicial existen relaciones de coordinación, pero también una relación de jerarquía donde el primero predomina sobre el segundo. Para Canosa Usera⁴¹, España ofrece un ejemplo ilustrativo de la Constitución como norma vinculante para todos los poderes públicos, incluidos los Jueces ordinarios.

Así, la conexión funcional entre ambas jurisdicciones es incuestionable; y lo es también en todos los casos en los cuales ambas jurisdicciones pueden pronunciarse. En tales casos, el pronunciamiento último corresponderá al TC y lo que este decida u opine sobre lo debatido se impone a los Jueces ordinarios.

El mismo autor⁴² –Canosa Usera– afirma que el artículo 9.1., de la CE recoge una norma de auto referencia; es decir, la CE se refiere a sí misma para proclamar su fuerza vinculante sobre todos: ciudadanos y poderes públicos. Esta última afirmación contradice, de plano, la concepción de la CE como norma vinculante sólo para el legislador. La vinculación de todos los poderes públicos, proclamada en el artículo 9.1., de la CE, alcanza a los tribunales ordinarios de la manera más intensa posible. Así, pues, el valor normativo de la CE se manifiesta, en primerísimo plano, cuando los Jueces aplican la Constitución de diversos modos.

Desde su punto de vista, Jinesta⁴³ afirma que los puntos de encuentro y desencuentro entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional surgen, en principio, a partir del análisis y estudio de una serie de instituciones; por ejemplo, el carácter normativo de la Constitución o su eficacia directa e inmediata; la vinculación directa de los derechos fundamentales; la

40 CH. MC ILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 37.

41 R. CANOSA USERA, “Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, vol. 4, núm. 1, 1998, págs. 15-16.

42 R. CANOSA USERA, “Jurisdicción Constitucional...”, *Op. Cit.*, pág. 16.

43 E. JINESTA, “Relaciones jurisdicción ordinaria y justicia constitucional”, pág. 13. [en línea], <www.ernes-tojinesta.com> consultada el 4 de agosto de 2013.

facultad del Juez común de desaplicar una norma o acto de rango legal o infra legal cuando existe un precedente para un caso similar o idéntico; la consulta judicial de constitucionalidad, en caso de tener duda fundada de inconstitucionalidad; y la aplicación, por la jurisdicción ordinaria, del principio de interpretación conforme con el derecho de la Constitución.

De modo distinto, López Guerra⁴⁴ sostiene “ [...]que no existe una separación radical entre las funciones de los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, por cuanto ambos tipos de tribunales se encuentran implicados en tareas comunes”. Explica bien, este autor, que existe una zona -que podría denominarse “secante”- en la que coinciden las tareas del TC y de los Jueces ordinarios. Estos, en muchos casos, se configuran como auténticos Jueces constitucionales y como colaboradores del TC en su función de defensa de la Constitución.

Como resalta Pérez Tremps⁴⁵, los rasgos más importantes del modelo español de jurisdicción constitucional son los siguientes:

- En primer lugar, debe destacarse que el TC encarna una auténtica jurisdicción, aunque por su naturaleza y funciones no se incardine en el seno del Poder Judicial. El carácter jurisdiccional de su función implica, entre otros, que el TC es un órgano independiente y sometido exclusivamente a la Constitución y

a su Ley Orgánica, tal como se dispone en el artículo 1º, in fine, de esta norma legal.

- La segunda característica de la jurisdicción constitucional se expresa en relación con el hecho de que el TC está configurado directamente por la Norma Constitucional. La consideración del TC, como órgano constitucional, responde al entendimiento de que dicho órgano forma parte del conjunto de los órganos que son considerados troncales para la configuración del modelo de Estado, participando, incluso, *latu sensu*, en su dirección política.
- La tercera característica de la jurisdicción constitucional es la de su naturaleza concentrada, acorde con el modelo de Derecho Comparado en el que se inspira. Esto significa, fundamentalmente, que solo el TC puede declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de Ley. Este rasgo es el que diferencia de manera más patente la justicia constitucional europea del modelo de control de constitucionalidad difuso (o de *judicial review*) cuya manifestación más clara se da en los Estados Unidos de América.
- La cuarta característica del modelo de jurisdicción constitucional implica que el TC no es el único órgano que debe interpretar y aplicar la

44 L. LÓPEZ GUERRA, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Op. Cit., pág. 158.

45 P. PÉREZ TREMPs, en la obra colectiva con L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, vol. II, Op. Cit., pág. 246 y ss.

Norma Fundamental. La Constitución, en cuanto norma jurídica, vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1 CE), lo cual supone que han de ser todos los órganos jurisdiccionales, de cualquier orden, los que en su actuación diaria apliquen e interpreten la Constitución, tal y como recuerda el artículo 5.1. de la LOPJ.

Desde otro punto de vista, el TC es el órgano encargado de unificar esa interpretación dado su carácter supremo en el orden constitucional (artículos 123.1. CE y 1 LOTC). Prueba manifiesta de esta posición se encuentra en el ya citado artículo 5.1., de la LOPJ, en el cual se dispone que los Jueces y tribunales “interpretarán y aplicarán las Leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos.”

- La quinta característica del modelo de jurisdicción constitucional español es la vinculada a las competencias con que cuenta el TC. En efecto, la función de interpretar la Constitución que le corresponde es la que desarrolla a través de distintos procedimientos que, a su vez, están configurados atendiendo a los

diversos tipos de conflictos constitucionales que puedan surgir.

Otro aspecto importante, en esta problemática, es la interpretación constitucional, la cual no se reduce a fijar los preceptos de la Carta Magna, sino también el sentido constitucional del resto del ordenamiento jurídico, en tanto y en cuanto este encuentra su fundamento en aquella. Por eso, al ser el TC el intérprete supremo de la Constitución, es también el supremo intérprete constitucional.⁴⁶

El TC⁴⁷, en consecuencia, rompe la frágil barrera que separa a la justicia constitucional de la ordinaria y, al respecto, señala que:

[...] no se puede convertir al TC en un órgano revisor de la legalidad ordinaria y de la interpretación y aplicación que de la misma hacen los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E.), desbordando el habitual *self-restraint* con que nuestra doctrina ha entendido el ámbito de la justicia de amparo; entrando a determinar la concurrencia de los elementos de los tipos delictivos; y, en consecuencia, la calificación penal de los hechos y la aplicación de la pena correspondiente. En otras palabras, se puede convertir al TC en un Tribunal de casación ordinaria, excediendo los límites y la función de la justicia constitucional.

46 F. RUBIO y M. ARAGÓN, *La jurisdicción constitucional en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 815.

47 STC 85/1992, de 8 de junio, v. voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo.

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: CONCEPTO; II. LA PRISIÓN PREVENTIVA: CONCEPTO; III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL; IV. FINALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA; V. LA PRISIÓN PREVENTIVA ¿REGLA O EXCEPCIÓN?; Y VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN:

El autor trata sobre los alcances de la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el Código Penal Militar Policial peruano. Refiere que la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también, de límite para el Estado, para que no invada nuestra esfera de libertad de manera arbitraria.

De otro lado, expresa que la prisión preventiva se debe aplicar de manera excepcional y sujeto estrictamente a los fines del proceso, quedando proscrito toda finalidad preventiva de la pena. La prisión preventiva, como privación de la libertad de carácter excepcional, debe ser adoptada mediante resolución judicial motivada.

ABSTRACT:

The author deals with the scope of preventive custody and the presumption of innocence in the Peruvian Military Police Criminal Code.

1 Oficial del Servicio Jurídico del Ejército.

He says that the presumption of innocence is not only a guarantee of freedom and innocent treatment, but also of a limit for the State to not invade our sphere of freedom arbitrarily.

On the other hand, it expresses that the preventive custody must be applied on an exceptional basis and strictly subject for the purposes of the process, being prohibited any preventive purpose of the penalty. Preventive custody, as an exceptional imprisonment, must be adopted by reasoned court decision.

I. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: CONCEPTO

El término “presunción” proviene del latín *praesumptio*, derivación de *praesumption-ónis*, que significa idea anterior a toda experiencia; y el vocablo “inocencia” procede del latín *innocens* que significa virtuoso, calidad del alma que no ha cometido pecado.

Manzini ha expuesto que “es un contrasentido jurídico, nada más burdamente paradójico e irracional”, pues no cabe pretender la inocencia de un sujeto que se encuentra procesado, precisamente, por haber indicios incriminatorios en su contra. Bajo esta línea, dicho autor postula que resulta más apropiado hablar de “presunción de culpabilidad”.²

La presunción de inocencia, es una de las garantías fundamentales que posee

toda persona imputada de la comisión de un delito, pues se le considerada inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad. Se resguardará la presunción de inocencia, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación, pues se es inocente hasta que el Estado, por intermedio de los órganos judiciales, pronuncie en una sentencia penal firme una declaración de culpabilidad y le imponga una pena, producto de un juicio previo. De allí que, en un Estado Constitucional de Derecho, es preferible que existan culpables absueltos, pero no se puede tolerar que exista un inocente sufriendo condena.

Guillermo Cabanellas refiere que “En materia penal existe una suposición que, aun no escrita en la ley o los códigos, no resulta menos fundamental: consiste en la presunción de inocencia. En virtud de la misma, la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda beneficia al acusado; y este debe ser tratado como inocente hasta que no se pronuncie contra él la condena definitiva. Por ello, los jueces no han de ver automáticamente en el acusado al culpable, por más que a ello tiendan los legos sin más que la acusación fiscal. Compensadoramente, no hay que ser tan inocente, ahora como juez, para estimar que la condena solo surge de pruebas plenas; basta también los indicios vehementes, numerosos, concordantes y bien interpretados.”³

2 MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo I, p. 253. En: ORÉ GUARDIA, Arsenio, “Principios del proceso penal”, Editorial Reforma, Primera edición, 2011, p. 63.

3 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL*, Edit. Heliasta., 29 Edición, Tomo VI, pág. 391.

Se debe señalar que la Presunción de Inocencia no es un beneficio legal a favor del reo, sino que constituye un límite a la actividad sancionatoria del Estado.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA: CONCEPTO

La Prisión Preventiva es una medida cautelar de carácter coercitivo, personal y provisional, que afecta la libertad personal durante un breve periodo de tiempo.

La decisión judicial de ordenar la prisión preventiva a un imputado, por la presunta comisión de un delito, se hace con el fin de garantizar que el proceso que se le sigue no se vea obstaculizado, interrumpido o demorado de alguna forma. Ello no significa un adelanto de la condena; es decir, que no se está reclusando al imputado porque se crea que su responsabilidad es evidente. Esta medida tiene como justificación la necesidad de una pronta reacción del Estado frente al delito.

También constituye un medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado y con la posterior eventual ejecución de la sentencia.

Cabanellas define la prisión preventiva como “la que durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución de juez competente, por existir sospecha

contra el detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación, así como la ulterior actividad nociva...”⁴

De otro lado, San Martín Castro, citando a Milans de Bosch, precisa que la prisión preventiva puede definirse “como la privación de libertad mediante encarcamiento, ordenado por la autoridad judicial, de un imputado incurso en unas diligencias judiciales por delito, antes de que se haya dictado un fallo condenatorio que contenga una pena privativa de libertad, siempre que el mismo no tenga un carácter de firme adoptada de conformidad a los presupuestos recogidos en la ley”⁵. Esta privación de libertad, como apunta Gimeno Sendra, tiene un carácter provisional y ser de una duración limitada, debiendo estar relacionada con un delito de especial gravedad.⁶

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

El artículo 2º, inciso 24, párrafo e) de la Constitución Política del Estado y el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal establecen que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

4 CABANELLAS, Ob. Cit., pág. 420.

5 El Tribunal constitucional en varias sentencias la denomina “detención judicial preventiva” STC, EXP N° 1091-202 [JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, Editora Normas Legales, Trujillo 2002, T I, páginas 395-410]. Esta denominación es equivocada pues confunde de los diferentes tipos de privación de libertad durante el proceso penal, esencialmente entre la detención preliminar judicial y la prisión preventiva propiamente dicha.

6 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Edit. Grijley, Segunda Edición, pág. 1113.

En la jurisdicción militar, la presunción de inocencia está reconocida en el LIBRO TERCERO - PARTE PROCESAL - TÍTULO I (PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES) del Código Penal Militar Policial (CPMP), más precisamente, en el artículo 146º, en los términos siguientes: “1. Todo militar o policía imputado de la comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratado como tal, en tanto no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme y debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a un militar o un policía como culpable o brindar información en tal sentido. No obstante, se podrá publicar los datos estrictamente indispensables cuando sea necesario para lograr su identificación y/o captura”.

Resulta evidente que la presunción de inocencia es tratada ampliamente en el Código castrense, siguiendo, particularmente, a la Constitución de 1993 y la Convención Americana de Derechos Humanos. Su objeto es, indudablemente, proteger uno de los derechos fundamentales del militar o policía imputado de la comisión de un delito de función.

En el nuevo sistema procesal se garantiza la presunción de inocencia a través de diversos mecanismos. En el caso de la prisión preventiva, la presunción de inocencia se resguarda a través de la audiencia pública previa, en un escenario en el que el juez decide la aplicación o no de la medida. La imparcialidad del Juez se garantiza con la

separación de roles, dado que ya no está contaminado con los prejuicios de la investigación, pues ya no tiene la carga de la prueba.

Además, el Juez toma la decisión escuchando previamente los alegatos de las partes, no de oficio como se establecía en el código de 1980.

Acotemos, que el reconocimiento del principio de presunción de inocencia en nuestro nuevo sistema procesal penal, no impide que se regulen las medidas de coerción necesarias para garantizar los fines del proceso; claro está, siempre y cuando no se trate al imputado como culpable, sin que exista sentencia condenatoria firme.

IV. FINALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva tiene como finalidad instrumental la realización exitosa del proceso penal, siendo su objeto asegurar la presencia del imputado y aplicar la sanción como resolución del conflicto penal y la determinación de si es factible la pretensión punitiva; pues, en ningún caso tendrá la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena.

Por ello, la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del Derecho penal material, no puede asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena, sino una finalidad de carácter procesal; la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstaculización de la investigación.

Efectivamente, la prisión preventiva no tiene como finalidad garantizar la ejecución de la futura condena. Ha sido lamentable que por mucho tiempo se hubiese pensado así, considerando indebidamente

que la prisión preventiva es una forma de castigo y que el imputado que era detenido era ya culpable del delito, causando, así, una lesión a la presunción de inocencia. Sumándole a ello, la presión de la prensa, de la sociedad y, hasta la presión política, lo que hacía que la prisión preventiva fuera una medida cautelar desnaturalizada.

Para ASENSIO MELLADO, “la prisión preventiva, si bien teóricamente supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no es menos cierto que deviene necesaria en la medidas en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”.⁷

Igualmente, Urquiza Olachea afirma que no existe incompatibilidad entre el principio de inocencia y los medios de coerción personal, dado que “la coerción procesal tiene su fundamento no en la consideración del sujeto como responsable del hecho criminal antes de una sentencia condenatoria firme, sino en la necesidad de garantizar el logro de los fines del proceso”.⁸

En el Código Penal Militar Policial, las medidas de coerción están previstas en el artículo 162°:

“1. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política y los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser limitados en el marco del proceso penal militar policial, si la Constitución Política y la Ley lo permiten y con las garantías previstas en ellas;

2. La limitación de un derecho fundamental requiere de expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesarias, existan suficientes elementos de convicción;

3. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesarios, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir se obstaculice la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva; y,

4. Las medidas de coerción procesal tendrán carácter instrumental, excepcional, provisional y variarán dependiendo de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción”

En tal sentido, la prisión preventiva no debe ser la regla, su aplicación como medida cautelar, en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, **debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal**. Es decir, solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso para garantizar el proceso penal.

7 ASENSIO MELLADO, José María; *La prisión Provisional*, Madrid 1987, pág. 136.

8 URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de Legalidad*, Lima, 2000. Página 114.

Por ello, su dictado presupone que el juez penal haya evaluado; –a la luz de las particulares circunstancias de cada caso–, y, descartado, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal. La petición de prisión preventiva corresponde al fiscal militar policial, conforme al artículo 321° de la norma citada.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “La prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional”⁹.

V. LA PRISIÓN PREVENTIVA ¿REGLA O EXCEPCIÓN?

La excepcionalidad de las medidas cautelares es uno de los principios que resulta de mayor exigencia cuando hablamos de privación de la libertad de manera preventiva.

Sin embargo, en la práctica, el principio no opera como mecanismo protector de la libertad y del principio de presunción de inocencia, sino como principio fundamental que regula toda la institución de la prisión preventiva. El Juez tiene la potestad de emitir resoluciones que restringen

derechos fundamentales esenciales como la libertad ambulatoria, por lo que debe tener presente este principio. La prisión preventiva se debe ordenar solo en el caso que sea absolutamente necesario para hacer frente al alto riesgo procesal. Se debe evitar que la prisión preventiva sea usada como castigo y considerarla una pena anticipada.

La aplicación de la prisión preventiva será excepcional, siempre que no sea viable una medida cautelar menos gravosa –como la comparecencia con restricciones o la detención domiciliaria– quedando el Juez autorizado a dictar esta medida cuando el caso sea de absoluta necesidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 9°, numeral 3, expresa la excepcionalidad de la prisión preventiva: “(...) *La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”

Asimismo la doctrina de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, establece: “que la prisión preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencias”¹⁰.

9 Sentencia emitida en el Expediente N° 1567-2002-HC/TC, FJ. 2, del 05 de agosto de 2002.

10 CIDH en su informe N° 12/96, (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 48.

En nuestro sistema procesal, el Juez tiene una serie de medidas alternativas a la prisión preventiva, como, por ejemplo, la detención domiciliaria, la comparecencia simple o restringida, la caución, el impedimento de salida del país.

VI. CONCLUSIONES

- El principio de inocencia es una garantía fundamental que impide que se trate como culpable a quien se le imputa un hecho punible, hasta que se dicte sentencia firme que rompa su estado de inocencia y le proponga una pena. La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también de seguridad que aplica la
- no injerencia por parte del Estado a nuestra esfera de libertad de manera arbitraria.
- La prisión preventiva se aplica de manera excepcional y es estrictamente necesaria a los fines del proceso, quedando proscrita toda finalidad preventiva de la pena. Su aplicación es subsidiaria, pues tenemos la posibilidad de utilizar medidas menos gravosas y alternativas como cumplimiento de reglas señaladas en el art. 162° del CPMP.
- La prisión preventiva, como privación de libertades de carácter excepcional, debe ser adoptada mediante resolución judicial motivada.

José Antonio Rodríguez Santisteban¹

EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL; II. EL PRIMER APARTADO DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR; III. EL TIPO CUALIFICADO DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR; Y IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El autor analiza los alcances del artículo 81º del Código Penal Militar español, que está incluido en el rubro “delitos contra el patrimonio en el ámbito militar”, del referido código. Analiza los tipos básico y agravado de dicho delito, el bien jurídico protegido, la conducta típica, los sujetos activo y pasivo, entre otros elementos que configuran esa figura típica.

ABSTRACT

The author analyzes the scope of article 81 of the Spanish Military Criminal Code, which is included in the “crimes against patrimony in the military field” section of said code. It analyzes the basic and aggravated types of such crime, the legally-protected right, the typical behavior, active and passive subjects, among other elements that make up that typical figure.

1 Doctor en Derecho. Miembro del Cuerpo Jurídico Militar de España con destino en la Asesoría Jurídica del Aire (Sección Madrid).

INTRODUCCIÓN

El primero de los preceptos contra la hacienda o el patrimonio en el ámbito militar es el artículo 81º del Código Penal Militar español. Esta disposición está constituida por dos apartados. El primero de ellos es el tipo básico y el segundo el tipo agravado.

I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 81º DEL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL

El artículo 81º del Código Penal Militar español está incluido bajo la rúbrica

«delitos contra el patrimonio en el ámbito militar». Por tanto, el bien jurídico común que tiene junto con el resto de las infracciones contra la hacienda o el patrimonio en el ámbito militar se contrae a los recursos materiales y económicos de las Fuerzas Armadas², teniéndose en cuenta la función sistemática³ que cumple el bien jurídico⁴.

En el artículo 81º del Código Penal Militar, además de ese bien jurídico⁵ común a preservar para todas las infracciones contra la hacienda o el patrimonio militar⁶, también existen otros bienes jurídicos que se

2 Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2002, señalan que «el bien jurídico protegido en este delito “no es otro que la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas”». Para la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 (Sala de lo Militar), de 14 de noviembre «se pretende proteger ante todo la Hacienda Militar que tanto resulta afectado cuando se la empobrece correlativamente al injusto enriquecimiento de quien la defrauda cuando se pone en peligro su integridad a consecuencia de una gestión arbitraria e incontrolada de sus caudales». Igualmente, dispone la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 26/1998 (Sala de lo Militar), de 8 de junio, que «es bien jurídico protegido el de no poner en peligro la asignación de los recursos destinados al cumplimiento de los elevados fines que corresponden a los Ejércitos» (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2004 y de 14 de noviembre de 1994).

3 ROXIN, C. (2013), «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 15-1. Ugr, Granada, p. 3; CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B. (2015), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed, Tecnos, Madrid, p. 52; MIR PUIG, S. (2015), *Derecho Penal: Parte General*, 10ª edición, Reppetir, Barcelona, p. 162; POLAINO NAVARRETE, M. (2013), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 136 y ss.

4 CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 39 y ss.

5 ZÁRATE CONDE, A., y GONZÁLEZ CAMPO, E. (2015), *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, p. 127.

6 Los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, como todos los delitos militares, lesionan o ponen en peligro los fines de las Fuerzas Armadas. Es la protección del potencial bélico del Estado y el garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas la esencia fundamental de cualquier delito penal militar, algo de lo que no escapan los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar.

Dentro del Título V del Libro II del Código Penal Militar se recoge un grupo de delitos que, según explicaba el propio Preámbulo del Código Penal Militar anterior de 1985, «quedan tipificados bajo diversas especies». Por ello se recoge en este título un grupo de delitos de heterogéneo tenor, pero que tienen algún punto en común entre todos y por eso se agrupan conjuntamente. En principio, teniendo en cuenta la función sistemática que se le atribuye al bien jurídico, se presume que los diferentes delitos del Título V del Código Penal Militar tienen como bien jurídico común «la hacienda o patrimonio en el ámbito militar». El bien jurídico protegido es «la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar

protegen, configurándose como un delito por tanto pluriofensivo⁷.

Los militares, como servidores públicos que son y como consecuencia de las funciones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas⁸, deben tener por su posición un comportamiento intachable en el ejercicio de sus actuaciones. Todo ello es exigible dentro de la esfera del servicio que desarrollan y de la misión encomendada. Esta es la razón de que se intente evitar y se persigue la gestión desleal del militar y que la probidad sea principio de conducta en su actuación.

Es la probidad uno de los valores que se pretende preservar en el artículo 81º del Código Penal Militar, protegiéndose, así, la limpia gestión del militar y tipificando aquellas conductas referidas a la simulación de necesidades para asignar fondos públicos destinados a atenciones inexistentes o Derechos económicos a favor del personal.

Por este motivo, es importante que se haga referencia al comportamiento que debe tener todo militar y a las obligaciones que por la propia condición innata al desempeño de las funciones castrenses⁹ deben de regir y ser principio de vida de

necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas» (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 Sala de lo militar, de 14 de noviembre). *Id.* BLECUA FRAGA, R. (1988), «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, p. 2017; GIMENO AMIGUET, A. (1992), «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 423 y 424; DE QUEROL Y DURAN, F. (1946), *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, Editorial Naval, Madrid, pp. 610 y 611.

- 7 La mayoría de los delitos militares son delitos pluriofensivos, *vid.* DE LEÓN Y VILLALBA, F. (2014), «Condiciones, normativas y extra normativas, del ilícito militar», *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia., pp. 41 y ss.
- 8 El artículo 8.1 de la Constitución Española establece 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».
Las diferentes misiones y funciones que se les encomiendan a los ejércitos en la actualidad es donde se asienta y justifica la peculiar naturaleza del Derecho Militar y la necesidad de que exista por tanto el Derecho penal militar por la idiosincrasia de los cometidos que se les asignan a los ejércitos.
- 9 El comportamiento de todo militar se rige por una serie de reglas, alguna de las cuales están reguladas y establecidas expresamente en la legislación española.
En concreto debemos mencionar, sin ánimo de exhaustividad, aquellas conductas que se recogían en el artículo 4º de la Ley de la Carrera Militar 39/2007, de 19 de noviembre, en sus puntos decimotercero, decimocuarto y decimoquinto, que se referían a que se deben comportar con lealtad y compañerismo, prepararse para alcanzar el más alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos, y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios, cumplir con exactitud sus deberes y obligaciones, impulsado por el sentimiento del honor. Actualmente las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las definidas en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que modifica el artículo 4º de la Ley de la Carrera militar, a través de la Disposición Final quinta. Esas reglas se encuentran contenidas en el artículo 6º de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, en la que se reproduce prácticamente en su integridad lo que se disponía en la anterior redacción del artículo 4º de la Ley de la Carrera militar de 2007.
El Artículo 6º de la Ley Orgánica 9/2011 referido a las reglas de comportamiento del militar señala que:

los mismos. En concreto, virtudes tales como la probidad, imparcialidad y lealtad deben guiar la actuación de todo militar¹⁰ y son protegidas por el Código Penal Militar en buena parte de los preceptos referidos a la protección de los delitos contra el

patrimonio o la hacienda en el ámbito militar¹¹, entre los que se encuentra el artículo 81º del Código Penal Militar¹².

En efecto, la probidad¹³ es una virtud de gran importancia en el día a día de la

«1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:

[...] Séptima. Adecuará su comportamiento profesional, en cumplimiento de sus obligaciones militares, a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción.

Octava. La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas.

[...] Decimocuarta. Se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones, contribuyendo de esta forma a la unidad de las mismas.

Decimoquinta. Se preparará para alcanzar el más alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos, y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios.

Decimosexta. En el ejercicio de sus funciones, impulsado por el sentimiento del honor inspirado en las reglas definidas en este artículo, cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones».

- 10 Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas se refieren en su artículo 5º a la actuación del militar como servidor público debiendo actuar «con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, *honradez* y promoción del entorno cultural y medioambiental».
- 11 En concreto hacemos referencia a la protección principal para evitar la gestión desleal del militar y las conductas contrarias a la imparcialidad y probidad de los mismos.
- 12 La sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 (Sala de lo Militar), de 14 de noviembre dispone que «se pretende proteger, ante todo, a la Hacienda Militar [...] Pero no es este el único bien jurídico tutelado por la norma penal: con ello se aspira también a preservar la probidad y seriedad del militar». Por su parte, la sentencia del mismo Tribunal núm. 26/1998 (Sala de lo Militar), de 8 de junio, señala que «el bien jurídico protegido por el precepto es el deber de lealtad en la gestión de los recursos públicos que incumba al militar encargado de administrarlos». También se recoge esta idea en la más reciente sentencia núm. 197/2002, de 5 de febrero.

Las sentencias del alto Tribunal de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2002 señalan que «el bien jurídico protegido en este delito “no es otro que la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas”». Para el Tribunal Supremo (sentencia núm. 69/1994 de 14 de noviembre «se pretende proteger ante todo la Hacienda Militar que tanto resulta afectado cuando se la empobrece correlativamente al injusto enriquecimiento de quien la defrauda cuando se pone en peligro su integridad a consecuencia de una gestión arbitraria e incontrolada de sus caudales». Igualmente, dispone la sentencia núm. 26/1998 (Sala de lo Militar), de 8 de junio, que «es bien jurídico protegido el de no poner en peligro la asignación de los recursos destinados al cumplimiento de los elevados fines que corresponden a los Ejércitos».

- 13 La sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 (Sala de lo Militar), de 14 de noviembre dispone que «se pretende proteger, ante todo, a la Hacienda Militar [...] Pero no es este el único bien jurídico tutelado por la norma penal: con ello se aspira también a preservar la probidad y seriedad del militar».

actividad militar, ya que, como dice Mancini¹⁴, muchos bienes y efectos en virtud del propio servicio que se les encomiendan se dejan sin garantía y se dejan en manos de la rectitud de aquellos que forman parte de los ejércitos¹⁵. De tal manera que un quebranto por abuso de la confianza depositada a un militar daría lugar a la disminución de la confianza recíproca que debe existir entre compañeros de los ejércitos, ocasionándose un daño a la moral incompatible con el espíritu militar y contrario a la rectitud y lealtad¹⁶ que tiene que existir en las instituciones militares y guardarse celosamente. Además del posible daño que se puede causar con esas conductas a los intereses, bienes y recursos militares.

Con el artículo 81º del Código Penal Militar se pretende que no se quebranten determinados deberes profesionales o que no se produzcan abusos en la confianza que la sociedad ha puesto en el correcto

funcionamiento de la Administración Militar. Es desde este punto de vista donde determinados valores castrenses cobran un sentido aún mayor de exigencia para aquellos que forman parte de los componentes de los ejércitos.

La lesión de estos deberes o virtudes que han de ser esenciales en el militar, hace retroceder a un segundo lugar la puesta en peligro del bien jurídico patrimonio o hacienda en ámbito militar, sin que en ningún caso se pueda prescindir del mismo, ya que como con acierto opina Rodríguez Devesa, habrá siempre un trasfondo patrimonial¹⁷, que se debe a la finalidad de salvaguardar el patrimonio público militar, apartándose al militar de sus intereses particulares para que obre con plena objetividad e imparcialidad¹⁸.

Por ello, en este precepto existen distintos bienes jurídicos que se pretende proteger¹⁹, pero sin olvidar que existe un bien

14 Cit. DE QUEROL Y DURAN, F., *Principios del Derecho militar español*, tomo II, cit., pp. 610 y ss.

15 El código de conducta de los militares viene establecido principalmente a través de las Reales Ordenanzas para la Fuerzas Armadas, tal y como señala el artículo 1º, de esta disposición normativa cuando hace referencia a que este es el objeto de la norma y que en ella es donde «se definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirados en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor».

16 Las sentencias del Tribunal Supremo núm. 26/1998, de 8 de junio y núm. 197/2002, de 5 de febrero, señalan que «el bien jurídico protegido por el precepto es el deber de lealtad en la gestión de los recursos públicos que incumbe al militar encargado de administrarlos».

17 Cit. GIMENO AMIGUET, A., «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», cit., p. 406.

18 CANTOS GUERRERO, A. (1980), «El delito de fraude», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 39, pp. 43 y ss.

19 En lo referente al bien jurídico que se pretende proteger, el mismo ha sido objeto de un análisis general para las infracciones contra la Hacienda en ámbito militar anteriormente.

No obstante, entiendo conveniente manifestar aquí lo dispuesto por la jurisprudencia en torno al bien jurídico común en los delitos contra la Hacienda en ámbito militar en el caso del artículo 189º del Código Penal Militar de 1985, antecedente del actual artículo 81º del Código penal militar.

Las sentencias de Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2002, señalan que «el bien jurídico protegido en este delito “no es otro que la integridad de los recursos de la Hacienda Pública

jurídico común a todos los delitos contra la hacienda-patrimonio en el ámbito militar. Es un bien jurídico con la lealtad comunitaria²⁰ junto²¹ a la probidad²², configurándose en el presente caso una protección de bienes frente a ilícitos pluriofensivos²³.

II. EL ARTÍCULO 81.1 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

A. La conducta típica. La solicitud²⁴

El apartado 1, del artículo 81º del Código Penal Militar, castiga con la pena

de prisión de tres meses y un día a dos años «al militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta»²⁵.

La conducta típica²⁶ contenida en este primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar consiste en solicitar la asignación de un crédito presupuestario para atención supuesta mediante la técnica de la simulación, ya sea ésta en la vertiente de simular necesidades para el servicio o

en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas». Para la sentencia núm. 69/1994, de 14 de noviembre, «se pretende proteger ante todo la Hacienda Militar que tanto resulta afectado cuando se la empobrece correlativamente al injusto enriquecimiento de quien la defrauda cuando se pone en peligro su integridad a consecuencia de una gestión arbitraria e incontrolada de sus caudales». Igualmente, dispone la sentencia núm. 26/1998, de 8 de junio que «es bien jurídico protegido el de no poner en peligro la asignación de los recursos destinados al cumplimiento de los elevados fines que corresponden a los Ejércitos».

20 MIR PUIG, S., *Derecho Penal. (Parte General)*, cit., p. 297.

21 La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 8 de junio de 1998 y de 11 de abril de 2012 señalan que «el bien jurídico por el precepto es el deber de lealtad en la gestión de los recursos públicos que incumbe al militar encargado de administrarlos».

22 La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 14 de noviembre de 1994 dispone que «se pretende proteger, ante todo, a la hacienda militar [...] Pero no es este el único bien jurídico tutelado por la norma penal: con ella se aspira también a preservar la probidad y seriedad del militar en la gestión de los intereses económicos y administrativos que le pueden estar encomendados, valores que se ven vulnerados o desconocidos cuando en dicha gestión no se respetan los cauces procedimentales establecidos».

23 ZÁRATE CONDE, A., y GONZÁLEZ CAMPOS, E., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 127 y ss.

24 La Acción u omisión, es decir la conducta ha de estar encuadrada en la tipicidad del delito descrito como consecuencia del principio de legalidad que rige en nuestro sistema, y es elemento esencial del delito. En el caso de que nos encontremos ante un delito doloso (que como se verá en el caso del apartado primero del artículo 81º del Código Penal Militar) en principio no existe ninguna especialidad con respecto a la normativa general penal, es decir con respecto al Código Penal, *vid.* HIGUERA GUIMERÁ, J. (1990), *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, Editorial Boch, Barcelona, p. 321.

25 A diferencia de lo que sucedía con el artículo 189º del Código Penal Militar de 1985, en el que de acuerdo a su estructura contenía dos párrafos en el que el primero contenía el tipo básico y en el segundo se señalaba el tipo agravado, en la nueva regulación que se da por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código penal militar, se estructura el precepto en dos apartados claramente diferenciados, constituyendo el apartado primero el tipo básico y el segundo el tipo agravado. Con ello se mejora la sistemática que existía con anterioridad, siendo este la única diferencia con respecto a la tipificación de las conductas que hoy se encuentran en el artículo 81º del Código Penal Militar, con respecto al anterior artículo 189º del Código Penal Militar de 1985, referidos a la solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta.

26 ZÁRATE CONDE, A., y GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 181.

bien en la de simular derechos económicos a favor del personal. Es un tipo mixto²⁷, alternativo²⁸, por lo que es suficiente la realización de cualquiera de las conductas en él descritas para que se entienda cometida la infracción penal. Parece evidente que las conductas previstas en el primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar requieren una acción positiva por lo que no es posible cometerlas por omisión. Por ello se trata de un tipo de delito de acción²⁹.

La acción descrita en el tipo consiste en *solicitar crédito presupuestario* mediante una simulación, para atención supuesta. Esto quiere decir que el tipo se perfecciona simplemente con una petición de recursos económicos que han sido asignados al Ministerio de Defensa para cumplir con una finalidad concreta previamente determinada, para garantizar las funciones encomendadas, siempre que esa petición sea para atenciones supuestas, es decir, imaginarias³⁰.

Esa acción de pedir (el solicitar) solamente se podrá realizar a través de los medios reglados para ello, ya que en materia

presupuestaria todo el cauce se halla expresamente regulado por la normativa administrativa³¹. Es decir, para solicitar el pago de una comisión de servicio, por ejemplo, existe un cauce reglado como es que el escrito de solicitud que incluya el visado de la autoridad que ordena la solicitud, el visto bueno del superior jerárquico o persona delegada, justificante de facturas y presentarlo al órgano competente para su tramitación, entre otros. Con lo que se deben seguir los procedimientos o protocolos elaborados para ello.

Con este tipo de acciones, 1º, se ve afectada la imagen de las Fuerzas Armadas; 2º, son generadoras de un desapego hacia los militares como colectivo; y 3º, además, pueden fomentar la realización de nuevas conductas similares. La ética exigible a un militar es muy alta por la propia idiosincrasia de su profesión.

B. Sujetos

1. Sujeto activo

El apartado primero del artículo 81º del Código Penal Militar se refiere a «el

27 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, A. (2010), *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, 8ª edición. Valencia, p. 296; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 119; GÓMEZ RIVERO, M. (2010), *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos. Madrid, p. 145.

28 MIR PUIG, S., *Derecho Penal. (Parte General)*, cit., p. 236; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

29 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. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 113; GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 144.

30 Los casos más sonados en los últimos años consistían en falsificar facturas de hotel con un precio superior al que costó para así cobrar la totalidad de la dieta, o la falsificación y engaño en las facturas de mudanzas con el objetivo de tener también beneficio personal.

31 Ley 47/2003, 26 de noviembre, General Presupuestaria.

militar»³², con lo que el sujeto activo³³ tiene que ser necesariamente un militar³⁴. A los efectos de aplicación del Código Penal Militar, son militares aquellos a los que se refiere el Código Penal Militar en su artículo 2º³⁵. Este precepto³⁶ se remite

principalmente a la normativa relativa a la adquisición y pérdida de la condición de militar para determinar quién es militar, aunque existen algunas excepciones, con lo que la regulación para la adquisición y pérdida de la condición militar es una cuestión

32 La normativa donde se regula el estatus de militar es bastante más dispersa que la prevista para los empleados públicos civiles, debido a la idiosincrasia de la profesión militar.

Almirante, en su diccionario, señala que «militar es un verbo neutro, que significa servir en la guerra, ejercitarse en la milicia. Dice que así debía ser, y así en efecto lo da Dicc. Acad.». Vid. el término *militar* en ALMIRANTE, J. (1869), *Diccionario Militar*, Imprenta y litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, pp. 755 y 756.

La propia Ley del Estatuto básico del empleado público es la que entiende que no es aplicable a los militares de las Fuerzas Armadas, ya que ellos tienen un estatuto jurídico diferente al del resto de los servidores públicos, debido a que el artículo 4º de esta norma establece que «las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: d) Personal militar de las Fuerzas Armadas». El militar no es funcionario público, y esto es causa de las funciones que desarrolla en el ejercicio de su actividad como miembro de las Fuerzas Armadas (la Defensa militar y el uso de la fuerza), funciones, que son diferenciadas respecto a las comunes de la Administración, y la relevancia constitucional que se le da a las Fuerzas Armadas, al incluirse dentro del Título preliminar de la Constitución Española, son las que nos llevan a la conclusión de que los militares no son funcionarios públicos, pero sí empleados públicos.

En rigor, sólo son funcionarios públicos aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente al Estatuto Básico del Empleado Público. Los militares (como miembros de las Fuerzas Armadas) son servidores públicos, personal estatutario de la Administración General del Estado, pero como señala Parada Vázquez, constituyen, al igual que otras clases de servidores públicos, un grupo de «empleados públicos estatales con legislación específica». Para este autor, las singularidades del régimen funcional se justifican, en casos (por ejemplo, los militares, jueces, magistrados miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) en la especificidad de las funciones que ejercen, mientras que en otros supuestos responde a «presiones corporativas de los propios cuerpos de funcionarios que así logran un *status* diferenciado y, de ordinario, privilegiado». Vid. PARADA VAZQUEZ, R. (2007), *Derecho Administrativo II -Organización y empleo público-*, 19.ª edición, Madrid, pp. 436 y ss.

En este sentido se manifiesta la Ley Orgánica 9/2011, de 17 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se indica «...en esta ley se actualiza la regulación del ejercicio por los miembros de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta su condición de servidores públicos sometidos a la disciplina militar, para adecuarla a la realidad social y a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional».

33 El sujeto activo es aquel que realiza la acción típica. GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 193.

34 El artículo 2º del Código Penal Militar cumple una función auxiliar para la comprensión de las normas jurídicas integrantes del Código Penal Militar siendo un artículo que contiene un concepto finalista de quienes son los militares con la intención de integrar los tipos descritos en el Código Penal Militar, algo que ya pasaba con el anterior Código Penal Militar de 1985, como se pone de manifiesto por la doctrina generada con la aprobación de aquel código. MARTINEZ CARDOS, J. (1988), «Definición de militares», en *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, p. 219.

35 En el anterior Código se definía quien era militar en el artículo 8º del Código Penal Militar de 1985.

36 El artículo 2º del Código Penal Militar. El Código Penal Militar del artículo 2º al 8º ambos incluidos Código Penal Militar se dedica a dar definiciones, señalando qué deba entenderse a efectos de este Código por: «militar, autoridad militar, superior, acto de servicio, enemigo, y orden».

que compete al ámbito del Derecho administrativo³⁷.

Si se preguntase a cualquier persona por la posición del militar respecto al resto de ciudadanos, prácticamente la totalidad de los encuestados nos diría que el militar tiene una posición distinta o diferenciada desde un punto de vista sociológico, que se traslada también al ámbito jurídico³⁸ y que se debe a una peculiar naturaleza del militar.

Este factor se recoge en diferentes textos e incluso en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁹. Además, se expresa de modo exquisito en la Ley de la Carrera Militar cuando señala que «el objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su

permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente»⁴⁰. Por ello, el militar tiene que dar primacía a los principios éticos, ya que éstos responden a una exigencia de la que hace norma de vida⁴¹.

La normativa principal donde se determina como se adquiere y pierde la condición de militar se encuentra en la Ley de la Carrera Militar y en la Ley de Tropa y Marinería. En cualquier caso, como requisito previo e indispensable para adquirir la condición de militar en nuestros ejércitos es que se preste ante la Bandera juramento o promesa de defender España⁴². El juramento, que se efectuará durante la

37 Por este motivo nos encontramos con un tipo abierto de remisión a ley extrapenal. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

38 ALLI TURIAS, J. (2000), *La profesión militar*, INAP, Madrid, 2000.

39 La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1986, de 24 de julio, en la que fue ponente de la misma el señor Jiménez Villarejo, se señala «por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basado en la permanencia o no de unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares teniendo en cuenta la diversa naturaleza y funciones de las distintas categorías de órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal efectividad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de la responsabilidad ya señalados [...] Estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de las Institución militar, a la que la Constitución Española, en su artículo 8º, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar en los terminos señalados, como ya declaro este Tribunal en su Sentencia 180/1995, de 19 de diciembre».

40 Preámbulo de la Ley de la Carrera Militar.

41 El artículo 15º de las Reales Ordenanzas de la Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero (BOE núm. 33, de 7 de febrero) dispone referido al militar que «dará primacía a los principios éticos que responden a una exigencia de la que hará norma de vida. De esta forma contribuirá a la fortaleza de las Fuerzas Armadas, garantizará la paz y seguridad».

42 Este requisito se establece en la propia Ley de la Carrera Militar, en concreto en su artículo 7.1 que señala que «todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España. Este juramento o promesa se efectuará durante la enseñanza de formación de acuerdo con lo que se establece en este artículo y será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y de militar de tropa y marinería».

enseñanza de formación, será público y además solemne⁴³.

Actualmente existen tres formas distintas de vincularse profesionalmente como militares a las Fuerzas Armadas. Estas son: 1º como militar de carrera; 2º como militar de complemento; 3º como militar de tropa o marinería.

Respecto al primero «son militares de carrera quienes mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente. Les corresponde asegurar la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las Fuerzas armadas en el marco constitucional»⁴⁴.

Los militares de complemento «son oficiales que establecen su relación de

servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas»⁴⁵.

Por su parte los militares de tropa y marinería «constituyen la base de las Fuerzas Armadas, establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal y podrán acceder a la condición de militar de carrera»⁴⁶.

Además, también se puede adquirir la condición militar, sin que se produzca una vinculación con las Fuerzas Armadas servicios profesionales, cuando se ingrese como alumnos en centros docentes militares y como reservistas⁴⁷ cuando estos se incorporen a las Fuerzas Armadas⁴⁸.

43 Artículo 7.2 de la Ley de la Carrera Militar señala que «el acto de juramento o promesa ante la Bandera de España será público, estará revestido de la mayor solemnidad y se ajustará a la siguiente secuencia:

El jefe de la unidad militar que tome el juramento o promesa ante la Bandera pronunciará la siguiente fórmula: «¡Soldados! ¡Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado, obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca y, si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?».

A lo que los soldados contestarán: «¡Sí, lo hacemos!».

El jefe de la unidad militar replicará:

«Si cumplís vuestro juramento o promesa, España os lo agradecerá y premiará y si no, os lo demandará», y añadirá: «Soldados, ¡Viva España!» y «¡Viva el Rey!», que serán contestados con los correspondientes «¡Viva!».

A continuación, los soldados besarán uno a uno la Bandera y, posteriormente, como señal de que España acepta su juramento o promesa, desfilarán bajo ella».

44 Artículo 3.2 de la Ley de la Carrera Militar.

45 Artículo 3.3 de la Ley de la Carrera Militar.

46 Artículo 3.4 de la Ley de la Carrera Militar.

47 Los reservistas son los españoles que, en aplicación del Derecho y deber constitucionales de defender a España, pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas para cumplir misiones específicas que se les encomienden. Se regulan en el artículo 122º de la Ley de la Carrera Militar, pudiendo ser estos: 1) voluntarios (de entre 18 a 58 años); 2) obligatorios: situaciones de crisis (de entre 19 a 25 años); 3) de especial disponibilidad (una vez finalizado compromiso de larga duración).

48 Artículo 5.7 de la Ley de la Carrera Militar.

Además «los extranjeros en situación de residencia legal podrán vincularse a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal como militares de tropa y marinería en los casos y por los procedimientos regulados en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería».

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier militar, aunque no esté funcionalmente encargado de la gestión presupuestaria o económica⁴⁹, ya que en el tipo no se establecen más requisitos para ser sujeto activo que ser militar.

El que el sujeto activo del delito sea «el militar» otorga a este delito la cualidad de ser un delito especial⁵⁰, ya que se trata de alguien designado por sus características concretas como sujeto activo del tipo y no alguien cualquiera. Además, al ser este un delito que no tiene correspondencia con un delito común, se trata de un delito especial propio⁵¹.

En la actualidad, cada vez se trabaja más con programas informáticos para realizar cualquier tipo de gestión y los ejércitos no escapan tampoco a estos avances tecnológicos, por lo que podría existir dificultad para identificar al sujeto activo de la conducta descrita en el artículo 81° del Código Penal Militar si la actuación se realizara por medios telemáticos. Sin embargo, a pesar de la complejidad de identificar al sujeto, toda actividad que se realiza por medios telemáticos deja tras de sí una huella digital, que será rastreable para perseguir el delito. Además, este tipo de conductas se realizarán con medios militares (puesto informático militar), que normalmente necesitan

-
- 49 Sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de abril de 201, de 26 de mayo de 1993, de 15 de octubre de 1997, de 10 de abril del 2000, de 5 de febrero de 2002 y de 14 de diciembre de 2004. La sentencia de 5 de febrero de 2002 señala que «el artículo 189° del Código Penal Militar describe en su párrafo primero la conducta típica del militar que solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, y exige el tipo, en forma alternativa, que esa solicitud se lleve a cabo simulando necesidades para el servicio o Derecho económico a favor del personal. No expresa la descripción del tipo del injusto otras exigencias y esta Sala del Tribunal Supremo, en la interpretación del precepto a que está llamada legalmente, ha sentado que todo militar puede cometer la infracción, porque no se requiere en el autor la condición de gestor de los fondos públicos en el ámbito militar a que se refería la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993, que invoca el recurrido al contestar al escrito de formalización del recurso del Ministerio Fiscal. La línea representada por esta resolución en la que se circunscribe la actividad delictiva a quien, siendo militar, se encargue o cuide del gestionar las asignaciones de dichos créditos, es decir, a los gestores económico-administrativos de los Ejércitos, en virtud de una exigencia no expresada en el tipo pero que se entendió que se desprendía tácitamente de él, según señalaba aquella resolución judicial, pronto fue abandonada por la Sala [...] en la que se declara que la actividad contenida en el tipo puede ser realizada “tanto por un militar que desarrolle funciones de gestión o administración de bienes de la Hacienda Militar, como por cualquier militar que mediante aquella simulación solicite la asignación de un crédito presupuestario para atención supuesta, fingiendo en definitiva, una actividad que realmente no ha realizado”».
- 50 POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 117. Según este autor en los delitos especiales «el sujeto activo no puede ser cualquiera, sino alguien especialmente designado por una cualidad o característica específica».
- 51 Los delitos especiales propios son aquellos que no tienen correspondencia con un delito común, ya que solo pueden ser realizados por aquel que reúna la condición exigida (en este caso el militar), frente a aquellos que sí tienen correspondencia con un delito común en que la conducta descrita por determinadas personas lo convierten en un delito autónomo, en cuyo caso la cualidad del sujeto determina un valor especial que cualifica el comportamiento realizado. Ejemplo de este último caso se encuentra en el artículo 390° con respecto al 392° del Código Penal (Falsificación de documentos). GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 144.

una clave para su uso, acceso a las instalaciones y con un registro de acceso que suele realizarse por el cuerpo de guardia de la unidad o dependencia donde se acometen las actuaciones, que sin duda ayudarán a la perseguibilidad del sujeto⁵².

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo⁵³ sólo puede ser el Estado, cuyo potencial defensivo se pone en peligro con conductas que ponen en riesgo la eficacia de las Fuerzas Armadas, con la posible «desviación de sus recursos para finalidades distintas a las previstas⁵⁴» y, además, se daña la imagen de las Fuerzas Armadas con actitudes desleales y tan opuestas a lo que debe ser el comportamiento de los miembros que integran las Fuerzas Armadas.

C. El objeto material

El objeto material⁵⁵ del tipo es el *crédito presupuestario*, es decir, la hacienda pública en el ámbito militar, ya que la solicitud qué se realiza mediante simulación recaería sobre los recursos económicos que el Estado pone a disposición de las Fuerzas Armadas, como aporte necesario para la realización de los fines previstos en el diseño de determinada política⁵⁶ de la Defensa Nacional⁵⁷.

A los créditos presupuestarios se refiere la Ley General Presupuestaria de una manera genérica como «cada una de las asignaciones individualizadas del gasto que figuran en los presupuestos» del sector público administrativo, para cubrir las necesidades para las que son aprobados⁵⁸.

52 Consecuencia de casos como este es el desarrollo del ciberespacio y por ello, el desafío de la ciberdefensa.

53 El sujeto pasivo del delito según Polaino es el titular del bien jurídico protegido en casa tipo legal de delito, sin que deba confundirse con el sujeto sobre el que recae la acción, que es la persona que se constituye como objeto material del delito al sufrir directamente la incidencia de la acción realizada por el sujeto activo, aunque en ocasiones puede coincidir. Vid. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 196.

54 Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012, de 10 de abril del 2000, de 5 de febrero de 2002, entre otras.

55 Por objeto material se entiende aquel sobre el que recae físicamente la conducta delictiva, es decir, el comportamiento típico. GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 197; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 47 y ss.

56 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012.

57 La normativa donde se regula la Defensa Nacional es la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre. Pero en ella no se nos define que se entiende por Defensa Nacional. La anterior ley (Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulaban los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar), sí que nos decía que se entendía por Defensa Nacional. Según la cual «la Defensa Nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97º de la Constitución».

58 Artículo 35.1 de la Ley General Presupuestaria 47/2003.

D. La intencionalidad de la solicitud para atención supuesta por simulación

La conducta tipificada tiene dos componentes: la necesidad de que la conducta sea dolosa y realizar la solicitud para atenciones supuestas mediante simulación.

1. Necesidad de que la conducta sea dolosa

Quien realice la conducta tipificada en primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar, debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo del injusto⁵⁹.

Según los planteamientos que aquí se están siguiendo, el dolo⁶⁰ requiere el conocimiento de la situación típica (aunque no el de su prohibición) y el de los elementos objetivos que la configuran, ya sean descriptivos o normativos⁶¹. El desconocimiento o error sobre la concurrencia de estos elementos excluye el dolo y, por tanto, la tipicidad de este delito.

Puede atestiguarse que el dolo existe desde el momento en que se solicita el crédito presupuestario para atención supuesta. Ello es así porque con la conducta se presupone la conciencia y la voluntad del sujeto activo⁶² de aprovechar los cauces legales y reglamentarios establecidos para la consecución de recursos financieros en la actividad de la Administración Militar, con el deliberado propósito de desviarlos de su adecuado destino para atender supuestas necesidades, ya sean estas de personal o de los servicios.

El tipo penal previsto en el artículo 81.1 del Código Penal Militar no prevé más que la forma dolosa, por lo que está absolutamente descartada la posibilidad de admitir la comisión imprudente (artículo 12º Código Penal⁶³), que no es más que una manifestación del principio de legalidad proclamado en la Constitución Española⁶⁴, en el Código Penal⁶⁵ y en el Código Penal Militar.

59 GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 199; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 100.

60 HASSEMER, W. (1990), «Los elementos característicos del dolo», en *Anuario de Derecho Público*, pp. 909 y ss.

61 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARAN, A., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 267 y ss.; MIR PUIG, S. (1994), «Conocimiento y voluntad en el dolo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, pp. 9 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 104.

62 El militar.

63 Este precepto señala que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

64 Señala la jurisprudencia que del «sistema de régimen *apertus* de los anteriores códigos penales se ha pasado al de *numerus clausus* o de *clausula 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 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1997, de 14 de septiembre de 2005 y de 27 de enero de 2009).

65 El artículo 9.3 de la Constitución Española proclama el principio de legalidad.

En el Código Penal Militar de 2015 se opta por sancionar, exclusivamente, la comisión dolosa, algo en lo que se debe señalar la irreprochabilidad del Código desde el punto de vista de la política-criminal y su coherencia con el principio de intervención mínima⁶⁶, como ya hiciera su antecesor⁶⁷.

En los delitos de mera actividad⁶⁸, la infracción del deber de cuidado ha de tener como resultado la puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Dicho resultado consistirá en la parte objetiva de la conducta descrita en el tipo de mera actividad. Es necesario que el hecho se cause por la infracción del deber de cuidado y puede imputarse objetivamente a la misma⁶⁹.

2. La actuación de solicitud para atenciones supuestas mediante simulación

La conducta tipificada en el primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar se consuma con la realización de la acción presidida por el elemento subjetivo, sin necesidad de que se produzca un

resultado separado espacio-temporalmente de la acción. Se trata, por ello, de un delito de mera actividad⁷⁰. En esta línea se manifiesta Blecua Fraga al entender que la consumación del delito se produce en el momento de la solicitud del crédito, sin que se requiera quebranto efectivo de la Hacienda Pública Militar⁷¹.

La puesta en marcha del dispositivo legal dirigido a la obtención de recursos económicos se convertirá en tal delito si el sujeto activo⁷² emplea una simulación, es decir, si realizase un acto con «apariencia de realidad con el que se pretende encubrir una situación ficticia»⁷³, con lo que tiene que darse el elemento engañoso o fraude como condición *sine qua non*, sirviéndose el sujeto activo del mismo para intentar provocar el error en la Administración presupuestaria militar. En el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar, esa simulación se dará bien buscando la apariencia de simular necesidades del servicio o bien aparentando que existen derechos económicos a favor del personal.

66 Manifestaciones del principio de legalidad se encuentran en los primeros artículos del Código Penal.

67 El ámbito penal sólo debe intervenir «en caso de ataques muy graves contra los bienes jurídicos más importantes». Vid. VICENTE MARTÍNEZ, R. (2015), *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Boch, Barcelona, p. 18; ZÁRATE CONDE, A., y GONZÁLEZ CAMPOS, E., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 122 y ss.

68 El Código Penal Militar de 1985 ya sancionaba exclusivamente la comisión dolosa, con lo que el texto de 2015 reproduce con buen criterio lo que ya preveía en anterior texto penal militar.

69 Los delitos de mera actividad son aquellos en que solo se requiere ejecutar la acción tipificada por el legislador como delito, sin que sea necesario resultado alguno, siendo suficiente la realización de la conducta. Vid. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

70 MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 265.

71 POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

72 BLECUA FRAGA, R., «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023.

73 El militar.

E. Causas de exclusión de la tipicidad

La tipicidad queda excluida cuando no concurre cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos descritos en el tipo.

La conducta del primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar ha de ser necesariamente dolosa, ya que el que realice la acción debe conocer los elementos objetivos integrantes en el tipo⁷⁴. Si se cometiera de manera imprudente, esta acción devendría atípica. Esto se debe a que no se prevé en el Código Penal Militar el castigo de la conducta del primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar mediante imprudencia⁷⁵. Aunque difícilmente se pueda realizar una solicitud de crédito presupuestario mediante simulación para atenciones supuestas consecuencia de la imprudencia. La solicitud deberá realizarse formalmente, bien sea por escrito o mediante un programa informático establecido para ello, en virtud de los cauces

reglados que la Administración militar⁷⁶ previamente tiene determinados.

El delito del artículo 81.1 del Código Penal Militar, además de ser un delito de mera actividad⁷⁷ debido a que no es necesario para su consumación que se produzca algún resultado, es un delito de peligro abstracto⁷⁸. Esto se motiva en que es la simple puesta en riesgo de alguno de los bienes jurídicos que se protege en la razón del legislador para desvalorar una presunta situación de amenaza difusa y no concreta. Es el supuesto peligro el motivo de que se prohíba la conducta descrita⁷⁹ y no el posible resultado que originase la acción.

1. La conducta socialmente adecuada

En este ámbito, como en casi todos, se puede hablar de un buen número de conductas consideradas como adecuadas, que no generan ni merecen reproche penal

74 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1998. En el mismo sentido se manifiesta BLECUA FRAGA, R., «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023.

75 GOMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 199; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 100

El artículo 1.2 del Código Penal Militar establece que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

El artículo 10º del Código Penal señala que «son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». Por ello, para que exista el delito se requiere que se cumplan los elementos objetivos del tipo penal y las exigencias del dolo o imprudencia, en los términos del artículo 5º del Código Penal, según el cual no hay pena sin dolo o culpa.

El artículo 13º Código Penal señala que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. La conducta prevista en el artículo 81.1 del Código Penal Militar no dispone que se castigue si es cometida por imprudencia.

76 QUIROGA DE ABARCA, J. (1988), *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, pp. 256 y ss.

77 POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 78.

78 *Ibidem*, p. 115.

79 El legislador cada vez más tiende a tipificar los delitos de peligro debido a la complejidad de la vida moderna. Ejemplo de ello es el artículo 379º del Código Penal que contiene dos conductas constitutivas de delitos de peligro como son la de conducir a velocidad excesiva o bajo la influencia de sustancias.

alguno⁸⁰ y tampoco, reproche social al respecto.

La doctrina discute el papel que desempeña la adecuación social y si esta debe entenderse como causa que excluye la tipicidad, o más bien, se trata de una causa de justificación⁸¹.

A modo de ejemplo, Polaino Navarrete o Quintero Olivares entienden que la conducta socialmente adecuada es una causa de exclusión de la tipicidad⁸². En contra de ello se manifiestan Muñoz Conde y García Aran, que la rechazan como causa de exclusión de la tipicidad⁸³.

Entre las conductas que socialmente no merecerían reproche penal alguno se podría citar el caso del jefe de dependencia o sección que tiene en su sección un material útil, como puede ser una impresora, pero solicita una nueva porque se usa demasiado o la existente es lenta, mejorándose el trabajo con una más rápida. Otro posible caso es el de la entrada en una dependencia a sanear, que, debido al tránsito de personal o público, se solicita nueva iluminación o mobiliario sin que exista realmente esa necesidad, pero sí supondría una mejora o modernización.

2. El consentimiento como causa de exclusión para el tipo del artículo 81.1 del Código penal militar

El consentimiento⁸⁴ tiene su base en la libertad que el Estado da a los ciudadanos, pudiéndose mediante el mismo eliminar los presupuestos para una imputación objetiva⁸⁵, siempre que el ciudadano titular dé su conformidad. El fundamento del consentimiento de la víctima descansa, por tanto, en la ausencia de un interés en la conservación del bien jurídico atacado, reconociendo al portador del bien jurídico-penal poder de disposición sobre el mismo.

La consecuencia inmediata es que el consentimiento sólo puede darse respecto de aquellos bienes jurídicos penalmente relevantes, objeto de protección penal de los que el titular de los mismos pueda disponer libremente, limitando la eficacia del consentimiento a bienes jurídicos individuales y no a bienes jurídicos colectivos o comunitarios. En el Derecho penal militar español todos los bienes jurídico-penales tienen carácter público y además son totalmente indisponibles⁸⁶, por lo que el consentimiento carece de eficacia alguna⁸⁷.

80 Ello es así por la insignificancia lesiva de la conducta teniendo en cuenta el principio de insignificancia penal de la acción.

81 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 227 y ss.

82 POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 130.

83 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 227 y ss.

84 El consentimiento existe cuando el sujeto pasivo del delito acepta, bajo determinadas condiciones o en determinadas circunstancias, que el autor atente contra el bien jurídico del que es titular. *Vid.* GOMEZ RIVERO, C., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 272.

85 POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 131.

86 HIGUERRA GUIMERÁ, J., *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, cit., p. 364; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 133.

87 En este punto existe unanimidad por parte de la doctrina. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 133.

Al ser objeto de nuestro estudio una serie de preceptos penales en los que el bien jurídico-penalmente relevante es la Hacienda Pública o patrimonio en el ámbito militar, y no ser éste un bien jurídico penal individual, sino que es comunitario, sería imposible que el consentimiento pudiera dar lugar a la exclusión del tipo previsto en el primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar.

3. El error de tipo⁸⁸

Es posible que dentro de ese primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar quepa el error de tipo⁸⁹, que sólo sería viable, en mi opinión, cuando el autor realice la conducta entendiendo que la atención no es supuesta, sino real.

El error sobre los elementos descriptivos del tipo será tratado como error (art. 14 CP). El error sobre los elementos normativos del tipo es cuestión más complicada, por no ser aprehensibles por los sentidos debido a sus características y tratarse de elementos que «aluden a una realidad determinable por una norma jurídica o social»⁹⁰. Por ello, algún autor señala que «se comprenden en su significación»⁹¹.

En todo caso, dentro del error de tipo, debe distinguirse el error sobre los elementos esenciales⁹² y aquel otro sobre los elementos accidentales del tipo⁹³.

En el caso de que sea un error sobre los elementos esenciales, éste puede ser vencible o invencible. El primero excluye el dolo, pero no la imprudencia. En nuestro caso

Recuérdese que el sujeto pasivo del delito sólo puede ser el Estado, cuyo potencial defensivo se pone en peligro con conductas que ponen en riesgo la eficacia de las Fuerzas Armadas con la posible «desviación de sus recursos para finalidades distintas a las previstas» y, además, se daña la imagen de las Fuerzas Armadas con actitudes desleales y tan opuestas a lo que debe ser el comportamiento de los miembros que integran las Fuerzas Armadas.

88 En cuanto al error sobre el tipo en el caso del Código Penal Militar español no se tiene ninguna manifestación al respecto, produciéndose como señala Higuera un «absoluto silencio». HIGUERA GUIMERÁ, J., *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, cit., p. 335.

Al producirse ese silencio al que hacíamos referencia debemos acudir a la normativa general del Derecho Penal español, es decir al Código Penal Militar, en virtud de la cláusula de salvaguarda que se preveía en el anterior artículo 5º del Código Penal Militar de 1985, hoy en el actual artículo 1.2 del vigente Código Penal Militar.

89 GÓMEZ RIVERO, C., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 206.

90 MIR PUIG, S. (1993), «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Derecho penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 20, p. 202; MUÑOZ CONDE, F. (1986), «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», en *EPC*, núm. X, p. 317.

91 BACIGALUPO ZAPATER, E. (1997), *Principios de Derecho Penal Parte General*, 5.ª edición, Akal, Madrid, p. 229; y del mismo autor (1985), «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición», en *CLP*, Tomo V, Vol. I, pp. 53 y ss.

92 Es el error sobre los elementos objetivos del tipo básico. GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 207.

93 El error sobre los elementos accidentales podría ser sobre los elementos que elevan la penal o sobre los que la disminuyen (básicamente error en las circunstancias agravantes o atenuantes). MIR PUIG, S., *Derecho Penal. (Parte General)*, cit., p. 281 y ss.

concreto, si el error fuere vencible la conducta realizada sólo podría castigarse en la modalidad de imprudencia. Al no ser esto posible debido a que el Código Penal Militar no recoge el castigo del primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar en la modalidad de imprudencia⁹⁴, la conducta sería atípica, y se determinaría por tanto la impunidad⁹⁵.

En el caso de ser vencible, excluye tanto el dolo como la imprudencia y, a efectos prácticos, en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar, la consecuencia sería la misma si el error que recae sobre los elementos esenciales fuera vencible o invencible al no castigarse la conducta imprudente.

Difícilmente, como se desprende de la lectura del tipo que se está analizando, se podrá dar el caso en que el autor crea erróneamente que concurren todos los elementos del tipo. En esta hipótesis la conducta sería también atípica y se estaría ante un supuesto de tentativa inidónea⁹⁶, es decir, no se produciría la puesta en peligro del bien jurídico porque la conducta realizada no es adecuada. Los medios empleados son insuficientes para llegar a plasmarse en la amenaza o riesgo que se pretende proteger.

F. Causas de exclusión de la antijuricidad

Comprobado la concurrencia plena del tipo del injusto, es necesario continuar con la teoría del delito y por tanto se avanzará analizando si procede o no alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20º del Código Penal⁹⁷.

Una conducta típica es antijurídica si se opone al Ordenamiento Jurídico sin la concurrencia de alguna causa de justificación. Si se apreciase causa de justificación, la conducta realizada en nuestro caso por el militar, ya que este es el único que puede ser sujeto activo de la conducta tipificada en el primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar, sería lícita al no ser antijurídica.

En el Código Penal Militar no se hace referencia alguna a las causas eximentes de responsabilidad criminal a diferencia de lo que ocurría con su antecesor⁹⁸. Esto da lugar a que se apliquen todas las causas de justificación previstas en el Código Penal en virtud de lo que se dispone en el artículo 1.2 del Código Penal Militar⁹⁹, al haber optado el legislador por un sistema de remisión a la

94 Al respecto, el Código Penal Militar, en su artículo 9º, define cuales son los delitos militares. Así en su apartado 1º señala que «son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código».

95 MIR PUIG, S., *Derecho Penal. (Parte General)*, cit., p. 279.

96 Ya que sería un supuesto de «error al revés». MIR PUIG, S., *Derecho Penal. (Parte General)*, cit., p. 280; Se trata del caso en que la conducta realizada no es adecuada para poner en riesgo o peligro el bien jurídico. Vid. GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 339.

97 El artículo 1.2 del Código Penal Militar señala que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código».

98 El artículo 21º del Código Penal Militar de 1985 señalaba que «serán de aplicación las causas eximentes de responsabilidad criminal previstas en el Código Penal».

99 El artículo 1.2 del Código Penal Militar señala que «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».

parte común¹⁰⁰, como una de las características principales del Código Penal Militar, al ser ley especial¹⁰¹.

1. Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad¹⁰² puede darse cuando se intenta proteger bienes jurídicos supraindividuales siempre que se den los requisitos del artículo 20.5 del Código Penal. Entre esos requisitos se encuentra la gran desproporción que debe producirse entre los bienes jurídicos en conflicto¹⁰³. Al tener los militares un deber de sacrificio impuesto por la propia profesión, no parece viable que se llegue a la situación de desproporción necesaria para la aplicación de esta causa de justificación.

2. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

El único caso para que se de ésta causa de justificación, sería a través del órgano tramitador, es decir, cuando se presenta una solicitud de crédito presupuestario debe introducirse en el sistema mediante su registro y posterior inclusión en el SIMEN-DEF¹⁰⁴, para enviarlo al órgano competente para su gestión. En este caso, el tramitador sólo cumple su trabajo y tramita el documento que se le presenta. Al no presentar solicitud alguna y realizar exclusivamente la función encomendada, tampoco se encontraría dentro de la acción prevista en el tipo del primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar. Por ello, ésta causa de

100 Ya en la antigua Exposición de motivos que contenía el proyecto del Gobierno del Código Penal Militar (suprimida por el Senado) que desembocó en el Código Penal Militar de 1985 se señalaba que las causas de justificación del Derecho penal común son lo «suficientemente elásticas» para que sean aplicadas al Derecho penal militar.

101 Esta idea viene señalada en el preámbulo del vigente Código Penal Militar de 2015 (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015), y no es más que la manifestación de la antigua cláusula de salvaguarda del derogado artículo 5º del Código Penal Militar de 1985 según el cual «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su peculiar naturaleza y no se opongan a los delitos del presente código».

102 Se regula en el artículo 20.5 del Código Penal como causa de exención de la responsabilidad criminal para los casos en los que el sujeto, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber siempre que concurren dos requisitos:

1. Situación de peligro objetivo, real y actual para un bien jurídico propio o ajeno, ante el cual, el Ordenamiento Jurídico permite la lesión típica de otros intereses jurídicamente tutelados,

2. Siempre que sea la única opción para salvar los primeros.

El conflicto se tiene que dar entre bienes desiguales, sacrificándose el que tiene menor valor.

Vid. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., pp. 152 y ss.; GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 256 y ss.

103 Incluso en la tipificación de determinadas conductas donde los supuestos de estado de necesidad son verosímiles, la jurisprudencia es reacia a la aplicación de esta eximente para delitos militares, a pesar de responder con frecuencia a circunstancias de necesidad personal o familiar en que debe de estar excluida la antijuricidad. MILLÁN GARRIDO, A. (1983), *El delito de deserción militar*, Bosch, Barcelona, pp. 132 y ss.; GARCÍA LABAJO, J. (1988), «El delito de deserción», en *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, p. 1524.

104 Sistema de mensajería informático del Ministerio de Defensa.

justificación en cualquiera de sus vertientes jamás se podrá dar en el caso previsto en el primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar.

3. Legítima defensa¹⁰⁵

Quien se defiende de una agresión actual y antijurídica, actúa conforme a Derecho. En este caso no se debe olvidar que se trata de una conducta tipificada que pretende proteger un bien jurídico común a todas las infracciones contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar¹⁰⁶ y otros propios de este precepto¹⁰⁷ y que se está ante bienes jurídicos de una naturaleza supra-individual. La consecuencia es que, como acertadamente manifiesta Cerezo Mir, los bienes jurídicos supraindividuales no son susceptibles de la legítima defensa¹⁰⁸, si el peligro que se trata de prevenir es remoto o no resulta daño alguno para el particular, como es el caso del supuesto del artículo 81.1 del Código Penal Militar.

G. La culpabilidad

Analizados los dos primeros elementos de la teoría del delito (la tipicidad y la antijuricidad), se examinará en esta sede el siguiente de los elementos de la teoría del delito: la culpabilidad. Para que se dé este elemento es necesario que exista, por parte de quien comete la conducta típica y antijurídica, la conciencia potencial de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta conforme a la norma.

1. Conciencia potencial de la antijuricidad y error de prohibición

Toda conducta dolosa presupone, en el caso del párrafo primero del artículo 81.1 del Código Penal Militar, la conciencia y la voluntad del sujeto activo de aprovechar los cauces legales y reglamentarios establecidos para la consecución de recursos financieros en la actividad de la Administración, con el deliberado propósito de que esto ocurra.

105 El artículo 20.4 Código Penal se refiere a esta circunstancia eximente al señalar que «están exentos de responsabilidad criminal: [...] 4.º el que obre en defensa de la persona o Derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

106 Que no es otro que la hacienda pública o el patrimonio en el ámbito militar, es decir los recursos materiales y económicos puestos a disposición de las Fuerzas Armadas para que puedan cumplir las altas funciones que las mismas tienen encomendadas.

107 La lealtad e imparcialidad del militar, la probidad del funcionario público militar.

108 HGUERA GUIMERÁ, J., *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, cit., p. 338 y ss.; en el mismo sentido se manifiesta POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 149.

Para que exista la culpabilidad es necesario que por parte del sujeto activo del delito se tenga la conciencia de la antijuricidad, esto es, que se tenga conocimiento o la posibilidad de conocimiento de que la conducta que se realiza está prohibida por la norma penal¹⁰⁹.

El desconocimiento de un elemento fundamentador del injusto constituye un error sobre el tipo¹¹⁰, pero si, siendo correcta la representación sobre los elementos del tipo, se realiza una valoración jurídica equivocada de ellos, se estaría ante un error de

prohibición¹¹¹. Si el autor realiza el acto con error de antijuricidad¹¹², es decir sin conciencia de la antijuricidad, se estaría ante un error de prohibición y se aplicaría el artículo 14.3 del Código Penal. El error sobre la existencia, presupuestos o extensión de las causas de justificación da lugar al error de prohibición¹¹³. El artículo 14.3 Código Penal señala que «el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». Difícilmente se podrá estar ante un error de

109 CÓRDOBA RODA, J. (1962), *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Boch, Barcelona; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARAN, M., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 385 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. (Parte General)*, cit., p. 543.

110 Es posible que dentro de ese primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar quepa el error de tipo, que sólo será posible, en mi opinión, cuando el autor realice la conducta entendiendo que la atención no es supuesta, sino real.

El error sobre los elementos descriptivos del tipo será tratado como error (artículo 14º Código Penal). El error sobre los elementos normativos del tipo es cuestión más complicada, ya que no son aprehensibles por los sentidos debido a sus características, ya que se trata de elementos que «aluden a una realidad determinable por una norma jurídica o social»; por ello algún autor señala que «se comprenden en su significación».

En todo caso, dentro del error de tipo, debe distinguirse el error sobre los elementos esenciales y aquel otro sobre los elementos accidentales del tipo.

En el caso de que se esté ante un error sobre los elementos esenciales, este puede ser vencible o invencible. El primero excluye el dolo, pero no la imprudencia. En el presente caso concreto, si el error fuere vencible, la conducta realizada sólo podría castigarse en la modalidad de imprudencia. Al no ser esto posible debido a que el Código Penal Militar no recoge el castigo del primer apartado del artículo 81º del Código Penal Militar en la modalidad de imprudencia, la conducta sería atípica, y se determinaría, por tanto, la impunidad. En el caso de ser vencible excluye tanto el dolo como la imprudencia, y a efectos prácticos en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar, la consecuencia sería la misma si el error que recae sobre los elementos esenciales fuera vencible o invencible al no castigarse la conducta imprudente.

Difícilmente, como se desprende de la lectura del tipo que estamos analizando, se podrá dar el caso de que el autor crea erróneamente que concurren todos los elementos del tipo, en que la conducta sería también atípica y estaríamos antes un supuesto de tentativa inidónea.

Vid. GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 206; MIR PUIG, S., «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Derecho penal», cit., p. 202; MUÑOZ CONDE, F. (1986), «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», en *EPC*, núm. X, p. 317; HIGUERA GUIMERÁ, J., *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, cit., p. 335.

111 ROXIN, C. (1997), *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, pp. 462 y ss. Roxin señala que los elementos normativos podrían situarse tanto en el tipo como en la antijuricidad, de tal manera que dependiendo del caso, si se produjera un error, podríamos estar ante un error de tipo o ante un error de prohibición.

112 Error de prohibición.

113 El error de prohibición debe probarse, no es suficiente su mera invocación.

prohibición en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar. Se presupone que el militar debe conocer cuáles son las facultades de que dispone, los derechos que se le otorgan y los cauces reglados para reclamarlos o solicitarlos¹¹⁴, algo que se deriva de la posición que el militar tiene porque no es un empleado público cualquiera¹¹⁵.

2. Exigibilidad de que la conducta sea adecuada a la norma

Existen casos en que el Derecho entiende que no es exigible una conducta, y excluye por ello la culpabilidad¹¹⁶.

El artículo 1.2 del Código Penal Militar remite al Código Penal, consecuencia de la complementariedad que preside el texto

penal militar. Por ello, se aplicarán las circunstancias previstas en el artículo 20º de la norma común.

La Exposición de Motivos¹¹⁷ del proyecto originario del Código Penal Militar de 1985, que fue suprimida por el Senado, decía que «las causas de inimputabilidad no planean dificultades particularidades especiales en la órbita del Derecho Penal Militar, porque o se tiene la capacidad de culpabilidad o no se tiene y con que nos diga el Código Penal quienes la tienen y quienes no la tienen debe bastar».

En el caso concreto del artículo 81.1 del Código Penal Militar no hay particularidades a destacar para el estado de necesidad exculpante¹¹⁸, ni para el miedo insuperable¹¹⁹.

114 Máxime si se tienen en cuenta que hoy en día en todos los planes de estudio de la enseñanza de formación e incluso la de perfeccionamiento se imparten conferencias referentes a los Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas para que sepan cómo actuar en todo momento y como solicitar o llevar a cabo las distintas peticiones. En todas las unidades, además, se dan continuamente diferentes conferencias informativas, así como negociados para informar cómo realizar las gestiones para el ejercicio de los distintos Derechos. Un ejemplo de ello es la Oficina de Información al Soldado o el Observatorio de la vida militar para la igualdad.

115 El plasmar, por parte del constituyente, a las Fuerzas Armadas en el Título preliminar de la Constitución Española y en otorgarle a las mismas funciones de tal envergadura, obliga a que los componentes de las mismas estén sujetos sin lugar a dudas, a una situación de sujeción especial que pueda ser incluso más acentuada que la prevista para otros servidores públicos.

Los valores militares o la ética militar, dan lugar a entender que existe una peculiaridad o particular naturaleza en el militar, a la que se ha referido incluso el Tribunal Constitucional cuando señala que «...la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que se destaca la condición o estatus del militar, como particular manera de ser o de formar muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual, sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar que no acepta los móviles que estima deshonrosos ya que inciden en el sistema de disciplina y respeto por el que se rige, y que es preciso reservar...» (Auto del Tribunal Constitucional 446/1984).

116 MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., pp. 569 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., pp. 157 y ss.

117 BOCG, Congreso de los diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-IV, de 5 de noviembre de 1985, pp. 1866/135 y ss.

118 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARAN, M., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 448 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., pp. 173 y ss.

119 MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., pp. 608 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 175.

Respecto a la minoría de edad¹²⁰ (que es causa de inimputabilidad) se destaca que dicha causa de exención de responsabilidad criminal, en la actualidad no puede ser aplicada a los militares. El artículo 56.3 de la Ley de la Carrera Militar establece que la edad para acceder a la condición de militar es la de dieciocho años. Además, con ello se sigue lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados¹²¹. En ella se establece como la edad mínima para participar en hostilidades, reclutamiento forzoso de los gobiernos y para todo tipo de reclutamiento por parte de grupos armados la de dieciocho años¹²². Por ello, en España no es posible que un menor de edad sea militar.

H. Formas de aparición del delito

1. Tipos de imperfecta realización. Actos preparatorios punibles y tentativa

Desde que se empieza a realizar la conducta típica hasta la consumación de la misma se producen fases y ello se suele llamar *iter criminis*.

El artículo 81.1 del Código Penal Militar considera un delito de mera actividad¹²³. En esta clase de delitos el contenido material del desvalor es distinto que en aquellos en el que el resultado es una lesión de un bien jurídico. En esta infracción lo que se produce es una puesta en peligro del bien jurídico protegido. En los delitos de mera actividad no es necesario que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta¹²⁴. En esta clase de infracciones la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva¹²⁵.

120 El Código Penal señala en su artículo 19º que «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

121 A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 (entrada en vigor el 12 de febrero de 2002).

122 Por su parte, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se define todo reclutamiento de menor de 15 años como «crimen de guerra» (artículo 26.2.b.XXVI), que sea realizado por gobiernos o grupos armados, ya sea en conflictos armados nacionales como internacionales.

123 Los delitos de mera actividad son aquellos en los que para que se produzca la consumación únicamente requiere la ejecución o inejecución de una determinada acción, tipificada como delito por el legislador. No se exige ningún resultado, bastando por tanto con que se realice la conducta tipificada. GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 146; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

124 MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 231; GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 146; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

125 MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 264.

El delito tiene su comienzo con la conducta humana en el pensamiento de su autor. Es lo que se conoce con el nombre de «fase interna» y esta fase interna no es objeto de castigo por parte del Derecho hasta que no empiece a darse la «fase externa». En esa fase externa se debe hablar de dos subfases que se suceden. La primera de ellas será la de los actos preparatorios y la segunda, el momento de la ejecución.

El Código Penal Militar parte, al igual que el Código Penal Común, del principio de impunidad de los actos preparatorios con carácter general. Excepcionalmente se sancionarán la conspiración, la proposición y la provocación (arts. 17º y 18º CP). Pues bien, en el caso de la conducta descrita en el artículo 81.1 del Código Penal Militar no se establece ningún caso de acto preparatorio punible.

Por su parte, una vez que se inicia la fase ejecutiva se tendrá necesariamente en cuenta que es el periodo en la que se podría producir la tentativa, es decir, se está en el momento en el que el autor pasa la subfase de los actos preparatorios y se inicia la fase ejecutiva. Por tanto, la tentativa abarcaría el periodo que comienza desde que se sobre-pasa la subfase de actos preparatorios hasta que se llega a la consumación.

En mi opinión, la tentativa no es posible en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar¹²⁶. Ello es debido a que se trata de un delito de mera actividad y de consumación instantánea¹²⁷. El delito se perfecciona con la simple solicitud, es decir, debe presentarse un documento de petición de crédito presupuestario (la solicitud) y simplemente con esa solicitud en la que simulan necesidades del servicio o

126 La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 11 de abril de 2012, entiende que si no se produce la solicitud formal no se produce la acción descrita en el tipo y que no es posible la tentativa. Sin embargo, Pignatelli Meca formula un voto particular a la misma entendiendo que si es posible la tentativa. Según Pignatelli en el caso de un Teniente Coronel Jefe de Unidad «quería llevar a cabo la total consumación del hecho, logrando que se le asignaran créditos, o, mejor, que se le permitiera aplicar los de vida y funcionamiento que estaban a su disposición, para sufragar la obra de nueva planta que se había realizado por su sola voluntad de disponer de vivienda, así como que había el mismo llevado a cabo todos cuantos actos resultaban precisos para consumir el delito, actos que culminan con el mensaje [...] al General Jefe en el que se formula, a mi entender, solicitud de crédito presupuestario –en realidad- solicitud para malversar los fondos de vida y funcionamiento que estaban a su disposición. [...] como bien razona, a mi juicio, la Sala de instancia la actuación del hoy recurrente tenía por finalidad obtener el resultado defraudatorio que le tipo configurado en el artículo 189º del Código Penal Militar conmina y para ello llevó a cabo el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación con el mensaje» del General «sin consumación por razón por razón de que el 23 de julio siguiente la superioridad le reiteró la orden de paralización de las obras que había cursado [...] Concurren pues, todos los elementos del tipo de tentativa, a saber, la ejecución total no seguida de consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, la voluntad de este de consumación y la ausencia de desistimiento voluntario del actor».

127 Mata Tejada, también cree que es posible la tentativa en este delito al señalar que «cabe la tentativa en el caso de que el sujeto haya preparado la oportuna reclamación de haberes, pero no haya ésta llegado a tener curso oficial por descubrirse a tiempo su inexactitud», *vid.* MATA TEJADA, F. (1992) «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», en *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, cit., p. 456.

Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2011, de 26 de mayo de 1993, de 15 de octubre de 1997, de 10 de abril del 2000, de 5 de febrero de 2002, y de 14 de diciembre de 2004.

derechos económicos a favor del personal se está consumando el delito¹²⁸. Por ello, no existe margen alguno para que se deje de dar la consumación. Cuando se dan todos los actos ejecutivos siempre se producirá la consumación. Si se da la ejecución parcial no se presenta la solicitud y por tanto, no se inicia la conducta descrita en el tipo.

2. Consumación

La consumación del delito se produce en el momento de la solicitud del crédito¹²⁹ sin que se requiera quebranto efectivo de la Hacienda Pública o patrimonio en el ámbito militar¹³⁰, con lo que no se requiere la lesión del bien jurídico-penal protegido sino, sólo y exclusivamente, su puesta en peligro¹³¹.

Al tratarse de un delito de mera actividad¹³², a diferencia de lo que ocurre en los delitos de resultado, el tipo se agota simplemente con la realización de la acción, es decir, de la conducta de solicitar crédito presupuestario para atenciones supuestas mediante simulación de necesidades del servicio o derechos económicos a favor del personal, aunque sí, al menos idealmente,

debe ser lesiva del bien jurídico sin que se tenga que producir resultado alguno o peligro real.

I. Autoría y participación¹³³

1. La autoría. Autoría mediata y coautoría

Encuentra su regulación en las normas comunes, es decir en el artículo 28º del Código Penal, por medio del artículo 1.2 del Código Penal Militar¹³⁴, con lo que se siguen las reglas generales.

En cuanto a la autoría mediata, esta no se puede dar en el supuesto del artículo 81.1 del Código Penal Militar, porque se trata de un delito especial de propia mano, es decir, el autor (el militar) tiene que cometer la conducta él mismo¹³⁵.

Respecto a la autoría y coautoría, no existen particularidades dignas de mención en esta sede.

2. La participación (la inducción, la cooperación necesaria y no necesaria)

Para hacer responder a un partícipe criminalmente es necesario que el autor principal realice el hecho típico y antijurídico.

128 Siempre que la solicitud sea de crédito presupuestario para atenciones supuestas mediante la simulación de necesidades del servicio o Derechos económicos a favor del personal.

129 BLECUA FRAGA, R., «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023.

130 MATA TEJADA, F., «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», cit., p. 456.

131 Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2011 y de 14 de diciembre de 2004, entre otras.

132 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993 y de 5 de febrero de 2002.

133 El Código Penal Militar anterior, el de 1985 regulaba el encubrimiento como una forma más de participación en su artículo 23º, algo que difiere totalmente con los criterios de técnica y política criminal de la ciencia penal actual, y que desde 1995, con la aprobación del Código Penal, desaparece de la normativa penal común.

134 Según este artículo 1.2 del 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».

135 HIGUERA GUIMERÁ, J., *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, cit., pp. 371 y ss.

En España rige el principio de accesoriedad limitada en materia de participación¹³⁶. Según la doctrina, la participación en el delito presenta un particular interés en el caso de los delitos especiales¹³⁷ como es el presente caso.

En este sentido, no existen particularidades respecto a la cuestión de la participación, excepto para la figura del *extraneus*, es decir, el sujeto que no reúne la cualidad exigida en el tipo penal¹³⁸.

Respecto a la inducción, en la misma se exige una incitación directa, es decir, una relación inmediata entre inductor e inducido, de forma que se conduzca desde el inductor al inducido a la realización del delito concreto¹³⁹, sin que se requiera que exista

la culpabilidad del autor por falta de dolo o se dé en él causa de impunidad al seguirse el principio de accesoriedad limitada o media, siendo por ello suficiente que el hecho principal sea típicamente antijurídico¹⁴⁰. En cuanto a la cooperación necesaria, podrá darse en virtud del artículo 28^o¹⁴¹ del Código Penal sin circunstancias resaltables, al igual que la complicidad¹⁴².

El artículo 81.1 del Código Penal Militar es un delito especial de propia mano porque el autor del hecho sólo puede ser un militar. Además, no tiene equivalente en la normativa penal común. En este sentido, en cuanto a la participación de un *extraneus*¹⁴³, como no existe figura delictiva paralela en el Código Penal, es imposible castigar al partícipe por un delito común y

136 MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., pp. 396 y ss.; ROBLES PLANAS, R. (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid. En la jurisprudencia destacan las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994, de 3 de abril de 1996, de 10 de enero de 1997, de 20 de mayo de 1996, la de 12 de febrero de 1997 y la de 14 de mayo de 1998, entre otras.

137 «Delitos especiales en sentido estricto son aquellos en que las particularidades del sujeto activo delimitan el tipo de injusto de la infracción, mientras que los delitos especiales en sentido amplio, tales características fundamentan solo una especial irreprochabilidad». Vid. LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J. (1994), «La participación y los delitos especiales», en *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pp. 135 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., pp. 231 y 401 y ss.; PÉREZ ALONSO, E. (1995), *Teoría general de las circunstancias. Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, pp. 223 y ss.

138 ABANTO VÁZQUEZ, M. (2004), «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber», en *Revista Penal*, núm. 14, p. 4.

139 A modo de ejemplo, un militar (A), convence a otro militar (B) para que realice la solicitud.

140 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) de 12 de mayo de 1992, de 22 de marzo del 2000, de 30 de abril de 2003 y de 12 de diciembre de 2007, entre otras.

141 Artículo 28.b) Código Penal.

Se dará cuando haya aportación de una conducta sin la que el delito no se hubiera cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se contribuye con algo escaso, pero no fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir que la infracción siga retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), todas ellas aplicables. (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1995, de 10 de junio de 1992 y de 25 de octubre de 2007).

142 El artículo 29^o Código Penal señala que «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

143 El sujeto que no reúne la cualidad exigida en el tipo penal, frente al «*intraneus*», que es el que si reúne la cualidad que se establece en el tipo penal.

menos aún por el Código Penal Militar en virtud del principio de legalidad¹⁴⁴.

J. Problemática concursal

En materia concursal se debe hacer referencia a que no existe por el momento ni una sola sentencia del Tribunal Supremo en la que se establezca concurso de normas o delitos con el artículo 81.1 del Código Penal Militar¹⁴⁵, ni a su inmediato antecedente¹⁴⁶.

En el caso de que se produjera un concurso de normas¹⁴⁷ o leyes, serían de aplicación las reglas generales previstas en el artículo 8º del Código Penal, excepto la

especialidad que se prevé en el artículo 1.3 del Código Penal Militar¹⁴⁸, consistente en aplicar la norma que sancione con mayor pena.

Este supuesto podrá ocurrir con los delitos de malversación de caudales públicos regulado en el Código Penal (arts. 432º y ss.), dadas las conductas requeridas para que se dé la tipicidad de la malversación con el aumento de acciones tras la última reforma del Código Penal. Con ella, pasa esta figura de estar compuesta por conductas de sustracciones¹⁴⁹ o de distracciones¹⁵⁰, a añadirse¹⁵¹ la modalidad de administración desleal¹⁵².

144 HIGUERA GUIMERÁ, J., *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, cit., p. 379 y ss. El principio de legalidad es fundamental para entender el sistema jurídico penal del momento y se encuentra recogido a lo largo del Título Preliminar del Código Penal Militar y en el artículo 1º del Código Penal Militar. Además, se recoge expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Se sigue la teoría del dominio del hecho, dándose en el presente supuesto la ruptura del título de imputación. Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. (2015), «Autoría, participación y formas de ejecución en el Derecho Penal Militar», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 259 y ss.

145 Esto se produce por la reciente entrada en vigor del Código Penal Militar (que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, el jueves 15 de octubre de 2015).

146 Esto se debe a las escasas sentencias que tenemos en el antecesor al artículo 81º del Código Penal Militar (el artículo 189º del Código Penal Militar de 1985) que se han pronunciado sobre cuestiones de esta envergadura.

147 En materia de imposición de la pena se aplicarían los criterios del artículo 73º Código Penal.

148 El artículo 1.3 del Código Penal Militar señala que «cuando una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar».

149 Tradicionalmente la malversación respecto al bien jurídico protegido ha tenido doble naturaleza. Por un lado, es un delito contra la Administración Pública y, por otro, en cuanto a su contenido, es un delito contra el patrimonio (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 400/2007, de 17 de mayo). El bien jurídico protegido no es sólo el patrimonio público, junto con la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servido de los funcionarios que de ellos disponen (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2003, de 23 de junio de 2003, de 5 de abril de 2003 y de 5 de febrero de 2008, entre otras).

150 Algún autor como Rodríguez Devesa, Cantos Guerrero o Mata Tejada señalan que es posible que pueda existir concurso de leyes con la malversación regido por el principio de consunción, cuando el que reclama los haberes llega a consumir su propósito de obtener un provecho ilícito. MATA TEJADA, F., «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», cit., p. 457 y ss.

151 Desde la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015.

152 El preámbulo de la LO 1/2015 señala que «la malversación contiene en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho,

En cuanto al concurso de delitos¹⁵³ es posible que se dé con la falsedad documental (arts. 390º y ss. CP) dado que se protegen bienes jurídicos diferentes¹⁵⁴. Al respecto, se debe tener en cuenta que normalmente la solicitud de crédito presupuestario debe ir acompañada de documento justificativo, es decir, si se solicita el derecho económico a indemnización por traslado, se tendrá que presentar la factura de la empresa de mudanzas. En este supuesto se estaría ante un concurso medial. Esto se debe a que la falsedad documental sería el medio o condición

para cometer el delito previsto en el artículo 81.1 del Código Penal Militar¹⁵⁵.

También es posible el concurso de delitos con el artículo 65º del Código Penal Militar¹⁵⁶ referido a la extralimitación del militar en el ejercicio del mando.

K. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Se trata de situaciones que están alrededor de la conducta o dan lugar a situaciones especiales del autor que modulan la

básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público».

153 Se produce si por una misma acción se realizan simultáneamente dos tipos legales de delito, es decir una pluralidad de delitos (concurso ideal) o cuando una infracción penal es medio necesario para la comisión de otra (concurso medial). En estos supuestos se aplicarían las reglas penológicas que se establecen en el artículo 77º del Código Penal.

154 El bien jurídico que se pretende proteger en los delitos de falsedades es la seguridad del tráfico jurídico, con especial incidencia en los medios probatorios, o si se prefiere, la fe y confianza de los ciudadanos y de las instituciones en que se puede actuar jurídicamente fundándose en la adecuación de los documentos a la realidad, crédito que merecen los documentos en las relaciones sociales y en la convivencia organizada. La seguridad del tráfico jurídico, su fluidez y la posibilidad de que las relaciones sociales, y particularmente las comerciales, se funden en los principios de la buena fe y confianza a partir de los documentos que con tal fin se utilizan se utilizan, pues la creación o manipulación ilegítima de documentos, aparentando una realidad inexistente, son un ataque al tráfico fiduciario y a la fe pública (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo 2002, de 7 de junio de 2006, de 16 de marzo de 2010).

En este supuesto se aplicaría el artículo 77º del Código Penal.

155 MATA TEJADA, F., «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», cit., p. 457 y ss.; BLECUA FRAGA, R., «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 258.

En este supuesto se aplicaría el artículo 77.3 del Código Penal.

156 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 13 de abril de 2013. Esta sentencia se refiere al artículo 138º del Código Penal Militar de 1985 en relación con el artículo 189º del anterior texto penal militar, antecedentes al actual artículo 65º y 81º del Código Penal Militar.

El artículo 138º del Código Penal Militar anterior señalaba que «el militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o prevaleándose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

El artículo 65º del Código Penal Militar actual señala que «el militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o prevaleándose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado...».

pena a aplicar pudiendo ser atenuantes o agravantes¹⁵⁷. Destaca respecto de la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que las mismas deben estar tan probadas como los hechos mismos¹⁵⁸.

1. Circunstancias privilegiadas (atenuantes)

En cuanto a las circunstancias atenuantes, el Código Penal Militar establece sólo una circunstancia atenuante específica en el artículo 10º y el resto de circunstancias son las previstas en la normativa penal común, en virtud de la remisión a la que hace referencia el artículo 1.2 del Código Penal Militar.

La circunstancia privilegiada específica¹⁵⁹ prevista en la norma penal militar es «la de haber precedido por parte del superior inmediato provocación o cualquiera otra actuación injusta que haya producido en el sujeto arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante»¹⁶⁰. La misma, como opina Calderón Susín, tiene un campo de aplicación lógico en los delitos de insubordinación¹⁶¹, de hecho se introdujo por vez primera en el Derecho militar español en el Código de Justicia Militar de 1890, circunscrita a los delitos de «insulto de obra a superior», aunque se generalizó con la norma de 1945. Esta atenuante ninguna particularidad entraña debido al paralelismo existente con la circunstancia

157 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 544 y ss.; Mir Puig hace referencia a que las circunstancias modificativas distinguen al Código español de otros sistemas legislativos como son el francés o el alemán. MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 614. El Código Penal recoge estas circunstancias en los artículos 21º, 22º y 23º.

158 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 9 de marzo de 2010.

159 En el anterior Código Penal Militar de 1985 se establecían dos atenuantes específicas, una de las cuales ha desaparecido, ambas se regulaban en el derogado artículo 22º del Código Penal Militar. La que ha desaparecido en este Código Penal Militar actual es la de «para las clases de tropa y marinería no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas». Esta circunstancia atenuante ha sido conocida en la doctrina jurídica militar española con el nombre de atenuante de «breve estancia en filas». CALDERÓN SUSÍN, E. (1988), «Circunstancias “eximentes, atenuantes y agravantes”», en *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, p. 428.

Esta circunstancia no fue nunca aplicada a objetos de este estudio (delitos contra la hacienda en el ámbito militar), y la última vez que se apreció para otros delitos antes de su derogación fue en el año 2002 en las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de julio de 2002 y de 24 de noviembre de 1999. En este sentido se debe decir que si podrá darse ya que para la tropa la condición de militar se obtendrá al obtener el empleo de soldado o marinero tras superar el periodo de formación general militar y firmado el compromiso inicial (artículo 4º de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de tropa y marinería. En idéntico sentido para los oficiales y suboficiales, se pronuncia el artículo 78º de la Ley Carrera Militar). Para los oficiales y suboficiales alcanzarán la condición de militar tras ser nombrados alumnos, estando desde entonces sujetos a las leyes penales militares (artículo 67º Ley de la Carrera Militar).

160 La jurisprudencia entiende como requisitos para aplicar esta circunstancia eximente: a) que el sujeto tenga disminuida su capacidad cognitiva o volitiva como consecuencia de una alteración afectiva del carácter pasional o emocional; b) que la alteración haya sido provocada por la actuación injusta de un superior; c) que la provocación o actuación injusta del superior sea de gravedad suficiente para desencadenar normalmente un disturbio o desequilibrio afectivo; d) que la provocación o actuación injusta haya precedido inmediatamente a la reacción delictiva del inferior para el que se pretende una aminoración de la responsabilidad criminal.

161 CALDERÓN SUSÍN, E., «Circunstancias “eximentes, atenuantes y agravantes”», cit., pp. 433 y ss.

común¹⁶² y, por tanto, con similar interpretación.

En cuanto a las circunstancias de atenuación generales previstas en el Código Penal, en su artículo 21º, sólo podrán ser viables la confesión y la reparación del daño causado, si es que éste llega finalmente a producirse.

Para que la confesión tenga validez como circunstancia atenuante, la Sala Quinta del Tribunal Supremo exige un requisito objetivo y un requisito temporal¹⁶³. El primero consiste en que la confesión se efectúe ante autoridades judiciales o gubernativas, de forma veraz, sin ocultar datos relevantes. En cuanto al requisito temporal, este se concreta en que la confesión se debe realizar antes de que el autor conozca que el procedimiento judicial se dirige contra él¹⁶⁴.

Respecto a la atenuante de reparación del daño causado¹⁶⁵ no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable del

delito, sino que es apreciable en cualquier momento del procedimiento, con la fecha límite de celebración del juicio¹⁶⁶. En el caso del artículo 81.1 Código Penal Militar, dada la propia naturaleza del precepto, es difícil que se pueda dar esta circunstancia atenuante, debido a que es un delito de peligro y no de resultado, pudiendo darse el caso que se aplique si finalmente se produce el quebranto a los recursos económicos del Estado en el caso de que prosperase la solitud inicial.

2. Circunstancias cualificadas (agravantes)

Sólo son posibles la circunstancia sexta del artículo 22º del Código Penal, y la reincidencia, prevista en el artículo 10.2 del Código Penal Militar. La circunstancia séptima del artículo 22º del Código Penal¹⁶⁷ no es de aplicación, ya que es inherente a los delitos de funcionarios públicos (el militar es funcionario público, pero militar y no civil), por lo que no es apreciable

162 El artículo 21º del Código Penal señala como circunstancia atenuante, en su punto 3º, «la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante».

163 POLAINO MAVARRERE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 200; GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 420 y ss.

164 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 27 de abril de 2004, que se apoya en otras sentencias de la Sala Segunda, de 27 de septiembre de 1996, de 30 de noviembre de 1997, de 7 de febrero de 1998. Por lo que los requisitos en orden a la complementariedad son los mismos que los de la Sala de lo Penal.

165 CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 215; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 200; GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 420 y ss.

166 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 11 de octubre de 2007, de 29 de enero 2008 y de 22 de octubre de 2013.

167 «Prevalerse del carácter público que tenga el culpable».

para los militares como servidores públicos que son¹⁶⁸.

En cuanto a la circunstancia sexta del artículo 22º del Código Penal, «obrar con abuso de confianza», puede producirse sin que requiera consideraciones especiales en esta sede.

Respecto a la «reincidencia», esta circunstancia se prevé en el Código Penal

Militar (art. 10.2¹⁶⁹) en un concepto similar, por no decir idéntico al que se establece en el Código Penal a diferencia de lo que ocurría en la anterior norma de 1985, de tal forma que el Código Penal y el Código Penal Militar recogen lo que se puede denominar «reincidencia específica» frente a la «reincidencia genérica» que se daba en el anterior Código Penal Militar¹⁷⁰. En este sentido, destacar que en la Exposición de

168 MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 636.

Este autor habla de funcionario público en un sentido amplio, debido a que el militar no es funcionario público, sino servidor público, con una relación de servicios de carácter especial configurada por el estatuto del militar. El artículo 4º de la Ley del estatuto básico del empleado público que señala que «las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicaran directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: d) Personal militar de las Fuerzas Armadas». Con lo que parece evidente que es esta norma la que entiende que no es aplicable a los militares de las Fuerzas Armadas ya que ellos tienen un estatuto jurídico diferente al del resto de los servidores públicos.

Como conclusión a ello, destaca que no todos los empleados públicos son funcionarios públicos, y que los militares en principio no están sujetos a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. El militar no es funcionario público, y esto es debido a las funciones que desarrolla en el ejercicio de su actividad como miembro de las Fuerzas Armadas. Esas funciones, que son diferenciadas respecto a las comunes de la Administración, y la relevancia constitucional que se le da a las Fuerzas Armadas, al incluirse dentro del Título preliminar de la Constitución Española, son las que nos llevan a la conclusión de que los militares no son funcionarios públicos, pero sí empleados públicos. En rigor, sólo son funcionarios públicos aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente al Estatuto Básico del Empleado Público. Los militares (como miembros de las Fuerzas Armadas), son servidores públicos, personal estatutario de la Administración General del Estado, pero como nos dice Parada Vázquez, constituyen, al igual que otras clases de servidores públicos, un grupo de «empleados públicos estatales con legislación específica». Para este autor, las singularidades del régimen funcional se justifican, en casos (por ejemplo, los militares, jueces, magistrados miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o personal del Centro Nacional de Inteligencia) en la especificidad de las funciones que ejercen, mientras que en otros supuestos responde a «presiones corporativas de los propios cuerpos de funcionarios que así logran un *status* diferenciado y, de ordinario, privilegiado». Vid. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II –Organización y empleo público–*, cit., pp. 436 y ss.

169 Se dispone que «a los efectos de este Código, se entiende que hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código o en alguno de los previstos en el apartado 2 del artículo 9º del mismo Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

No se computarán los antecedentes penales cancelados o que debían serlo».

170 La reincidencia genérica que preveía en el Código Penal Militar anterior tenía una aplicación más amplia que la reincidencia específica del Código Penal. Así en el Código Penal se requiere, para la apreciación de la reincidencia, que el culpable, al delinquir, haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo título del Código Penal y de la misma naturaleza (Artículo 22.8 del Código Penal). Por su parte el Código Penal Militar requiere el requisito de haber sido el culpable condenado ejecutoriamente, pero «por delitos comprendido en el mismo capítulo de este código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquel señale pena menor». Con lo que las posibilidades de que se pueda aplicar la agravante de reincidencia prevista en el Código Penal Militar es mayor y por ello se califica de «reincidencia genérica». MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 642.

Motivos del proyecto originario del Código Penal Militar de 1985¹⁷¹, que se suprimió por el Senado, se disponía que «en cuanto a las agravantes se consigna expresamente la de reincidencia, que aparece como irrenunciable en la esfera militar, cualesquiera que sean las razones de política criminal que puedan aconsejar su desaparición con el citado carácter agravatorio». Por ello opina con acierto Calderón Susín, que se incluye en el Código Penal Militar como única agravante específica del Código Penal Militar¹⁷² y que en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar, es plenamente aplicable.

L. Penalidad

Respecto a la penalidad, el apartado primero del artículo 81.1 del Código Penal Militar castiga con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años al que realice la conducta típica prevista en el mismo.

Teniendo en cuenta que se trata de una conducta delictiva que no tiene equivalencia en la normativa penal común y que con la simple actividad de presentar una solicitud de crédito mediante simulación basada ésta en necesidades del servicio o derecho económico a favor del personal se pueda imponer una sanción de tres meses y un día a dos años de prisión, está en sintonía con la nota de severidad¹⁷³ que deben revestir las normas penales militares¹⁷⁴. Esto se debe al plus que se exige al militar como servidor público especial y la seriedad que deben tener todos los componentes que forman el colectivo castrense¹⁷⁵. El carácter de severidad de las penas militares forma parte de la tradición legislativa penal militar como se desprende del preámbulo del Real Decreto de 17 de noviembre del 1884¹⁷⁶.

Para la graduación de la pena se estará a las reglas de los artículos 19º y ss. del Código Penal Militar, que remiten a los

171 BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 12 de noviembre de 1984, pp. 8201 y ss.; La mencionada Exposición de Motivos fue redactada por Jiménez y Jiménez, basándose principalmente para ello en los materiales que aportaron los miembros de la Comisión que elaboraron el Anteproyecto, siendo, en palabras de Millán Garrido, «un instrumento valioso en la interpretación del Código», importantísimo a mi juicio porque en esa exposición descansa el por qué y la finalidad del articulado del propio Código. Vid. MILLÁN GARRIDO, A. (2017), *Justicia Militar*, 10ª edición, Reus Madrid, p. 38; La Exposición de Motivos del Proyecto fue publicada posteriormente por el autor de la misma. Vid. JIMENEZ Y JIMENEZ, F. (1987), *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, pp. 200 y ss.

172 CALDERÓN SUSÍN, E., «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», cit., p. 442.

173 JIMENEZ Y JIMENEZ, F., *Introducción al Derecho Penal Militar*, cit., p. 205.

174 La búsqueda del mayor rigor punitivo es una constante en la normativa penal militar. Vid. F. De León y Villalba, «Condiciones, normativos y extra normativos, del ilícito militar», cit., p. 51.

175 La idea de prevención general sobresale muy por encima de la de prevención especial por ello, en el ámbito penal militar existe un rigor punitivo más elevado que el que se prevé en el ámbito común, consecuencia de que los valores que debe tener todo militar va más allá del previsto para la normativa penal común.

176 Mediante este Real Decreto se aprobó el Código Penal Militar del Ejército en el que se señalaba que «[...] El soldado español, además de que le distinguen entre todos los del mundo su sobriedad y templadas costumbres, se señala también por su vehemencia y poco temor al castigo; condiciones que si bien hacen de él un excelente militar, exigen, en determinados casos, medidas fuertes de represión para conseguir que se acomode a la vida regular y disciplinaria de la milicia [...]».

criterios generales previstos en el Código Penal¹⁷⁷, es decir, se aplica lo señalado en los artículos 61º y ss. del Código Penal. Es, por tanto, el nuevo Código Penal Militar, fiel a la idea de complementariedad del Derecho penal militar que se predica en el propio Preámbulo de la norma, en contraposición a los precedentes históricos en los que existía un amplio margen judicial para graduar la sanción penal que se imponía¹⁷⁸.

No obstante, en mi opinión, se debería establecer una agravante en esta conducta (un tipo agravado del artículo 81.1). La misma consistiría en que la acción típica descrita diera lugar al quebranto en el patrimonio o hacienda pública o patrimonio en el ámbito militar, diferenciada del tipo cualificado que se prevé en el artículo 81.2 del Código Penal Militar en el que se requiere aplicar en beneficio propio las cantidades

así obtenidas. El motivo de plantear esta nueva figura es porque puede darse el quebranto sin que se aplique la cantidad obtenida para beneficio propio. Si esta propuesta se materializase existiría un tipo básico (el actual artículo 81.1 del Código Penal Militar) configurándose como delito de peligro y dos tipos agravados. Por un lado, el tipo básico al que se le suma el resultado del quebranto a la hacienda o patrimonio militar. Por otro, el tipo cualificado del artículo 81.2 del Código Penal Militar, que requiere ese quebranto y que se aplique en beneficio propio las cantidades obtenidas¹⁷⁹.

En cualquier caso, el Tribunal Militar competente podrá imponer las penas accesorias que determine como pertinentes contenidas en el artículo 56º¹⁸⁰ del Código Penal, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

177 Artículo 19.1 del Código Penal Militar.

178 DE QUEROL Y DURAN, F., *Principios del Derecho militar español*, tomo I, cit., p. 73; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. (1982), «Arbitrio Judicial y circunstancias del delito», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40, pp. 164 y ss.; CALDERÓN SUSÍN, E. (1988), «Aplicación de las penas», en *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, pp. 516 y ss.

179 Si esta propuesta se materializara, el artículo 81º quedaría redactado con tres apartados que serían: 1) El militar que, simulando necesidades para el servicio o Derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, como tipo básico; 2) un primer tipo agravado para el caso de que se obtuvieran cantidades con cualquiera de las conductas previstas en el apartado primero; 3) un último apartado cualificado con respecto a la conducta típica si las cantidades obtenidas se aplicaran a beneficio propio.

180 El artículo 56.1 del Código Penal señala que «en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1.ª Suspensión de empleo o cargo público.

2.ª Inhabilitación especial para el Derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.ª Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579º de este Código».

III. EL TIPO CUALIFICADO DEL ARTÍCULO 81º DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

El tipo cualificado o agravado previsto en el artículo 81º del Código Penal Militar se encuentra en el apartado segundo del artículo 81º del Código Penal Militar, según el cual «si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años, que graduará el tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido».

La diferencia fundamental que se encuentra en el artículo 81.2 del Código Penal Militar con respecto al apartado primero de este precepto es significativa. En el caso del apartado segundo se tendrá que dar un resultado. Por ello, se trata de un delito de resultado¹⁸¹ y no de mera actividad. Además es un delito de lesión¹⁸² y no de mera puesta en peligro.

Este tipo previsto en el artículo 81.2 del Código Penal Militar es un delito mutilado

en dos actos¹⁸³, debido a que el sujeto activo deberá realizar primero la conducta prevista en el artículo 81.1 del Código Penal Militar para posteriormente realizar una segunda actividad que es aplicar lo obtenido en provecho propio. Al tratarse de un delito de resultado, en este caso sí sería posible que se produjeran formas imperfectas de ejecución del delito¹⁸⁴. Para que se dé el tipo cualificado del artículo 81.2 del Código Penal Militar es necesario que se produzcan dos requisitos:

- La apropiación de los créditos presupuestarios solicitados mediante la simulación de necesidades del servicio o derechos económicos a favor del personal, como elemento objetivo.
- El ánimo de lucro. Esta intención lucrativa se configura como un elemento subjetivo del injusto¹⁸⁵ que configura este tipo como delito de intención o de tenencia interna

181 Los delitos de resultado son aquellos en que se requiere no sólo la realización de la acción, sino que se exige que se produzca un resultado. En estos delitos debe darse la relación de causalidad entre la acción del sujeto activo (el militar en nuestro caso) y el resultado producido.

Los delitos de resultado pueden ser instantáneos, permanentes o de estado. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 214; GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 147.

182 Se llama así porque se produce un menoscabo efectivo del bien jurídico protegido y no solo un riesgo para el bien jurídico. CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 79; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 215; GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 148. 79.

183 Son aquellos en que la intención del autor realizada la acción típica, va dirigida a realizar una segunda actividad posterior. Es decir, el sujeto activo consuma el primer acto con la finalidad de llevar a cabo el segundo acto. *Vid.* GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 150; por ello es un delito compuesto. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 218.

184 BLECUA FRAGA, R., «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2024.

185 Es el elemento subjetivo típico de los delitos patrimoniales, además es un elemento expreso en este caso concreto. GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 211 y ss.

trascendente¹⁸⁶ y en concreto es un delito mutilado en dos actos.

El aplicar las cantidades obtenidas «a beneficio propio» implica la existencia de un fin lucrativo en el sujeto activo y que ha de presidir la conducta del tipo del artículo 81.2 del Código Penal Militar. El autor realizará el comportamiento típico con la finalidad de obtener la ventaja patrimonial antijurídica y se exige que logre este objetivo incrementando su patrimonio propio ya que es «a beneficio propio», obteniéndose efectivamente para que se entienda consumada la conducta. Según Lozano Miralles, debe entenderse por lucro «la obtención de cualquier ventaja, provecho o goce, incluso los de contenido no patrimonial, tales como los meramente contemplados o de ulterior beneficencia»¹⁸⁷.

La conducta, por tanto, además de dolosa y producir un resultado, requiere que no sólo haya una finalidad lucrativa del autor, sino que haga efectivo el daño en

la hacienda militar en beneficio propio del sujeto activo para la consumación. Éste es el fundamento de la agravación o cualificación del tipo del artículo 81.2 del Código Penal Militar. Este parámetro (el aplicar los beneficios en provecho propio) es más que suficiente para la agravación de la pena con respecto al tipo básico del artículo 81.1 del Código Penal Militar, no sólo porque implica un menoscabo a los recursos patrimoniales estatales, sino porque, además, se produce un beneficio improcedente en un servidor público de la categoría moral y ética que se presupone en el militar. En cuanto a la graduación de la pena, se le da un amplio margen judicial para su aplicación, pero debe tenerse en cuenta que esto no excluye las reglas de los artículos 19^o¹⁸⁸ y 20^o¹⁸⁹ del Código Penal Militar que remiten a los criterios establecidos en el Código Penal. Es posible el concurso con el delito de malversación, primando el artículo 81.2 del Código Penal Militar en virtud del principio de especialidad¹⁹⁰.

186 GÓMEZ RIVERO, M., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 149; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 140.

187 LOZANO MIRALLES, J. (2002), *Delitos contra la hacienda Pública*, dir. M. Bajo Fernández, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 223.

188 El artículo 19º del Código Penal Militar señala que:

«1. Los Tribunales Militares impondrán la pena prevista para los delitos militares siguiendo las reglas para la aplicación de las penas establecidas en el Código Penal.

2. No obstante, tratándose de delitos dolosos y cuando no concurren atenuantes ni agravantes, aplicarán la pena establecida por la ley en la extensión que estimen adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias personales del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración

3. La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia».

189 El artículo 20º del Código Penal Militar dispone que «los Tribunales Militares no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirla en uno o dos grados, en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente del Código Penal, sin que, en ningún caso, pueda imponerse pena de prisión inferior a dos meses y un día».

190 Se aplican las reglas del artículo 8º del Código Penal.

IV. CONCLUSIONES

El art. 81° del CPM prevé un delito especial propio en el que se protege como bien jurídico la hacienda o patrimonio militar, pero también otros bienes como la probidad, la lealtad o la imparcialidad del militar, configurándose como un delito pluriofensivo. La puesta en peligro o lesión de esos valores son incompatibles con la profesión de las armas.

Se trata de un tipo mixto y alternativo porque describe dos conductas diferenciadas que solo puede cometer el militar ya sea en la vertiente de simular necesidades para el servicio o en la de solicitar la asignación de crédito presupuestario para atención sujeta. Es un delito doloso que no es posible cometerlo por imprudencia.

En su primer apartado se trata de un delito de mera actividad, ya que no es necesario que se produzca un resultado, frente al apartado segundo del art. 81° del CPM en el que se tiene que dar el resultado y aplicar las cantidades obtenidas a

beneficio propio por parte del autor de la conducta típica.

Al ser un delito especial propio, para la figura del *extraneus* es imposible castigarlo como autor o partícipe. En materia de penalidad está en sintonía con la nota de severidad propia de las normas penales militares al exigirse al militar un plus como servidor público, ya que no es un simple empleado público, sino un militar.

En cuanto a la redacción del tipo del art. 81° del CPM, creo que debería ser alterada con una agravante intermedia entre el tipo del apartado primero y el del apartado segundo. Así, el primer apartado se configura como delito de mera actividad y, el segundo, de resultado en que se aplica la cantidad obtenida por la comisión de la conducta típica en beneficio propio. En mi opinión, se necesita una figura entre ambas referida a que se produzca el quebranto o resultado con la actuación del sujeto activo, pero sin que se apliquen, por parte del autor, las cantidades obtenidas a beneficio propio.

PRINCIPIO ACUSATORIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO

SUMARIO: I. PRINCIPIO ACUSATORIO; II. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA; III. LA SOSPECHA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL; IV. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA ENTRE PRINCIPIO ACUSATORIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO; V. REFLEXIÓN; VI. CONCLUSIONES; Y BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente artículo jurídico plantea el tema que el poder persecutorio del Ministerio Público tiene límites constitucionales. Si bien el Principio Acusatorio dota de este poder al titular de la acción, es también cierto que debe ejercerse en armonía con el Principio de Presunción de Inocencia, cuidando que su respeto y vigencia aseguren que el poder persecutorio de los órganos policiales y fiscales esté enmarcado dentro de los parámetros de un Estado Constitucional y de Derecho.

ABSTRACT

This legal article addresses the issue that the persecutory power of the Public Prosecutor's Office has constitutional bounds. Although the Adversarial Principle gives this power to the owner of the action, it is also true

1 Docente Ordinario de la Universidad Autónoma del Perú. Maestría en Derecho Procesal y Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Curso de Especialización en Derecho Procesal por la Universidad de Alcalá (España). Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Cusco, Cañete, Huánuco y Junín.

that it must be exercised in harmony with the Presumption of Innocence Principle, taking care that its respect and validity ensure that the police and fiscal bodies' persecutory power is framed within the Constitutional State and Law parameters.

I. PRINCIPIO ACUSATORIO

El Principio Acusatorio forma parte de la historia de la humanidad, y como tal, fue conceptualizado y utilizado dependiendo del contexto histórico de los pueblos y sociedades en el mundo, por lo que, con el tiempo se erigió como una forma de garantizarle al imputado un límite frente al inmenso poder persecutorio del Estado; sin embargo, debemos manifestar que en un sistema inquisitivo éste está orientado a la búsqueda de la verdad a cualquier precio.

Actualmente, no solo se discute la vigencia del sistema acusatorio, sino que, incluso, se llega a negar la calidad de proceso del sistema inquisitivo. De allí que Montero Aroca plantee: “No existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho Penal en los tribunales, de los cuales uno es no procesal, el inquisitivo, y otro procesal, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso.”²

En el mismo sentido, Ortego Pérez destaca que: “El sistema inquisitivo carece de una de las premisas esenciales de cualquier proceso, por lo que su consideración doctrinal se reduce a una forma de aplicar el derecho penal por los Tribunales mediante un procedimiento caracterizado inicialmente por la atribución a un mismo órgano de las funciones de investigar, acusar y juzgar.”³

Jean Vallejo, siguiendo al Tribunal Constitucional Español, advierte las siguientes manifestaciones del principio acusatorio:⁴

- a) Que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él, evidentemente por persona distinta a quien tenga la función de juzgar, una acusación de la que haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria (...);
- b) Que la imputación debe tener lugar en la fase de instrucción (...);
- c) Impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible (...);
- d) Por supuesto, el hecho objeto de la acusación y el que sirva de base a la condena deben permanecer inalterados (identidad del hecho

2 MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch. Valencia 1997. p. 28.

3 ORTEGO PEREZ, Francisco. *El juicio de acusación*. ATELIER. Barcelona 2007. p. 93.

4 JAÉN VALLEJO, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. Gustavo Ibáñez. Bogotá 2004. pp. 71 y 72.

punible), pues de lo contrario el juez se convertiría en acusador comprometiendo con ello su necesaria imparcialidad; y,

- e) Exige el principio acusatorio la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación, a fin de que no se produzca indefensión (...).

En razón de la amplia gama de contenidos que se le asigna al principio acusatorio, llega a confundirse no solo con los restantes principios del proceso penal contemporáneo, sino también con el mismo sistema acusatorio. Como lo expone Bachmaier Winter: “el término acusatorio es entendido a veces en un sentido muy concreto, como prohibición de acumulación de las funciones de instruir, acusar y juzgar en un mismo órgano, y otras veces en un sentido amplísimo, para hacer referencia al proceso penal con todas las garantías.”⁵

Así también, en palabras de Armenta Deu, citada por Guerrero Palomares, precisa que los elementos esenciales del principio acusatorio son dos: la necesidad de una acción previa para iniciar y continuar el proceso, y la exigencia de una separación estricta entre los órganos que ostentan la función acusadora y la enjuiciadora, excluyendo el principio de contradicción como elemento esencial del sistema acusatorio. Éste es el punto donde existe cierta polémica porque hay autores que sí ligan claramente lo acusatorio con la contradicción.

De otra parte, la autora acotada deja sentada la distinción entre principio dispositivo y acusatorio, lo que resulta esencial a la hora de configurar este último.⁶

Verge Grau, citado por Guerrero Palomares, tomando en cuenta el excursus histórico del proceso penal, dice que el principio acusatorio se define de acuerdo con los siguientes caracteres e exigencias: a) incoacción de parte; b) en un principio el acusador es parte necesaria durante todo el proceso, ya que si abandona la acusación, el juez no puede sustituirlo, sin embargo, más tarde, el juez ya no está vinculado con esa acusación; c) incompatibilidad entre quien juzga y quien instruye; y d) aportación de parte del material fáctico.⁷

El principio acusatorio, dentro de la perspectiva del proceso penal peruano, se pone en vigencia desde el inicio de las diligencias preliminares, con la noticia criminal, hasta el momento mismo de la sentencia, a través de la acusación y la prueba que se construye en el juicio oral, debiendo tener en cada etapa del procedimiento criminal una forma de manifestación en concreto con el debido control de parte de un órgano jurisdiccional para asegurar un debido contradictorio al imputado, esto dentro del marco de un proceso penal moderno con todas las garantías que la Constitución y las Leyes reconocen; lo cual, no ocurría durante la Edad Media donde se confundían los roles de acusador y juez decisor en una sola persona o cuerpo colegiado.

5 BACHMAIER WINTER, Lorena. “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”. En: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2008. p. 46.

6 GUERRERO PALOMARES, Salvador. *El Principio Acusatorio*. Thomson Aranzadi. Navarra 2009. p. 63.

7 GUERRERO PALOMARES, Salvador. Op. Cit. p. 64.

II. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Entre los primeros estudiosos del tema figura Ferri, quien si bien acepta la existencia de dicha presunción afirma que sólo debe reconocer a favor de cierto delincuente, mas no de todos, como son los sorprendidos in fraganti, los reos confesos con confesión confirmada, los reincidentes y peligrosos, circunstancias en que, a su juicio, es absurdo e ilógico aplicar la presunción de inocencia.⁸

Manzini es quizá el autor que con más ahínco combate esta presunción, al calificar de paradójica e irracional, puesto que toda imputación se funda en indicios de culpabilidad, dado que cuando un proceso está en curso no hay culpable o inocente, solo un indiciado y la sentencia que recaiga será la única que determine si es culpable o inocente. Sus argumentos fueron decisivos en los Códigos de Procedimientos Penales italianos de 1913 y 1930, y fundamentalmente en la redacción del artículo 27º de la Constitución Italiana, que estableció una fórmula negativa sobre el tema al señalar: “El imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva”.⁹

Bettiol niega que la presunción de inocencia establecida a favor del imputado, hasta que se pronuncie una sentencia de condena basada en cosa juzgada, pueda ser considerada como verdadera presunción,

debiendo distinguirse al respecto un “fundamento político” y un “fundamento jurídico”. Si políticamente puede admitirse la existencia de una presunción de inocencia, jurídicamente tal presunción no tiene la menor consistencia. Ante todo “no se trata de una auténtica presunción” sino de una verdad interina o provisoria que el juez debe admitir en tanto no esté convencido de la verdad de lo contrario.¹⁰

Este autor, ante la promulgación de la Constitución Italiana con la fórmula negativa a que hemos aludido del artículo 27º y ante la vigencia de la Convención Europea de 1950, partiendo del principio del favor reo, declara que ésta es una regla fundamental de inspiración de la interpretación, que debe ser reproducido y concretado en normas particulares, una de las cuales es la que sanciona “la famosa presunción de inocencia del imputado”.¹¹

En España, el concepto en examen está recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978, que orienta los principios que rigen el procedimiento penal en los estados democráticos y en la proclamación de este principio en los textos legales internacionales, que regulan la materia atingente a los Derechos Humanos. La doctrina española niega que la “presunción” de inocencia, a pesar del nombre, sea una verdadera presunción, y afirma que en rigor constituye una “verdad interina o

8 GUZMAN ZANETTI, Dora María. *Estado de Inocencia y Proceso Penal*. Homenaje Escuela Procesal de Córdoba. N° 02. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba. 1995. p. 512.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 GUZMAN ZANETTI, Dora María. *Op. Cit.* pp. 512 y 513.

provisional”, que no debe confundirse con ficciones jurídicas como lo considera Manzini.¹²

En Francia, especial posición tomó Francois Gorphee, quien se proclamó seguidor del principio de presunción de inocencia, aunque hace la reflexión de que también existen ciertas presunciones naturales basadas en situaciones que con mayor frecuencia suceden, y que eximen al juez de razonamientos e investigaciones al momento de cuestionar el estado de inocencia del procesado.¹³

Taruffo destaca que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de la existencia de pruebas en su contra, de que sea inocente; es así, en el célebre caso “Winship, 397 U.S. 358 (1970)”, el juez Harlan aseveró que la exigencia de la prueba más allá de la duda razonable impuesta por el principio constitucional del debido proceso legal se encuentra incrustada en la fundamental valoración de la sociedad de que es peor condenar a un inocente que absolver a un culpable.¹⁴

La presunción de inocencia no tiene como fin asegurar una verdad como resultado del proceso en todos los casos –por ejemplo, no lo tiene en aquellos casos finalizados en favor del imputado–. Por eso su búsqueda en algunos casos no sería útil. No

es necesario conocer la verdad sobre la proposición que alude a la inocencia fáctica del acusado, sino averiguar la verdad sobre la proposición referida a su culpabilidad, pues allí se define su utilidad, la posibilidad de aplicar una pena a esa persona.¹⁵

Es preciso no olvidar que la existencia de este principio es para alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad o sesgo de confirmación. Es decir, intenta hacer más libre al juzgador, dentro de lo posible, para que no esté tan condicionado a creer culpable a la persona que está sentada en el banquillo. Por tanto, incluso creyendo en la falta de libertad judicial, la presunción de inocencia vendría a paliar esa falta de libertad que origina el prejuicio, que no deja de ser un claro condicionante cerebral muy compartido socialmente, por lo que, este principio intentaría de algún modo corregir ese condicionante y obligaría al juez a no declarar culpable a quien cree responsable, aunque no haya visto ni una sola prueba.¹⁶

En definitiva, hasta podría llegar a sustentarse que quien creó la presunción de inocencia –y que por descontado tampoco era libre si seguimos la teoría de los neurofilósofos negacionistas– previó que algún día, los seres humanos seríamos conscientes de nuestra falta de libertad, y que, en ese momento la presunción de

12 GUZMAN ZANETTI, Dora María. *Op. Cit.*, p. 513.

13 *Ibíd.*

14 DÍAZ, E. Matías. *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*. Editorial AD-HOC. Buenos Aires. 2017. p. 129.

15 DÍAZ, E. Matías. *Op. Cit.* p. 123.

16 TARUFFO, Michele y NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y Proceso Judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2013. p. 179.

inocencia salvaría a muchos inocentes de una condena.¹⁷

Lo que lleva al magistrado discrepante a no dar como probada la intención es la serie de razones que expone en el primero de los fundamentos de Derecho (lo que pone de manifiesto, de nuevo, la interrelación entre los hechos y el derecho) y probablemente también –aunque no lo haya explicitado– un principio procesal que tiene una importancia máxima en nuestro sistema jurídico y en cualquier sistema jurídico evolucionado: el de presunción de inocencia. Es más que probable que éste haya servido para no condenar a muchos culpables, pero ése es un riesgo menor que el de condenar a inocentes.¹⁸

Este supuesto ha sido reconocido desde antiguo como una indicación al juez, que siempre que tenga que decidir acerca de la modificación de la posición o status del imputado en el proceso, la duda conlleva la elección del medio menos gravoso. Criterio que no solo alcanza el momento culminante o sentencia, sino también a los demás actos importantes del proceso.¹⁹

III. LA SOSPECHA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

La imputación recoge en sí los hechos delictivos. Es decir, no se pone en marcha

si no existe al menos la sospecha del acaecimiento de un hecho que presente caracteres de delito. Esa sospecha, de hecho, es la primera imputación. Por tanto, no tiene ningún sentido fijarse solamente en una parte de esa expresión: “hecho delictivo”. Es decir, al contrario de lo que hicieron las viejas teorías naturalista y normativa, no tiene lógica alguna separar el sustantivo “hecho” del adjetivo “delictivo”, porque solo la expresión global en sí, toda ella, adquiere significado para el proceso penal. Hecho y derecho deben estar unidos a estos efectos.²⁰

Toda instrucción penal se inicia con una sospecha, que puede ser expresada en una denuncia o en una querella, en aquellos ordenamientos en los que, aunque polémicamente, se permita a través de una decisión de oficio por parte del juez.²¹

Esa sospecha no supone una convicción sobre el hecho delictivo, en absoluto, porque si esa convicción existe, habría que pasar inmediatamente al juicio oral, extremo que no se tiene en cuenta en la enorme mayoría de las ocasiones. Existe una especie de necesidad psicológica en los diversos operadores de la justicia en torno a que la instrucción dure un cierto tiempo, aunque no dé nada más de sí. En ocasiones está todo investigado, simplemente porque todos los vestigios se han recogido ya, o no queda ninguno por recuperar, dependiendo todo de declaraciones testificales que

17 TARUFFO, Michele y NIEVA FENOLL, Jordi. *Op. Cit.*, pp. 179 y 180.

18 ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Editorial ARIEL Derecho. Barcelona. 2012, p. 28.

19 *Ibid.*

20 NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Editorial B. de F. Buenos Aires. 2012, p. 26.

21 NIEVA FENOLL, Jordi. *Op. Cit.*, p. 28.

podrían tomarse perfectamente por primera vez en el juicio oral, sin necesidad de tener que ser practicadas en primer lugar en la instrucción, pero esa es otra cuestión, derivada de los arrastres del antiguo sistema inquisitivo.²²

En todo caso, lo normal en ese primer momento es que concurra simplemente una sospecha que sea necesario comprobar. Si una vez comprobada la sospecha se descubre que hay un posible responsable, debe comunicársele inmediatamente para que se pueda defender. Se trata de los llamados “indicios racionales de criminalidad” que el ordenamiento español conceptuó como motivadores del “procesamiento” en el procedimiento ordinario. Esa locución, aunque haya sido muy mal interpretada es la práctica, es expresiva de la simple sospecha desde que es atribuible a un sujeto, y que, salvo excepcionales necesidades de secreto de la investigación, tiene que serle comunicada inmediatamente por esa razón.²³

El fiscal no está autorizado a formular hipótesis por mera curiosidad o diversión, del modo en que podría hacerlo, digamos, un biólogo; pero si está empujado, necesariamente, a elaborar hipótesis, pues sobre ellas, y sólo sobre ellas deberá (y podrá) encauzar su trabajo; y estas hipótesis, como

queda dicho, no pueden ser arbitrarias, sino que deben referirse a un supuesto de hecho encuadrable en una norma penal, del cual además sea predicable, cuando menos, su viabilidad, es decir, que razonablemente haya podido ocurrir, para lo cual deberán, además, explicitarse los indicios que le dan a tal hipótesis un mínimo de plausibilidad inicial.²⁴

Es importante hacer referencia a que el proceso penal para su inicio requiere de una denuncia, como acto mediante el cual alguna persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial, lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policía, fiscales o jueces). Esa persona podrá ser alguien que de algún modo se halla involucrado en ese conflicto (víctima o familiar de ella, por ejemplo) o de cualquier otra persona que haya conocido el hecho, razones, también, diversas (testigo presencial o por referencias).²⁵

Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran la obligación de denunciar ante cualquier “sospecha”²⁶ sería un Estado Policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden: tal sociedad totalitaria no es recomendable, ni respondería a los principios republicanos de la Constitución.²⁷

22 *Ibíd.*

23 NIEVA FENOLL, Jordi. *Op. Cit.*, pp. 28 y 29.

24 GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. 2º Edición. Editores del Puerto SRL. 2011. p. 245.

25 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. AD-HOC. Buenos Aires 2016. p. 233.

26 Se ha reconocido en la Sentencia Plenaria 1-2017, que toda persona puede ser investigada por sospecha, basado en el esquema de Estándares de Prueba en los procesos penales. Siendo importante puntualizar que con sospecha simple se puede investigar preliminarmente a toda persona, lo cual, vulnera claramente el Principio de Presunción de Inocencia.

27 *Ibíd.*

IV. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA ENTRE PRINCIPIO ACUSATORIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO

Una de las ideas centrales de las que se parte para la conformación del Estado moderno es la insuficiencia de la autolimitación del poder como mecanismo de control. Por ello, a lo largo de la historia se pasa, de un poder concentrado que “escapa a la dimensión constitucional del control y del contrapeso por parte de otros poderes”, a un contexto en el que se admite la confluencia de límites para el ejercicio del poder político y la idoneidad de la Constitución para fijarlos y controlarlos.²⁸

Así, a diferencia de lo que ocurría en otros modelos estatales, en los que el Estado ejercía un poder que se asumía como ilimitado o en los que él solo estaba sometido al principio de legalidad formal, en el Estado Constitucional el control del poder ocupa un lugar tan protagónico que se llega a considerar que la Constitución no es más que un instrumento de límite y de control del poder.²⁹

Como lo expone Aragón Reyes: “No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan

ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, perseverando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad.”³⁰

Desde este punto de vista, si en el Estado Constitucional de Derecho el poder político está sometido a límites, si existen instancias de control jurisdiccional destinadas a la verificación del respeto de esos límites y si el poder de acusar es una manifestación específica del poder político en el ámbito del delito, el proceso y la pena, entonces la conclusión a la que se llega es que el poder de acusar también está sometida a límites y sujeto a controles, y que ello es así no solo en razón de las particularidades mismas del proceso penal, sino del espacio político y jurídico en el que él se concibe.³¹

Desde otra perspectiva, pero en la misma dirección, las garantías inherentes al proceso penal, incluido el juicio de acusación, también se pueden asumir como uno de los contenidos de la democracia. Es la concepción de Ferrajoli, para quien el derecho penal fue el escenario de surgimiento de la democracia liberal y es hoy el lugar adecuado para forjar un sistema de garantías orientado a prevenir la violación de derechos fundamentales con el delito, pero también con la pena: “El derecho

28 URBANO MARTINEZ, José Joaquín. *El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2013. p. 72.

29 *Ibíd.*

30 *Ibíd.*

31 URBANO MARTINEZ, José Joaquín. *Op. Cit.* p. 73.

penal, sustancial y procesal es, al menos en su modelo axiológico, el lugar privilegiado de las garantías, primarias y secundarias, de los derechos fundamentales individuales de inmunidad y de libertad; de los derechos a la seguridad de los posibles perjudicados; de los derechos de libertad de los posibles imputados y condenados.³²

El Principio de Presunción de Inocencia está reconocido en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2º, inciso 24 de la Constitución Política del Perú; mientras el artículo 32.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 159º de la Constitución Política del Perú reconocen el Principio Acusatorio en el marco del Debido Proceso que legitiman al Estado a través de sus organismos públicos y constitucionales, a la persecución de los delitos para garantizar la seguridad y el bien común de los ciudadanos en una determinada sociedad.

En el presente trabajo se ha dejado sentado que el Principio Acusatorio dentro del marco de un Estado Constitucional y de Derecho, debe tener límites porque el poder persecutorio del Estado en relación a la presunta comisión del delito, no puede ser absoluta, es así que, teniendo presente que en el Perú para el inicio de las investigaciones penales sólo basta la “sospecha

simple”, ésta debe tener como mínimo una descripción de los hechos con relevancia criminal o penal, ya que en caso contrario, estaríamos hablando de una persecución penal arbitraria.

Sin embargo, conforme al Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ -116 en su considerando 11, emitido por los Jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, se estableció como precedente vinculante y obligatorio, que ante la posibilidad que no se cumpla con este presupuesto de sospecha simple, sólo se pueda realizar o exigir la corrección de la imputación durante la investigación penal (preliminar y preparatoria), lo cual significaría que una persona investigada no pueda solicitar el archivamiento o sobreseimiento de la acción penal.

En tal sentido, no existe la posibilidad jurídica de solicitar el archivamiento o sobreseimiento de la investigación penal y la persona durante el plazo de la misma, tendrá que aceptar ser perseguido penalmente o en todo caso solicitar que se corrija la imputación, pero con el afán que continúe, lo cual, resulta no razonable porque es de conocimiento público que al margen de que una persona por el solo hecho de ser investigada es sometida a la estigmatización criminal, y al margen de que se le reconozca la presunción de la inocencia, consecuentemente, podemos llegar a la conclusión de que en el Perú, el poder persecutorio del Estado a través del Ministerio Público no se enmarca dentro de un Estado Constitucional y de Derecho.

32 *Ibíd.*

V. REFLEXIÓN

El Principio Acusatorio es un límite intrínseco para el Estado en la persecución de los delitos, de forma que, en armonía con el Principio de Presunción de Inocencia, se deben establecer los mecanismos para su limitación a través de controles; sin embargo, el Estado Peruano no reconoce tal posibilidad y a toda costa pretende que una persona sea investigada.

VI. CONCLUSIONES

- El Principio Acusatorio forma parte de la historia de la humanidad y con el tiempo se erigió como una forma de garantizarle al imputado, un límite frente al inmenso poder persecutorio del Estado.
- La presunción de inocencia no tiene como fin asegurar una verdad como resultado del proceso en todos los casos –por ejemplo, no lo tiene en aquellos casos finalizados en favor del imputado–.
- La imputación recoge en sí los hechos delictivos. Es decir, no se pone en marcha si no existe al menos la sospecha del acaecimiento de un hecho que presente caracteres de delito.
- Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran la obligación de denunciar ante cualquier “sospecha” sería un Estado Policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden: tal sociedad totalitaria no es recomendable, ni respondería a los principios republicanos de la Constitución.

- A lo largo de la historia se pasa, de un poder concentrado que “escapa a la dimensión constitucional del control y del contrapeso por parte de otros poderes”, a un contexto en el que se admite la confluencia de límites para el ejercicio del poder político y la idoneidad de la Constitución para fijarlos y controlarlos.
- En el presente trabajo se ha dejado sentado que el Principio Acusatorio, dentro del marco de un Estado Constitucional y de Derecho, debe tener límites porque el poder persecutorio del Estado en relación a la presunta comisión del delito, no puede ser absoluta.
- El Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, en su considerando 11, emitido por los Jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, estableció como precedente vinculante y obligatorio, que ante la posibilidad que no se cumpla con este presupuesto de sospecha simple, sólo se pueda realizar o exigir la corrección de la imputación durante la investigación penal (preliminar y preparatoria), lo cual significaría que una persona investigada no pueda solicitar el archivamiento o sobreseimiento de la acción penal.

No existe la posibilidad jurídica en el Perú de solicitar el archivamiento o sobreseimiento de la investigación penal y la persona durante el plazo de la misma, tendrá que aceptar ser perseguido penalmente o en todo caso solicitar que se corrija la imputación, pero con el afán que continúe, contraviniendo el marco del Estado Constitucional y de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Editorial ARIEL Derecho. Barcelona. 2012.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”. En: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2008.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal Penal*. AD-HOC. Buenos Aires 2016.
- DÍAZ, E. Matías. *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*. Editorial AD-HOC. Buenos Aires. 2017.
- GUERRERO PALOMARES, Salvador. *El Principio Acusatorio*. Thomson Aranzadi. Navarra 2009.
- GUZMAN ZANETTI, Dora María. *Estado de Inocencia y Proceso Penal*. Homenaje Escuela Procesal de Córdoba. N° 02. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba. 1995.
- GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. 2° Edición. Editores del Puerto SRL. 2011.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. Gustavo Ibáñez. Bogotá 2004.
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch. Valencia 1997.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Editorial B. de F. Buenos Aires. 2012.
- ORTEGO PEREZ, Francisco. *El juicio de acusación*. ATELIER. Barcelona 2007.
- TARUFFO, Michele y NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y Proceso Judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2013.
- URBANO MARTINEZ, José Joaquín. *El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2013.

Jorge Luis Palacios Palacios¹

EL ESPACIO EXTERIOR: ¿LA NUEVA FRONTERA DEL CONFLICTO ARMADO? (REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL ESPACIO EXTERIOR COMO ESCENARIO BÉLICO)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CUESTIONES PRELIMINARES; III. EL ESPACIO EXTERIOR; IV. EL DESARROLLO DE MEDIOS DE GUERRA ESPACIALES: LA CARRERA ARMAMENTISTA Y LA MILITARIZACIÓN DEL ESPACIO EXTERIOR; V. LOS MEDIOS DE GUERRA EN EL ESPACIO EXTERIOR; VI. EL DIH Y EL FUTURO DEL CONFLICTO ARMADO EN EL ESPACIO EXTERIOR; VI.1. ¿PUEDE APLICARSE EL DIH A LAS HOSTILIDADES EN EL ESPACIO?; VI.2. LA PRIMACÍA DEL CARÁCTER PACÍFICO EN LA EXPLORACIÓN Y UTILIZACIÓN DEL ESPACIO EXTERIOR; VI.3. LAS LIMITACIONES AL USO DE LAS ARMAS NUCLEARES EN EL ESPACIO; VI.4. CONSIDERACIONES AMBIENTALES RESPECTO AL USO DE LAS ARMAS CINÉTICAS COMO MEDIOS DE GUERRA EN EL ESPACIO EXTERIOR; VII. CONCLUSIONES; Y, VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor analiza el desarrollo de la tecnología militar y las capacidades bélicas futuras de algunas naciones en el espacio exterior, y de cómo ello atentaría contra la seguridad del planeta; igualmente, pasa revista a las normas del Derecho del espacio y el Derecho Internacional Humanitario, aplicables a ese “futuro fenómeno”.

ABSTRACT

The author analyzes the development of military technology and the future war capabilities of some nations in outer space, and how this would

1 Abogado y Adjunto de docencia de Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y candidato a Magister por la Universidad Castilla-La Mancha (España).

undermine the security of the planet. Likewise, it reviews the rules of Space Law and International Humanitarian Law, applicable to this “future phenomenon”.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de exponer las cuestiones sobre la aplicabilidad del DIH a las hostilidades en el espacio exterior, es necesario realizar ciertas precisiones sobre el concepto de espacio exterior y detallar el desarrollo técnico de los medios de guerra en dicho ámbito.

II. INTRODUCCIÓN

Discutir respecto a una guerra o el uso de armas en el espacio exterior no deja de resultar un tanto extraño para la mayoría de nosotros, en la medida que la idea recuerda a una trama de ciencia ficción antes que al examen de un hecho real. No obstante, dicha opinión es común a las innovaciones tecnológicas, por ejemplo, el submarino como arma de guerra era mayormente ciencia ficción cuando Julio Verne escribió acerca del Nautilus, y cuando en 1794, el ejército revolucionario francés utilizó un humilde globo aerostático para observar las líneas enemigas en la Batalla de Fleurus, nadie podría haber vaticinado que era el inicio de la aviación militar y de los cazas y bombarderos modernos.

En tal sentido, la idea de una guerra en el espacio exterior no es una posibilidad de la ciencia ficción o del futuro lejano, sino una parte integral de la guerra moderna y que en la actualidad se desarrollan más y mejores

artefactos para usarse como medios de guerra, como los satélites de reconocimiento o toma de imágenes (como el Perú SAT-1) y –más recientemente– medios de guerra como misiles lanzados desde la Tierra para destruir dichos satélites, satélites diseñados para destruir otros satélites y el potencial desarrollo de plataformas espaciales para atacar la Tierra desde el espacio.

Frente a este desarrollo de la tecnología militar, este artículo se avoca a un análisis –sin pretensiones de ser exhaustivo– sobre las capacidades bélicas en el espacio exterior, así como las normas del derecho del espacio y el Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH), aplicables.

III. EL ESPACIO EXTERIOR

En primer lugar, en la ciencia no existe una línea divisoria claramente definida entre la Tierra y el espacio exterior, puesto que la atmósfera decrece gradualmente desde sus composiciones más densas en las altitudes más bajas hasta composiciones más ligeras en altitudes mayores, para luego desaparecer en lo que se denomina espacio interplanetario. Desde un punto de vista jurídico, tampoco se ha establecido un límite definitivo entre la atmósfera terrestre y el espacio exterior².

En todo caso, la Federación Aeronáutica Internacional –así como las Fuerzas Armadas de EUA y el Reino Unido– señalan, como definición de trabajo, a la Línea de Kármán, ubicada a 100 kilómetros de altitud, como el límite entre la atmósfera de la Tierra y el espacio interplanetario o espacio

2 Michael N. Schmitt. “International Law and Military Operations in Space”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, ed. Armin von Bogdandy y Rüdiger Wolfrum (Leiden: Brill, 2006), 10: 99.

exterior. Esta definición se basa en que un vehículo por encima de 100 kilómetros de altitud requiere superar la velocidad orbital para sostenerse³.

En segundo lugar, se debe considerar que la atmósfera terrestre se compone de varias capas que se clasifican según su altitud en: a) la tropósfera (desde 0 hasta los 10 kilómetros), b) estratósfera (entre los 10 y los 50 kilómetros), c) Mesosfera (entre los 50 y 85 kilómetros), la termósfera (entre los 85 y 1000 kilómetros) y la exósfera (entre los 1.000 y los 190.000 kilómetros)⁴, es en la termósfera que operan vehículos como el trasbordador espacial y en la exósfera en la que orbitan los satélites.

Por consiguiente, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, se puede considerar como parte del espacio exterior a las capas más elevadas de la atmósfera: la termósfera y la exósfera.

IV. EL DESARROLLO DE MEDIOS DE GUERRA ESPACIALES: LA CARRERA ARMAMENTISTA Y LA MILITARIZACIÓN DEL ESPACIO EXTERIOR

Como ya se señaló, los medios de guerra utilizables actualmente en el espacio exterior son todavía modestos pero motivaron que en 1985 la ONU⁵ advirtiera de una

carrera armamentista y un proceso de militarización del espacio exterior, los cuales se han acelerado en décadas recientes, por lo que es casi seguro que en el curso del siglo XXI los medios de guerra utilizables en el espacio exterior incrementen su desarrollo y potencial destructivo.

En tal sentido, los proyectos de militarización del espacio mediante el desarrollo y colocación de medios de guerra en dicho ámbito se remontan a 1962, en los inicios del programa espacial norteamericano, cuando el entonces presidente John Kennedy expresaba que EUA debía estar preparado para enfrentarse militarmente a otros países para asegurar la “preeminencia” de su país en el espacio exterior:

“La ciencia espacial, como la ciencia nuclear y toda tecnología, no tiene conciencia propia. Si se convertirá en una fuerza para bien o para mal depende del hombre, y solo si los Estados Unidos ocupan una posición de preeminencia, podemos ayudar a decidir si este nuevo océano será un mar de paz o un nuevo teatro de guerra aterrador”⁶.

Aunque en las décadas de 1960 y 1970, EUA y la URSS cooperaron en la exploración del espacio, ello no detuvo la carrera armamentista ni la consecuente militarización del espacio, que se agudizaron en

3 Schmitt, “International Law”, 99-100.

4 Center for Science Education. “Layers of Earth’s Atmosphere”. <<https://scied.ucar.edu/atmosphere-layers>>.

5 Resolución de la Asamblea General 36/99, “Conclusion on a treaty on the prohibition of the stationing of weapons of any kind in outer space”, A/RES/36/99 (9 de diciembre de 1981), <<https://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r099.htm>>; Schmitt, “International Law”, 102.

6 “For space science, like nuclear science and all technology, has no conscience of its own. Whether it will become a force for good or ill depends on man, and only if the United States occupies a position of preeminence can we help decide whether this new ocean will be a sea of peace or a new terrifying theater of war”. En: John F. Kennedy, “TEXT OF PRESIDENT JOHN KENNEDY’S RICE STADIUM MOON SPEECH”, (discurso, Houston, 12 de septiembre de 1962), <<https://er.jsc.nasa.gov/seh/ricetalk.htm>>.

la década de 1980 –durante el período Reagan y un renovado clima de tensión en la Guerra Fría– cuando ambas potencias se embarcaron en el desarrollo de medios de guerra espaciales, como los primeros misiles antisatélites, y anunciaron proyectos militares todavía más ambiciosos, como la creación de estaciones espaciales con capacidad de intercepción de misiles nucleares.

En efecto, durante la Guerra Fría, diversas armas espaciales sí fueron desarrolladas y probadas con éxito desde la década de 1970, como los satélites militares, los sistemas antisatélites o ASAT (misiles y otros artefactos anti satélites) y algunos prototipos de estaciones espaciales dotadas de armas convencionales que orbitarían la Tierra.

Al respecto, fueron los satélites militares los que continuaron un desarrollo cuantitativo y cualitativo más importante, mientras que el desarrollo de otros medios de guerras, como los sistemas ASAT, fue ralentizado luego de la suscripción del Tratado sobre misiles antibalísticos que limitaba la investigación y desarrollo de armamento dirigido a destruir misiles nucleares durante su tránsito en la alta atmósfera.

En todo caso, con la escalada de las tensiones entre EUA y la URSS en la década de 1980, ambas potencias anunciaron ambiciosos proyectos de militarización espacial. Así, EUA anunció el proyecto

denominado Iniciativa de Defensa Estratégica –y apodado Programa *Star Wars*– que colocaría una estación espacial con misiles que interceptarían misiles nucleares y, por su parte, la URSS planeó lanzar una estación espacial armada con un cañón láser con el mismo fin.

Sin embargo, pese a que ambas propuestas fueron abandonadas ante las limitaciones técnicas de la época, revelaban la intención de construir medios de guerra cada vez más avanzados que se utilizarían en el espacio exterior.

Tras el fin de la Guerra Fría, la Guerra del Golfo Pérsico (1990-1991) se considera como la primera *Space war* debido a que “aunque en la Guerra del Golfo no se combatió físicamente en el espacio exterior, sí se dependía fuertemente de los instrumentos situados en el espacio para facilitar la lucha de la coalición en el ambiente terrestre”⁷, y el impacto de estas tecnologías se incrementó en los años posteriores, como se demostraría en la Guerra de Irak (2003-2011), en especial en los campos de guía de armas teledirigidas, geolocalización, telecomunicaciones, entre otras⁸.

Posteriormente, ante la amenaza de los misiles intercontinentales de un *rogue state* o estado delincuente, EUA se retiró del Tratado sobre misiles antibalísticos, en el año 2002, para desarrollar misiles interceptores (que incluyen los misiles antisatélites). Este

7 “The first Gulf War is commonly regarded as being the first true ‘space war’; while the Gulf War was not physically fought in outer space, it did rely heavily upon space-based assets to facilitate coalition fighting within the terrestrial environment. En: Dale Stephens y Cassandra Steer, “Conflicts in Space: International Humanitarian Law and its application to Space Warfare”, *Annals of Space and Air Law* 40 (2015): 2.

8 Stephens y Steer, “Conflicts in Space”: 4; Schmitt, “International Law”, 90-91.

nuevo interés en estas armas habría motivado a otras potencias a desarrollar medios de guerra similares y, por ende, representó el reinicio de una carrera armamentista en el espacio.

No obstante, esa discreta carrera armamentista se aceleró luego de la exitosa prueba de un misil antisatélite chino, realizada el 11 de enero de 2007, y que EUA contestó al año siguiente con la prueba de un misil antisatélite propio⁹. Empero, la mencionada prueba militar china había alarmado a políticos y militares hasta el punto que una comisión congresal encabezada por Donald Rumsfeld recomendó incrementar la capacidad bélica de EUA como parte de su política en el espacio exterior, en los siguientes términos:

“El gobierno de EUA debe perseguir enérgicamente las capacidades requeridas en la Política Nacional del Espacio para garantizar que el Presidente tenga la opción de desplegar armas en el espacio para disuadir amenazas y, si es necesario, defenderse contra los ataques a los intereses de los Estados Unidos”¹⁰.

Esta iniciativa se cristalizó en el año 2018 cuando Michael Pence, el Vicepresidente de EUA, declaró la intención de la administración Trump de crear una rama de las Fuerzas Armadas dedicada específicamente a la defensa de los intereses norteamericanos en el espacio exterior, denominada la *Space Force*, que en palabras del propio Pence sería: “un grupo de élite de combatientes (*war fighters*) especializados en el dominio del espacio”¹¹.

La *Space Force* es quizás la muestra más significativa de la importancia que ha adquirido el espacio exterior para los intereses militares y su futuro como teatro de operaciones en el conflicto armado, en el que EUA y otros países competirían por el “dominio militar del espacio”¹².

V. LOS MEDIOS DE GUERRA EN EL ESPACIO EXTERIOR

En la actualidad existen distintos medios de guerra utilizables en el espacio exterior diseñados, principalmente, para realizar labores de reconocimiento e

9 Thom Shanker, “Missile Strikes a Spy Satellite Falling From Its Orbit”, *New York Times*, 21 de febrero de 2008, <www.nytimes.com/2008/02/21/us/21satellite.html?_r=0>; Departamento de Defensa de EUA, “China’s space and counterspace programs”, en *2015 Annual Report to Congress* (Washington D.C.: Departamento de Defensa de EUA, 2015), 272-337.

10 “The U.S. government should vigorously pursue the capabilities called for in the National Space Policy to ensure that the president will have the option to deploy weapons in space to deter threats to, and, if necessary, defend against attacks on U.S. interests”. En: Resumen Ejecutivo de la Comisión Rumsfeld, 2001, 12. Citado en: Wade Huntley, “The mice that soar: Smaller states perspectives on space weaponisation”, en *Securing Outer Space*, ed. Natalie Bormann y Michael Sheehan (Nueva York, Routledge, 2009), 150.

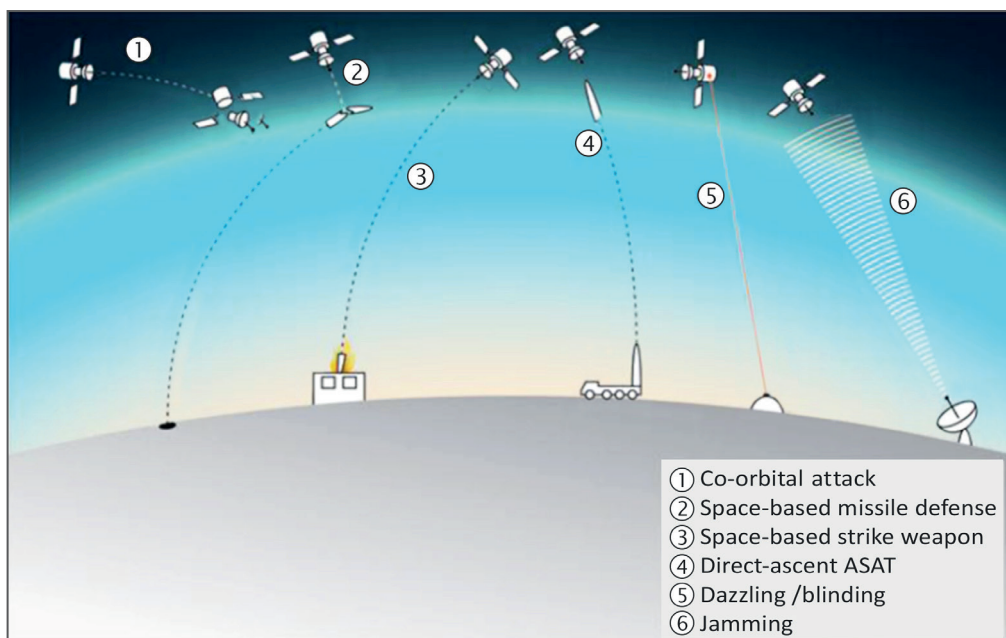
11 “Elite group of war fighters specializing in the domain of space”. En: Erin Durkin, “Space Force: all you need to know about Trump’s bold new interstellar plan”, *The Guardian*, 10 de agosto de 2018, <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/10/space-force-everything-you-need-to-know>>.

12 Huntley, “The mice that soar”, 149.

inteligencia, así como para destruir o alterar el funcionamiento de los satélites en órbita y, por último, también se pueden encontrar proyectos para construir vehículos capaces de atacar la Tierra desde el espacio¹³.

Pese a que algunos avances en este campo son aún secretos, como el vehículo probado por Rusia en el año 2014¹⁴, en el siguiente gráfico se señalan algunos de los tipos de los medios de guerra diseñados para ser utilizados en el espacio exterior:

Space and ASAT weapons



Fuente: Haas, "Vulnerable frontier", 66.

El gráfico anterior permite ver los principales medios de guerra que pueden utilizarse en el espacio: 1) las armas co-orbitales, 2) plataformas de misiles de defensa, 3) plataformas de armas de ataque espacio-Tierra (*space-to-Earth*), 4) misiles antisatélites, 5) y

6) medios electrónicos para interferir con el funcionamiento de los satélites.

Cabe agregar que las armas co-orbitales y los misiles antisatélites que prescinden de una carga explosiva, sino que destruyen a su objetivo al impactarlo a gran velocidad,

13 Entre estos medios se puede considerar a los satélites militares, sistemas ASAT (misiles y armas co-orbitales), armas que producen impulsos electromagnéticos (EMP, por sus siglas en inglés), medios cibernéticos para inutilizar objetivos militares en el espacio, entre otros.

14 Michael Listner y Joan Johnson-Freese, "Object 2014-28E: Benign or Malignant?", *Space News*, 8 de diciembre de 2014, <spacenews.com/42895object-2014-28e-benignor-malignant/>.

son denominadas armas cinéticas (*kinetic weapons*), son relativamente numerosas y su dudosa compatibilidad con las reglas del DIH, se analiza en un acápite posterior.

Finalmente, aunque a la fecha no existen todavía plataformas de armas de ataque espacio-Tierra, en la década de 1970 la URSS probó exitosamente que se podían instalar armas convencionales en estaciones espaciales¹⁵ y que en la actualidad, se especula que el vehículo espacial X-37B de EUA podría servir como prototipo para un bombardero espacial¹⁶.

VI. EL DIH Y EL FUTURO DEL CONFLICTO ARMADO EN EL ESPACIO EXTERIOR

Aunque los temas que pueden abordarse desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario (DIH) respecto a los medios de guerra y las hostilidades en el espacio exterior son diversos (el estatus de los astronautas como combatientes, los satélites de usos múltiples como objetivo militares, entre otros), en las siguientes páginas se desarrollan brevemente cuatro elementos importantes sobre esta materia: a) la aplicabilidad del DIH a las hostilidades en el espacio exterior; b) la primacía del carácter pacífico en la exploración del

espacio; c) las limitaciones al emplazamiento de las armas nucleares; y, d) consideraciones ambientales respecto al uso de las armas cinéticas como medios de guerra en el espacio exterior.

VI.1. ¿PUEDE APLICARSE EL DIH A LAS HOSTILIDADES EN EL ESPACIO?

Ahora bien, en los acápites anteriores se ha señalado que en la actualidad existe y se desarrolla armamento para ser utilizado en el espacio exterior, por lo que surge la pregunta: ¿el DIH podría aplicarse a dichos medios de guerra y a las hostilidades en el espacio exterior?

En principio, las actividades en el espacio exterior se encuentran sujetas a las normas del derecho internacional y su regulación específica se agrupa en la –todavía pequeña– rama denominada derecho del espacio que es el marco jurídico esencial para regular y orientar la actividad humana en el espacio exterior.

El derecho del espacio se compone por diversos tratados que integran el *corpus juris spatialis*: a) el Tratado de 1967 sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la

15 Michael Greshko, "Would a U.S. Space Force Be Legal? Get the Facts", *National Geographic*, 9 de agosto de 2018, <<https://news.nationalgeographic.com/2018/06/space-force-trump-legal-military-role-satellites-science/>>; Anatoly Zak, "Here Is the Soviet Union's Secret Space Cannon", *Popular Mechanics*, 16 de noviembre de 2015, <<https://www.popularmechanics.com/military/weapons/a18187/here-is-the-soviet-unions-secret-space-cannon/>>; Sean Gallagher, "Russian television reveals another secret: the Soviet space cannon", *Arstechnica*, 17 de noviembre de 2015, <<https://arstechnica.com/information-technology/2015/11/russian-television-reveals-another-secret-the-soviet-space-cannon/>>.

16 Sharon Weinberger, "3 Theories About the Air Force's Mystery Space Plane, X-37B", *Popular Mechanics*, 1 de mayo de 2012, <<https://www.popularmechanics.com/military/a7620/3-theories-about-the-air-forces-mystery-space-plane-x-37b-8521517/>>; Subrata Ghoshroy, "The X-37B: Backdoor weaponization of space?", *Bulletin of the Atomic Scientists* 71, no. 3 (2015): 19.

Luna y otros cuerpos celestes (en adelante, Tratado sobre el espacio ultraterrestre); b) el Acuerdo de 1968 sobre el rescate de astronautas, el retorno de los astronautas y la devolución de objetos lanzados al espacio exterior; c) el Convenio de 1972 sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales; d) la Convención de 1975 sobre el registro de objetos lanzados al espacio exterior; y, e) el Acuerdo de 1979 que rige las actividades de los Estados sobre la Luna y otros cuerpos celestes (en adelante, Tratado de la Luna). Este último no ha sido ratificado por ninguna de las grandes potencias, salvo Francia.

También existen normas consuetudinarias que coinciden con las normas positivas en 3 aspectos fundamentales: la libre exploración del espacio, su utilización pacífica y, la obligación de rescatar y ayudar a los astronautas¹⁷.

Al respecto, el artículo III del Tratado del espacio ultraterrestre establece que las actividades humanas en el espacio están vinculadas por las normas internacionales, y además establece distintos principios que rigen dichas actividades, tales como la preservación de la paz y la cooperación internacional:

“Artículo III

Los Estados Partes en el Tratado deberán realizar sus actividades de

exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales”.

La aplicabilidad del derecho internacional en el espacio es reiterada por distintos doctrinarios, por ejemplo, Manfred Lachs, ex magistrado de la CIJ¹⁸, y, la experta en derecho del espacio, Joanne Gabrynowicz. Esta última señala, además, la aplicabilidad del DIH:

“El espacio es como la alta mar, es como la Antártida, es un bien común global. Y eso significa que está regido por el derecho internacional [...] Además del Tratado sobre el espacio exterior, todo el cuerpo del derecho internacional se aplica al espacio, y eso incluye el derecho humanitario y del conflicto armado”¹⁹.

Además, la aplicabilidad del DIH al espacio también se desprende del artículo 2º de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (en adelante, ENMOD, por sus siglas en inglés), la que es hasta ahora la única norma

17 Schmitt, “International Law”: 99-100.

18 Manfred Lachs, *The Law of Outer Space: An Experience in Contemporary Law-Making*, (Leiden: Brill, 2010), 125.

19 “Space is like the high seas, it’s like Antarctica –it’s a global commons. And that means it’s governed by international law [...] In addition to the Outer Space Treaty, the whole body of international law applies to space, and that includes humanitarian law and the law of armed conflict”. En: Michael Greshko, ¿“Would a U.S. Space Force Be Legal?”

del DIH que se refiere expresamente a su vinculatoriedad en las actividades realizadas en el espacio exterior²⁰:

“Artículo 2º: A los efectos del artículo 1º, la expresión «técnicas de modificación ambiental» comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar -mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales- la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre”²¹.

Por último, aunque las normas respecto al conflicto armado en el espacio exterior son aún pocas, ello no significa que los combatientes podrán realizar todo aquello que no está prohibido, pues siguiendo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), inclusive si no existen prohibiciones expresas, los combatientes deben observar: “consideraciones elementales de humanidad, más estrictas aún en tiempo de paz que de guerra”²².

Empero, pese a que las reglas mencionadas proveen de un marco esencial a las futuras hostilidades en el espacio, se reconoce que la normativa humanitaria aplicable al espacio exterior es todavía incipiente

y que “no hay una regulación específica sobre la guerra en el espacio, de hecho, el espacio como escenario bélico encuentra una mención muy limitada en la actual normativa de DIH”²³.

En conclusión, pese a su aún escaso desarrollo, los 3 aspectos señalados: la aplicabilidad del derecho internacional, las reglas y limitaciones generales o específicas sobre el desarrollo de las hostilidades previstas en el DIH, y la obligación de observar ciertos principios del DIH (incluso en ausencia de normas expresas), determinan que las hostilidades en el espacio exterior deberán respetar reglas mínimas de humanidad y esencialmente similares a aquellas exigibles al desarrollo de las hostilidades en la superficie terrestre, aunque con ciertos matices que se detallan en los acápite siguientes.

VI.2.LA PRIMACÍA DEL CARÁCTER PACÍFICO EN LA EXPLORACIÓN Y UTILIZACIÓN DEL ESPACIO EXTERIOR

Como se señaló previamente, las normas de DIH sobre las hostilidades en el espacio son similares a las exigibles en la Tierra; sin embargo, el compromiso con una exploración y utilización del espacio

20 Stephens y Steer: 9; Stephens, “WHY OUTER SPACE MATTERS: DR. DALE STEPHENS GIVES A BRIEF INTRODUCTION TO INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW”, *InterCross*, 7 de noviembre de 2016, <<http://intercrossblog.icrc.org/blog/twmzia1cp84kv2c29bi4iz6q4u03in>>.

21 ENMOD. Artículo 2º.

22 “Certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war”. En: *Asunto del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania)*, Fondo, sentencia del 9 de abril de 1949, 22. <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>>; *Asunto concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos)*, Fondo, sentencia del 27 de junio de 1986, 102. <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>>.

23 “There is no stand-alone regulation of warfare in space; in fact, the space environment finds very limited expression in the existing corpus of IHL”. En: Stephens y Steer, “Conflicts in Space”: 8.

exterior en interés del mantenimiento de la paz imprime un matiz diferente a esta normativa.

En efecto, el artículo III del Tratado sobre el espacio ultraterrestre, señala que la exploración y utilización del espacio deben realizarse en interés del mantenimiento de la paz:

“Artículo III

Los Estados Partes en el Tratado deberán realizar sus actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, **en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales** y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales” (énfasis agregado).

Otros extremos del mismo tratado también establecen disposiciones adicionales que enfatizan el carácter pacífico de la exploración y utilización del espacio, por ejemplo, el artículo IV sobre la exploración pacífica de la Luna y los demás cuerpos celestes y el artículo IX señala que deberán realizarse las consultas ante la ONU si se advierte que alguna actividad pone en peligro el mencionado carácter pacífico de la exploración espacial:

“Artículo IV

[...]

La Luna y los demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines

pacíficos por todos los Estados Partes en el Tratado. Queda prohibido establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares. No se prohíbe la utilización de personal militar para investigaciones científicas ni para cualquier otro objetivo pacífico.

[...]”.

“Artículo IX

[...]

Si un Estado Parte en el Tratado tiene motivos para creer que una actividad o un experimento en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, proyectado por otro Estado Parte en el Tratado, crearía un obstáculo capaz de perjudicar las actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, incluso en la Luna y otros cuerpos celestes, podrá pedir que se celebren consultas sobre dicha actividad o experimento.

[...]”.

También existen otras disposiciones que reiteran este principio pacifista, tales como la Resolución 1884 (XVIII), que saludó el compromiso de la URSS y EUA de no colocar armas nucleares en el espacio exterior e hizo un llamamiento a que otros países adoptaran compromisos similares²⁴.

Sin embargo, los alcances de esta vocación pacífica en el citado artículo III

24 Resolución de la Asamblea General 1884 (XVIII), “Question of general and complete disarmament” (17 de octubre de 1963), <[https://undocs.org/A/RES/1884\(XVIII\)](https://undocs.org/A/RES/1884(XVIII))>.

del Tratado del espacio ultraterrestre son objeto de discusión, pues, aunque el derecho internacional –aplicable en el espacio exterior– ha proscrito el uso de la fuerza y los actos de agresión, se debate sobre si la interpretación del mencionado artículo III implica respecto a las hostilidades:

- a) Una prohibición del uso del espacio exterior para toda clase de actividades militares (lo que excluiría cualquier uso vinculado o que pudiera servir al desarrollo de las hostilidades).
- b) Una prohibición de las actividades y los medios de guerra de carácter ofensivo, por lo que serían admisibles las actividades y medios de guerra relacionadas a fines de carácter defensivo como las labores de inteligencia²⁵.
- c) Una prohibición limitada solo a la colocación de armas de destrucción masiva, por lo que el uso de medios de guerra convencionales de carácter defensivo u ofensivo en el espacio exterior no está limitado. Al respecto, un sector de la doctrina opina que “fuera de esta proscripción expresa [la prohibición de armas de destrucción masiva], los Estados no están vinculados por ningún tratado ni costumbre internacional en relación con el emplazamiento de armas en el espacio”²⁶.

Aunque parece haber consenso en la prohibición de colocar armas nucleares o de destrucción masiva, la creación de la *Space Force* parecería demostrar que el uso del espacio para actividades militares de carácter defensivo habría estado determinado por las limitaciones técnicas o necesidades políticas y no por la interpretación de las normas jurídicas, por lo que es previsible que la militarización del espacio, y la colocación de armas defensivas u ofensivas convencionales, se agudice a la par del desarrollo tecnológico de nuevos medios de guerra utilizables en dicho ámbito.

En todo caso, pese a que el compromiso con la utilización pacífica del espacio no supone la exclusión de toda forma de hostilidades ni ha detenido la militarización del espacio, el artículo III y demás disposiciones del Tratado sobre el espacio ultraterrestre establecen una vocación pacífica del uso del espacio y sustentan otras importantes limitaciones a la conducción de las hostilidades en dicho medio.

VI.3.LAS LIMITACIONES AL USO DE LAS ARMAS NUCLEARES EN EL ESPACIO

Como se señaló en el acápite anterior, el Tratado sobre el espacio ultraterrestre establece también una importante limitación al uso de las armas nucleares y armas de destrucción masiva, que luego es reiterada

25 Resumen Ejecutivo de la Comisión Rumsfeld, 2001, 17. Citado en: Huntley, “The mice that soar”, 150; véase también: Schmitt, “International Law”: 101.

26 “Outside of this express proscription, States are not bound by any treaty or customary international law regarding the weaponisation of space”. En: Stephens y Steer, “Conflicts in Space”: 2. Véase también: Schmitt, “International Law”: 104.

por el Tratado de la Luna, todo lo cual supone una regulación de las armas nucleares con matices más estrictos o, por lo menos, más claros a los de la Tierra.

En efecto, respecto a las limitaciones del armamento nuclear en la Tierra, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) señaló en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, del 8 de julio de 1976, que la utilización de armas nucleares no se encuentra prohibida de manera absoluta, sino que se sujeta a los principios generales del uso de la fuerza y del DIH, y su compatibilidad con el derecho internacional deberá evaluarse caso por caso. Además de dichas consideraciones, el uso de armas nucleares actualmente se encuentra regulado por el Tratado de no proliferación y los tratados de zonas libres de armas nucleares que solo contienen limitaciones parciales a la utilización del armamento nuclear.

Por otro lado, en el artículo IV del referido Tratado del espacio ultraterrestre se señala la prohibición de emplazar armas de destrucción masiva en la órbita terrestre, en otros cuerpos celestes o en el espacio ultraterrestre²⁷, así como la prohibición de construir infraestructura, realizar ensayos o ejercicios militares en la Luna o cuerpos celestes:

“Artículo IV

Los Estados Partes en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita

alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma.

La Luna y los demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines pacíficos por todos los Estados Partes en el Tratado. Queda prohibido establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares [...]”²⁸.

El artículo citado, establece un compromiso de no realizar determinadas actividades (colocar y emplazar) pero implicarían también una restricción respecto a un “elemento de propósito”²⁹, esto es, prohibirían realizar acciones de planeamiento y preparación para la colocación de dichas armas, sea que esta se materialice o no.

Además, aunque el artículo se refiere expresamente a las armas nucleares, también menciona a otras “armas de destrucción en masa”, concepto que no tiene una definición en el derecho del espacio –lo que obliga a recurrir a las categorías del DIH–, pero que en todo caso muestra la intención de establecer una cláusula abierta que permita extender la prohibición aplicable a las armas nucleares a los medios de guerra

27 Schmitt, Michael N. “International Law”: 103.

28 Tratado del espacio ultraterrestre. Artículo IV.

29 CICR. “Space law revisited: Are weapons of mass destruction prohibited in space?”, *Medium*, 21 de marzo de 2017, <<https://medium.com/law-and-policy/space-law-revisited-are-weapons-of-mass-destruction-prohibited-in-space-da4595d84d3e>>.

similares en el presente y aquellos que se desarrollen en el futuro.

Al respecto, el alcance actual de dicha cláusula abierta, referida a “armas de destrucción masiva”, se relacionaría solo a las armas nucleares, químicas, biológicas o radiológicas. No obstante, las armas químicas y biológicas se encuentran prohibidas de forma absoluta por el DIH, por lo que la cláusula abierta del artículo IV del Tratado del espacio ultraterrestre sería aplicable a las armas radiológicas cuando estas alcancen una capacidad destructiva que les permita ser usadas como medios de guerra en dicho escenario³⁰.

La limitación del emplazamiento de armas nucleares es reiterada en el Tratado de la Luna, que señala que tampoco se podrán colocar armas nucleares en la órbita de la Luna y otros cuerpos celestes ni en sus órbitas³¹:

“Artículo 3

[...]

3. Los Estados Partes no pondrán en órbita alrededor de la Luna, ni en otra trayectoria hacia la Luna o alrededor de ella, objetos portadores de armas nucleares o de cualquier otro tipo de armas de destrucción en masa, ni

colocarán o emplearán esas armas sobre o en la Luna.

[...]”.

Cabe mencionar que, además de estos tratados, el Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares (TPPEN), tratado que tiene como objetivo la prohibición de pruebas atómicas en ciertas zonas, agrega que los Estados partes no realizarán pruebas atómicas en la atmósfera, incluyendo aquellas regiones más allá de la atmósfera que son consideradas como parte del espacio exterior³².

Sin embargo, pese a las limitaciones previstas en estos tratados, ninguno prohíbe el lanzamiento de misiles nucleares que alcancen la alta atmósfera mientras se dirigen a su objetivo, pero que no se mantienen en órbita, como indica la doctrina:

“Es significativo que el Tratado [del espacio ultraterrestre] no prohíba la órbita *parcial* de un arma de destrucción masiva, como el vuelo de un misil balístico intercontinental, pues esta solo prohíbe la órbita completa de dicha arma”³³.

En todo caso, es importante rescatar que las limitaciones a colocar armas nucleares o de destrucción masiva en la órbita

30 CICR. “Space law revisited”.

31 Greshko, “Would a U.S. Space Force Be Legal?”

32 “Article I

1. Each of the Parties to this Treaty undertakes to prohibit, to prevent, and not to carry out any nuclear weapon test explosion, or any other nuclear explosion, at any place under its jurisdiction or control: (a) in the atmosphere; beyond its limits, including outer space; [...]”.

33 “Significantly, the Treaty also does not prohibit the partial orbit of a weapon of mass destruction, such as the flight of an Intercontinental Ballistic Cruise Missile, for it only prohibits the full orbit of such a Weapon”. En: Stephens y Steer, “Conflicts in Space”: 2. Véase también: Schmitt, Michael N. “International Law and Military Operations in Space”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (Leiden: Brill, 2006), 10: 104.

terrestre, emplazarlas en la Luna u otros cuerpos celestes, o en el espacio exterior, representa un límite importante a su proliferación en el espacio.

VI.4. CONSIDERACIONES AMBIENTALES RESPECTO AL USO DE LAS ARMAS CINÉTICAS COMO MEDIOS DE GUERRA EN EL ESPACIO EXTERIOR

Como se señaló previamente, pese a las restricciones impuestas por las normas antes señaladas, no se prohíbe el desarrollo de hostilidades con armas convencionales en el espacio exterior, esto es, que podría ser escenario de un conflicto armado.

En cualquier caso, considero importante señalar que las reglas del DIH aplicables a los medios de guerra en el espacio derivarían en la restricción o limitación del uso de sistemas ASAT basados en armas cinéticas (como misiles anti satélites y armas co-orbitales) debido al grave impacto que dichas armas producirían en el medio ambiente y en el futuro de la exploración civil del espacio.

En efecto, el uso de dichos medios de guerra se encuentra vinculado por los principios del DIH, como los principios

de distinción y proporcionalidad, así como por el ENMOD –el único tratado de DIH que señala expresamente su aplicabilidad a las hostilidades en el espacio–, y las normas consuetudinarias que señalan que no deberán utilizarse medios de guerra que afecten de forma grave o permanente el medio ambiente, o que lo hagan inhabitable para el ser humano.

En tal sentido, las armas cinéticas serían incompatibles con dichas normas debido a que sus consecuencias podrían alterar de forma difícilmente reparable el ambiente de las capas superiores de la atmósfera, que se consideran parte del espacio exterior, pues crearían enormes cantidades de basura espacial que no solo se precipitarían a la Tierra sino que la orbitarían a gran velocidad constituyéndose en proyectiles que pondrían en peligro a los vehículos espaciales civiles durante y luego del cese de las hostilidades.

Por ende, también afectarían la continuidad de la exploración espacial durante décadas³⁴, porque las armas cinéticas son consideradas “la amenaza más seria al acceso continuo al ambiente espacial”³⁵.

Por ejemplo, la prueba del misil antisatélite chino en el año 2007 liberó más de dos millones de fragmentos de basura espacial

34 “While physical means of attacking satellites have been proven, the resulting debris created from using a missile or otherwise creating actual physical damage to a satellite, poses a significant problem to safety and continued civilian space use. The laws of physics apply in the context of kinetic attack such that destruction of a satellite and resulting debris doesn’t merely fall to the ground, as is the case of terrestrial warfare, but rather circles the earth at hyper velocity (up to 24,000 kilometres per hour)”. En: Stephens. “WHY OUTER SPACE MATTERS”.

35 “The most serious threat to the continued accessibility of the space environment by far is the prospect of a military confrontation, involving the use of kinetic anti-satellite (ASAT)”. En: Haas, “Vulnerable frontier”, 63-64.

al espacio³⁶, y en el año 2009 el choque entre dos satélites –suceso similar a lo que al choque de un arma co-orbital– generó inclusive un impacto mayor y más escombros que el referido misil chino³⁷.

Por lo tanto, se plantea que las armas cinéticas, en la forma de misiles antisatélites o armas co-orbitales, vulnerarían lo previsto por el DIH respecto a la conducción de hostilidades:

“Dados estos hechos, el principio de precaución podría exigir que, como cuestión de derecho, no se utilicen medios cinéticos cuando se ataca un satélite militar enemigo. Más bien, puede haber un requisito para usar medios cibernéticos o quizás un arma de energía dirigida altamente específica para interrumpir la función de un satélite sin destruirlo”³⁸.

A lo anterior, también se debe agregar que si los efectos de las armas cinéticas, la liberación de grandes cantidades de basura espacial que orbitarían la Tierra durante varios años, podrían ser incompatibles con el principio de distinción debido a sus prolongados efectos en el tiempo afectarían los usos civiles del espacio durante y después del conflicto, así como con

el principio de proporcionalidad pues la ventaja militar en la destrucción de satélites no sería razonablemente equiparable a un futuro en que se hiciera imposible la exploración del espacio.

Por las mismas razones, las armas cinéticas serían incompatibles con el ENMOD, al generar un “daño ambiental masivo”³⁹ y la alteración permanente del ambiente de las capas superiores de la atmósfera.

Las normas consuetudinarias del DIH señalan algo similar, en particular la Norma consuetudinaria N.º 44 señala que incluso si no existe una total certeza científica respecto a los efectos de los medios de guerra en el ambiente, las partes en conflicto deben adoptar las medidas de precaución necesarias, lo cual deberá ser analizado en el caso de medios de guerra –que como las armas cinéticas– cuyos efectos no han sido probados en las hostilidades todavía:

“Norma 44. Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural.

En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las

36 Michael Haas, “Vulnerable frontier: militarized competition in outer space”, en *Strategic Trends 2015: Key Developments in Global Affairs*, ed. Thränert Oliver y Martin Zapfe, (Zurich, Center for Security Studies: 2015), 64.

37 Paul Marks, “Satellite collision ‘more powerful than China’s ASAT test’”, *New Scientist*, 13 de febrero de 2009, <<https://www.newscientist.com/article/dn16604-satellite-collision-more-powerful-than-chinas-asat-test/>>; Stephens y Steer, “Conflicts in space”, 4.

38 “Given these facts, the principle of precaution might mandate that, as a matter of law, kinetic means are not to be used when attacking an enemy military satellite. Rather, there may be a requirement to use cyber means or perhaps a highly specific directed energy weapon to disrupt the function of a satellite without destroying it”. Stephens. “WHY OUTER SPACE MATTERS”.

39 Haas, “Vulnerable frontier”, 64.

precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. **La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones (énfasis agregado)**”.

Con base en lo anterior, se concluye que, durante un conflicto armado en el espacio, no se deberían usar los sistemas ASAT basados en armas cinéticas en combate, sino que debería recurrirse a otros medios, tales como, por ejemplo, medios electrónicos para interferir con los satélites.

VII. CONCLUSIONES

El espacio exterior es la nueva frontera del conflicto armado, debido al proceso de militarización que –si sigue el desarrollo de lo ocurrido en el mar y el aire– lo convertirá en un escenario de gran importancia para el conflicto armado en las siguientes décadas y, en consecuencia, las grandes potencias compiten vigorosamente por el desarrollo

de armas cada vez más avanzadas y terribles utilizables en dicho ámbito.

Frente a ello, el derecho del espacio y el DIH han procurado establecer límites al potencial desarrollo de hostilidades en el espacio exterior mediante normas que disponen un compromiso de exploración pacífica del espacio e importantes restricciones en materia de medios de guerra, en particular, las normas positivas establecen la prohibición de armas nucleares y de destrucción masiva –un estándar quizás más estricto que el aplicable en la Tierra– y derivan en restricciones al uso de medios de guerra –por ejemplo, las armas cinéticas– con reglas similares a las que se aplicarían en la Tierra.

Aunque ello permite advertir la vocación de limitar los males de la guerra en el escenario espacial, estas reglas no han detenido la carrera armamentista ni la militarización del espacio exterior, por lo que el desarrollo de las capacidades bélicas en el espacio –que se encuentra todavía en una etapa inicial– evolucionará hasta un punto en que, con el devenir del tiempo, puede que el conflicto armado terrestre se decida desde la lejanía del espacio.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CICR. “Space law revisited: Are weapons of mass destruction prohibited in space?”. *Medium*, 21 de marzo de 2017. <<https://medium.com/law-and-policy/space-law-revisited-are-weapons-of-mass-destruction-prohibited-in-space-da4595d84d3e>>.
- Departamento de Defensa de EUA. “China’s space and counterspace programs”. En *2015 Annual Report to Congress*, 272-337. Washington D.C.: Departamento de Defensa de EUA, 2015.
- DURKIN, Erin. “Space Force: all you need to know about Trump’s bold new interstellar plan”. *The Guardian*, 10 de agosto de 2018. <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/10/space-force-everything-you-need-to-know>>.

- GHOSHROY, Subrata. "The X-37B: Backdoor weaponization of space?" *Bulletin of the Atomic Scientists* 71, no. 3 (2015): 19-29.
- GRESHKO, Michael. "Would a U.S. Space Force Be Legal? Get the Facts". *National Geographic*, 9 de agosto de 2018. <<https://news.nationalgeographic.com/2018/06/space-force-trump-legal-military-role-satellites-science/>>.
- HAAS, Michael. "Vulnerable frontier: militarized competition in outer space". En *Strategic Trends 2015: Key Developments in Global Affairs*, editado por Oliver, Thränert y Martin Zapfe, 63-80. Zurich, Center for Security Studies: 2015.
- HUNTLEY, Wade. "The mice that soar: Smaller states perspectives on space weaponisation". En *Securing Outer Space*, editado por Natalie Bormann y Michael Sheehan, 147-166. Nueva York, Routledge, 2009).
- KENNEDY, John F. "TEXT OF PRESIDENT JOHN KENNEDY'S RICE STADIUM MOON SPEECH". Discurso, Houston, 12 de septiembre de 1962. <<https://er.jsc.nasa.gov/seh/ricetalk.htm>>.
- LACHS, Manfred. *The Law of Outer Space: An Experience in Contemporary Law-Making*. Leiden: Brill, 2010.
- LISTNER, Michael y Joan Johnson-Freese. "Object 2014-28E: Benign or Malignant?" *Space News*, 8 de diciembre de 2014. <<https://spacenews.com/42895object-2014-28e-benign-or-malignant/>>.
- MARKS, Paul. "Satellite collision 'more powerful than China's ASAT test'". *New Scientist*, 13 de febrero de 2009. <<https://www.newscientist.com/article/dn16604-satellite-collision-more-powerful-than-chinas-asat-test/>>
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 1884 (XVIII), "Question of general and complete disarmament" (17 de octubre de 1963), <[https://undocs.org/A/RES/1884\(XVIII\)](https://undocs.org/A/RES/1884(XVIII))>.
- SCHMITT, Michael N. "International Law and Military Operations in Space". En *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, editado por Armin von Bogdandy y Rüdiger Wolfrum, 10: 89-125. Leiden: Brill, 2006.
- SHANKER, Tom. "Missile Strikes a Spy Satellite Falling From Its Orbit". *New York Times*, 11 de abril de 2007. <www.nytimes.com/2008/02/21/us/21satellite.html?_r=0>.
- STEPHENS, Dale y Cassandra Steer. "Conflicts in Space: International Humanitarian Law and its application to Space Warfare". *Annals of Space and Air Law* 40 (2015): 1-32.
- STEPHENS, Dale. "WHY OUTER SPACE MATTERS: DR. DALE STEPHENS GIVES A BRIEF INTRODUCTION TO INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW". *Intercross*, 7 de noviembre de 2016. <<http://intercrossblog.icrc.org/blog/twmzia1cp84kv2c29bi4iz6q4u03in>>.
- WEINBERGER, Sharon. "3 Theories About the Air Force's Mystery Space Plane, X-37B", *Popular Mechanics*, 1 de mayo de 2012, <<https://www.popularmechanics.com/military/a7620/3-theories-about-the-air-forces-mystery-space-plane-x-37b-8521517/>>.

Delio Dante López Medrano¹
Liliana Pérez de la Rosa²

REVISIÓN CONCEPTUAL DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO Y EL SISTEMA PENAL MEXICANO SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO; III. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD; IV. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD; V. IMPUTACIÓN PERSONAL; VI. EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO; Y VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El sistema normativo que en el Derecho penal del Perú crea una jurisdicción especializada para la protección del bien jurídico relativo a la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, contempla el principio de culpabilidad como condición indispensable de la aplicación de la pena, en mérito de lo cual los autores se abocan a explicar en qué consiste y su regulación en la normatividad penal, principio que no es exclusivo de la legislación peruana, sino que se incluye en las legislaciones modernas, motivo por el cual se dedica un párrafo al análisis comparativo con la legislación mexicana.

-
- 1 Doctor en Política Criminal, Tutor en el Programa de doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor del Programa Único de Especializaciones en Derecho de la UNAM y del Programa Internacional de Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro América. Condecorado con la medalla Víctor Manuel Maurtua Uribe otorgada por el Ilustre Colegio de Abogados de Ica, Perú.
 - 2 Maestra en Política Criminal, profesora del Programa Único de Especializaciones en Derecho de la UNAM y del Programa Internacional de Criminología Aplicada de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro América. Condecorada con la medalla José Matías Manzanilla concedida por el Ilustre Colegio de Abogados de Ica, Perú.

ABSTRACT

The Peruvian criminal law has created a specific jurisdiction for the protection of the legal right related to the existence, and management of the Armed Forces and National Police. The principle of criminal-law liability is a sine qua non-condition for the application of the penalty. Authors extensively explain the concept and criminal regulation. The principle of criminal-law liability, it's not a particular concept from the Peruvian criminal law; it's a basis from current legislation around the world. For this reason, we include a brief analysis with the Mexican Criminal Law.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal Militar Policial tiene por objeto “prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial” (artículo I, Título Preliminar). El delito de función, según dispone el propio título preliminar, en su artículo segundo, lo constituye “toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.” Los delitos que contempla el Código Penal Militar Policial, al comprender delitos que afectan bienes jurídicos propios de la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas del Perú o a la Policía Nacional, constituyen una jurisdicción especializada.³

Es importante subrayar este aspecto toda vez que, al establecer, en su Título Preliminar, los principios que rigen esta jurisdicción, en su artículo X dispone la obligatoriedad en la observancia del “Principio de culpabilidad”, mismo que conceptúa en los términos siguientes: “La pena requiere de la culpabilidad probada del autor.” No obstante, no desarrolla este principio, por lo que como el propio ordenamiento lo establece, debemos acudir al Código Penal, toda vez que en su artículo XV, el Código Penal Militar Policial establece la aplicación supletoria de aquel, lo que tiene su complemento en el artículo X, Título Preliminar, del Código Penal, que prevé que las normas generales que comprende son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales.

El Código Penal del Perú, en su Título Preliminar denominado Principios Generales establece como uno de ellos la “Responsabilidad penal”, en su artículo VII, mismo que regula en los siguientes términos: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

De la propia redacción de los cuerpos normativos en estudio tenemos que hacen referencia a la culpabilidad (supuesto del Código Penal Militar Policial) y a la responsabilidad (caso del Código Penal) como requisito o condición de la pena, sin que, por otra parte, se haga mayor referencia al principio ni al concepto, de donde resulta importante determinar en qué consisten,

3 Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015, actuando en Pleno, en el expediente 22-2011-PL/TC.

toda vez que en ambas disposiciones normativas se consideran como condición de la penalidad.

II. LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO

El Derecho penal sustantivo tiene dos sentidos: 1) como *ius poenale*, hace referencia a las normas penales, a las reglas en su conjunto, de ahí que se le denomine Derecho penal objetivo, y 2) *ius puniendi* que comprende la facultad que se reconoce al Estado para crear y aplicar las normas penales, por lo que se le conoce como Derecho penal subjetivo.

El Derecho penal moderno, a partir de la ilustración francesa, ha venido elaborando principios y garantías con el objeto de tutelar al ciudadano frente al arbitrio punitivo, es por ello que se han construido principios que limitan la potestad del Estado para crear delitos e imponer penas, lo que podemos sintetizar con la premisa: “un Estado de Derecho debe proteger no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”.⁴ Tal ha sido la importancia que se adscribe a dichos principios que en la actualidad se han erigido como derechos fundamentales, lo que se ha vuelto tendencia al incorporarlos en las Constituciones y Tratados internacionales.⁵

Los límites del derecho de penar, que surgen tanto del concepto de Estado democrático como de su reconocimiento jurídico, se suelen dividir en límites materiales y límites formales. En el primero encontramos los de 1) necesidad de la intervención; 2) protección de bienes jurídicos; 3) dignidad de la persona, y 4) principio de culpabilidad. En los formales se contempla: a) *nullum crimen nulla poena sine lege*; b) juicio legal y c) ejecución legal.

III. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En la medida de que los sistemas modernos parten de reconocer al sujeto como inocente (consagrado como derecho fundamental en la Constitución Política del Perú), en una primera aproximación ya que este principio implica que corresponde a la autoridad demostrar que la persona actuó en forma culpable.⁶ Por otra parte, si consideramos que los sistemas normativos que reconocen este principio condicionan la aplicación de la consecuencia jurídica a la comprobación de la culpabilidad (recuérdese: “La pena requiere de la culpabilidad probada del autor”, del Código Penal Militar Policial), el principio también comprende que no se debe hacer responder por hecho ajenos, en virtud de que el hecho debe ser “personalmente reprochable”,⁷ por lo que se le denomina principio de personalidad de

4 Roxin, Claus, *Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al., Madrid, Civitas, 2001, p. 137.

5 Polaino Navarrete, Miguel y Miguel Polaino-Orts, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 258.

6 Martínez Sánchez, Mauricio, *La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas*, Bogotá, Temis, 1999, p. 27.

7 Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978, p. 53.

las penas, mismo que fundamentalmente hace alusión a regímenes antiguos que responsabilizaban a la familia o al colectivo por actos llevados a cabo por alguno de sus integrantes.⁸

Esta segunda acepción es relevante además porque ha dado origen a la división del Derecho penal sustantivo en Derecho penal de acto y Derecho penal de autor, desde luego, como lo han hecho las legislaciones contemporáneas, el Código en estudio, al consagrar el principio de culpabilidad, proscribire el Derecho penal de autor, que se caracteriza por castigar formas de ser, preferencias, ideas, carácter, fama o antecedentes.⁹ En consecuencia, se adopta el Derecho penal de acto, en el que la persona es sancionada por sus acciones u omisiones,¹⁰ lo que se conoce como principio de responsabilidad por el hecho, *tal como lo establece el artículo II, Título Preliminar, Principios Generales*: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta...”. No obstante, la adopción de este principio, las legislaciones aún conservan características propias del Derecho penal de autor (véase por ejemplo el artículo 73º del Código Penal).

Si bien se adopta el principio de responsabilidad por el acto, no basta la mera causación del mismo, el propio Código Penal en su artículo VII, del referido título preliminar, establece: “Queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva.” Con ello se prohíbe el principio de *versari in re illicita* (quien quiere la causa quiere el resultado), cuya formulación precisa es la siguiente: *Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*.¹¹ Lo cual hace referencia al Derecho canónico medieval conforme el cual la persona respondía, “aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida.”¹² “Conforme al *versari in re illicita* se conceptúa como autor al que haciendo algo no permitido, por puro accidente causa un resultado antijurídico y este resultado no puede considerarse causado culposamente conforme al derecho actual.”¹³ Por lo que a la persona se le reprochaban todas las consecuencias de sus actos, aun tratándose de fortuitas,¹⁴ o no queridas.¹⁵

A la prohibición del *versari in re illicita*, prohibición de responsabilidad objetiva o también llamada responsabilidad por el resultado, se opone el principio de dolo

8 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor, 1999, p. 97.

9 Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Civitas, 2005, p. 63.

10 Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Op. Cit.*, p. 51.

11 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 235.

12 Roxin, Claus, *Op. Cit.*, p. 335.

13 Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, p. 133.

14 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, Op. Cit.*, p. 98.

15 Polaino Navarrete, Miguel y Miguel Polaino-Orts, *Op. Cit.*, p. 270.

y culpa:¹⁶ No es suficiente que se cause el hecho, además es necesario que el sujeto lo haya querido (principio de dolo), o cuando menos que el hecho se deba a su imprudencia (principio de culpa).¹⁷ Lo que se prevé en los artículos 11º y 12º, del Título II, Capítulo I, del Código Penal.

IV. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Como hemos indicado, el Código Penal Militar Policial consagra el Principio de culpabilidad, en tanto que el Código Penal establece el Principio de responsabilidad penal, ambos como condición de la consecuencia jurídica. Éste último dispone que “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor.”, en tanto que el Código Penal Militar Policial establece que “La pena requiere de la culpabilidad probada del autor.” A este respecto es importante señalar que el concepto culpabilidad ha sido cuestionado por dos razones: 1) por su vinculación a aspectos morales, situación superable a condición de referirnos a él como culpabilidad jurídica, y 2) en virtud de que en la teoría del delito se suele designar con este término uno de sus elementos (conducta, típica, antijurídica y culpable), que actualmente suele ser designado como responsabilidad¹⁸ o imputación personal.¹⁹

Este estado de cosas nos lleva a observar que, según el contexto en que se use, el concepto culpabilidad, tiene tres acepciones: 1) como principio de culpabilidad, según hemos visto; 2) en la fundamentación de la consecuencia jurídica del delito, como elemento del delito, y 3) en la determinación del *quantum* de pena (artículo 45-A, Individualización de la pena). Estas dos últimas diferenciadas con claridad a partir de 1974 por Hans Achenbach.²⁰

El principio de culpabilidad sostiene que la pena criminal sólo puede basarse en que quepa reprochar al autor su hecho, y que, asimismo, la pena únicamente es admisible dentro de los límites de la culpabilidad. La culpabilidad en la fundamentación de la pena es el compendio de los presupuestos que fundamentan o excluyen la reprochabilidad del hecho atendiendo a la existencia de amenaza penal. La culpabilidad en la medida de la pena es el resumen de las circunstancias de las que ha de responder el autor y que deben ser tenidas en cuenta para la medición penal.²¹

La culpabilidad como fundamentación de la consecuencia jurídica del delito, como elemento del delito, se empleó a partir de

-
- 16 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 93.
 - 17 Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2003, p. 136.
 - 18 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Op. Cit.*, p. 93.
 - 19 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, Op. Cit.*, p. 97.
 - 20 Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 536.
 - 21 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 364.

las aportaciones de Franz Ritter von Liszt (1851-1919), quien sostuvo que la “culpabilidad, en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor *por el acto ilícito que ha realizado*.”²² No obstante, en la doctrina contemporánea un sector considera preferible el término imputación, pues para ellos “se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor.”²³ Es por ello que se propone eliminar la culpabilidad como principio que limita el *ius puniendi*, aunado a su vinculación con otros principios limitadores de la potestad punitiva del Estado. De esta forma, únicamente se estudiaría la imputación personal al estudiar la responsabilidad.²⁴

En cuanto a su ubicación sistemática, tenemos que la teoría del delito se basa en dos juicios de reproche: a) el injusto, y b) la atribuibilidad a su autor, lo que se acostumbra denominar culpabilidad,²⁵ teoría de la culpabilidad o del sujeto responsable.

En este contexto, el principio de imputación personal requiere que el hecho se deba a motivaciones racionales de quien lo produce. Parte de concebir al sujeto como

responsable,²⁶ esto es autodeterminable,²⁷ en consecuencia se “impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida.”²⁸ A ello se refiere Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831) cuando afirma que con la pena “se honra al delincuente como racional.”²⁹ Es por ello que se reprocha al sujeto que no se comporte conforme a Derecho, habiendo podido hacerlo,³⁰ y en consecuencia optar por realizar un acto ilícito.³¹ Por lo que será la normalidad motivacional lo que determine la imputación o exclusión de la culpabilidad (artículo 20º del Código Penal) o bien su atenuación (artículo 21º del Código Penal).

En la discusión contemporánea las posiciones teóricas las podemos dividir en cuatro: 1) Las que proponen que el criterio, de política criminal, de necesidad de la pena sustituya la culpabilidad, postura sostenida por Enrique Gimbernat Ordeig (1970). 2) Aquellas que proponen criterios extrínsecos al sujeto, en donde la culpabilidad se entiende como falta de fidelidad al Derecho,³²

22 Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, trad. Quintiliano Saldaña, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 375.

23 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 539.

24 Bustos Ramírez, Juan J. y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid, Trotta, 2006, p. 98.

25 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., p. 545.

26 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Op. Cit.*, p. 93.

27 Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Op. Cit.*, p. 134.

28 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 98.

29 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, trad. Carlos Díaz, Madrid, Prodhufi, 1993, p. 350.

30 Sáinz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990, p. 41.

31 Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

32 Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 566.

en las que encontramos a Günther Jakobs, para quien la culpabilidad se encuentra determinada por el fin de la pena que, en su concepto, es el mantenimiento del orden jurídico. 3) Las que proponen su revisión interna, por ejemplo Francisco Muñoz Conde (1978), para quien el fundamento se encuentra en la función de motivación de la norma, por lo que la imposición de la consecuencia jurídica se permite por la defraudación de expectativas jurídicas.³³ 4) En tanto que para Claus Roxin, la culpabilidad pasa a ser, junto con la necesidad de prevención, una condición de la responsabilidad.³⁴ Esta última postura es importante, toda vez que el Código Penal del Perú asume como modelo el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, así como el Código Penal alemán de 1975 que recogieron los planteamientos de la prevención general negativa, cuyo principal representante es Roxin.³⁵

Con base en dichos aportes, se consideran como elementos de la culpabilidad: a) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b) el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, y c) la exigibilidad de un comportamiento distinto.³⁶ En este sentido, para Juan J. Bustos Ramírez (1935-2008) y Hernán Hormazábal Malarée responsabilidad implica exigibilidad: “La responsabilidad del

sujeto implica tres condiciones: la exigibilidad sistémica o imputabilidad, la exigibilidad de la conciencia del injusto, la exigibilidad de la conducta.”³⁷

V. IMPUTACIÓN PERSONAL

A partir de Hans Welzel (1904-1977) se consideró la libertad de la voluntad como fundamento de la responsabilidad, esto es el libre albedrío, que se pensaba permitía el sujeto poder actuar de otro modo. Argumento paulatinamente abandonado a partir de 1965 con las críticas de Karl Engisch (1899-1990),³⁸ fundamentalmente por la imposibilidad de su demostración,³⁹ por lo que “lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.”⁴⁰ Así la normalidad motivacional determinará la imputación o exclusión de la culpabilidad o bien su atenuación.

Para la concepción preventiva el fundamento se encuentra en la necesidad de la pena, lo que se designa con el término responsabilidad. Para Claus Roxin la norma tiene como función motivar a la persona a evitar su infracción, en tal virtud se exigen

33 Cerezo Mir, José, *Obras completas. Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Lima, Ara editores, 2006, p. 871.

34 Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón, *Op. Cit.*, p. 564.

35 López Medrano, Delio Dante, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., México, Flores Editor, 2018, pp. 101 y 102.

36 Maurach, Reinhart y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, Tomo 1, trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 524.

37 Bustos Ramírez, Juan J. y Hernán Hormazábal Malarée, *Op. Cit.*, p. 445.

38 Cerezo Mir, José, *Op. Cit.*, p. 866.

39 Stratenwerth, Günter, *Op. Cit.*, p. 233.

40 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Op. Cit.*, p. 363.

dos requisitos de imputación personal: la posibilidad de ser motivado por la norma y el acceso normal a la misma.⁴¹

En consecuencia los criterios de culpabilidad, que se encontraban fuertemente influenciados por elementos psicológicos, pasan a ser solamente normativos, por lo que se circunscriben al proceso de motivación.⁴² De donde deriva el consenso en señalar como elementos de la culpabilidad:⁴³ a) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b) el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, y c) la exigibilidad de un comportamiento distinto.⁴⁴

a) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad

Al conjunto de capacidades mínimas requeridas en el sujeto para ser motivado por la norma, esto es a la “capacidad de comprensión del injusto y de actuar conforme a esa comprensión”,⁴⁵ se le denomina imputabilidad o capacidad de culpabilidad.⁴⁶ Estas capacidades se dividen en: a) de comprender el injusto, que faltará cuando “el sujeto del injusto se halla en una situación mental

en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho”,⁴⁷ y b) de conducir su actuación conforme a la capacidad de comprensión, que no ocurre cuando el sujeto no puede autodeterminarse con base a la comprensión de lo ilícito de su hecho (Artículo 20, 1, del Código Penal). Estas capacidades son verificables en ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.⁴⁸

b) el conocimiento de la antijuridicidad del hecho

Es necesario que el sujeto conozca la antijuridicidad de su hecho, esto es que se encuentra prohibido.⁴⁹ “Quien no puede saber que la acción que realiza está penada, no puede comprender su carácter *criminal* y, por ende, no puede ser reprochado jurídicamente sin violar reglas elementales de racionalidad.”⁵⁰ De esta premisa resulta importante el error, así cuando el sujeto desconoce o bien cuando tiene un falso conocimiento nos encontramos ante un error de prohibición,⁵¹ que resulta ser una causa de exculpación (artículos 14º y 15º del Código Penal). “Se denomina error de prohibición

41 Mir Puig, Santiago, *Op. Cit.*, pp. 553 y 554.

42 Maurach, Reinhart y Heinz Zipf, *Op. Cit.*, p. 524.

43 Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 420.

44 Maurach, Reinhart y Heinz Zipf, *Op. Cit.*, p. 524.

45 Sáinz Cantero, José A., *Op. Cit.*, p. 646.

46 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Bogotá, 2004, p. 107.

47 Mir Puig, Santiago, *Op. Cit.*, p. 580.

48 Stratenwerth, Günter, *Op. Cit.*, p. 235.

49 Cerezo Mir, José, *Op. Cit.*, p. 967.

50 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 562.

51 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Op. Cit.*, p. 396.

al que *impide exclusivamente la comprensión del carácter y entidad de injusto al acto*. De allí que error de prohibición sea el que únicamente impide la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo.⁵² El error de prohibición puede estar referido a la existencia de la norma, bien a su *alcance*, en cuyo caso se denomina error de prohibición directo.⁵³ Si el error está relacionado con la existencia de una causa de justificación, límites o presupuestos objetivos, en que el sujeto cree que está obrando lícitamente, al amparo de la justificante,⁵⁴ se denomina error de prohibición indirecto⁵⁵ o error sobre las causas de justificación.

c) la exigibilidad de un comportamiento distinto

La teoría moderna de la no exigibilidad tiene su origen en una resolución de 1897 planteada por un tribunal en Alemania, posteriormente se le ha venido dando sustento teórico, Berthold Freudenthal (1872-1929) afirmó que “no merece pena criminal alguna quien, según las circunstancias del hecho, no puede evitar la comisión.”⁵⁶ James Paul Goldschmidt (1874-1940) afirmaba ya en 1930 que al autor se le exige que se

comporte como debe únicamente cuando puede.⁵⁷ “El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.”⁵⁸ Es por ello que se habla de no exigibilidad de otra conducta.⁵⁹ En la actualidad, la no exigibilidad se admite en los casos de incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad,⁶⁰ como en el caso de miedo insuperable (artículo 20, 7, del Código Penal), y el estado de necesidad exculpan (artículo 20, 5, del Código Penal).⁶¹

VI. EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

El sistema jurídico mexicano contempla una jurisdicción especializada únicamente para los cuerpos militares, en tanto que para los cuerpos policiales no contempla delitos que protejan bienes jurídicos propios de su existencia, organización, operatividad o funciones. En todo caso, las fuerzas armadas sí tienen un Código de Justicia Militar que prevé y sanciona delitos relacionados exclusivamente con la existencia,

52 Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho penal*, Op. Cit., p. 700.

53 Roxin, Claus, Op. Cit., p. 871.

54 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, Op. Cit., p. 401.

55 Stratenwerth, Günter, Op. Cit., p. 255.

56 Freudenthal, según cita de Maurach, Reinhart y Heinz Zipf, Op. Cit., p. 457.

57 Sáinz Cantero, José A., Op. Cit., p. 716.

58 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, Op. Cit., p. 403.

59 Mir Puig, Santiago, Op. Cit., p. 616.

60 Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho penal*, Op. Cit., p. 712.

61 Mir Puig, Santiago, Op. Cit., p. 619.

organización, operatividad o funciones, constituyen una jurisdicción especializada, divide los hechos en faltas administrativas y delitos. En tanto que el ámbito policial, a través de sus reglamentos contempla faltas administrativas relacionadas exclusivamente con la existencia, organización, operatividad o funciones. En tanto que no se contemplan delitos propios de función para los policías, por lo que los delitos en que se vean involucrados deberán estar contemplados en la jurisdicción general, misma que se aplicará a los elementos militares en tanto se vean involucrados con delitos que se relacionen con la población civil.

Por tanto para los elementos de la policía son aplicables los principios que contempla el Código Penal federal, por lo que

respecta a los delitos en que pudieran estar involucrados, mismos que bajo la influencia del Proyecto Alternativo Alemán de 1966, así como el Código Penal alemán de 1975, siguen, en la parte sustantiva, los mismos principios que se observan en el Código Penal del Perú, que recogen los planteamientos de la prevención general negativa, cuyo principal representante, como se ha indicado, es Claus Roxin.

No obstante, en 2019 se ha reformado la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para incorporar un nuevo cuerpo de seguridad pública: la Guardia Nacional, que en este momento tiene en estudio su normatividad secundaria, por lo que debemos esperar su aprobación para poder realizar su análisis.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid, Trotta, 2006.
- CEREZO MIR, José, *Obras completas. Derecho penal. Parte General, Tomo I*, Lima, Ara editores, 2006.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, trad. Carlos Díaz, Madrid, Prodhufi, 1993.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993.
- LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Trad. Quintiliano Saldaña, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- LÓPEZ MEDRANO, Delio Dante, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., México, Flores Editor, 2018.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas*, Bogotá, Temis, 1999.

- MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general, Tomo 1*, trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor, 1999.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Bogotá, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel y Miguel Polaino-Orts, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2001.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 2001.
- SÁINZ CANTERO, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Civitas, 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015, actuando en Pleno, en el expediente 22-2011-PL/TC.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.*, *Derecho Penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

LA EFICIENCIA DEL PROCESO SEGÚN LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS GARANTISTAS Y ACTIVISTAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CORRIENTES FILOSÓFICAS; III. GARANTISMO; IV. ACTIVISMO; V. ROL DEL JUEZ; VI. EFICACIA PROCESAL; Y VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

En este artículo, la autora analiza la eficiencia del proceso penal, desde las corrientes filosóficas del garantismo y el activismo, que conciben una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el Derecho.

Ese análisis ocurre a propósito de la reforma procesal penal en Latinoamérica, ocurrida en los últimos treinta años. El gran conglomerado de países, al sur del río Grande, han adoptado el garantismo como elemento filosófico del proceso acusatorio; no obstante, hoy se discute sobre su “eficacia”.

1 Abogada por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (Rosario, Argentina). Maestría en Derecho Procesal - Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina). Profesora Superior en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (Rosario, Argentina). Docente en Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina). Redacción Diario Jurídico (España). Colaboración permanente en Academia Virtual de Derecho – Maestría en Derecho Procesal Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina).

ABSTRACT

In this article, the author analyzes the criminal process' efficiency, from the philosophical currents of garantism and activism, which conceive a way of representing, understanding, interpreting and explaining Law.

This analysis occurs in connection with the criminal procedure reform in Latin America, which happened in the last thirty years. The large conglomerate of countries, southern Rio Grande, has adopted garantism as a philosophical element of the accusatory process. However, today we discuss its "effectiveness."

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo reflexionar acerca del proceso y el valor de optimización de la eficiencia. El desarrollo del proceso judicial se encuentra hoy bajo la lupa de la eficacia, criterio que viene del ámbito empresarial en referencia a la productividad.

En este trabajo, previo a colocar al proceso bajo la óptica de la eficiencia, será necesario establecer, en primer lugar, qué implica un proceso eficiente. Y en esa búsqueda nos encontramos con dos corrientes jusfilosóficas del derecho procesal: garantismo y activismo. En ellas es importante destacar cuál es la correspondiente noción y finalidad del proceso. En función de ello, se evaluará qué tiene en cuenta para considerar si el proceso es eficiente o no.

La indagación de ambas corrientes, permitirá señalar los sistemas de enjuiciamiento dentro del cual se conciben y las consecuentes características que le impregnan al desarrollo del proceso.

Se procederá también a exponer acerca de la tendencia por la publicación del proceso, resaltando los riesgos asumidos por las legislaciones procesales que se inclinan hacia este modelo.

II. CORRIENTES FILOSÓFICAS

Tanto el garantismo como el activismo son dos corrientes filosóficas o también llamadas ideologías jurídicas, que conciben una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho.

Existe consenso en considerar al garantismo y al activismo procesal como dos corrientes filosóficas antagónicas del derecho procesal. Ello se debe a que la corriente garantista postula y pretende la irrestricta y plena vigencia del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, tanto penal como civil, mientras que el activismo acepta y mantiene el sistema inquisitorio o inquisitivo para todo tipo de juzgamiento.

Un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal. Por lo tanto, son éstas quienes tienen la potestad de decidir cuándo activar o paralizar la marcha del proceso, las que predeterminan los términos exactos del litigio a resolver, las que aportan el material confirmatorio de sus afirmaciones y las que pueden ponerle fin en la oportunidad que consideren y por los medios que deseen.

Mientras que un proceso se enrola dentro de un sistema de enjuiciamiento inquisitivo cuando se traslada el dominio de la actividad procesal al magistrado, quien no solamente dirige e impulsa el proceso, sino también lo impulsa y realiza los actos de investigación tendientes a la obtención del material de conocimiento.

Justamente el hecho de posicionar opuestamente la dirección del proceso es lo que hace que sean corrientes completamente antagónicas, dado que adoptar uno u otro sistema resulta esencialmente “incompatible, lógica, jurídica y moralmente”²

Ahondando un poco más se puede advertir que “la radical oposición de sus discursos fija, fundamentalmente, en la disímil consideración que uno y otro realizan del “proceso” y del deber de la “función judicial”.³

Para ello se procederá a exponer en qué consiste el proceso según el movimiento filosófico garantista, para luego compararlo con el contenido del discurso activista.

III. GARANTISMO

Se ha afirmado anteriormente, que el garantismo se postula dentro de un sistema acusatorio. Dentro del mismo, esta primera corriente entiende al proceso como un medio de debate dialogal y argumentativo que se realiza entre dos sujetos que se encuentran en posiciones antagónicas respecto de un mismo bien de la vida; para lo cual se igualan jurídicamente a los fines de la discusión que se desarrollará a merced de la actuación del director del debate (Juez), quien debe cumplir con tres calidades personales esenciales: imparcial, imparcial e independiente.⁴

Como se indica ut supra, la corriente garantista ve al proceso como un método de debate: un debate pacífico y dialéctico entre dos antagónicos (opuestos o contradictorios) que actúan en perfecto pie de igualdad jurídica. Todo ello, ante un tercero que debe ser necesariamente imparcial, imparcial e independiente.

Canteros, Fermín resume la idea postulando que: “El garantismo ve en el proceso un método de debate puesto a servicio de las partes para resolver un litigio. No es un método de investigación y el juez no es un investigador. Es tan sólo un medio de que disponen las partes para lograr la heterocomposición de un litigio a través de un tercero (el juzgador) que debe necesariamente ser: 1) imparcial, 2) imparcial y 3) independiente.”⁵

A ésta postura filosófica le interesa ante todo que, en el marco de ese debate, se les garanticen a las partes sus derechos constitucionales y legales a fin posibilitar la discusión plena sobre el objeto litigioso, con idénticas prerrogativas en cuanto a la acusación y la defensa.

En ese marco de debate pacífico y dialéctico, el garantismo procura asegurar el irrestricto respeto a la Constitución y a los Pactos Internacionales que se encuentran en el mismo rango jurídico. Pregonar el respeto absoluto a las garantías constitucionales, fundamentalmente la del debido proceso.

2 ALVARADO VELLOSO, Adolfo E., *El Garantismo procesal*, Juris, Rosario, 2010, p. 6.

3 CANTEROS, Fermín, *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, Juris, Rosario, 2012, p. 8.

4 Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo E., *Op. Cit.*, p. 9.

5 CANTEROS, Fermín, *Op. Cit.*, p. 17.

El proceso judicial es la gran máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales, comenzando por el de la libertad de las partes y el de igualarse jurídicamente en el proceso, donde un tercero imparcial les debe otorgar un trato absolutamente igualitario.

“La voz garantista o su sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferragiolli puso a su magnífica obra *Derecho y Razón* y quiere significar que, por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.”⁶

En conclusión, el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; se conforma con que los jueces declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todas las partes interesadas, y resguardando la igualdad procesal con innegable imparcialidad funcional.

IV. ACTIVISMO

El activismo procesal, también conocido como decisionismo, se presenta como la corriente filosófica del derecho procesal que, en vez de ocuparse del respeto absoluto e irrestricto por las normas constitucionales, tiene como finalidad hacer justicia y para ello necesita contar con jueces activos.

Desde este punto de vista, el proceso, lejos de ser un medio de debate, se presenta

como un método de investigación. “Y, como investigación, su objeto sería la búsqueda de la verdad.”⁷

Para el activismo, el papel del juez resulta preponderante ya que debe moverse para encontrar la verdad, y con base en ella, resolver el conflicto. El juez se convierte así, nada más y nada menos, en investigador.

A diferencia de lo que plantea el garantismo, esta corriente sostiene que el juez no debe ser sólo un espectador pasivo, simplemente mirando cómo debaten las partes procesales, sino que debe ser un sujeto activo, que tiene el deber de investigar profundamente el caso sometido a su decisión.

Asimismo, no se debe dejar de resaltar la evidente tendencia de estos magistrados a intentar equiparar la desigualdad natural entre las partes. Para ellos, la astucia, los conocimientos o la habilidad de alguna de las partes no pueden ir en detrimento del deseo de hacer justicia.

La corriente garantista, por el contrario, insiste en que el juez nunca puede pretender suplir o ayudar a las partes. El magistrado debe conservar su calidad de imparcial e imparcial, las cuales perdería desde el momento que intenta colaborar con una de ellas (por inactividad o negligencia) en pos de igualarlas.

Fundados en el deseo de justicia es que los jueces activistas salen a investigar y recolectar pruebas, reemplazando así la inactividad de alguna de las partes, la más débil o la que simplemente no quiere aportar. Así,

6 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El garantismo procesal*, Juris, Rosario, 2010, p. 57.

7 CANTEROS, Fermín, *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, Juiris, Rosario, 2012, p. 12.

con las pruebas obtenidas y convencidos de que una de las partes tiene razón, resuelven el conflicto con justicia.

V. ROL DEL JUEZ

V.1. Juez garantista:

Al garantismo le interesa sobremanera el cumplimiento en la persona del juez de tres calidades esenciales: el mismo debe resultar imparcial, imparcial e independiente.

La característica de imparcialidad del juez supone que éste no debe tener interés alguno en el resultado del litigio que ha de juzgar, es decir, le debe resultar completamente indiferente.

Que el juez deba ser imparcial, implica que no debe ser parte del proceso. Parece fácil decirlo, pero si el juez comenzara a actuar como parte, ejerciendo la actividad que debe ser exclusiva de ellas, simplemente, el juez deja de ser juez.

La independencia implica que el juez no debe estar condicionado ni presionado por ningún órgano político e incluso dentro de la estructura judicial, que le quite libertad en su accionar.

El razonamiento garantista es bastante llano: si el juez busca la verdad, entonces tiene interés en el resultado del litigio, y si tiene interés pierde su imparcialidad. Si pierde la imparcialidad no existiría proceso.

Solo existe proceso cuando las partes, en un pie de igualdad, someten la solución de un conflicto, ante un juez imparcial,

imparcial e independiente. Si ello no ocurre se está frente a un simple procedimiento y no ante un proceso.

El garantismo desecha la idea de jueces activos, solo pretende que sean simplemente jueces, o bien, jueces pasivos. Las partes deben ser las protagonistas del proceso y de ningún modo el juez. A las partes corresponde la iniciación, el impulso, la paralización, la prosecución y, en ciertos casos, incluso, la finalización del proceso.

De las partes depende prácticamente todo. El juez no debe investigar nada. Todo lo deben aportar las partes en la medida de sus intereses.

El proceso es entendido, en definitiva, como un medio puesto al servicio de las partes para dirimir un conflicto intersubjetivo de intereses. Entonces, las partes aportan los hechos (los niegan o los reconocen), aportan el material confirmatorio de los hechos negados y alegan sobre el mérito de ese material.

El juez no debe ni puede hacer nada de esto, ya que estas actividades se realizan pura y exclusivamente en la medida que se responda a un cierto “interés”. Interés que tienen las partes en el resultado del litigio; y no el juez, que, en su calidad de tal, no debe tener interés alguno en el resultado.

“Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.”⁸

Durante la tarea de “procesar” las únicas tareas del juez deben ser las de conectar instancias a través de los traslados, librar oficios, emitir meras providencias y resolver incidencias. “El rol activo del juez comienza recién cuando se termina la tarea de procesar y deviene necesariamente la otra: la actividad de sentenciar.”⁹

El proceso es pensado como un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, no hay proceso sin petición de parte, y no puede el juez promover por sí mismo un conflicto entre particulares.

Las partes aportan los hechos y afirman las realidades que deberán ser confirmadas o verificadas, y el juez resolver según lo alegado y probado por las partes.

“La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades.”¹⁰

V. 2. Juez activista:

El activismo hace recaer en la persona del juez el deber de participar activamente, oír a las partes, recolectar pruebas cuando las partes no se las proveen y buscar la verdad para luego hacer justicia en el caso concreto.

Resulta que para esta postura filosófica del derecho procesal nada ni nadie debe

interponerse entre el juez y su búsqueda de la verdad. Las partes, incluso, deben ayudarlo en este cometido. Se les exige entonces que colaboren diciendo la verdad y aportando todos los medios confirmatorios de que dispongan.

El activismo pregona un juez que reviste la calidad de investigador que debe buscar la verdad y resolver conforme a ella.

Desde el punto de vista activista el proceso se entiende como en un método de investigación, y por ello el objeto del mismo consiste en la búsqueda de la verdad. Aquí, el juez se vuelve preponderante dado que es él quien cumple el rol de investigador.

El activismo pregona que los jueces son investigadores que deben buscar la verdad para resolver conforme a ella. Por ello, nada puede obstaculizar su búsqueda de la verdad, ni siquiera las partes.

Esta corriente pone como prioridad hacer justicia aun cuando para lograrlo deba soslayar ligeramente la Constitución.

El autor activista Peyrano, Jorge W., inclusive habría sostenido en referencia al preámbulo de la constitución argentina, que “el juez es el administrador de la justicia, con ley, sin ley o contra la ley, porque el valor justicia prevalece sobre la ley y (la) constitución”.¹¹ Puede advertirse allí la concepción autoritaria de la persona del juez, al cual el activismo quiere reforzarle cada vez más sus poderes.

9 CANTEROS, Fermín, *Op. Cit.*, p. 12.

10 GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal civil. Teoría general del derecho procesal. Medidas cautelares*, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo I, p. 28.

11 PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, *La Ley*, 26 de febrero de 2008.

“Se trata de una concepción autoritaria del proceso, donde lo importante no son las partes que acuden a dirimir su conflicto, sino la autoridad (por eso autoritaria), es decir, el juez, el investigador, que es la estrella principal de la investigación y a la cual se quiere dotar de más y más poder para hacer justicia.”¹²

VI. PUBLICIZACIÓN DEL PROCESO Y EFICIENCIA

Montero Aroca¹³ afirma que frente a la idea de que el proceso es cosa de partes, a lo largo de todo el siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, que inspira a la corriente activista.

La justicia en América Latina se encuentra atravesando una profunda crisis dado que el número de jueces y funcionarios que actúan en los diversos Poderes Judiciales no se corresponde con la magnitud del trabajo que deben afrontar diariamente.

Las causas, generalmente, obedecen a cuestiones orgánicas, normativas, sociológicas, económicas, políticas, culturales y burocráticas.

Díaz Clemente ya vislumbraba: “La eficacia de la justicia está directa e inmediatamente vinculada con dos postulados: Una justicia tardía no es justicia (problema de la duración del litigio) y solamente es justicia

la que hace cumplir sus decisiones (problema de la seguridad del litigio).”¹⁴

En la sociedad de lo inmediato, el problema de la duración del litigio es una cuestión gravemente inquietante. Es por ello que puede subrayarse que, en general, las reformas de los procedimientos tienden siempre, como desiderátum aun no alcanzado, a disminuir el lapso que media entre la demanda y la sentencia, postulando la concreción de los trámites, la perentoriedad de los términos, la simplificación del procedimiento, etc. El factor tiempo en el derecho procesal es algo más que oro, es Justicia.

Sin embargo, al Estado solamente le interesa este problema de la duración del litigio desde el punto de vista de la congestión de los tribunales; en efecto, sus soluciones en muchas ocasiones sólo conducen al aumento del número de jueces de una misma competencia o atomizando la competencia con la creación de nuevos organismos jurisdiccionales desgajados de la competencia de los existentes. No obstante, estas soluciones no han dado los resultados que se esperaban.

Díaz Clemente, manifiesta que mediante la creación de ficciones, el Estado ha creído poder anular la acción del tiempo en el Derecho Procesal, y con ello evitar que la duración del proceso no debe obrar en detrimento del actor”¹⁵. Pero, estas ficciones

12 CANTEROS, Op. Cit., p. 26.

13 Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Proceso Civil e Ideología*. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia autoritaria”, 3ra edición, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 129 y ss.

14 DÍAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, tomo I, p. 160.

15 Cfr. DÍAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, tomo I, p. 162.

han fracasado y contribuyen aún más al descrédito de la justicia.

El fenómeno de la publicización del proceso manifiesta la imperiosa necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes. Para ello, el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar, sino que se convierta en un verdadero gestor del proceso, para lo cual se lo dota de grandes poderes discrecionales al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente a los valores e intereses de la sociedad.

Las tendencias más modernas y aceptadas del derecho procesal, le asignan un nuevo rol a la persona del juez. El fenómeno de la publicización o socialización del proceso hizo que, además de esperarse el cumplimiento de la función inmediata del proceso, entendida por la solución del conflicto intersubjetivo de intereses, se pretenda dar cumplimiento a la función mediata del proceso, es decir, la búsqueda de la actuación del ordenamiento jurídico como expresión del obrar público, para alcanzar la paz social.

El término *eficacia* deriva de la voz latina "*efficacia*", la cual quiere decir "cualidad de hacer lo que está destinado ser", formada a partir de elementos. Del mismo modo puede definirse a la *eficacia* como una capacidad de respuesta para alcanzar un resultado determinado, o para producir un efecto esperado; o la capacidad para producir el efecto deseado o de ir bien para determinada cosa. En estos términos, es que vale indagar acerca de cuál es el efecto deseado del proceso, o cuando se va bien para el proceso.

La *eficiencia*, por el contrario, es la capacidad de hacer las cosas aprovechando mejor los recursos. Tiene que ver con

la optimización de los procedimientos y el mejor o menor uso de recursos (materiales, humanos, económicos, etc.).

El interrogante acerca de la *eficacia* y la *eficiencia* del proceso debe ser respondido conforme la finalidad que puede apreciarse en ambas corrientes filosóficas del derecho.

Puede inferirse que el proceso es eficaz para ambas concepciones desde que coinciden en aceptarlo como mecanismo de heterocomposición del litigio.

La *eficiencia*, por otro lado, es un atributo propio de las organizaciones, que propugna la maximización de los resultados con recursos mínimos. Tiene que ver con el aprovechamiento de los recursos y la proximidad de los resultados con las metas preestablecidas.

Ahora bien, al activismo le interesa que tanto el poder judicial como el proceso sean eficientes.

Para una corriente que concibe al proceso como investigación, significa que el mismo permita encontrar la verdad y hacer justicia en el caso concreto. Y ello también debe hacerse con *eficiencia*: buenos resultados (justos), corto plazo y pocos recursos.

Ésta última, de moda en la actualidad, le aplica un modelo de *eficiencia* propia de las organizaciones al proceso. La *eficiencia* es un problema de la organización del poder judicial, no un tema de derecho procesal. La *eficiencia* del poder judicial se perfecciona a partir de cuestiones de planificación estratégica, gobierno, fijación de metas de productividad, capacitación, especialización de los jueces, gerenciamiento, despachos inteligentes, etc.

Pero no debe confundirse la *eficiencia* del poder judicial con la *eficiencia* del proceso. La *eficiencia* debe imputarse a la

organización y no al proceso que la controla. Para el garantismo, el proceso será tanto más o menos eficiente cuanto más se limite el poder arbitrario del juez. Evalúa la eficiencia según si el proceso respeta las garantías constitucionales y en particular del debido proceso. El imperativo de eficiencia nunca puede ser a costa de la integridad del proceso.

El activismo precisamente quiere hacer justicia, y quiere llegar a su preciada justicia con ley, sin ley o hasta contra la ley. En pos de la búsqueda de la verdad (como resultado eficiente) justifica la suavidad o maleabilidad de los límites al poder, descuidando las garantías de los justiciables.

“Sobre esta argumentación, el garantismo sostiene que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.”¹⁶

Agnello, Pablo Salvador, en artículo que hace parte de un impensado capítulo denominado “Desvío de las garantías del debido proceso” de la obra de varios autores dirigida por Peyrano, Jorge W., *Nuevas Herramientas Procesales*, explica su preocupación por la incertidumbre del proceso¹⁷:

“Mientras tanto, la incertidumbre, que dependerá ya no del derecho mismo, sino de infinitas vicisitudes, de qué profesionales intervengan, de la estrategia elegida, de los magistrados, del lugar, de la idiosincrasia,

de las posibilidades económicas de las partes, y de tantas otras vicisitudes que solo la vida misma nos va mostrando a medida que avanza.”¹⁸

“Cabe preguntarnos si no estaremos cargando demasiado al proceso, no le estaremos exigiendo indebidamente que ponga en duda todo, más allá de lo que debe resolver.”¹⁹

“Cuestión que guarda estricta relación con el fin mismo que le otorguemos al proceso, y que, según la postura que se tome, difiere en lo que se le pide, la paz social, la efectividad de los derechos, un medio de tutela.”²⁰

Tal pensamiento refleja la idea de que el juez debe ser activo para despejar esa incertidumbre y alcanzar del modo que sea la verdad. Asimismo, podrá flexibilizar las garantías del debido proceso para no dejar toda la cuestión en manos de las partes, sus abogados y demás “peligrosas circunstancias”.

El garantismo, en cambio, sólo pretende llegar a la justicia de la mano de la Ley. Y dentro de la Ley, se encuentra la Ley fundamental que es la Constitución de cada país, que opera como una valla de contención para evitar el exceso del poder del Estado. La justicia es sólo obtenida a través de un proceso en el cual se cumpla el debido respeto a los derechos y garantías plasmadas en la Constitución.

16 GOZAINI, Osvaldo A., *Op. Cit.*, p. 30.

17 AGNELLO, Pablo S., “El proceso claro”, en PEYRANO, Jorge W., et. al, *Nuevas herramientas procesales II*, Rubinzal Culzoni, Rosario, 2014, pp. 21-27.

18 *Ibidem.*, p. 22.

19 *Ibidem.*, p. 23.

20 *Idem.*

Por ello, las garantías constitucionales deben atesorarse, a pesar de que, en muchas ocasiones, dicho límite impida que el juez “haga justicia” como desea hacerlo.

El proceso, entonces, es eficiente y funciona correctamente para el garantismo si permite a las partes una discusión en igualdad de condiciones y oportunidades. Si no se llega a la verdad es porque las partes, por negligencia o inactividad, no ejercieron pertinentemente su rol de parte interesada. El juez nada debe hacer para suplirlas en su actividad y decidirá conforme hayan probado y alegado. La persona del juez debe garantizar su neutralidad.

VI. CONCLUSIONES

Son muchas las investigaciones realizadas sobre el tema de la reforma judicial en América Latina. Si se simplifica al máximo la fisonomía de estos textos se podrían detectar al menos “dos tipos de propuesta: por un lado, están aquellos trabajos que evalúan la efectividad de las medidas adoptadas y dan sugerencias para mejorar los indicadores de desempeño de las mismas. Otro grupo de textos denuncia los peligros de la bandera de la eficiencia frente a las garantías procesales que se han conquistado

después de muchos años de luchas y tensiones de todo tipo.”²¹

En esta última categoría algunos autores defienden la construcción de un *institucionalismo social* que balancee la eficiencia que se requiere para obtener justicia pronta con la necesidad de una rama judicial coherente con una social democracia.²²

La eficacia del proceso, obviamente, también le resulta muy importante al garantismo, pero he aquí la gran diferencia con la filosofía activista: para el gobierno, la eficacia del proceso no consiste en hallar la verdad y decidir en consecuencia, pues el proceso no es una investigación, sino un debate pacífico entre las partes y ante la autoridad.

Gozáini, aceptando que el proceso entendido como investigación exige jueces activos y la endeble protección de las garantías procesales constitucionales, ya se preguntaba: “Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos ¿le permite al juez alterar las garantías? ¿Puede afectar los principios? En su caso, ¿podrá cambiar las reglas del juego?”²³. La probabilidad de que eso suceda, dependerá siempre de los límites que se le impongan a la figura del juez.

21 VÁZQUEZ ALFARO, Mónica Patricia, *Temas actuales en Derecho Procesal y Administración de Justicia*, Editorial Universidad del Norte, s/l, 2014, p. 55.

22 Ver. RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar – UPRIMNY, Rodrigo, “¿Justicia para todos o seguridad para el mercado?, El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia”, en *¿Justicia para todos?*, Norma, Bogotá, 2006, pp. 109-146.

23 GOZAINI, Osvaldo A., “Tratado de derecho procesal civil: Tomo II. Garantías, Principios y Reglas del proceso civil. Actuaciones procesales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, Tomo II, p. 27.

BIBLIOGRAFÍA

- AGNELLO, Pablo S., “El proceso claro”, en PEYRANO, Jorge W., et. al, *Nuevas herramientas procesales II*, Rubinzal Culzoni, Rosario, 2014.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Garantismo procesal*, Juris, Rosario, 2010.
- CANTEROS, Fermín, *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, Juiris, Rosario, 2012.
- DÍAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, tomo I.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Roberto, *Eficientismo y garantismo procesales en serio: Pasando la página del debate entre publicismo y dispositivimos procesales*, Derecho y Sociedad, número 38.
- GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal civil: Tomo II. Garantías, Principios y Reglas del proceso civil. Actuaciones procesales*, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo II.
- GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal civil. Teoría general del derecho procesal. Medidas cautelares*, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo I.
- MONTERO AROCA, Juan, *Proceso Civil e Ideología. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia autoritaria”*, 3ra edición, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, La Ley, 26 de febrero de 2008.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César – UPRIMNY, Rodrigo, “¿Justicia para todos o seguridad para el mercado?, El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia”, en *¿Justicia para todos?*, Norma, Bogotá, 2006.
- VÁZQUEZ ALFARO, Mónica Patricia, *Temas actuales en Derecho Procesal y Administración de Justicia*, Editorial Universidad del Norte, s/l, 2014.

TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL APLICADAS A LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. PROBLEMÁTICA; II. CONDUCCIÓN DEL JUICIO ORAL. TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL. INTERROGATORIO Y CONTRA-INTERROGATORIO; III. INICIO DEL JUICIO ORAL; IV. FACULTADES DEL TRIBUNAL PARA CONDUCIR EL DEBATE; V. PUBLICIDAD DEL JUICIO; VI. REGISTRO DEL JUICIO; VII. FALLO INMEDIATO Y SENTENCIA; VIII. CONCLUSIONES; Y BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En este artículo se hace referencia a la nueva organización del Fuero Militar Policial, la adopción de un proceso acusatorio en el Código Penal Militar Policial, la conducción del juicio oral y el empleo de las técnicas de litigación oral, entre otros.

ABSTRACT

This article refers to the new organization of the Military and Police Jurisdiction, the adoption of an accusatory process in the Military Police Criminal Code, the conduct of the oral trial and the use of oral litigation techniques, among others.

24 Capitán de navío del Cuerpo Jurídico de la Marina de Guerra. Vocal superior transitorio del Tribunal Superior Militar Policial del Centro.

I. PROBLEMÁTICA

En los últimos 10 años, la Justicia Militar Policial en el Perú ha experimentado un profundo cambio organizacional y procesal; en el primer caso del Concejo Supremo de Justicia Militar Policial al Fuero Militar Policial, que ha integrado las Zonas Judiciales del Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea y Policía Nacional en Tribunales Superiores Militares Policiales y, en el segundo caso, hemos pasado del sistema procesal inquisitivo al acusatorio-adversarial, y con ello además asumir la corriente vigente en el Código Procesal Penal aplicable en la vía penal del Fuero Común.

Estos cambios conllevan a un giro importante en la labor de los operadores judiciales y fiscales, que lo aplican progresivamente o aún no lo ha asumido, por ejemplo, la necesidad de oralizar los procesos en la vía penal militar policial, lo que genera una innecesaria carga procesal que puede ser remediada si se aplican correctamente las técnicas de litigación oral.

El presente trabajo intenta conjugar las técnicas de litigación oral con la realidad del desempeño en el Fuero Militar Policial.

Para lograrlo, primeramente, se efectuó un diagnóstico situacional de la carga procesal de un Tribunal Superior tanto a nivel de Sala como de Juzgados, para identificar donde se encuentran los puntos a trabajar; en este caso dicho trabajo de campo se ha realizado en el Tribunal Superior Militar Policial del Sur, contrastándolo con la doctrina y como resultado de una pasantía llevada a cabo en los Juzgados y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que ya implementó el sistema acusatorio-adversarial.

II. CONDUCCIÓN DEL JUICIO ORAL. TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL. INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO

En la exposición de motivos del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo 1094, se indica que el proceso penal militar policial ha adoptado el modelo acusatorio-adversarial, semejante al Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo 957.

Para todos es sabido, que, en el modelo acusatorio, el juicio oral es la etapa cumbre del proceso y será justamente en el juicio donde se determinará la culpabilidad o inocencia del acusado.

Las técnicas de litigación oral son un conjunto de habilidades y destrezas dirigidas a mejorar la calidad de la información que se brindará en el juicio oral; es la herramienta principal del litigante y está conformada por las siguientes acciones:

- Elaboración de la teoría del caso
- Saber realizar un efectivo examen directo
- Saber realizar un contra examen
- Presentar la prueba material
- Objetar
- Exponer un buen alegato de apertura y alegato de clausura.

Bajo ese contexto, es definitivo que se requiere la utilización de las técnicas de litigación oral en el desarrollo del juicio, para la correcta aplicación del proceso regulado en el Código Penal Militar Policial, a nivel nacional.

II.1. EXAMEN DIRECTO

El examen directo es el primer interrogatorio que se efectúa por la parte que

ofreció al testigo. El examen directo es la mejor oportunidad que los litigantes tienen, para establecer su caso y probarlo, brindándole al Tribunal la versión del testigo. El juzgador debe “escuchar al testigo”.

El principal objetivo es obtener del testigo la información necesaria, sea el caso completo o partes de este, para construir la historia que hemos presentado en el alegato de apertura, es decir, se acredite nuestra Teoría del Caso.

También se pueden establecer otros objetivos: introducir la prueba material.

II.2. PREPARACIÓN DE TESTIGOS

La idea de la preparación de los testigos suele ser incómoda en nuestro medio, ya que se asocia al engaño, es decir se prepara a un testigo para que mienta en el Juicio (el riesgo que el testigo cometa el delito de perjurio), para que actúe conforme ha sido instruido por el abogado. La preparación del juicio es una práctica totalmente lícita y necesaria en un sistema acusatorio adversarial, en la medida que no existen testigos perfectos. El tener la calidad de testigo en un juicio oral, es un asunto netamente accidental, (a excepción de los peritos que son una especie de testigos), la gran mayoría de ciudadanos siente temor ante la idea de comparecer en una audiencia de juzgamiento a brindar su declaración.

El litigante debe hacerle entender al testigo el rol que desempeña en el proceso; ha de entender que su declaración debe ser recibida por el Juzgador de manera clara, y que su mensaje llegue.

II.3. ESTRUCTURA DEL EXAMEN DIRECTO

a. Acreditar al testigo

Es el primer acto que cualquiera de las partes (Ministerio Público o Defensa Técnica) debe realizar al examinar a un testigo, lo cual emana de la lógica de los juicios orales en un sistema acusatorio-adversarial.

El juzgador debe conocer al testigo, se debe tratar de “humanizar al testigo”, esta información le brindará credibilidad al testigo. Desde el punto de vista del testigo estas preguntas le brindarán confianza, ya que se le pregunta por aspectos familiares.

La intensidad con la cual el litigante acredite a su testigo depende de la información que este va a brindar. Las preguntas de acreditación se formulan: ¿Cómo se llama usted? ¿A qué se dedica? ¿Qué relación tiene con el agraviado/ Imputado? ¿Hace cuánto conoce al agraviado/ acusado? etc.

b. Tipos de preguntas a realizar en el examen directo

Debemos tener en cuenta que el testigo es el protagonista del examen directo y no el abogado o el fiscal; él debe ser quien relate la historia, ya que él conoce los hechos de manera inmediata. El objetivo específico es que el juzgador escuche a nuestro testigo. La información con la cual el juzgador decidirá el caso es aquella que emana de los testigos.

b.1. Preguntas Abiertas

Es la herramienta más importante con la que se cuenta en el examen

directo, invitan al testigo a formular su respuesta de manera directa general. Este tipo de preguntas permite evaluar el conocimiento de los hechos por parte del testigo. Estas preguntas elevan la credibilidad del testigo; sin embargo, en el caso que el testigo no esté bien preparado para afrontar un juicio oral, el testigo no aportará datos relevantes.

Ejemplos: ¿Qué hizo el 23 de abril?
¿Qué sucedió después de que Ud. salió del Bar Inglés?

b.2. Preguntas Cerradas

Son preguntas admisibles en el examen directo, que suministran una respuesta específica. No es una pregunta que sugiere una respuesta, si no invita a elegir una opción entre varias posibles. Este tipo de preguntas tiene costo de credibilidad en el interrogatorio directo, pero nos favorece en la medida que nos brinda una respuesta específica.

Ejemplos: ¿Qué marca es su laptop?
¿Cuál es el nombre de su abuelo materno? ¿Cuál es el color de su casa?

c. Prohibiciones en el Examen Directo

La pregunta sugestiva es aquella en la cual se hace una afirmación y la respuesta del testigo será afirmar o negar la aseveración que hacen el abogado o el fiscal, según sea el caso.

Este tipo de preguntas en el interrogatorio directo demuestra: mala preparación del abogado, un testigo a quien haya que sugerirle las contestaciones, un abogado que priva de protagonismo

al testigo (crea un interrogante en torno a la capacidad de recordar del testigo, ya que el testigo es quien tiene que hacer las aseveraciones y las conclusiones).

La pregunta sugestiva puede ser identificada, puesto que solo puede ser contestada de manera afirmativa o negativa. La mejor manera de combatir estas preguntas es haciendo preguntas abiertas, propician que el testigo sea el protagonista del interrogatorio.

¿Cómo producir el testimonio?

- **Escuchar al testigo.** Debemos estar atentos a la contestación del testigo (si nosotros no lo escuchamos, menos el juez) a fin de resaltar los puntos importantes y minimizar los aspectos negativos, aclarar lo confuso, entre otras situaciones que se puedan presentar.
- **Controlar el ritmo.** Darle mayor énfasis y tiempo a lo más resaltante del relato del testigo, no se debe uno detener en partes innecesarias. En las partes del relato que pueda ser perjudicial para nuestro testigo, no debemos detenernos. Ejemplo: Que acude a casinos para apostar, que es drogadicto.
- **Sencillez.** No podemos poner en riesgo la producción efectiva del testimonio con un lenguaje sumamente técnico. En el Juzgamiento debemos comunicar, y el lenguaje que se utiliza en el interrogatorio directo debe ser sencillo, comprensible.

II.4. CONTRAEXAMEN

Es aquel que lleva a cabo el abogado de la parte contraria inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio directo. En el contraexamen, se pone a prueba la información obtenida en el examen directo y es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar la prueba de nuestro adversario.

Se le suele definir como el “[Contrainterrogatorio]... ataque frontal que asegura el triunfo de la verdad y la justicia”. El contraexamen nos brinda la oportunidad de disminuir el material probatorio de la parte contraria.

II.4.1 Propósitos del contraexamen

No podemos sobredimensionar las bondades del contrainterrogatorio ya que no siempre vamos a lograr que el testigo acepte que está mintiendo deliberadamente o cometió un error a propósito, ya que, en la mayoría de las ocasiones, los testigos declaran lo que efectivamente conocen; debemos reconocer al contraexamen objetivos más modestos:

- Tachar la credibilidad, hacer que el testigo de la parte contraria sea desacreditado, desacreditando el testimonio o la persona.
- Rescatar aspectos positivos de nuestro caso, obtener del testigo información favorable para nuestro caso y así probar nuestras alegaciones.
- Procurar que el testigo destaque las partes negativas del caso de la parte contraria.

II.4.2. Preparación del contraexamen

La preparación para las repreguntas, aunque individual en el sentido de que se

procede examinar a testigos individuales, implica un ataque general de la argumentación contraria. Así como la preparación para el interrogatorio directo exige ante todo una teoría del caso, las repreguntas requieren una teoría de la defensa.

Respecto a la preparación individual, se debe tener el conocimiento cabal del testigo y lo que este dijo antes con respecto al caso. Antecedentes del testigo y su relación con el caso.

II.4.3. ¿Cuándo y cómo contraexaminar?

a. Cuándo es Necesario

En ocasiones el mejor contrainterrogatorio es no hacer ninguna pregunta o, a veces, la mejor pregunta, es aquella que no se hace. No siempre se tiene que contra examinar; solo cuando es necesario.

Debemos identificar qué pretendemos cuando realizamos un contraexamen.

b. Solo realizar preguntas de las cuales se sabe la respuesta del testigo

Debemos tener en cuenta que la investigación del caso ya terminó en el directo, no debemos esperar la cooperación del testigo, ni arriesgarnos a introducir información adicional que favorezca a la parte contraria, ni tampoco, arrojarnos a un terreno que desconocemos.

c. Solo realizar preguntas sugestivas

Estableciendo una analogía: en el examen directo, la principal arma es la pregunta abierta; en el contraexamen lo es la pregunta sugestiva. Durante el contraexamen, el litigante que

contraexamina es el protagonista, lo cual le confiere control.

Por su estructura, la pregunta sugestiva, no le da oportunidad al testigo a que explique su respuesta, ya que solo admite un sí o un no como respuesta.

Ejemplos de pregunta sugestiva:

- ¿Es cierto que usted es ludópata?
- ¿Dígame si es o no cierto que usted consume alcohol con frecuencia?
- ¿Ud. consume drogas? ¿Eso es correcto?

II.4.4 ¿Cómo producir el contraexamen?

- **Control.** En el contraexamen el protagonista es el litigante y se impide al testigo que hable más de lo debido. No debemos permitir que el testigo explique.
- Cuanto menos habla el abogado, la parte que contraexamina tiene más control; para ello la mejor herramienta con la que contamos son las preguntas sugestivas.
- **Breve.** Debemos recordar que el testigo está identificado con la parte contraria, el testigo es hostil a nuestra teoría del caso, debemos identificar previamente las áreas que nos favorecen, ser selectivos en las áreas que va a cubrir el contraexamen. Partimos de la premisa que el abogado conoce a cabalidad el caso.

La brevedad del contraexamen depende del caso concreto; habrá oportunidades donde el contraexamen tendrá que ser más exhaustivo y otros donde no sea necesario.

- **Velocidad.** El contraexamen debe ser rápido, es decir se debe crear un clima de tensión para el testigo, ya que la experiencia demuestra que cuando un testigo miente, necesita tiempo para construir su mentira.
- **Escuchar al testigo.** Para saber si el testigo contestó lo que nosotros esperábamos.
- **No pelear con el testigo.** En el contraexamen nunca discuta con el testigo, el ansia de discusión nace de la idea que nos debemos imponer, del sueño de aniquilar por completo al testigo. No es necesario antagonizar con los testigos, podemos obtener información favorable siendo corteses.
- **Dirigido al alegato de apertura.** No se ganan puntos en el contraexamen, ellos se obtienen en el alegato de apertura, por lo tanto, debemos proyectarnos al alegato de apertura cuando hacemos las preguntas.

II.5. ¿CÓMO CUESTIONAR LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO?

- Por su capacidad de percepción;
- Por sus versiones inconsistentes;
- Por la omisión de aspectos importantes; y,
- Porque tiene algún interés en el resultado del proceso.

Las técnicas de litigación, por cierto, no son ni pretender ser una fórmula “mágica” que permita a quien la aplica ganar su caso. Factores como la preparación y la experiencia son evidentemente relevantes para la obtención de resultados exitosos. El desarrollo

de un caso, por ejemplo, en que se sostenga la actuación en legítima defensa, no podría llegar a buen puerto si se desconocen la estructura general de la teoría del delito o la teoría de la justificación penal. Las técnicas de litigación, como es lógico, no pueden sustituir el bagaje de conocimientos propios del abogado para solucionar problemas de esta índole. Sin embargo, la utilización de técnicas de litigación puede servir para maximizar los resultados y es esa la razón de su actual relevancia.

El eje central de la reforma está constituido por la instauración del juicio oral ya que solo esta forma de llevar adelante el proceso otorga adecuadas garantías en términos de la intervención e imparcialidad judicial, del ejercicio efectivo de la defensa y del control público, tanto de la actuación de todos los intervinientes como del modo de realización de la prueba.

El juicio oral es público, concentrado, con vigencia estricta del principio de inmediación. Esto supone que el tribunal debe recibir y percibir en forma personal y directa la prueba, y que su recepción y percepción debe obtenerse a partir de su fuente directa. De este modo, salvo casos muy excepcionales, los testigos y peritos deberán comparecer personalmente al juicio para declarar y ser examinados y contraexaminados directamente por las partes, sin permitirse la reproducción de sus declaraciones anteriores por medio de su lectura.

En este nuevo sistema, los jueces que dictan el fallo lo hacen sobre la base de lo obrado en el juicio oral, entendiendo que el conocimiento obtenido en él es el único que habilita para un pronunciamiento adecuado sobre el fondo del asunto. Por ello se limitan severamente los recursos, regulándose solo un recurso de nulidad como vía de

impugnación del juicio, cuyo efecto principal, en caso de concederse obliga a la reiteración de este ante un colegiado distinto.

En materia de prueba, el nuevo sistema introduce modificaciones sustanciales. La primera de ellas es que la prueba debe producirse necesariamente en el juicio oral de forma contradictoria. Además, se abandona el sistema de prueba legal o tasada y, en su reemplazo, se establece el sistema de libre valoración de la prueba. Esto significa que el tribunal es libre y soberano para decidir a cuál de todos los medios de prueba le va a reconocer mayor mérito, sin que la ley le pueda limitar ese enjuiciamiento. Ello no se opone a la formulación de diversos límites, como son: máximas de la experiencia, leyes del razonamiento lógico y el conocimiento científico. En todo caso, en el sistema de la libre valoración importa que los fallos fundamenten de manera detallada las pruebas que forman la convicción del juzgador (que para condenar requiere ser una convicción más allá de toda duda razonable), es decir, la fundamentación debe permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar dicha convicción.

El veredicto debe dictarse sin solución de continuidad en el juicio oral, debiendo el colegiado pronunciarse sobre la absolución o condena del acusado.

III. INICIO DEL JUICIO ORAL

El día y hora fijados, constituido el tribunal, el director de debates deberá realizar los siguientes actos iniciales:

- Verificar que las partes estén presentes y que se encuentren listas para comenzar el juicio, incluida la disponibilidad de todos los intervinientes.

- Declarar iniciado el debate.
- Advertir al acusado que debe estar atento a lo que va a oír. Se trata de que el tribunal se preocupe de explicar brevemente al acusado –pero de forma real– cuál es su situación en el juicio, qué es lo que está ocurriendo y cuáles son sus derechos. Esta obligación no se limita a este único momento del juicio, sino que se mantiene mientras este dure (por ejemplo, cuando va a hacer uso de la palabra). Las explicaciones dadas al acusado deben ser hechas sin arreglo a ningún formalismo o fórmula sacramental, dirigiéndose a él directamente en un lenguaje que esté en condiciones de comprender a cabalidad.

III.1. Alegatos de apertura

Realizados los actos iniciales, el Director de Debates concederá la palabra al fiscal para que exponga la acusación, y a la parte civil, si lo hay, para que sostenga la suya, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto. Realizadas las exposiciones, se concederá al acusado la posibilidad de tomar la palabra. Se trata de un derecho y el imputado puede o no ejercerlo, a voluntad. Haga uso de él o no, a continuación, el abogado defensor podrá hacer su propio alegato de apertura. Realizados los actos iniciales, cada parte tiene derecho a hacer un alegato de apertura.

En ese alegato las partes presentarán al tribunal el caso que está a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué punto de vista específico ella debe ser apreciada. A diferencia del alegato final, el alegato de apertura no

pretende analizar el peso o la credibilidad de la prueba, pues está todavía no se ha presentado. El objeto de estos alegatos de apertura es otro: presentar al tribunal la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta ‘promesa’ acerca de qué hechos, en términos generales, quedarán acreditados a partir de la prueba.

La declaración del acusado es voluntaria. En consecuencia, el Director de Debates le ofrecerá la palabra para que hable en este momento –en cuyo caso podrá ser interrogado luego por las partes– o bien puede no hacer uso de su derecho a hablar, sea porque no lo va a hacer durante todo el juicio, o ya sea porque va a declarar en un momento posterior a través de las preguntas de su abogado.

III.2. Prueba en el juicio oral

Oídos los alegatos de apertura de todos los intervinientes, se recibirá la prueba. El juicio oral en un sistema acusatorio admite como prueba todo medio apto para producir fe, con tal que cumpla los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, que esté incluido en el auto de apertura, etc.). Sin embargo, los jueces no pueden apreciar la prueba de cualquier modo, por mera arbitrariedad o simple apego a sus propios prejuicios o convicciones subjetivas; a cambio de esta libertad y de este poder frente a la prueba, el Código hace severas exigencias de fundamentación a la sentencia en la cual los jueces deberán explicar de qué modo valoraron la prueba presentada ante ellos en el juicio.

Revisemos cada uno de estos medios del modo en que están regulados en el Código Penal Militar Policial:

a. Testigos

La prueba por excelencia en el juicio oral suele estar constituida por el testimonio, ampliamente concebido. Sea que se trate de la declaración de un tercero que dice haber percibido cosas relativas al caso, sea que se trate de la propia declaración de la víctima o del acusado, pues, en un sistema de libre valoración, todo ello es testimonio. Ya veremos que incluso cuando deseamos incorporar al juicio objetos o documentos, esto deberá las más de las veces ser realizado a través de una persona que nos diga que dicho objeto o documento es lo que la parte que lo presenta asegura que es.

Los testigos son personas que han percibido a través de sus sentidos, hechos que son relevantes para la resolución del caso. En consecuencia –y en principio– los testigos concurren a declarar sobre hechos. Sus opiniones o conclusiones no son materia de testimonio, no resultan relevantes, salvo excepciones, y por lo general, dan lugar a una legítima objeción de la contraparte.

Como se dijo, en un sistema de libre valoración no existen testigos inhábiles y la institución de las tachas desaparece del procedimiento penal con el nuevo Código. Toda persona que tenga información sobre el caso –incluida la víctima y el acusado– es hábil para tomar el estrado, prestar testimonio y ser creído o no por los jueces, dependiendo de sus particularidades concretas y de la solidez de su testimonio.

b. Peritos

Los peritos son una particular especie de testigos. No importa cómo se les llame, el hecho es que –al igual que los testigos– se trata de personas que cuentan con información relevante acerca del caso que se está

juzgando y que deben venir a dar cuenta de ella en forma oral y sujeta a la contraditoriedad del juicio. A diferencia de los testigos, sin embargo, los peritos por lo general no han presenciado directamente los hechos del caso, sino que emiten acerca de él juicios para los cuales se requiere una determinada experiencia. En el caso de los peritos, en consecuencia, las opiniones, lejos de ser irrelevantes –y por lo tanto inadmisibles– suelen constituir precisamente el objeto de su declaración. Así, la norma señala que “procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”.

En un sistema de libre valoración de la prueba no existen experiencias preconcebidas. No se es ‘perito’ sino en la medida en que, en el mismo juicio, se dé cuenta de la experiencia que se pretende tener. Así, por ejemplo, el hecho de que una persona sea médico en el Servicio Médico Forense no necesariamente acredita su experiencia. Quizás sea médico allí porque, por ejemplo, lo han echado de varios hospitales debido a su falta de rigor profesional; quizás esté recién recibido y este es uno de los primeros casos que allí le ha tocado atender. En cualquiera de estas hipótesis los jueces están en perfecta libertad para evaluar –y las partes para cuestionar– la supuesta experiencia de este perito. Entonces, todo aquel que pretenda tener un conocimiento experto relativo a la materia sobre la que está declarando deberá dar cuenta del origen de esa experiencia. A su turno, tanto las partes como el juez podrán cuestionar dicha experiencia, sea que lo hagan por sus defectos propios o bien por oposición a otro perito más verosímil en esa misma materia. En este sentido,

“los peritos que presentaren no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante el juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones”.

Los peritos concurren al juicio oral a explicar su informe. No se presentan simplemente a leerlo o a ratificar lo que allí se dice. De hecho, “durante la audiencia, los peritos [...] deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o en otros documentos que las contuvieren...”, como, por ejemplo, el informe. Ya veremos ciertas excepciones a esa regla, pero este es el principio. La cuestión relevante aquí es que lo que interesa al juicio oral es la declaración actual del perito, de manera que este pueda explicar sus conclusiones en un lenguaje común que todos –y los jueces antes que nadie– puedan comprender. El informe no es la prueba, sino solo el testimonio prestado en el juicio oral. Una declaración prestada con inmediatez y sujeta a la contradictoriedad del debate. Salvo sus particularidades propias, la declaración de los peritos en el juicio oral se rige por las normas previstas para los testigos. Reglas comunes a los testigos y a los peritos:

- **Producción del testimonio**

El Director de Debates identificará al perito o testigo y ordenará que preste juramento o promesa de decir verdad. Hay testigos, sin embargo, acusado –por el principio de no auto-incriminación–, pero también los testigos menores de dieciocho años y aquellos de quienes el tribunal sospeche que

pudieron haber tomado parte en los hechos investigados.

Los peritos y testigos declaran uno a uno. En el caso de los testigos, la declaración no es libre, sino que se sujeta al interrogatorio de las partes, primero aquella que lo presenta, y luego la contraparte. En el caso de los peritos, estos deben ‘exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe’, tras lo cual son interrogados por las partes.

Por último –y únicamente luego de la actuación de las partes– los jueces podrán dirigir al testigo o perito preguntas “con el fin de aclarar sus dichos”.

- **Citación**

Los testigos y peritos van a ser citados al juicio por el tribunal y, en caso de que no concurren, se puede pedir su comparecencia por medio de la fuerza pública. Esto no quita que sea responsabilidad de las partes asegurarse de que sus testigos van a estar disponibles y dispuestos para concurrir a declarar al juicio oral. Idealmente los jueces deben mantenerse imparciales tanto en la generación de la información como en el arbitraje del debate. Desde este punto de vista, no podrían interrogar al testigo para producir prueba que las partes no hayan introducido, sino solo pedirle que aclare sus dichos cuando el testimonio exacto del testigo o perito –ya declarado por él– no resultó claro o no fue aprehendido por alguno de los jueces. Esto, sin embargo, deberá probablemente matizarse según los ritmos de la implementación y los ajustes que el sistema requiera mientras los roles sean bien definidos al interior de él y

las destrezas adquiridas por todos sus actores.

- **Inmediación**

El propósito de este principio es que los peritos y testigos “deberán ser interrogados personalmente durante la audiencia. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de registro en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieran”. La única manera de incorporar al debate la información de un testigo es, en principio, presentarlo a que declare en el juicio. Sin embargo, el principio de inmediación tiene excepciones en el Código de cara al juicio oral. Estas excepciones deben ser aplicadas con suspicacia por parte de los jueces, pues, dada la falta de inmediación –y generalmente de contradictoriedad–, les exige conformarse con información cuya producción y calidad desconocen. Las más importantes excepciones son:

- **Prueba Anticipada:** Si durante la investigación preparatoria “...el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia principal por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobrevivencia de su muerte, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente...”. La prueba anticipada durante la etapa de investigación debe reunir las mismas condiciones de contradictoriedad que el juicio oral, de manera que el examen y contraexamen del

testigo se hará por parte del fiscal y del defensor –o de los demás intervinientes– del mismo modo que se habría hecho en la audiencia principal. La diligencia es recogida en un registro fiel que puede incorporarse al debate en el juicio oral. Esta institución no deja de ser un menoscabo para la inmediación y para la contradictoriedad –pues obliga a la contraparte a contraexaminar en una etapa temprana, sin necesariamente tener toda la información que requería para ello– de manera que la aplicación de esta excepción debe ser exigente y excepcional.

- **Lecturas acordadas por todas las partes:** Podrá darse lectura a las declaraciones de testigos o imputados “... cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con autorización del tribunal”. Desde luego en este caso el menoscabo a la inmediación está compensado por el consentimiento de las partes (y por lo tanto la ausencia de controversia).
- **Ausencias imputables al acusado:** tanto en el caso de los testigos como de los peritos y coimputados, podrá darse lectura a las declaraciones previas que hubieren hecho cualquiera de estas personas cuando su ausencia en el juicio fuere ‘imputable al acusado’.
- **Declaraciones previas inconsistentes:** Existen dos hipótesis adicionales de lectura de declaraciones previas: ‘apoyo de memoria’ y la ‘contradicción con declaraciones previas’. Estos son casos de lecturas legítimas, pero en el entendido que

en ninguno de ellos la información proveniente de la lectura constituye prueba. La prueba sigue siendo el testimonio en juicio del testigo o perito, cuya memoria ha sido ‘apoyada’ por el documento que acaba de leer o bien confrontada con una declaración previa inconsistente. La declaración previa solo puede ser considerada por el juez para evaluar la credibilidad actual del testigo y en ningún caso como fundamento de su decisión en la sentencia.

c. Objetos, documentos y otros medios

Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Los objetos que constituyen evidencia deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes. Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. El tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciera conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Todos estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconozcan o se refieran a ellos.

Sin embargo, ¿qué debe entenderse por ‘documento’? Pues acabamos de ver que existe un sinnúmero de ‘documentos’ que no son admisibles como prueba en juicio, como son, por ejemplo, las declaraciones hechas por testigos y acusado ante el ministerio público o la policía. Este artículo se refiere en cambio a la ‘prueba instrumental’,

esto es, documentos que contengan declaraciones no producidas al interior del sistema de persecución –policía y ministerio público– y que sean relevantes para el fondo; este sería el caso del contrato a través del cual se consumó la estafa o la carta en la cual el acusado reconoce a su amante haber cometido el homicidio.

A su vez, todos estos medios probatorios –objetos, documentos y los demás medios– deben ser “exhibidos” en el juicio a alguien –algún testigo, perito o alguna de las partes– para que diga que efectivamente ‘lo exhibido es aquello que se pretende que es’ y para que dé cuenta de cómo sabe aquello. No basta que el fiscal se pare y diga “aquí le voy a mostrar el arma recogida en el sitio del suceso” o que la defensa diga “aquí tengo un diagrama del lugar”. El tribunal y la contraparte no tienen por qué aceptar que esa es el arma hallada en el sitio del suceso ni que ese diagrama refleja fielmente el sitio del suceso. La fiscalía necesita que alguien idóneo –por ejemplo, el policía que recogió el arma en la escena del crimen– la reconozca en el juicio y que explique cómo exactamente la reconoce (por ejemplo, por qué la puso en una bolsa sellada de evidencia tras lo cual la rotuló con las señales que la bolsa exhibe hoy en la audiencia). Así también la defensa: deberá pedir a algún testigo idóneo para hablar sobre el lugar diagramado, que le diga al tribunal si el dibujo representa adecuada y fielmente el lugar en cuestión. Solo una vez que ello ocurra, las partes podrán utilizar dichos elementos como lo que alegan que son e incorporarlos al debate como prueba. Desde luego, hay documentos cuyo origen es suficientemente público o institucionalizado como para que no sea necesaria mayor acreditación, por ejemplo, la página de un diario conocido o un mapa de la guía de teléfonos.

Una vez que el origen del objeto o documento ha sido acreditado, las partes no solo podrán manipularlos durante el interrogatorio a los testigos y peritos, sino que podrán, además incorporarlos formalmente como prueba. Dicha incorporación puede ser realizada prácticamente en cualquier momento; inmediatamente establecido el origen, al terminar la parte de presentar todo su caso o bien terminada la prueba testimonial y pericial y antes de los alegatos finales.

d. Alegatos finales

Concluida la recepción de la prueba, el Director de Debates otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al actor civil (si los hubiere) y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El alegato final es uno de los momentos centrales del juicio. Toda la prueba ha sido presentada de cara al alegato final, pues es solo allí cuando por primera y única vez podremos ‘armar el rompecabezas’ que hemos venido construyendo a través de la prueba. La prueba no habla por sí sola; está llena de detalles, inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos elementos para valorarla y para que, a partir de dicha valoración, los jueces construyan el relato que servirá de base a la sentencia. Durante todo el debate, los jueces habrán conocido evidencia cuyo sentido no necesariamente ha sido claro en todo momento: algunas porciones de la prueba parecen en principio detalles sin importancia, otras solo tienen sentido a la luz de su relación con otras pruebas; la credibilidad o descrédito de la evidencia se asienta en un sinnúmero de elementos que no necesariamente apuntan en un mismo sentido y las partes tienen diferentes interpretaciones acerca de qué conclusiones pueden ser extraídas

de cada prueba particular y de toda ella en su conjunto. El alegato final es el gran –y el único– momento en que el abogado sugiere al tribunal qué conclusiones debe extraer de lo que ocurrió durante el debate y, dado que la información producida en este es múltiple, irregular, heterogénea e interpretable, es también el momento en que el juez urge al abogado a que lo retroalimente acerca de qué conclusiones deben extraerse de toda esa información.

El alegato final es un ejercicio profundamente sistemático: se trata de tomar toda la prueba y ordenarla en un todo coherente de acuerdo con la teoría del caso de cada parte. En consecuencia, es crucial no solo para estas sino también para los jueces permitir que los abogados puedan desarrollar su argumentación sin interrupciones y la intervención del tribunal debiera utilizarse exclusivamente para tutelar abusos manifiestos en el uso de este espacio. Ese sería el caso, por ejemplo, si una de las partes pusiera en boca de un testigo palabras que este jamás pronunció durante el juicio. Ese sería el caso también de una parte que pretendiera hacer alusión a declaraciones extrajudiciales que jamás fueron reconocidas por los testigos durante el juicio. En fin, el ‘límite igualitario’ en el uso de la palabra no quiere decir que todos deban hablar al mismo tiempo, sino que cada una de las partes pueda exponer su alegato final de un modo completo, a cambio de que utilice esa facultad de un modo razonable y con apego a las reglas del juego justo.

IV. FACULTADES DEL TRIBUNAL PARA CONDUCIR EL DEBATE

En general, la conducción del debate recae en el Presidente de la Sala. La principal idea que hay detrás del rol del presidente

durante el debate es la tutela del juego justo. Esta es una de las caras de la imparcialidad; las partes van a medir sus versiones de los hechos y lo van a hacer, ojalá, del modo más confrontacional posible, dentro de un entorno de juego justo. El tribunal –y específicamente el presidente– es el guardián de ese juego justo. Las cuestiones que se pueden suscitar dentro del juicio oral son infinitas y la ley no tiene ninguna posibilidad de prevenirlas y menos de solucionarlas. Es el juez –consciente de las razones que nos han llevado a optar por un modelo de juicio oral, público y contradictorio– quien tutela para cada caso y cuestión concreta la justicia de una decisión para la posición de las partes. Las cuestiones que pueden surgir son, como decíamos, infinitas. Cada una de ellas originará un debate que deberá ser arbitrado y resuelto por el director de debates. Las facultades que tiene en la conducción de este debate son las siguientes:

- Tiene facultades disciplinarias “destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo [...] en uso de estas facultades el juez podrá ordenar la limitación del acceso de público a un número determinado de personas. También podrá impedir el acceso u ordenar la salida de aquellas personas que se presentaren en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia.” El presidente puede expulsar de la sala a cualquiera de los asistentes –incluidos los abogados– y, respecto de estos, cuenta además con las sanciones previstas en el Código.
- Tiene además facultades disciplinarias destinadas a proteger la libre

prestación del testimonio. En este sentido, el presidente puede también expulsar de la sala a aquellas personas que adopten durante el juicio un comportamiento intimidatorio o provocativo.

V. PUBLICIDAD DEL JUICIO

El juicio oral es público, según ya hemos dicho. El tribunal tiene, sin embargo, la facultad de limitar la presencia de público en la sala para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio. En este mismo sentido, puede prohibir a los intervinientes y a sus representantes entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicación durante el desarrollo del juicio.

VI. REGISTRO DEL JUICIO

El juicio oral deberá ser registrado en forma íntegra, por cualquier medio que asegure fidelidad. El registro íntegro puede ser hecho fundamentalmente de tres maneras: Estenografía, video o cinta magnetofónica.

El registro íntegro presenta importantes ventajas y riesgos. El principal riesgo es la tentación de ser utilizado por los jueces para sustituir la inmediación y retornar al ‘fallo por expediente’.

Sin embargo, el registro íntegro tiene ventajas obvias en cuanto permite fijar las declaraciones de los testigos o las actuaciones de las partes, con su consecuente utilidad tanto en el juicio mismo como en el sistema de recursos. En este sentido, se establece que las partes tendrán siempre derecho a examinar los registros y, además, podrán solicitar copia o reproducciones de estos.

La principal cuestión que surge en torno a esto, es de carácter más bien político que jurídico: ¿cómo evitar el riesgo evidente de que, habiendo registros de la audiencia, los jueces fallen sobre dichos registros y no sobre el recuerdo fresco de la prueba producida en el juicio? ¿Cómo evitar que –sabiendo los jueces que contarán con un registro fiel y completo– dejen de prestar atención a los sucesos del juicio mismo? Por supuesto, mientras mayor sea la fidelidad del registro tanto mayores sus ventajas prácticas y tanta más intensa la tentación de burlar la intermediación a través de ellos. Quizás la única realidad que contrarreste esta fuerte tentación es que el registro fiel de cada mañana o tarde de juicio puede acumular varios cientos de páginas, por lo que su utilización generalizada por los jueces tendría un impacto insostenible en los tiempos estimados razonables para alcanzar una decisión sobre el fallo.

Las ideas que debieran consolidarse respecto del uso de los registros son las siguientes:

- Los jueces deben evitar al máximo fallar sobre información de la que no tengan imágenes directas.
- Los jueces debieran comprender que la utilización de registros disminuye la intervención de su propio razonamiento y limita, en consecuencia, el rol que están llamados a cumplir.
- La principal función del registro debiera ser posibilitar el sistema de recursos.
- Adicionalmente, el registro es útil para acceder durante el juicio a tal o cual afirmación precisa de un

testigo o perito y para el trabajo diario de las partes en los juicios largos. Esto también es cierto para la deliberación del tribunal.

VII. FALLO INMEDIATO Y SENTENCIA

Terminados los alegatos finales, el tribunal otorgará la palabra al acusado para que manifieste lo que estimare pertinente. A continuación, se declarará cerrado el debate y los jueces estarán en condiciones de fallar el caso. Inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren participado en él, pasarán a deliberar en privado.

• Sentencia y acusación

La sentencia condenatoria está ‘amarrada’ por la acusación. No puede excederla en cuanto a los hechos por los que esta contiene. La lógica detrás de esta norma es la del derecho a defensa. Si el tribunal pudiera dar por acreditados hechos no contenidos en la acusación, entonces se estaría condenando al acusado sin que haya tenido oportunidad de construir su defensa por dichos hechos, refutar la prueba de cargo en lo que respecta a ellos y presentar su propia prueba. En cambio, el tribunal puede dar a los hechos una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

• Fundamentación

La casi completa libertad probatoria tiene una contraparte: impone a los

jueces altos exigencias en torno a la fundamentación del fallo. La sentencia contendrá "... la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones". A su vez, establece que "los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados [...] el tribunal deberá hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo [...] La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia". Esta es la exigencia substancial de razonamiento expresado en la

sentencia, además de lo cual esta deberá contener los demás requisitos que el Código le exige.

Habiendo desarrollado secuencialmente las partes del juicio oral aplicando el Sistema Acusatorio-Adversarial, es oportuno evaluar si se viene llevando a cabo en las Audiencias en el ámbito del Fuero Militar Policial con tales reglas o por el contrario se mantienen los rezagos del Sistema Inquisitivo.

VIII. CONCLUSIONES

1. La nueva estructura del Sistema Acusatorio exige que los actores del proceso desarrollen una serie de destrezas que son cruciales para una participación y eficaz en un proceso que privilegia la oralidad, el contradictorio, la inmediatez y la publicidad.
2. Las partes procesales deben fijarse como principal objetivo hacer que su caso sea el más creíble para el juzgador, lo cual se consigue haciendo una buena explicación de la prueba actuada; y tanto para uno y otro objetivo se exige el conocimiento de las técnicas de litigación oral.

BIBLIOGRAFIA

NEYRA FLORES José Antonio. *Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Proceso Penal*.

ARAYA M. Saúl. *La acusación como Medio de Imputación y como Medio de Defensa*.

BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio. *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*.

CODIGO PROCESAL PENAL Decreto Legislativo N° 957.

CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL Decreto Legislativo N° 1064.

EL ESTADO Y LA LEGITIMIDAD DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR LEGITIMIDAD DEL SISTEMA INTERAMERICANO?; III. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU LEGITIMIDAD; IV. ELEMENTOS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN PARA DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DEL SIDH; Y V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor desarrolla un breve análisis acerca de la legitimidad del Sistema Interamericana de Derechos Humanos (SIDH) frente a los estados partes y la importancia de que tal relación se fortalezca; para ello, los órganos del SIDH deben resolver las peticiones valiéndose de las normas del ordenamiento supranacional, contrario sensu, solo se socava tal legitimidad, como cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorga medidas cautelares sin respetar la normatividad.

ABSTRACT

In this article, the author develops a brief analysis about the legitimacy of the Inter-American Human Rights System (SIDH in Spanish) in relation to the states parties and the importance of strengthening such relationship.

1 Abogado y Magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se encuentra cursando el Doctorado en Derecho en la misma casa de estudios. Ha sido agente del Estado peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos. Actualmente es docente universitario en la Universidad Tecnológica del Perú de los cursos de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional de Derechos Humanos.

To this end, SIDH's bodies must resolve the petitions using the rules of the supranational system. Contrario sensu, only such legitimacy is undermined, as when the Inter-American Commission on Human Rights grants precautionary measures without respecting the regulations.

I. INTRODUCCIÓN

El 7 de junio de 2019, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) emitió un comunicado a través del cual convoca a presentar observaciones² –hasta el 10 de setiembre del presente– al pedido de opinión consultiva formulado por Colombia, cuyo objeto es obtener una interpretación por parte de tal ente supranacional, sobre tres aspectos

en general vinculados a la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH) de un Estado parte y sus obligaciones de protección y promoción de los derechos humanos³.

Sobre ello, el Estado colombiano ha indicado⁴ que el elemento práctico que motiva su pedido radica en una posible situación futura de retiro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) de un Estado del continente –que presentaría un cuadro generalizado de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos– para desligarse de sus obligaciones establecidas en la CADH y la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, Carta de la OEA), situación que afectaría el interés de los Estados miembros del SIDH⁵.

2 Corte IDH. Corte Interamericana realiza convocatoria abierta para presentar observaciones en nueva solicitud de opinión consultiva. <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_25_19.pdf>.

3 El alcance del pedido en mención radica en los siguientes puntos, según la Corte IDH:

“1) El alcance de las obligaciones internacionales que en materia de protección y promoción de los derechos humanos tiene un Estado miembro de la OEA que ha denunciado la Convención Americana;

2) Los efectos que sobre dichas obligaciones tiene el hecho de que dicho Estado, más adelante, tome la medida extrema de denunciar del instrumento constitutivo de la Organización regional y busque retirarse efectivamente de la misma; y

3) Los mecanismos de que disponen, de un lado la comunidad internacional y, en particular, los Estados miembros de la OEA, para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones y hacerlas efectivas, y del otro los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado denunciante, para exigir la protección de sus derechos humanos, cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los mismos.”

4 Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf>.

5 “22. La situación concreta que justifica la emisión de la opinión solicitada es que recientes sucesos en la región muestran que puede surgir en cualquier momento la situación de que un Estado del continente americano adelante acciones para desligarse de sus obligaciones a la luz de la Convención Americana y la Carta de la OEA.

23. Si en dicho Estado se presenta además un cuadro generalizado de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, debidamente documentado por los órganos de la Organización, incluida la CIDH, surge la necesidad de determinar si dichas acciones producen el efecto de eliminar del todo la protección internacional de los derechos humanos de los individuos sujetos a la jurisdicción de las autoridades de dicho Estado.

24. Una situación como la planteada afectaría de manera directa la protección de los derechos humanos en las Américas, asunto en el cual todos los Estados miembros de la OEA tienen un interés legítimo, el cual genera la formulación de la presente solicitud.”

Lo indicado evidencia que existe una preocupación de parte del Estado colombiano respecto al posible retiro del SIDH de al menos un Estado parte, lo cual ha venido precedido del retiro del Estado de Venezuela de la competencia contenciosa de la Corte IDH el año 2013 y, más recientemente, de la intención del gobierno de Nicolás Maduro de denunciar la CADH para apartar a Venezuela del SIDH⁶.

Esta preocupación nos muestra, por un lado, un discurso del Estado de Colombia que considera relevante poner énfasis en que el SIDH representa algo bueno para los países de la región. Pero de otro lado, también plantea una reflexión de las medidas que debe tomar el SIDH para evitar la pérdida de legitimidad de un Estado parte de la CADH.

En el presente artículo desarrollaré un breve análisis acerca de la legitimidad del SIDH frente a los estados partes y la importancia de que tal relación se fortalezca. Tal labor será realizada por medio de la exposición de algunas ideas, haciendo referencia a casos concretos. En ese sentido, no pretendo demostrar de manera categórica el grado de tal legitimidad ni mucho menos exponer una receta que debe cumplir en el futuro el SIDH para afianzar tal relación.

II. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR LEGITIMIDAD DEL SISTEMA INTERAMERICANO?

Existen tres artículos cuya lectura y análisis me parecen de suma importancia para abordar lo referente a la legitimidad del SIDH: me refiero a los trabajos de Gerald L. Neuman (*Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*⁷), de Fernando Basch y otros (*La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones*) y del profesor argentino Eduardo Bertoni (*El Sistema Interamericano de Derechos Humanos –SIDH– y la (¿real?) Falta de Apoyo Regional*⁸). El primer trabajo indicado es uno que desarrolla lo vinculado al concepto de apoyo regional como factor para la legitimidad de las sentencias de la Corte IDH. El segundo, del año 2010, en donde el autor aborda lo referente a la legitimidad del SIDH a tal año, a través del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. El tercero, desarrolla lo concerniente a la verificación de la situación descrita y analizada por el segundo trabajo, actualizándola al año 2017.

Estos trabajos se encuentran de acuerdo en indicar que para hablar de legitimidad

6 <<https://www.efe.com/efe/america/politica/venezuela-se-retira-de-la-oea-este-sabado-o-no-dependera-de-quien-preguntes/20000035-3962104>>.

7 Gerald L. Neuman. *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*. <<http://ejil.org/pdfs/19/1/175.pdf>>.

8 Eduardo Bertoni. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos –SIDH– y la (¿real?) falta de apoyo regional*. <https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_20/iu20_05.pdf>.

de un ente supranacional como la Corte IDH, debemos hablar de la **aceptación efectiva de la autoridad** de un tribunal internacional, para lo cual podemos considerar al menos tres (3) variables: (i) El número de estados que acepta su jurisdicción, (ii) el nivel de cumplimiento de sus decisiones, y (iii) la aceptación de la opinión pública de su autoridad⁹. Asimismo, al realizar la interacción entre estos tres elementos, el profesor Bertoni precisa:

“Así puede entenderse a la efectividad como un concepto distinto al de legitimidad. La efectividad –entendida como cumplimiento de las decisiones– de un tribunal internacional es un concepto mucho más restringido que su legitimidad. La efectividad se refiere a sólo una de las cuestiones que están vinculadas con la legitimidad de una corte internacional. Una corte puede ser percibida como legítima porque la opinión pública acepta su autoridad o porque un número importante de estados acepta su jurisdicción. Pero esa legitimidad cae si sus decisiones no son cumplidas, es decir, si no es efectiva en los términos que aquí lo estamos definiendo.”

Conforme a lo indicado y lo desarrollado por el autor a lo largo de su artículo, no puede existir legitimidad sin el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. No obstante, considero que tomar a la efectividad, entendida como cumplimiento de

las sentencias en mención, sin la variable de la intención del Estado, no se refiere en estricto a “aceptación efectiva de la autoridad”, que es lo que entiende Bertoni como legitimidad.

Para comprender mejor esta idea, quisiera hacer referencia a los casos de reparaciones dispuestas en las sentencias de la Corte IDH sobre desapariciones forzadas o de ejecución extrajudicial realizadas en regímenes autoritarios o dictatoriales.

Al respecto, no es poco común que en tales casos la Corte IDH se pronuncie muchos años (más de una década) después de la comisión de los hechos vulneratorios, determinando la responsabilidad del Estado y disponiendo como medidas de reparación (i) la investigación, el procesamiento, establecimiento de responsabilidad y ejecución de las condenas y (ii) entregar los cuerpos de las víctimas a sus familiares.

Frente a ello, el Estado responsable a pesar de poner todos los esfuerzos y recursos con los que dispone para cumplir con lo resuelto por la Corte IDH, reactivando inclusive procesos archivados, encuentra diversas dificultades que pueden resultar infranqueables: los medios probatorios se han deteriorado, parte de los testigos fallecieron, resultando sumamente difícil esclarecer los hechos y, ni qué decir, en lo concerniente a la determinación de los responsables (que tiene como contraparte la presunción de inocencia a favor de los procesados) y el

9 Eduardo Bertoni. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos –SIDH– y la (¿real?) falta de apoyo regional. Pág. 96.
<https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_20/iu20_05.pdf>.

hallar los cuerpos de las víctimas, supuesto en el cual se evidencia que un Estado puede tener toda la voluntad de cumplir con una sentencia de la Corte porque lo considera vinculante, pero tal cumplimiento puede resultar materialmente imposible.

Lo otro a tomar en consideración es ¿qué se entiende por cumplimiento de sentencia? ¿implica necesariamente que la Corte IDH tenga un pronunciamiento que así lo determine? ¿o puede ser el propio investigador el que evalúe los elementos aportados por los Estados a la Corte IDH para determinar su cumplimiento?, lo cual resulta casi imposible realizar porque la información en procesamiento por parte de tal ente supranacional –en fase de supervisión de cumplimiento de sentencia– no es de fácil acceso.

En distinto extremo, si se considera que el cumplimiento de la sentencia se determina únicamente con el pronunciamiento oficial de la Corte IDH, se dejan de lado los esfuerzos que realiza el Estado y que podrían constituir –a futuro– un pronunciamiento oficial sobre el cumplimiento de lo resuelto por el mencionado órgano supranacional.

En este supuesto tenemos puntos resolutivos respecto de los cuales el Estado se siente obligado a cumplir y realiza todos los esfuerzos para ello, lo cual es una muestra evidente de consideración de legitimidad hacia la Corte IDH por parte de este Estado, pero que una investigación académica que solo considere los pronunciamientos oficiales de tal ente supranacional no lo tomaría como un caso de existencia de la relación de legitimidad.

No obstante, no niego que el no cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH

resulta un gran problema, pero ello no se encuentra necesariamente vinculado con la legitimidad del SIDH. En todo caso, ello estaría vinculado a la ausencia de aquello que Neuman y Bertoni llaman “apoyo regional”, es decir, aquella situación en la que el ente supranacional emite pronunciamientos sin pensar en la situación concreta del Estado denunciado, aplicando formulas abstractas y/o extranjeras.

III. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU LEGITIMIDAD

Durante el tiempo de operatividad del SIDH han existido situaciones excepcionales de tensión entre sus órganos y los Estados parte, teniendo como cúspide el retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH en algunas ocasiones. Sobre ello, sería conveniente hacer un breve recuento de las ocasiones en las cuales no se ha aceptado la autoridad de la CIDH y/o la Corte IDH, o al menos ella haya sido cuestionada.

a. El caso del Estado peruano

El Estado peruano históricamente ha aceptado la autoridad tanto de la CIDH como de la Corte IDH, ello a pesar del cuestionamiento que ha realizado a las actuaciones específicas de tales órganos, en especial de la CIDH.

No obstante, durante los últimos años del gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori (1999), se dio una situación de tensión límite: El Estado peruano, retiró su sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte IDH. Una síntesis de la postura del Estado en tal oportunidad, se puede evidenciar en los considerandos de la Sentencia de la Corte IDH en el caso Barrios Altos Vs. Perú.

25. El 24 de agosto de 2000 un representante de la Embajada del Perú ante el Gobierno de la República de Costa Rica compareció en la sede de la Corte para devolver la demanda del presente caso. Dicho funcionario entregó a la Secretaría la Nota No. 5-9-M/49 de 24 de agosto de 2000 de la Embajada del Perú, en la cual se manifiesta que

... por instrucciones de su Gobierno, procede a devolver a [la Corte] la ... notificación [de la demanda] y sus anexos, ... por las consideraciones expuestas a continuación:

1.- Mediante Resolución Legislativa de fecha 8 de julio de 1999, ... el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.- El 9 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú, procedió a depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la Declaración de Reconocimiento de la Cláusula Facultativa de sometimiento a la Competencia

Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...

3.- [...] el retiro del reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte, produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito del mencionado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, esto es, a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en los que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte.

Por último, en ese mismo escrito el Estado manifestó que

la notificación contenida en la Nota CDH-11.528/002, de fecha 11 de agosto de 2000, se refiere a un caso en el que esa Honorable Corte ya no es competente para conocer de demandas interpuestas contra la República del Perú al amparo de la Competencia Contenciosa prevista en la Convención Americana [sobre] Derechos Humanos.¹⁰

Como resulta lógico bajo la óptica actual, tal pedido fue desestimado totalmente por la Corte IDH. No obstante ello, fue posteriormente –en el año 2001 y caído el régimen de Alberto Fujimori– que el propio Estado peruano derogó la resolución legislativa que retiraba la competencia contenciosa de la Corte IDH¹¹.

10 Sentencia de la Corte IDH del caso Barrios Altos Vs. Perú.

11 En ese sentido, como consta en la sentencia, el Estado peruano informó:

28. El 23 de enero de 2001 la Embajada del Perú ante el Gobierno de la República de Costa Rica remitió copia facsimilar de la Resolución Legislativa No. 27401 de fecha 18 de enero de 2001, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de enero de 2001, mediante la cual se “derog[ó] la Resolución Legislativa N° 27152”, se “encarg[ó] al Poder Ejecutivo [que realizara] todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que haya generado dicha Resolución Legislativa”, y se “restableci[ó] a plenitud para el Estado peruano la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Asimismo, si bien el Estado peruano sigue aceptando la autoridad de la Corte IDH y de la CIDH, lo cierto es que, del año 2001 a la fecha, en el marco de regímenes democráticos, no han sido pocas las oportunidades en las que altos funcionarios del Estado peruano han cuestionado tal competencia, con mayor énfasis en lo correspondiente a la CIDH.

Así por ejemplo, en el año 2015, ante la emisión por parte de la CIDH de una resolución de medidas cautelares a favor del entonces interno Gregorio Santos, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos expresó su negativa al cumplimiento de tal sentencia por su falta de justificación de parte del ente supranacional¹² (Redacción Gestión, 2015).

b. Otras experiencias

El año 2011, el Estado brasilero cuestionó fuertemente a la CIDH por la expedición de las medidas cautelares en lo concerniente al asunto de la central hidroeléctrica Belo Monte, considerándolo como precipitada e injustificable¹³.

Como ya es conocido, tal evento impulsó la presión por parte de los órganos

políticos del SIDH para la reforma de las competencias de la CIDH, teniendo impacto evidente en la regulación referida al procedimiento de evaluación de solicitudes de medidas cautelares, contenido en el Reglamento de la CIDH¹⁴.

Por otro lado, en el año 2014 la CIDH emitió medidas cautelares en contra de Ecuador, respecto a procesados por injuria judicial, disponiendo la suspensión de lo dispuesto por la sentencia condenatoria¹⁵. Frente a tal decisión, el Estado de Ecuador emitió un comunicado desconociendo los alcances de lo dispuesto por la Comisión por no tener competencia convencional para ello, por la falta de justificación de tales medidas cautelares, bajo los siguientes términos:

“El Gobierno nacional deplora que la CIDH haya solicitado estas medidas cautelares sin haber revisado correctamente la información suministrada y que no considere todos los elementos necesarios del juicio. De igual manera, rechaza la creciente politización de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que genera un debilitamiento lamentable del sistema.”¹⁶

12 Redacción Gestión. (2015, mayo 20). Gobierno no cumplirá resolución de CIDH sobre Gregorio Santos. *Diario Gestión*. Recuperado de <<https://gestion.pe/peru/politica/gobierno-cumplira-resolucion-cidh-gregorio-santos-90385>>.

13 EFE. (2011, abril 5). Brasil se enfrenta a la OEA por la construcción de una central hidroeléctrica en la Amazonia. *El Mundo. es*. Recuperado de <<https://www.elmundo.es/america/2011/04/05/brasil/1302036122.html>>.

14 Gonzales Morales, F. (2014). El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32982.pdf>>.

15 CIDH. Asunto Fernando Alcibiades Villavicencio y otros respecto de Ecuador (2014). Recuperado de <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC30-14-ES.pdf>>.

16 Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. (2014). Ecuador rechaza medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Recuperado de <<https://www.cancilleria.gob.ec/ecuador-rechaza-medidas-cautelares-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos-cidh/>>.

Una de las últimas acciones vinculadas al cuestionamiento del SIDH ha sido el retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte del Estado de Venezuela en el año 2013¹⁷, a lo cual le ha seguido un gran enfrentamiento entre el gobierno de tal país con el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro, hasta la emisión de las noticias sobre el retiro de tal Estado del SIDH, motivo por el cual el Estado de Colombia ha presentado una solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH.

IV. ELEMENTOS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN PARA DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DEL SIDH

Como se ha señalado anteriormente, cuando me refiero a legitimidad, hablo de la **aceptación de la autoridad** de un tribunal internacional, para lo cual podemos considerar al menos las siguientes variables: (i) El número de estados que acepta su jurisdicción, (ii) el interés del Estado en el cumplimiento de las decisiones de los órganos de la SIDH, y (iii) la aceptación de la opinión pública de su autoridad. A continuación, abordaré cada uno de tales elementos.

(i) El número de estados que acepta su jurisdicción

Como queda en evidencia, gran parte de los países signatarios de la CADH han sometido sus controversias a la competencia contenciosa de la Corte IDH. No

obstante, ello, no solo el estar sometido a tal competencia resulta suficiente para determinar que el SIDH se encuentra legitimado, sino que resulta indispensable que el Estado considere que el pronunciamiento de la Corte IDH y de la CIDH le son vinculantes.

Así, por ejemplo, resulta particularmente interesante lo señalado por el Estado de Ecuador –ya que existe un sector de la doctrina que le respalda–: que la CIDH no tiene competencia convencional para emitir medidas cautelares. Conforme a ello, resulta evidente que si bien tal Estado no ha desconocido formalmente la contribución que tiene tal ente supranacional sobre el SIDH, no es menos cierto que –en su momento– para tal Estado las medidas cautelares expedidas por la CIDH no tenían valor alguno, deslegitimando la labor de tal ente supranacional. No obstante, resulta particularmente interesante evidenciar también que, en el trámite de evaluación de solicitud de medida cautelar, el Estado de Ecuador brindó la información solicitada por la CIDH, lo cual podría evidenciar un cuestionamiento a la legitimidad, pero no de origen, sino sobrevenida en el desarrollo del procedimiento cautelar.

(ii) El interés del Estado en el cumplimiento de las decisiones de los órganos de la SIDH

Como señalé líneas atrás, no considero que la aceptación de la autoridad tenga que ver con el cumplimiento o no de las

17 CNN en español. (2013). Venezuela se retira de manera formal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CNN. Recuperado de <<https://cnnespanol.cnn.com/2013/09/10/venezuela-se-retira-de-manera-formal-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>>.

sentencias de la Corte IDH, al menos no si la misma no va aunado con el análisis del interés del Estado para brindar cumplimiento a lo resulto por la CIDH y la Corte IDH.

En ese sentido, existe un gran problema de legitimidad cuando el Estado se encuentra sometido a la competencia de los órganos del SIDH (a) pero cuestiona sus decisiones, por afectaciones a las garantías, al debido procedimiento supranacional, como sucedió en su oportunidad con los casos de Perú, Brasil y Ecuador, estados que afirmaron que la CIDH no motivó debidamente sus decisiones de expedición de medidas cautelares o (b) no cuestiona públicamente el proceder, pero su proceder evidencia un gran desinterés para el cumplimiento de las decisiones de los órganos supranacionales.

Sobre el cumplimiento del debido procedimiento supranacional, es importante que los órganos supranacionales evalúen debidamente las solicitudes que lleguen a su conocimiento para emitir correctamente fundamentada sus decisiones. Sobre ello, quiero precisar a continuación solo dos casos en los cuales considero que la CIDH no cumplió debidamente su deber de motivación, apartándose de lo dispuesto por la normativa supranacional.

Con la Resolución de Medidas Cautelares N° 18/2015, de fecha 14 de mayo de 2015, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor del señor Gregorio Santos, quien se encontraba recluso en el Establecimiento Penitenciario de Ancón I.

En tal caso, se analizó el cumplimiento de los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad, pero sin motivar ello, conforme a lo establecido en el artículo 25° del Reglamento de la Comisión Interamericana

de Derechos Humanos, el cual precisa que “[...] la urgencia de la situación se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”.

Conforme a ello, para otorgar una medida cautelar, la Comisión Interamericana debe determinar si la situación evaluada representa un riesgo o una amenaza y que el mismo se encuentra por suceder prontamente. No obstante, lejos de ello, en el párrafo 19 de tal resolución precisó:

“19. [...] la supuesta ausencia en la aplicación de las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU”, las cuales en las reglas 8 y 67 establecen la necesidad de separar y clasificar a los internos en razón de sus antecedentes y para evitar que se ejerza una influencia nociva de un recluso sobre otro. En tal sentido, la Comisión Interamericana considera que las posibles causas de los factores de riesgo que podría enfrentar el señor Santos Guerrero no habrían sido removidas, en cuanto continuaría recluso en el mismo pabellón donde se encontrarían personas con antecedentes que podrían colocar al señor Santos Guerrero en una situación de indefensión. [...]”.

En ese sentido, la CIDH solo considera la existencia de una posible amenaza (constituida por el incumplimiento de lo establecido en una norma de *soft law* en el ambiente donde se encontraría el señor Gregorio Santos) sin demostrar que la amenaza sea inminente, tal cual lo precisa su reglamento.

Por otro lado, en la Resolución N° 47/2016, de fecha 8 de setiembre de 2016,

se otorgó medidas cautelares a favor de la señora Nazira Ugalde Alfaro, ciudadana costarricense respecto de la cual los Estados Unidos de América solicitó su extradición al Estado peruano por la presunta comisión del delito de asesinato. No obstante, de la fundamentación de la resolución en mención, no se tomó en consideración el elemento de contexto (establecido en el artículo 25° del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) el cual hubiera permitido evidenciar que la controversia bajo análisis no era similar al caso Wong Ho Wing. Al respecto, el comisionado Gil Botero advirtió ello, indicando que no había sustento alguno para otorgar las medidas cautelares a favor de la ciudadana costarricense en mención, toda vez que:

“– En el Caso Wong Ho Wing el Estado de China no hacía parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo que una vez culminado el proceso de extradición del ciudadano, ni la Comisión IDH ni la Corte IDH tenían competencia sobre las decisiones y las actuaciones adoptadas en ese país, lo que hacía imposible que se ejerciera un control y un monitoreo sobre las mismas, situación que justificaba la adopción de la medida cautelar, con el fin de evitar la extradición del señor Wong Ho Wing a un Estado en el que los organismos del sistema interamericano no tenían ninguna posibilidad de intervenir para proteger los derechos del ciudadano. Todo lo contrario, ocurre en el presente caso, Estados Unidos sí hace parte del Sistema Interamericano, por lo que aun cuando se lleve a término el proceso de extradición, tanto la Corte como la Comisión conservan competencia sobre las

eventuales decisiones que se adopten en ese país respecto de la señora Nazira María Ugalde.

– El Estado de China se ha caracterizado por la aplicación secreta, sumaria y clandestina de la pena de muerte, lo que de contera le restaba fuerza a la presunción de buena fe de las garantías diplomáticas otorgadas por ese país. De otro lado, pese a que en los Estados Unidos la pena de muerte todavía se encuentra vigente, dicho país se ha caracterizado por el carácter público de los procesos penales que culminan con la aplicación de esa sanción, y en general por el respeto y la observancia de los principios que componen el debido proceso, lo que le imprime fuerza a las garantías otorgadas, mediante las cuales asumió el compromiso de no imponerle la pena de muerte a la señora Nazira María Ugalde.

– Finalmente, cuando se decidió el caso Wong Ho Wing aún no existía ningún precedente en el Sistema Interamericano sobre el tema, por lo que era lógico que, ante la falta de una decisión previa en la materia, se optara por otorgar la medida cautelar mientras la Corte IDH emitía el respectivo pronunciamiento de fondo, pues era la primera vez que estudiaba hechos de esa índole. No obstante, en el presente caso ya existen un precedente y unas reglas claras que permiten determinar desde la etapa de medidas cautelares, sí en realidad existe un riesgo para la vida del propuesto beneficiario.”

Conforme a lo señalado, en la Resolución objeto de análisis la CIDH no tomó en consideración la evaluación del contexto

aplicable al caso, conforme lo establece el reglamento aplicable.

(iii) La aceptación de la opinión pública de su autoridad

Este elemento resulta sumamente importante, pero ha sido también poco explorado en los estudios sobre legitimidad del SIDH. Definitivamente de este elemento excluimos a la opinión de los Estados y nos centramos en la sociedad civil conformada por personas naturales y organizaciones.

Al respecto, es importante tomar en consideración que los estados constitucionales tienen razón de ser para proteger a la persona humana y su dignidad, lo cual es extensible a los entes supranacionales que forman, más aún sobre aquellos que defienden derechos humanos. Con lo cual la opinión de los potenciales beneficiarios resulta sumamente importante no solo para la pervivencia de un Estado sino del SIDH.

Tal opinión no tiene que ser necesariamente objetiva. Por el contrario, no es poco común que la opinión pública sobre el accionar del SIDH parta de la ignorancia total de su funcionamiento, guiándose de una información tendenciosa expresada en los medios o de la difusión de una noticia parcializada sobre la emisión de una decisión supranacional sensible a la sociedad.

Pero es en función a esta opinión que la población puede realizar acciones para presionar a los Estados a adoptar decisiones que repercuten en el reconocimiento o desconfianza del actuar de la CIDH y la Corte IDH.

Así, por ejemplo, en el caso peruano han sido muchas las oportunidades en la cuales se han expresado opiniones desde la

población para que el Estado se retire del SIDH y, así, incorporar constitucionalmente la pena de muerte en caso de violación de menores. O cuando un sector político expresa que resulta importante el retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte IDH cuando esta determinó que el Estado debe reparar a personas que procesó y/o condenó por terrorismo. Tales opiniones públicas en la mayoría de los casos no son objetivas ni parten de la claridad en el funcionamiento del SIDH; por el contrario, prima el sentimiento infranqueable de que los temas sensibles para la sociedad nacional no pueden ser afectados por decisiones foráneas, contrarios al clamor popular.

V. CONCLUSIONES

- Es importante que los órganos del SIDH, al momento de realizar su labor de defensa, protección y promoción de los derechos humanos, tomen en consideración las variables sobre legitimidad expuestos en el presente artículo. Ello, tomando en consideración que para realizar tal labor resulta necesario que los estados consideren vinculantes sus pronunciamientos.
- Los órganos de la SIDH deben resolver valiéndose de las normas del ordenamiento supranacional, ya que, desconocerlo para emitir un pronunciamiento contra un Estado, solo socava tal legitimidad o al menos otorga insumos para que ello sea plausible, como es el caso de la CIDH al momento de evaluar y otorgar medidas cautelares en los casos expuestos.

LA PRUEBA POR INDICIOS

EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CONCEPTO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS; III. DESLINDE CONCEPTUAL; IV. FUNDAMENTO Y FINALIDAD; V. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA; Y VI. CRITERIOS DE VALORACIÓN PRESENTES EN LA PRUEBA INDICIARIA.

RESUMEN

El concepto, características, finalidad, estructura y criterios de valoración de la prueba por indicios en el Código Procesal Penal de 2004, son tratados por el autor en este artículo, con sapiencia y gran experiencia en el tema.

ABSTRACT

The concept, characteristics, purpose, structure and criteria for assessing the evidence by evidence in the Criminal Procedure Code of 2004, are treated by the author in this article, with wisdom and great experience in the subject.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de presunción de inocencia exige la existencia de un cúmulo de elementos probatorios de cargo que, bajo los criterios de la sana crítica, constituyan prueba plena y garanticen el convencimiento –más allá

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Ha sido profesor de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Presidente del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

de toda duda razonable– del juzgador sobre la comisión de los hechos investigados y la atribución de los mismos al acusado².

Se considera que la manera óptima de alcanzar dicho estándar de prueba es a través de las pruebas directas; sin embargo, debemos tener en cuenta que en la mayoría de casos no las habrá. La exigencia incondicional de pruebas directas para motivar una decisión conllevaría asumir niveles intolerables de impunidad por déficits probatorios³. De ahí que importe el estudio y práctica de otro método de análisis probatorio; esto es, aquel que, en base a indicios y siguiendo determinadas reglas de valoración, posibilite llegar a conclusiones del mismo nivel de certeza al que se llegaría con una prueba directa. Esta certeza construida a partir de indicios es conocida también como prueba indiciaria o prueba indirecta.

II. CONCEPTO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS:

La prueba indiciaria puede ser entendida como aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que, si bien no son elementos constitutivos del delito objeto de acusación, permiten inferir, a

través de la lógica y de las máximas de la experiencia, la comisión de los hechos delictivos materia de investigación y la participación del acusado en los mismos⁴. Así, también, lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, reconociéndola como una técnica de valoración probatoria válida, en la que “a través de la prueba indirecta, se prueba un ‘hecho inicial-indicio’, que no es el que se quiere probar, en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del ‘hecho final-delito’ a partir de una relación de causalidad ‘inferencia lógica’”⁵.

De lo expuesto se desprenden las siguientes características:

a) Es una técnica de valoración probatoria.

Al comprender que con la prueba indiciaria se determina la *certeza* en base a una “construcción lógica” que parte del análisis de los llamados “indicios”, queda claro que no nos encontramos propiamente ante un instrumento que permite la introducción de elementos probatorios al proceso (no es un medio de prueba⁶), sino, más bien, de una técnica de valoración judicial⁷. Se trata, pues, de un razonamiento que parte de

2 Corte IDH, caso Zegarra Marín vs. Perú, sentencia de 15 de febrero de 2017, párr. 122; caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; y caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala, sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 233.

3 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 26.

4 RIVES SEVA, *La Prueba en el proceso penal: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, p. 121.

5 Exp. N.º 728-2008-HC/TC (FJ. 24)

6 JAUCHEN, *La prueba en materia penal*, p. 29. Así también, MORENO CATENA y otros, *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formulario*, t. III, p. 2230; DE MIRANDA VÁZQUEZ, en *Estudios sobre prueba penal*, t. III, p. 356.

7 MONTÓN REDONDO, en *Derecho Jurisdiccional III*, p. 334. En igual sentido, PAZ RUBIO y otros, *La Prueba en el Proceso Penal*, p. 288.

unos hechos básicos fundados y comprobados (indicios) que derivan en el convencimiento de la ocurrencia o no de un hecho consecuencia (hechos investigados penalmente)⁸.

Lo dicho no niega la posibilidad de considerar al indicio como objeto de prueba. Tal como veremos más adelante, para que el juez pueda aplicar correctamente la referida técnica de valoración indiciaria es fundamental que el indicio sea probado en el juicio oral. Tan es así que, si el indicio no se prueba, no es posible inferir la ocurrencia o no de algún hecho consecuencia.

b) La técnica de valoración de prueba constituye una prueba indirecta.

La prueba directa será aquella que acredita –directamente– la comisión de los hechos y la intervención del procesado en los mismos. Estos son los hechos principales⁹; mientras que la indirecta acredita los hechos periféricos y, luego, a través de ellos –de manera indirecta– los hechos principales.

En el caso de la técnica de valoración de prueba mediante indicios (o prueba

por indicios), el objeto de prueba no son los hechos determinantes de la responsabilidad penal (hechos principales), sino los hechos que rodean a este y que no son determinantes de la responsabilidad penal (hechos periféricos)¹⁰; sin embargo, estos últimos hechos, que se encuentran probados, conducen, por vía de un razonamiento lógico, a la afirmación de aquellos primeros que se encuentran necesitados de prueba¹¹. De ahí que sostengamos –al igual que la Corte Suprema¹²– que la prueba por indicios constituye una prueba indirecta.

c) No es una prueba histórica.

Los medios de prueba (el testigo, el documento, etc.) exponen un hecho histórico, es decir, transmiten información sobre los hechos ocurridos que son objeto de investigación¹³. En la prueba indiciaria, el indicio no transmite este tipo de información, sino que solo constituye un indicativo de ellos; como precisa MARTÍNEZ ARRIETA, los indicios solo sugieren la existencia o inexistencia de esos hechos históricos de forma indirecta¹⁴.

8 DELGADO GARCÍA, en *La Prueba en el Proceso Penal II*, p. 389.

9 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 30.

10 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 30. En similares términos, TALAVERA EL-GUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 138.

11 DELGADO GARCÍA, en *La Prueba en el Proceso Penal II*, p. 377.

12 Casación n.º 3739-2013, Lambayeque (FJ. 2.1.3).

13 MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 55.

14 MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 55.

d) Es una prueba crítica

En tanto que interviene el raciocinio del juzgador para poder arribar a la conclusión probatoria¹⁵, empleando para ello, la lógica y las reglas de experiencia que posibilitarán la inferencia¹⁶. Puestas así las cosas, PASTOR ALCOY enfatiza la mayor preponderancia de la “subjetividad” del juez en esta forma de análisis probatorio; así, indica que la “denominada prueba de indicios es la más subjetiva de todas ellas, pues en ella se hace mucho más presente el proceso mental del Juzgador que en la objetividad de las pruebas directas”¹⁷.

Lo dicho en el párrafo anterior guarda vinculación con la calificación que han dado algunos autores a la actividad probatoria por indicios como prueba de probabilidades. En efecto, si tenemos en cuenta que cada indicio permite varias inferencias probables, la inteligencia de quién la opera hará que sucesivamente se vayan eligiendo aquellas que por su concurrencia permiten procurar la certeza sobre un hecho. En ese sentido, la suma de probabilidades determinará la certeza¹⁸.

III. DESLINDE CONCEPTUAL

Se incurre usualmente en error al equiparar los términos “indicio” y “presunción”. El indicio es una circunstancia o hecho probado que permite, a través de un razonamiento lógico, inferir la existencia o inexistencia de otros hechos necesitados de prueba¹⁹. La presunción, por otro lado, puede ser de tipo legal o judicial. La primera alude a normas que indican la forma o modo de valoración de ciertos hechos sobre la cual el juez no puede apartarse; son aquellas en que las conclusiones las establece el legislador²⁰, así tenemos las presunciones *iuris et de iure* (no admiten prueba en contrario) e *iuris tantum* (permiten prueba en contrario). La presunción judicial, en cambio, es el juicio de valoración realizado por el juez mediante el cual logra extraer, a partir de hechos conocidos y probados, conclusiones sobre la ocurrencia de hechos desconocidos y de difícil probanza. Esta última acepción de presunción es también concebida por un importante sector de la doctrina como prueba indiciaria²¹. Así, el hecho probado (o indicio) podría ser

15 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 138.

16 MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 56.

17 PASTOR ALCOY, *Prueba por indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, p. 27.

18 MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 56.

19 JAUCHEN, *La prueba en materia penal*, p. 28.

20 LEGUISAMÓN, *Las presunciones judiciales y los indicios*, p. 8.

21 MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, p. 39. Así también, MORENO CATENA y otros, *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formulario*, t. II, p. 2231. En ese mismo sentido, CAFFERATA NORES, *La Prueba en el Proceso Penal*, pp. 201-202; CORDÓN AGUILAR, *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, p. 62; DE MIRANDA VÁZQUEZ, en *Estudios sobre prueba penal*, t. III, pp. 357 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, citado por PASTOR ALCOY, *Prueba por indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, p. 160.

considerado como la causa de la presunción, y ésta vendría a ser el efecto de aquél²².

Por otro lado, debe destacarse la diferencia entre “indicio” y “sospecha”²³; el primero requiere que el hecho indicador esté plenamente demostrado, mientras que en la sospecha esto no acontece, por cuanto solo se trata de una hipótesis, que se apoya en el conocimiento intuitivo y cuya eficacia se limita a encauzar las primeras investigaciones de la autoría del delito²⁴.

IV. FUNDAMENTO Y FINALIDAD

Expusimos anteriormente que la convicción del juez puede producirse como consecuencia de la actuación tanto de pruebas directas como indirectas, destacando dentro de esta última, la técnica de valoración probatoria a través de indicios (o, simplemente, prueba por indicios). De modo que, prescindir de la prueba indiciaria

conduciría en ocasiones a la impunidad de ciertos delitos, especialmente los perpetrados con particular astucia, porque no siempre existen pruebas directas²⁵. Visto ello así, el **fundamento** del reconocimiento de esta técnica de valoración probatoria radica en esta necesidad procesal, por lo que deviene en un imperativo para las autoridades públicas dotarla de todas las garantías a fin de que su aplicación en cada caso concreto, sea conforme a los criterios establecidos constitucionalmente.

La **finalidad** de la prueba por indicios es, tal como veremos más adelante, acreditar la comisión del hecho delictivo, así como determinar la participación en el mismo de la persona acusada²⁶; lo que consistirá concretamente en acreditar la existencia de los elementos objetivos y subjetivos²⁷ del tipo penal que motivó la apertura del proceso, las causas de justificación si fueron alegadas por la defensa, así como la culpabilidad del procesado²⁸. A efectos probatorios, este es el objetivo de cualquier otro tipo de prueba

22 CAFFERATA NORES, *La Prueba en el Proceso Penal*, p. 202.

23 Explica MIXÁN MASS que, en sus inicios, la “prueba indiciaria” centra su atención en el indicio entendido como sospecha. Bastaba que del indicio surgiera la sospecha de incriminación para que puedan emanar sus efectos. En la actualidad, esta técnica de valoración probatoria no puede reducirse a la mera apreciación del indicio, sino que adquiere mucha mayor importancia la “inferencia lógica” que, como se verá más adelante, constituye la pieza principal en el procedimiento probatorio indiciario. MIXÁN MASS, *Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario, prueba indiciaria*, p. 16.

24 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 139.

25 RIVES SEVA, *La Prueba en el proceso penal: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, p. 74.

26 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 140.

27 La prueba de los elementos subjetivos de delito, salvo expreso reconocimiento del acusado, sólo es posible mediante inferencia obtenida de determinados datos objetivos acreditados en la causa. Así, CHOCLÁN MONTALVO, en *Derecho Procesal Penal*, p. 435.

28 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 69. En ese mismo sentido, la Corte Suprema explica que el objeto de la prueba por indicios “no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que **permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio (...)**”. R.N. n.º 1912-2005, Piura (FJ. 4)

directa del cual la prueba por indicios no puede verse excluida.

V. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA:

La prueba indiciaria implica la existencia de tres elementos: el hecho indicador, la inferencia lógica y el hecho indicado o deducido. Estos elementos, al momento de la valoración probatoria por parte del juez, siguen el orden secuencial expuesto²⁹.

V.1. El hecho indicador (el indicio)

En palabras de CAFFERATA NORES, el indicio es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro³⁰. Teniendo en cuenta ello, GARCÍA CAVERO hace bien en señalar que un indicio puede ser una acción, un acontecimiento, una circunstancia, una actitud, un objeto, una huella, etc., en síntesis, todo dato fáctico que tenga la capacidad de expresar información sobre otro hecho³¹. Este último deberá estar referido necesariamente a los elementos del tipo penal que se analiza en un caso concreto.

Respecto al indicio, importa destacar lo siguiente:

- a) Los indicios no forman parte del delito que se pretende probar. Los datos, hechos o circunstancias pueden aportar información directa o indirecta sobre la comisión del delito. Aquellos que aportan información de forma indirecta vendrían a ser lo que conocemos como “indicios”, toda vez que, si bien no aportan información sobre los elementos del tipo de un delito concreto, sí lo hacen sobre hechos circunstanciales que podrían conllevar a inferir razonablemente la existencia de los referidos elementos del tipo en un caso concreto.
- b) Los indicios deben ser numerosos. Como indica TALAVERA ELGUERA, un indicio, aunque por sí solo no proporcione prueba de la comisión del delito, unido a otros indicios sí pueden ser base suficiente como para sostener un fallo condenatorio³².
- c) El indicio debe ser preciso, es decir, cierto, determinado y unívoco (no vago) frente a la posibilidad que se indaga, por tanto, se debe encontrar libre de toda ambigüedad que permita la aplicación o consecuencia del indicio a una circunstancia distinta³³.

29 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 46.

30 CAFFERATA NORES, *La Prueba en el Proceso Penal*, p. 202.

31 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 47.

32 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 139.

33 CAÑÓN RAMÍREZ, *Práctica de la prueba judicial*, p. 349.

- d) El indicio debe estar probado. El hecho indicador debe encontrarse plenamente acreditado mediante prueba directa, excluyéndose de esta forma la acreditación a través de otros indicios, en razón de la inseguridad que ello provocaría³⁴. En similares términos, CAÑÓN RAMÍREZ considera que el indicio es grave cuando entre el hecho indicado y el indicador media un nexo probable creado por la dependencia inmediata, es decir, por una cadena causal fuertemente acentuada o por la exterioridad reveladora de su composición³⁵.
- e) El indicio debe ser concordante o convergente, esto quiere decir que el hecho indicador y el indicado sean secuenciales, esto es, que se correspondan y vigoricen entre sí, sin oposición, desarmonía ni contradicción. De modo que si los hechos no guardan una verdadera relación entre sí, por numerosos que sean, carecen de todo valor demostrativo, no constituyendo indicio alguno³⁶.

V.2. La inferencia lógica o relación de causalidad

La inferencia lógica es el análisis que se hace de un hecho conocido a partir del

cual se infiere la existencia o inexistencia de otro hecho inicialmente desconocido. Para realizar esta inferencia se habrán de tener en cuenta las reglas de la lógica, experiencia o el conocimiento de determinadas cuestiones técnicas o científicas³⁷. Así, por ejemplo, la regla lógica de que quien posee altas cantidades de droga es porque generalmente las vende; la regla científica que se apoya en las pruebas de ADN para identificar la participación del procesado en los hechos; o la máxima de la experiencia de que, en determinadas situaciones, el autor del delito investigado procede usualmente a eliminar toda evidencia que lo incrimine. Dicho de otro modo, la inferencia es la conexión racional entre el indicio y el hecho indicado o inferido³⁸.

Es importante que todos estos criterios permitan evidenciar en la inferencia lo siguiente: primero, coherencia, es decir, que la inferencia no sea absurda ni infundada, de modo tal que de los hechos indiciarios fluya como conclusión natural el hecho indicado³⁹; segundo, que el enlace que une el hecho indiciario con el indicado sea preciso y directo, es decir, que la deducción no conduzca a una amplia y difusa posibilidad de conclusiones (lo inferido debe ser la única explicación razonable

34 MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 59.

35 CAÑÓN RAMÍREZ, *Práctica de la prueba judicial*, pp. 347-348.

36 CAÑÓN RAMÍREZ, *Práctica de la prueba judicial*, p. 349.

37 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 139.

38 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 65.

39 En similares términos, CHOCLÁN MONTALVO, en *Derecho Procesal Penal*, p. 436.

sobre la comisión del delito) y que la conclusión directamente inferida del indicio debe ser la existencia del delito⁴⁰; y tercero, claridad y certeza, lo que quiere decir que mientras más segura sea –por ejemplo– la máxima de experiencia aplicada, aparecerá con mayor claridad la relación de causalidad existente⁴¹.

En caso de que la inferencia no goce de estas características, la valoración del indicio no podrá ser tenida por seria y no será potencialmente idónea para justificar algún efecto en el proceso. Queda claro entonces que, a efectos probatorios y de valoración, la inferencia lógica se constituye en un elemento esencial y de vital importancia para la prueba indiciaria, toda vez que los indicios, por sí solos, nada prueban en relación con el delito⁴².

V.3. El hecho indicado

El hecho indicado es el hecho no probado directamente, pero cuya existencia se tiene por cierta, ya que a él se ha arribado a través de un serio razonamiento lógico (la inferencia)

–sustentado en una ley científica, una regla lógica o una máxima de la experiencia– que ha tenido como materia prima otros hechos conocidos y probados (los indicios).

En el proceso penal, el hecho inferido o indicado es la base fáctica del hecho penalmente relevante, el cual está referido no sólo al injusto penal (elementos objetivos y subjetivos del tipo), sino, también, a la culpabilidad del autor⁴³. En lo que respecta a los elementos objetivos, como apunta GARCÍA CAVERO, todos ellos requieren de una base fáctica que debe acreditarse en el proceso penal, la que será posible a través de una prueba directa o de prueba por indicios, que es el caso que analizamos. En este último supuesto, habrá que probarse una cierta cantidad de indicios –según su fuerza probatoria– para “concluir, de manera razonable, que se da la base fáctica para afirmar la realización de la parte objetiva del tipo penal correspondiente”⁴⁴. En esa misma línea, se ha de acreditar la base fáctica del tipo subjetivo⁴⁵ o de la anti-juricidad –si la defensa ha alegado causas de justificación–. Evidentemente,

40 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, pp. 68-69.

41 VARELA, *Valoración de la Prueba*, p. 180.

42 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 140.

43 Así, RIVES SEVA señala que la prueba indiciaria se dirige a demostrar la certeza de los hechos delictivos y la participación del acusado en el mismo a través de una inferencia lógica que tiene como base hechos que no son constitutivos del delito objeto de investigación (los indicios). RIVES SEVA, *La Prueba en el proceso penal: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, p. 73. En ese mismo sentido, GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 69.

44 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 71.

45 Así, PÉREZ DEL VALLE explica que la probanza del dolo se realiza a través de la prueba indiciaria, “consistente (...) en la averiguación de un elemento que permanece en la esfera interna del acusado a partir de datos externos”. PÉREZ DEL VALLE, *Teoría de la prueba y Derecho penal*, p. 24.

en este último caso habrá que incorporarse datos facticos no necesariamente contenidos en la conducta típicamente relevante⁴⁶. Y, por último, se ha de acreditar los presupuestos fácticos de la categoría de la culpabilidad para concluir que el procesado ha sido autor de los hechos delictivos y que, habiendo podido actuar de otra forma, no lo hizo.

VI. CRITERIOS DE VALORACIÓN PRESENTES EN LA PRUEBA INDICIARIA

MIXÁN MASS explica que los estudios iniciales sobre la valoración probatoria por indicios se centraron en el análisis de los indicios, entendidos estos como fuente de sospecha; solo bastaba que algún dato fáctico (o indicio) levante sospecha sobre la realización de un delito para considerarlo cierto y con suficiente entidad para fundar una sentencia⁴⁷. No obstante ello, tal como hemos expuesto, en la actualidad esta técnica de valoración probatoria no puede reducirse a la comprobación de la existencia del indicio, sino que también importa la práctica del proceso mental (la inferencia lógica) que permite conectar dicho indicio con la circunstancia fáctica jurídicamente relevante que es justamente lo que se deduce (hecho inferido o indicado)⁴⁸.

Visto ello así, en el proceso penal la valoración probatoria por indicios consistirá concretamente en la reconstrucción mental de los hechos investigados –hecho indicado o inferido– que realiza el juez por vía de deducción⁴⁹ –inferencia lógica– a partir de datos fácticos, rastros, huellas, vestigios o circunstancias –indicios o hechos indiciarios– que deben ser numerosos (en cantidad no cuantitativa, sino cualitativa suficiente), graves (posibilidad real y unívoca conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y las máximas de la experiencia), precisos (ciertos, exactos y determinados) y concordantes (interdependientes, interrelacionados, concatenados o convergentes, de manera tal que uno sea antecedente necesario del subsiguiente)⁵⁰.

Así parece haberlo entendido el legislador del CPP 2004, quien ha dispuesto en el art 158.3 los requisitos necesarios para que se pueda hacer una valoración adecuada de la prueba por indicios. En primer lugar, **que el indicio esté probado**⁵¹, es decir, el indicio debe estar plenamente acreditado y para ello se ha de emplear una prueba directa, descartando, de este modo, toda posibilidad de emplear otra prueba indiciaria⁵². Lo cierto es que la probanza de un indicio a través de una inferencia lógica que se basa en otros indicios, le restaría capacidad y

46 GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 75.

47 MIXÁN MASS, *Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario, prueba indiciaria*, p. 16.

48 ASÍ, DÖHRING, citado por GARCÍA CAVERO, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, p. 47 (nota al pie n.º 10).

49 SUÁREZ VARGAS precisa que la inferencia inductiva en la valoración probatoria es en concreto una inferencia deductiva (y no inductiva), dado que se parte de la ley o leyes al caso en concreto. SUÁREZ VARGAS, *La prueba indiciaria en el proceso civil y en el proceso penal*, pp. 113-114.

50 CAÑÓN RAMÍREZ, *Práctica de la prueba judicial*, p. 341.

51 Casación n.º 300-2018, Sullana (FJ. 7).

52 VARELA, *Valoración de la Prueba*, p. 177.

fuerza probatoria para acreditar la comisión de un delito, por lo que su empleo en el proceso penal siempre generará dudas, más aún si nos encontramos frente a un modelo de proceso que pretende garantizar derechos fundamentales de suma importancia como la presunción de inocencia.

Es importante señalar que los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que afecte no solo a su acreditación sino, también, a su capacidad deductiva; siendo así que esa verificación tiende a evitar, en lo posible, la incidencia del azar y la posibilidad de su falsificación; esta actividad es de gran importancia, ya que si no existe seguridad sobre el hecho indicador, mal podrán establecerse las relaciones entre este y el hecho indicado, así como las necesarias inferencias para determinar la existencia del referido hecho indicado⁵³. La verificación debe realizarse atendiendo a la lógica existente sobre cada indicio y ha de materializarse en la necesidad de una motivación de la sentencia⁵⁴.

En segundo lugar, **que la regla de inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia**. Tal como lo hemos expuesto, la inferencia es uno de los elementos que conforman la denominada prueba indiciaria y consiste en demostrar que existe un nexo vinculante entre el hecho indicador (o indicio) y el hecho indicado (o inferido), así como que este es coherente,

preciso, directo, claro y cierto⁵⁵. Este nexo vinculante, como también ya hemos anotado, se asienta en las ya indicadas reglas de la lógica, de la ciencia y las máximas de la experiencia.

Es mediante la inferencia que la valoración probatoria por indicios –o prueba por indicios– adquiere verdadera relevancia para el proceso penal. En efecto, como ya dijimos, los indicios por sí solos no prueban nada en relación con el delito; solos no suponen otra cosa que meras sospechas, no propiciando efecto alguno en el desarrollo del proceso ni en la decisión final. Como indica TALAVERA ELGUERA: “Solo la expresión de este razonamiento permite afirmar que, efectivamente, hubo prueba de cargo –aunque indiciaria– suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia, lejána por lo tanto a un simple conjunto de variadas sospechas o conjeturas”⁵⁶.

En la misma lógica que los indicios, es necesario que la inferencia se exprese en el fallo. Con la advertencia de que la actividad probatoria indiciaria sea declarada nula, el juez está en el deber de exponer el razonamiento por medio del cual ha llegado a la conclusión que llegó, esto es, la certeza sobre la existencia del delito o sus elementos, así como la participación del sujeto en el mismo⁵⁷. Ello es así, porque en este razonamiento se encuentra el argumento probatorio de este tipo de técnica de valoración de

53 VARELA, *Valoración de la Prueba*, p. 177.

54 MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 64.

55 En similares términos, TOMÉ GARCÍA, en *Derecho procesal penal*, p. 505.

56 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 140.

57 TOMÉ GARCÍA, en *Derecho procesal penal*, p. 505.

pruebas⁵⁸. Deberá exponerse, entonces, qué regla de la lógica, la ciencia o la experiencia se ha empleado para establecer la conexión causal entre el indicio y el hecho que se infiere; y si ésta efectivamente lo demuestra coherente, preciso, directo, claro y cierto.

En tercer lugar, **que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes**.

Hemos ya indicado que los indicios pueden seguir una clasificación que los distingue en necesarios y contingentes. Los primeros son aquellos indicios que guardan una relación directa y necesaria con el hecho indicado⁵⁹, es decir, cuando el hecho indicado no puede tener por causa otra distinta al indicio⁶⁰. Los segundos, en cambio, posibilitan la deducción de una amplia gama de hechos indicados o inferidos⁶¹; y es así que este tipo de indicios pueden a su vez clasificarse en graves (cuando presentan un grado de probabilidad considerable

para conducir al hecho indicado⁶²) o leves (cuando del indicio pueden deducirse apenas circunstancias del hecho indicado, es decir, cuando el hecho indicado es apenas una consecuencia probable que puede inferirse del hecho indicador⁶³).

Teniendo en cuenta lo expuesto, se hace evidente por qué el legislador se ha referido en este tercer punto solo al tipo de indicios contingentes. En los casos en que haya posibilidad de obtener varios hechos consecuencias –como es el caso de los indicios contingentes–, la garantía de que el hecho consecuencia inferido sea el correcto es que este mismo haya sido obtenido a través de un razonamiento partido del análisis de una **pluralidad de indicios**⁶⁴ (reduciendo la posibilidad de error en la prueba al incrementar el número de indicios⁶⁵) que deben ser **concordantes**, es decir, deben confirmarse y corroborarse recíprocamente, no pudiendo contradecirse entre ellos mismos⁶⁶, **convergentes**, lo que significa que los indicios deben conducir a una única

58 VARELA, *Valoración de la Prueba*, p. 178.

59 CAÑÓN RAMÍREZ, *Práctica de la prueba judicial*, p. 343.

60 R.N. 1912-2015, Piura (FJ. 4). En ese mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, p. 46.

61 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 141.

62 CAÑÓN RAMÍREZ, *Práctica de la prueba judicial*, p. 347.

63 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 141.

64 Como indica PÉREZ-CRUZ MARTÍN, cuanto más variada y plural es la concurrencia de hechos indiciarios concluyentes, tanto más correcta intrínsecamente podrá considerarse la presunción que de ellos se deriva, permitiendo, de esa forma, controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-causa. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, en *Derecho procesal penal*, p. 544.

65 MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 65.

66 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 142. Para MARTÍNEZ ARRIETA, si uno de los indicios diverge, o se aparta del resto, el conjunto de la prueba indiciaría perderá eficacia probatoria, porque potenciará la posibilidad de la concurrencia del azar. MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 65.

conclusión⁶⁷, y, además, deben encontrarse en **manifiesta ausencia de contraindicios consistentes** que resten credibilidad o desbaraten la fuerza probatoria del hecho consecuencia inferido⁶⁸.

Respecto de los contraindicios, nuestra Corte Suprema los ha entendido como la existencia de “algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria”⁶⁹. SAN MARTÍN CASTRO explica así que el contraindicio puede “cuestionar la aparente solidez del indicio, (i) bien probando que el hecho indiciario no ha tenido existencia, (ii) bien procurando acreditar que no ha quedado suficiente probado, (iii) bien probando la realidad de otro hecho incompatible con el indicio, (iv) bien planteando alguna otra posibilidad fáctica que ponga en duda la realidad del hecho indiciario”⁷⁰.

Ahora bien, es interesante lo planteado por PASTOR ALCOY respecto al carácter subsidiario que representaría la prueba indiciaria frente a la prueba directa⁷¹. El problema –indica el citado autor– se presenta en un escenario en el cual las

conclusiones producto de la valoración de la prueba indiciaria, por un lado, y la de la prueba directa, por el otro, devienen en una contradicción. En estos casos, PASTOR ALCOY formula la siguiente interrogante: ¿es correcto dar prevalencia a la valoración de la prueba directa respecto de la indiciaria? Así como en cualquier otro supuesto similar, el juez posee la libertad para valorar cualquier medio de prueba, como elegir la técnica de valoración de pruebas (directa o indiciaria), por lo que en el caso planteado deberá determinar, en concordancia con todos los elementos probatorios, la aceptación o rechazo de la prueba directa o indiciaria. No hay que olvidar, además, que ambas pruebas (la directa y la indirecta) tienen la misma capacidad probatoria, siendo lo único que los diferencia el método que se sigue en cada una de ellas para arribar –en atención a lo realmente acontecido– a las conclusiones probatorias. Así, MIRANDA ESTRAMPES concluye que la diferencia entre ambos tipos de pruebas está en el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siendo que la de indicios exigirá inferencias adicionales o suplementarias al recaer sobre hechos de carácter secundario o periférico⁷².

67 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 143. Sobre ello, MARTÍNEZ ARRIETA explica a la conclusión se debe de arribar de manera inmediata, sin que sea admisible que al hecho indicado pueda llegarse a través de varias deducciones o cadenas de silogismos. MARTÍNEZ ARRIETA, *Colección CURSOS: La prueba en el proceso penal*, 1993/12, p. 65.

68 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 143.

69 Casación n.º 628- 2015, Lima (cons. 5).

70 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Prueba por indicios*, véase:

<<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7381930042e946a29f8bbfd49215945d/Articulo+-+Cesar+San+Martin.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7381930042e946a29f8bbfd49215945d>> (última visita: 13 de mayo de 2019).

71 PASTOR ALCOY, *Prueba por indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, pp. 32-33.

72 MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, p. 38.

Una vez hecho esto, importa mucho que el juez justifique la decisión adoptada, en concreto, explicar por qué escogió la prueba indiciaria incriminatoria y no la prueba directa absolutoria⁷³.

Por último, no debemos olvidar que a través de esta técnica de valoración

probatoria no se pretende demostrar la verdad con las conclusiones inferidas, sino afirmar una alta probabilidad de que ciertos hechos de relevancia procesal (desconocidos y escasos de prueba) son verdaderos⁷⁴; es decir, lo mismo que una prueba directa.

73 Casación n.º 628- 2015, Lima (cons. 5).

74 COPI, citado por CAÑÓN RAMÍREZ, *Práctica de la prueba judicial*, p. 341.

CINCO ASEDIOS A LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCIÓN; II. ¿EXISTE A NIVEL CONSTITUCIONAL UN ÚNICO PARÁMETRO DE IMPUTACIÓN NECESARIA?; III. ¿TIENEN LOS DOGMÁTICOS LA FÓRMULA PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE CONTENIDO ESENCIAL DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA?; IV. ¿QUÉ PIENSAN LOS JUECES SOBRE LAS IMPUTACIONES MÁXIMAS Y MÍNIMAS?; V. ¿EXISTE UN ÚNICO CONTENIDO ESENCIAL Y UNIVERSALIZABLE DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA?; VI. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?; VII. UNA CONCLUSIÓN; Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El autor reflexiona sobre la agudización de la discusión acerca de la Imputación Necesaria máxima o mínima a nivel constitucional, dogmático y jurisprudencial; no obstante, refiere, que al momento no existe una única solución satisfactoria aplicable a toda clase de delitos. En cuanto a los delitos Contra la Administración Pública, refiere que es vital contar con criterios fuertes de Imputación Necesaria, en base a la teoría de la infracción del deber funcional que eleva el estándar de imputación de cargos para la expedición de una sentencia condenatoria.

1 Juez de Investigación Preparatoria de Arequipa.

ABSTRACT

The author reflects on the sharpening of the discussion about the maximum or minimum necessary accusation at the constitutional, dogmatic and jurisprudential level. Nevertheless, he says that, now, there is no single satisfactory solution applicable to all kinds of crimes. Regarding crimes against the Public Administration, he says that it is vital to have strong criteria of Necessary Accusation, based on the theory of the functional duty's infringement that raises the standard of pressing charges for the issuance of a conviction.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

La Imputación Necesaria en los delitos contra la Administración Pública requiere resolver una serie de cuestiones vinculadas a los niveles de imputación exigibles en un Estado de Derecho Constitucional.

Tal vez la identificación del contenido esencial de la Imputación Necesaria resulte el tema por excelencia sobre el que constitucionalistas, dogmáticos y prácticos del derecho no han logrado aún establecer consensos.

Dentro de este contexto se han venido elaborando tendencias de imputaciones **máximas** e imputaciones **mínimas para resolver los cuestionamientos a nivel de la judicatura**, en cuanto a la extensión de la Imputación Necesaria y Concreta.

En materia de delitos contra la Administración Pública también los niveles de imputación resultan uno de los principales temas por resolver cuando se trata de analizar un caso en concreto, por lo que es indispensable desarrollar con detalle si la imputación se extiende hasta los verbos

rectores, modalidades delictivas, agravantes o atenuantes y el razonamiento indiciario.

II. ¿EXISTE A NIVEL CONSTITUCIONAL UN ÚNICO PARÁMETRO DE IMPUTACIÓN NECESARIA?

En materia de Imputación Necesaria el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que el derecho a ser informado de los cargos de la imputación comprende el conocimiento de la calificación jurídica y los hechos de la conducta prohibida imputada.

Así aparece en la sentencia del caso Luis Enrique Rojas Álvarez, de fecha 23 de marzo del 2007, Fundamento Jurídico 8, Expediente N° 0402-2006-PHC/TC LIMA, donde expresamente se dice:

*“Todo justiciable tiene derecho a conocer de forma cierta, expresa e inequívoca, los **cargos** que pesan sobre él con el objeto de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de la conducta prohibida que se le imputa, surgiendo el derecho a probar, el contradictorio, la igualdad sustancial –entre otros– como atributos constitucionales del justiciable que son conocidos como tutela procesal efectiva”.*

No obstante, esta versión de la Imputación Necesaria tiene ciertos contrastes brindados por el propio Tribunal Constitucional, cuando plantea la necesidad de una imputación con expresa referencia a las modalidades delictivas, con el fin de proporcionar una exhaustiva determinación de la calificación jurídica, para luego admitir que esta regla merece ser evaluada en cada caso concreto, sobretudo, si la modalidad

delictiva atribuida puede inferirse de los hechos.

En el primer caso se encuentra la sentencia del caso Margarita Toledo Manrique, de fecha 6 de agosto del 2005, Fundamento Jurídico 14, Expediente N° 3390-2005-PHC/TC, en el que se precisa que es indispensable especificar la naturaleza pública o privada de los documentos materia de falsificación.

El texto pertinente es el siguiente:

“En el caso de autos, el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por Falsificación de Documentos en General, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisarse si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre la modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce”.

En el segundo caso tenemos la sentencia del caso Luis Grover González Gallardo, de fecha 24 de setiembre del 2008, Fundamento Jurídico 20, Expediente N° 01425-2008-PHC/TC, donde la omisión de la denominación de documento privado o público falsificado debe ser evaluada según las circunstancias del caso concreto.

El extremo anotado se consigna a continuación:

“Asimismo conviene precisar que este Tribunal en varias oportunidades ha emitido pronunciamientos estimatorios respecto al cuestionamiento del auto apertorio de instrucción en los cuales no se había señalado de manera específica la modalidad delictiva (STC N° 3390-2005-PHC, caso Toledo Manrique; STC N° 9727-2005-PHC, caso Ramírez Miranda; STC N° 9544-2006-PHC, caso Peñaranda Castañeda; STC N° 9811-2006-PHC, caso Horque Ferro; STC N° 0214-2007-PHC, caso Huaco Velásquez; STC N° 1132-2007-PHC, caso Berckemeyer Prado); sin embargo, ello no obliga a que este Colegiado en todos los casos tenga que pronunciarse en el mismo sentido, pues es evidente que pueden presentarse diversos casos en los que una circunstancia de esta naturaleza per se no resulta vulneratoria de derechos fundamentales. Tal sería el caso en que, pese a no haberse señalado de manera específica la modalidad delictiva en la que habría incurrido el imputado, de la lectura del contenido del auto apertorio de instrucción sí se desprende la naturaleza jurídica (pública o privada) del documento cuya falsificación se atribuye; naturalmente esta circunstancia debe ser evaluada en cada caso concreto”.

Otra variante se presenta al momento de considerar dentro de la Imputación Necesaria a los elementos de convicción y los indicios invocados, ya que en la sentencia del caso David Aníbal Jiménez Sardón, de fecha 29 de agosto del 2006, Fundamentos Jurídicos 9 y 10, Expediente N° 5325-2006-PHC/TC, se concluye que son requisitos indispensables de la acusación.

La parte aludida es la que sigue:

*“Siendo esto así, resulta conforme al derecho de todo ciudadano reconocido por la Constitución Política del Estado la exigencia, para que la acusación sea cierta, no implícita sino precisa, clara y expresa, es decir todo auto de ampliación ha de contener en la motivación una descripción suficientemente detallada de los hechos nuevos considerados punibles que se imputan y del **material probatorio** o de los **indicios** que justifican tal decisión”.*

Al parecer, la posición asumida por el Tribunal Constitucional peruano, si bien tiene claro que la Imputación Necesaria implica el derecho de conocer la calificación jurídica y los hechos; a pesar de ello, ha devenido en oscilante en relación al reconocimiento de la modalidad delictiva, elementos de convicción e indicios como parte del contenido esencial cautelado por la Imputación Necesaria.

Es por ello que actualmente, a nivel de la justicia ordinaria, se debate arduamente los límites de la Imputación Necesaria, al no contarse con un parámetro claramente definido a nivel constitucional, que permita resolver de forma definitiva los temas de imputación en cada caso concreto.

III. ¿TIENEN LOS DOGMÁTICOS LA FÓRMULA PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE CONTENIDO ESENCIAL DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA?

Desde el punto de vista dogmático, existen dos posiciones claramente marcadas en cuanto al tema de la Imputación Necesaria, en el ámbito peruano, cuyo origen se remonta a la indeterminación del Tribunal

Constitucional al momento de delimitar el contenido esencial del derecho a conocer los hechos y el delito atribuidos.

En principio, la imputación puede ser definida como la carga que tiene el Ministerio Público de atribuir a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal (Mendoza, 2011); o, análogamente, en otra acepción, como la descripción detallada y precisa del hecho que se atribuye a cada individuo, la calificación jurídica y las pruebas (Castillo, 2008).

Esta postura tiene el propósito de evitar cualquier vulneración al derecho de defensa, e imprime, automáticamente, la obligación de elaborar una imputación completa a la parte acusadora; no obstante, su exacerbación en el ejercicio práctico del derecho puede conducir a exigir niveles de imputación irracionales, con el afán de obstaculizar el proceso.

De otra parte, la imputación también puede ser conceptualizada como la atribución de hechos con claridad suficiente para ser entendida por cualquier persona con inteligencia común, lo que no implica que la ausencia de detalles genere una indefensión insuperable (Reynaldi, 2016), por lo que la construcción de la imputación es progresiva y únicamente va a estar finalmente definida al instante de la presentación de la acusación (Chinchay, s/f). Esta posición, defendida casualmente por representantes del Ministerio Público, sugiere la presencia de una imputación suficiente y mínima susceptible de ser conocida por el imputado, bajo la égida del respeto a su derecho de defensa, lo que tiene como ventaja un análisis circunstanciado de la imputación en cada caso concreto, pero, a su vez, podría

generar un retroceso en el carácter expansivo de los derechos y la tentación de condenar con imputaciones genéricas, abstractas e incompletas, bajo el pretexto de la lucha contra la impunidad.

En consecuencia, los dogmáticos del derecho han agudizado la controversia en torno a la demarcación epistemológica de la Imputación Necesaria, reconduciendo el debate entre una suerte de imputación máxima, al exacerbar las exigencias de la defensa del imputado, y una imputación mínima que puede estar presente en cualquier parte de la acusación fiscal, incluyendo las notas de pie de página.

IV. ¿QUÉ PIENSAN LOS JUECES SOBRE LAS IMPUTACIONES MÁXIMAS Y MÍNIMAS?

A nivel jurisprudencial, esta tensión entre la Imputación Necesaria máxima y la Imputación Necesaria mínima se ha trasladado a los foros judiciales, dado que, actualmente, uno de los principales puntos debatibles a superar en una audiencia de prisión preventiva o control de acusación resulta, por antonomasia, el tema de la Imputación Necesaria.

Ahora bien, en la práctica, la Imputación Necesaria máxima suele poner énfasis en:

- La presencia detallada de todos los elementos principales y accesorios de la imputación fáctica y jurídica de forma comprensible para el ejercicio de la defensa del imputado;
- La correspondencia literal entre los hechos formalizados, imputados, atribuidos, acusados, juzgados y materia de ejecución en un proceso,

para lograr una reconstrucción textualmente inamovible a lo largo del proceso.

Por su parte, la Imputación Necesaria mínima más bien incide en que se cumpla procesalmente con:

- Consignar al menos la calificación jurídica y los hechos básicos de la conducta imputada;
- Salvaguardar mínimamente el derecho de defensa del imputado en cada caso en concreto, con la finalidad de evitar exigencias exageradas o imposibles a la parte acusadora.

En este tema, la jurisprudencia tampoco tiene una respuesta totalmente satisfactoria, en virtud a que, si bien existe consenso sobre la validez teórica de la institución de la Imputación Necesaria; no obstante, suele suceder que los jueces asuman posturas de Imputación Necesaria máxima o Imputación Necesaria mínima, de acuerdo a su propia concepción del rol del proceso penal.

Así, los jueces que privilegian los derechos fundamentales tendrán una tendencia a exigir mayores alcances a la imputación, y, por ende, de estándares de prueba para condenar, mientras los jueces más preocupados por la seguridad de la sociedad frente al crimen, optarán por aceptar imputaciones básicas y reducirán los estándares de prueba para evitar la impunidad.

Aunque es factible encontrar un tercer grupo de jueces que oscilan entre la exigencia de imputación máxima e imputación mínima, alternativamente, según se trate del caso en concreto, lo que se encuentra favorecido por la amplitud de interpretaciones que merece el contenido de la imputación

de los cargos, con el riesgo de generar una interpretación bipolar de la imputación en casos similares.

V. ¿EXISTE UN ÚNICO CONTENIDO ESENCIAL Y UNIVERSALIZABLE DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA?

En este punto del debate, la determinación jurisprudencial del contenido esencial de la Imputación Necesaria, requiere resolver las cuestiones siguientes:

- a) ¿Tiene la Imputación Necesaria un canon universal en todas las etapas, delitos y casos?
- b) ¿Debe la Imputación Necesaria analizarse en relación al ejercicio del derecho de defensa?
- c) ¿Se mide la Imputación Necesaria en función a las posibilidades reales de búsqueda de la verdad?
- d) ¿Es la Imputación Necesaria un tema de ponderación de derechos fundamentales?

En cuanto a la primera cuestión, sobre los niveles de Imputación Necesaria a lo largo del proceso, es por lo general aceptado su carácter progresivo, en el sentido de que la imputación se va construyendo con mayor información desde las diligencias preliminares hasta la conclusión de la investigación preparatoria.

De otra parte, cada vez resulta más evidente que la imputación de un delito depende de su naturaleza y a veces del caso en concreto, puesto que la falta de consenso en la doctrina, respecto de la conceptualización de los elementos descriptivos del tipo penal, determinará, inevitablemente,

la diversidad de criterios para articular una imputación, incluso mínima, en el proceso penal.

Respecto a la segunda cuestión, sobre la importancia del derecho de defensa al momento de analizar la Imputación Necesaria, ya anteriormente se ha referido que la jurisprudencia constitucional confería especial relevancia a la afectación del derecho de defensa, para calificar si se habría vulnerado la Imputación Necesaria, por lo que, en términos prácticos, corresponde en cada caso específico verificar las posibilidades reales de defensa que tuvo el imputado sujeto a un estándar mínimo de imputación.

La tercera cuestión plantea medir la Imputación Necesaria de acuerdo a las limitaciones fácticas en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, una clara demostración resulta la aceptación de imputaciones aproximativas en delitos de violación de la libertad sexual o actos contra el pudor de menores de edad, en relación al resto de delitos comunes, en los que se flexibiliza el nivel de la imputación a extremos incluso inferiores a la Imputación Necesaria mínima, por la difícil reconstrucción de los hechos en base a los recuerdos de menores de edad, lo que también podría ampliarse a personas de especial condición de vulnerabilidad y situaciones de excepcional complejidad en la determinación de los hechos.

Todo lo anterior permite abordar la cuarta cuestión acerca si la ponderación no resulta acaso el mejor mecanismo para resolver los problemas de Imputación Necesaria, cuando se discuta la naturaleza de su contenido esencial, constitucionalmente protegido.

La invocación de la ponderación con sus tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, representa quizás la herramienta natural para resolver el problema de la determinación de la Imputación Necesaria máxima o mínima, en un caso concreto en el ámbito procesal penal.

Sin embargo, esta solución casuística tiene el defecto de atomizar la Imputación Necesaria a tal punto que podría pensarse en parámetros de imputación diversos para supuestos iguales, pero en contextos diferentes, de acuerdo a los grados de optimización de los derechos constitucionales en juego.

VI. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

La controversia en materia de Imputación Necesaria también se extiende a los delitos Contra la Administración Pública, por cuanto el nivel de Imputación Necesaria mínima y máxima es uno de los puntos cruciales que debe ser superado en diligencias de prisión preventiva, control de acusación e incluso de la sentencia, para determinar la expedición de decisiones judiciales con respeto al derecho de defensa.

Actualmente, algunos de los temas que merecen ser estudiados a profundidad, en cuanto al nivel de imputación en delitos Contra la Administración Pública, son los siguientes:

- a. La determinación exhaustiva de los verbos rectores y modalidades delictivas empleadas para la comisión del delito, lo que de alguna forma ha quedado solucionado a través de la

aceptación en la jurisprudencia nacional de la teoría de la infracción del deber, en cuanto a la determinación de la autoría y participación en los delitos Contra la Administración Pública (Sallinas, s/f).

En esta óptica, la Imputación Necesaria para esta clase de delitos exige un parámetro más elevado que una mera imputación básica, pues al actuarse en el marco de deberes funcionales, corresponde una clara distinción entre infracciones administrativas y delitos propiamente dichos; por lo que la imputación siempre deberá contener los verbos rectores y las modalidades delictivas.

- b. La exigencia de la descripción de hechos para postular agravantes o atenuantes cualificadas, privilegiadas o genéricas; así como, para reconstruir el elemento subjetivo: dolo o culpa en los delitos contra la administración pública.

En cuanto a las agravantes o atenuantes, es indudable que la determinación de la pena requiere de una descripción básica de los hechos que sustentan un incremento o disminución de la sanción penal.

Pero, lo que puede generar discrepancias, es la necesidad de consignar componentes de hecho para el elemento subjetivo, ya que para muchos este punto se infiere precisamente del elemento objetivo, por ende, bastaría con los datos objetivos del caso para cumplir con la Imputación Necesaria; en cambio, para otros, es indispensable contar con proposiciones fácticas de directo contenido subjetivo (Mendoza, 2012: 106).

Al parecer, en esta clase de delitos no cabe una reconstrucción automática del dolo o culpa con la sola referencia a los hechos del caso, sino que es necesaria una base fáctica para elaborar el conocimiento y voluntad o la omisión de funciones específicamente atribuidas; por ende, es inadmisibles que las decisiones se basen en la mera presunción del elemento subjetivo.

- c. La identificación de los indicios con su estructura de hechos base, hechos supuestos y razonamiento inferencial, deviene en una consecuencia natural de un modelo de Imputación Concreta, acorde con la especialización de los delitos Contra la Administración Pública.

La depuración del debate desde la investigación preparatoria hasta el juicio requiere la postulación de los indicios, para que la defensa ejerza su adecuado control vía contraindicios, de tal forma que las decisiones jurisdiccionales ponderen las teorías

del caso propuestas por las partes de forma integral.

VI. UNA CONCLUSIÓN

A nivel constitucional, dogmático y jurisprudencial, se ha agudizado la discusión acerca de una Imputación Necesaria máxima o mínima, sin que al momento exista una única solución satisfactoria de carácter universalizable para toda clase de delitos.

A pesar de ello, en materia de delitos Contra la Administración Pública, es vital contar con criterios fuertes de Imputación Necesaria, en base a la teoría de la infracción del deber funcional que eleva el estándar de imputación de cargos para la expedición de una sentencia condenatoria, lo que comprende la determinación de los verbos rectores y las modalidades delictivas, la descripción de hechos para las agravantes o atenuantes cualificadas, privilegiadas o genéricas, y la identificación de los indicios con su estructura de hechos base, hechos supuestos y razonamiento inferencial.

BIBLIOGRAFIA

- CASTILLO, J.L. (2008). *El derecho a ser informado de la imputación. Anuario de Derecho Penal 2008*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 211.
- CHINCHAY, A. (s/f). *La imputación necesaria*. Recuperado de: <<https://www.youtube.com/watch?v=WIaJPhmWQ20>>.
- MENDOZA, C. (2011). *Imputación Concreta. Aproximación razonable a la verdad*. Revista Oficial del Poder Judicial, 4-5 (6-7), 82.
- REYNALDI, R. (2016). *¿Imputación concreta o contador de palabras?* Ensayo sobre la construcción de una imputación razonable, dentro del marco de un proceso penal garantista. Recuperado de: <<https://legis.pe/imputacion-concreta-contador-palabras-ensayo-construccion-imputacion-razonable-marco-proceso-penal-garantista/>>.
- SALINAS, R. (s/f). *Delitos contra la Administración Pública. La teoría de infracción del deber en la jurisprudencia peruana*. Recuperado de: <https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2_int_d_adm_publica.pdf>.

Leysi Mendoza Herrera¹

PRISIÓN PREVENTIVA Y GERENCIALISMO: EL FIN NO JUSTIFICA LOS MEDIOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA Y PERÚ; III. POLÍTICA CRIMINAL; IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La autora estudia la institución de la prisión preventiva y su aplicación, a veces indiscriminada, en el Perú. Hace un estudio estadístico comparativo de su vigencia en ciertos países de Latinoamérica y su uso para justificar el éxito de la política criminal de un Estado, basados en teorías gerencialistas que pretenden mostrar supuestos avances en materia de criminalidad. “¿El fin justifica los medios?”.

ABSTRACT

The author studies the institution of preventive custody and its application, sometimes indiscriminate, in Peru. It makes a comparative statistical study of its validity in certain countries of Latin America and its use to justify the success of the criminal policy of a State, based on managerial theories that aim to show purported advances in crime. “Does the end justify the means?”

1 Capitán del Ejército peruano. Fiscal Militar Policial Adjunta de la Fiscalía Militar Policial N° 7 de Amazonas.

I. INTRODUCCIÓN

En una investigación fiscal, iniciada a raíz de un accidente de tránsito en una céntrica calle limeña, donde fallecieron dos ciudadanos, nos llamó la atención que la Oficina Descentralizada de Control Interno de Lima del Ministerio Público, con inusual celeridad, mediante Resolución N° 2063-2019, haya solicitado que el Fiscal a cargo de la investigación, informe las razones por las cuales “*pese a la gravedad de los hechos, ordenara su liberación*”; vale decir, se exige al Fiscal Provincial que explique por qué razones no solicitó prisión preventiva contra la investigada, como si dicho pedido fuera obligatorio en toda investigación.

Como se sabe, la prisión preventiva, es una medida cautelar personal mediante el cual, un órgano jurisdiccional, en el curso de un proceso penal y cuando las otras medidas preventivas resulten insuficientes, ordena el internamiento de un procesado en un penal, restringiendo temporalmente su derecho a la libertad.

La ley, la doctrina y la jurisprudencia, coinciden en afirmar que es una medida de aseguramiento, cuya finalidad es garantizar que el imputado, no altere el normal curso de las investigaciones fiscales o rehuya este.

Entonces, no resulta imprescindible que, iniciada una investigación fiscal, aun

tratándose de delitos de determinada gravedad, se tenga que acudir a esta medida; por cuanto su razón de ser, no tiene nada que ver con la materia investigada, sino con el comportamiento del investigado en el curso de la misma.

En las próximas líneas, esbozaremos algunas ideas respecto de los criterios de política criminal imperantes en nuestro país, que guardan relación con teorías gerencialistas que pretenden mostrar supuestos avances en materia de criminalidad, llenando las cárceles de nuestro país, sin importar el riesgo de colapso del sistema penitenciario. En una reactualización de la frase “El fin justifica los medios”².

II. PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA Y PERÚ

a. América Latina

Entre los años 70's y 90's, llevados por un exceso de “populismo punitivo”³, en la región, la prisión preventiva era la regla general.

CARRANZA⁴ en un estudio efectuado para el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), determinó que entre 1978 y 1992, en la gran mayoría de los países de América Latina, el porcentaje de presos sin condena

2 Inicialmente atribuida a Nicolás Maquiavelo; en realidad fue escrita por Napoleón Bonaparte, en la última página de un ejemplar del libro “El Príncipe” de Maquiavelo.

3 Surgido a finales del Siglo XX, fue A. Bottoms el primero en utilizarlo en su obra *The Philosophy and politics of punishment and sentencing* (1995), seguido por otros autores como Roberts et al. (2003), Newburn y Jones (2005) y Pratt (2007). Todos ellos entendían por populismo punitivo la utilización electoralista del Derecho Penal.

4 CARRANZA, Elías, “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”, en Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. San José, Costa Rica. ILANUD, Siglo XXI Editores, 2001.

superaban a los presos condenados. En el caso peruano, era del orden del 71%; es decir, por cada 3 internos sin sentencia –con prisión preventiva o equivalente–, había 1 interno con sentencia.

En el sistema imperante –inquisitivo o mixto–, la prisión preventiva prácticamente era una pena anticipada, que se resolvía sin mayor argumento, bastando solo la gravedad del delito imputado.

En este orden de cosas, en las últimas décadas, América Latina se vio envuelta en un proceso de reformas procesales, dejando al margen el denominado proceso inquisitivo, para dar pase a un sistema de justicia penal de tipo acusatorio, con bases anglosajonas; una de cuyas manifestaciones, lo constituye el uso racional de la prisión preventiva, como consecuencia de una plena observancia de los estándares internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dichas reformas se iniciaron en 1994, en Guatemala, con la entrada en vigencia de su Código Procesal Penal; 1998 en Argentina (provincia de Buenos Aires), Costa Rica, El Salvador; 1999 en Venezuela; 2000 en Bolivia, Chile, Paraguay; 2001 en Ecuador; 2002 en Nicaragua, Honduras; 2004 en República Dominicana; 2005 en Colombia; 2006 en Perú; México en 2008; y, Panamá en 2009.

Cambios que incidieron en el uso de la prisión preventiva, tanto en su regulación normativa como en la forma en que era utilizada.

En tal sentido, al estar regulada con una lógica cautelar, la prisión preventiva debería

garantizar prosecución del proceso y no utilizarse como un anticipo de condena.

En cuanto a su extensión temporal, las nuevas reglas procesales incorporadas en los Códigos adjetivos implementados en los países, incorporó límites temporales máximos de duración, al uso de la prisión preventiva; convirtiéndose además en una excepción y no una regla, cuya aplicación sólo sería a requerimiento del ente persecutor, previa justificación de su necesidad –en determinadas situaciones o comportamientos–.

Por otro lado, varias de las legislaciones establecieron sistemas de revisión de oficio de la medida, con la finalidad que los jueces evalúen en el tiempo su permanencia. Así, por ejemplo, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, establecieron revisiones de oficio cada tres meses y Chile, cada seis.

Por último, frente a la excepcionalidad de la medida, se reguló, además, un listado alterno de medidas cautelares, a los cuales los jueces podían acudir antes de imponer la medida restrictiva, que fundamentaba su excepcionalidad de ultima ratio.

Al 2013, los datos recolectados para evaluar el impacto de los cambios en las reformas procesales, en algunos casos, eran alentadores y en otros no. Así, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, indicó que la tasa de presos sin condena, por cada 100 mil habitantes, a dos o tres años de iniciada la reforma y en la actualidad, en los procesos de reforma iniciados en el siglo XXI⁵, son las siguientes:

5 CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Prisión preventiva en américa latina: Enfoques para profundizar el debate. Santiago de Chile, Chile, 2013 (pág.63).

País	Inicio de la reforma	2 o 3 años después del inicio de la reforma	Último dato disponible
Bolivia	2000	44	87
Chile	2000	75	68.8
Colombia	2005	40.5	51.6
Ecuador	2001	48.2	80.8
Honduras	2002	102.2	76.9
Nicaragua	2002	17	23
Rep. Dominicana	2004	75.9	103.3
Paraguay	2000	63.8	87

A los pocos años de implementación de los nuevos procesos penales, mostraban disminución en el porcentaje de internos sin condena, que hizo abrigar esperanzas de la conveniencia en su adopción; sin embargo, años después, los mismos indicadores muestran que esta disminución inicial está en franco retroceso; incluso, se ha revertido la situación.

Este retroceso, a utilizar la prisión preventiva como un mecanismo para hacer frente a los índices de criminalidad, es asociado a la percepción que tiene la ciudadanía respecto de la política criminal.

La lentitud de los procesos, asociados al anterior modelo inquisitivo; también presente en los procesos acusatorios, ha llevado a la convicción que la prisión preventiva es la única respuesta posible frente al crimen imperante en América Latina. Con lo que

retornamos a que la medida sea aplicada de manera indiscriminada, sin mayores argumentos legales, llevados por sobre todo a mostrar resultados satisfactorios para la sociedad, sin importar la observancia del debido proceso o de las garantías procesales.

b. Perú

En nuestro país, estos cambios se dieron con la dación del Código Procesal Penal de 2004, cuyo proceso de implementación, 25 años después, todavía no termina, faltando aplicarse en Lima metropolitana.

El Instituto Nacional Penitenciario, en informe estadístico⁶ presentado al mes de julio 2019, ha precisado que tiene un alto porcentaje de sobrepoblación y hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, así como un gran porcentaje de internos en

6 Elaborado por la Unidad de Estadística del INPE. - Recuperado de: <www.inpe.gob.pe>.

situación jurídica de procesados –léase prisión preventiva–; algunos de ellos, incluso, exceden el tiempo previsto por la ley.

Tal es así que, al mes de julio del año en curso, se cuenta con 34,558 internos en calidad de procesados y 60,284 internos en calidad de sentenciados, que representan el 36.44% y 63.56% de la población penitenciaria total, respectivamente.

Otro dato que llama la atención es que, a nivel nacional, figuran 3,121 internos recluidos por más de 5 años en la situación jurídica de procesados. En Lima, 13 internos se encuentran recluidos por más de 15 años con dicha situación jurídica.

De acuerdo con lo indicado en dicho informe estadístico, y otros emitidos con anterioridad por ese órgano rector, la tendencia de internos con condena y sin ella tuvo el mismo comportamiento que en Latinoamérica.

En cuanto a Lima, las cifras reflejan que al interior de los centros penitenciarios existentes conviven 10,734 internos sin condena, al lado de 18,589 condenados. En el Callao, existen 1,176 internos en calidad de procesados, frente a 2,105 sentenciados.

Esta información de primera mano nos permite afirmar que la implementación de un nuevo modelo procesal acusatorio nos garantiza que no se acuda a la prisión preventiva, como pretexto para paliar los índices de criminalidad en el Perú.

Los presupuestos previstos por el ordenamiento procesal penal, para imponer una medida cautelar de prisión preventiva en el Perú, son:

- Alta probabilidad que el imputado sea responsable de la comisión de un hecho delictivo.
- Que la probable pena a imponerse supere los cuatro años de privación de libertad; y,
- Los antecedentes del imputado u otras circunstancias del caso concreto, permitan presumir razonablemente que tratará de eludir el proceso o perturbar las investigaciones.

A pesar de la claridad de su formulación, la aplicación de dichos presupuestos, que son similares a los planteados por la doctrina y a lo legislado en los ordenamientos latinoamericanos, en nuestro país, se ha requerido que diversos tribunales tengan que pronunciarse, en vía de interpretación, para estandarizar diversos criterios; así tenemos, algunos Acuerdos Plenarios sobre adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva⁷, la obligación de pronunciarse respecto de todos los presupuestos materiales de la prisión preventiva⁸, la implementación de una base de datos de seguimiento de prisiones preventivas⁹, el plazo para impugnar el requerimiento de prisión preventiva en proceso inmediato¹⁰, la prolongación automática del plazo de prisión preventiva¹¹; y, sobre la prolongación

7 Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2017/CIJ-116.

8 Acuerdo 2-2017-SPS-CSJLL.

9 Acuerdo 7-2018-SPS-CSJLL.

10 Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de Lima Norte 2016.

11 Pleno Jurisdiccional Distrital Corte Superior de Justicia de Lima Este.

de la prisión preventiva en caso se revoque la condena¹².

Igualmente, la Corte Suprema se ha pronunciado mediante diversas casaciones al respecto: Doctrina jurisprudencial vinculante sobre Audiencia, motivación y elementos de la prisión preventiva¹³, doctrina jurisprudencial sobre la apariencia del delito como presupuesto de la prisión preventiva¹⁴; y, otros¹⁵. Hasta la más reciente Casación N° 1145-2018, Nacional.

Existe abundante jurisprudencia respecto del uso o abuso de la prisión preventiva, que tampoco ha contribuido a una mejora en la política criminal del Estado peruano.

III. POLÍTICA CRIMINAL

BINDER¹⁶ (1997), conceptúa la política criminal como aquel conjunto de decisiones referidas al uso estatal de su poder punitivo, con la finalidad de prevenir conductas delictivas.

Concepto acuñado en el siglo XVIII, es entendido como la política del Estado en su lucha contra el crimen, a través del empleo de diversos medios, e instrumentos que permitan su extinción; o, por lo menos, su reducción.

A pesar de la importancia de establecer políticas públicas en materia de criminalidad, que permanezcan en el tiempo, en gran número de países de esta parte del mundo; no obstante el tiempo transcurrido desde su conceptualización, no se puede visualizar una verdadera política criminal que implique una búsqueda de solución al problema de la criminalidad, habiéndose los diversos Estados conformado con incrementar las penas, siguiendo la corriente sensacionalista denominada “populismo punitivo”, que hace daño a la sociedad, al preocuparse solo por la represión antes que la prevención; inclusive, queriendo mostrar resultados estadísticos sin ninguna base formal.

Ahora bien, para la elaboración y desarrollo de dichas actividades de “*Política Criminal*”, la sociedad debe echar mano de otras ramas del Derecho, como, los derechos humanos; y, de diversas disciplinas o metodologías de estudio, como el gerencialismo, entre otras.

III.1. Los derechos humanos

El tema de los derechos humanos es una realidad que no se puede ignorar. Países como el Perú son fieles seguidores de una política internacional respetuosa y promotora de los derechos humanos; en este sentido, sus políticas de Estado, entre ellas,

12 Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Superior de Justicia de Sullana.

13 Casación 626-2013, Moquegua.

14 Casación 564-2016, Loreto.

15 Casación 631-2015-Arequipa; Casación 704-2015, Pasco; Casación 724-2015, Piura; Casación 778-2015, Puno; Casación 119-2016, Áncash; Casación 147-2016, Lima; Casación 216-2016, El Santa; Casación 564-2016, Loreto; Casación 708-2016, Apurímac; Casación 1021-2016, San Martín; Casación 1-2007, Huaura; Casación 1503-2017, Tumbes.

16 BINDER, Alberto M. (1997). *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Ad. Hoc, Buenos Aires, Argentina.

la criminal, deben estar enfocadas dentro de esa perspectiva, más aún, si el Perú es Estado Parte en la mayoría de Tratados sobre la materia y, por tanto, forman parte del derecho interno y son de obligatoria observancia y cumplimiento.

De una revisión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos considerar que la mayoría de cuestionamientos lo constituye la falta de cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados, en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que, una política pública no puede comprenderse cabalmente sin una referencia concreta a los derechos humanos¹⁷.

Desde un enfoque general, las cuestiones político-criminales deben incidir en el cumplimiento de diversos principios y garantías que importan el debido proceso, como la presunción de inocencia y otros. Desde un enfoque específico, falta trabajar temas como la prisión preventiva, desde una perspectiva de derechos humanos.

Así, debido a la exigencia de seguridad ciudadana, nuestros Estados se han olvidado que las personas que delinquen también son seres humanos, habiendo reaccionado únicamente con el empleo de herramientas punitivas, basadas en la restricción de la libertad como solución al problema, lo que

conlleva a que las cárceles se hallen hacina-das.

Por todo ello, el desarrollo de una política criminal –incluyendo la prisión preventiva–, debe encuadrarse dentro de la perspectiva de los derechos humanos, lo que permitirá que estos derechos se concreten en mejores leyes y en la práctica institucional de los operadores de justicia, en favor de todos los ciudadanos.

III.2. El Gerencialismo

Los cambios producidos en la sociedad, al finalizar la Segunda Guerra Mundial; y, luego a partir de los años setentas, conocidos hoy como el fenómeno de la “globalización”, impuso a los Estados y sus organismos dependientes, priorizar los resultados frente a los procesos empleados; vale decir, importaba “el fin y no los medios”.

Tal modelo fue bautizado por los teóricos como el nuevo esquema gerencialista, que impuso una evaluación de resultados a partir de nuevos estándares de calidad y productividad.

Ante el aumento del índice de la criminalidad, en algunos Estados –Chile, Costa Rica– se buscaron nuevas explicaciones al fenómeno, implementándose un modelo “gerencialista”, que privilegió evaluaciones de carácter cuantitativo con énfasis en indicadores objetivos y entendiendo la reducción del crimen como un resultado a obtener, más allá de la forma empleada.

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser. L/V/II. Doc.57

Así, el gerencialismo, fue interpretado como la obtención del “valor público o máximo valor público”, al margen del costo-beneficio que debe primar en la gestión estatal.

Si bien es cierto, en términos de criminalidad, la sociedad exige resultados; no por ello, se puede promover políticas fijadas solo en resultados, ya que ello podría llegar a violentar derechos fundamentales.

Y esta vulneración de derechos no solo afectaría a los agentes delictivos; sino, también, a los demás miembros de la sociedad, pues la dación de una norma penal sin justificación razonada y proporcional al contexto sociológico, podría condicionar a los operadores del derecho a imponer sanciones no proporcionales al grado de lesividad de la conducta, incrementado una sensación de punibilidad que iría en contra de los propios postulados de la sociedad, produciendo una sobrepenalización de conductas.

Entonces, esta forma de gestionar la criminalidad, procura una administración por objetivos o resultados, haciendo uso de métodos burocráticos y herramientas estadísticas que los avalen.

No resulta desatinado atender a este tipo de gestión estatal, pero también es importante recordar que los agentes son seres humanos y no simples números. Es este tipo de gestión estatal lo que ha llevado a que en nuestros países se vuelva a imponer medidas preventivas de prisión, en un afán de mostrar que se está ganando la pelea con la criminalidad, cuando lo único que estamos haciendo es llenar las cárceles con personas

cuya situación jurídica es incierta, haciendo tabla rasa de la presunción de inocencia, el debido proceso y todo lo que conlleva el proceso acusatorio y sus garantías.

IV. CONCLUSIONES

- Los países de América Latina, luego de haber iniciado una política de reformas procesales, con índices alentadores, han retornado a las prácticas inquisitivas.
- En el Perú, no se ha terminado de implementar el modelo acusatorio; sin embargo, sus indicadores reflejan estadísticas similares a los demás países de la región.
- La política criminal, en su afán de prevenir y sancionar actos delictivos que vulneren los derechos de los otros componentes de la sociedad, debe tener en cuenta un enfoque de derechos humanos.
- La política criminal debe buscar eficiencia y resultados en la lucha contra la delincuencia, pero sin dejar de lado los principios y garantías procesales.
- La prisión preventiva no debe seguir siendo empleada como una herramienta para dar una sensación de seguridad, que no es real.
- La finalidad de mostrar resultados concretos frente a la criminalidad, no justifica el uso de la prisión preventiva; es decir, *“el fin no justifica los medios”*.

■ BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL CORONEL CÉSAR GONZALES NAVARRETE

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

Nació el coronel César Gonzales Navarrete en Lima, el 18 de octubre de 1869. Fueron sus padres José Gonzales Sevilla y Amalia Navarrete Pezet. Estuvo casado con Ernestina Iglesias Castañeda (1874 – 1938), con quien tuvo tres hijos: José, César y Carlos y dos hijas: Adela y María Luzmila Ernestina. Su primogénito José fue oficial de la Marina de Guerra del Perú, llegó al grado de capitán de navío.²

Luego de prestar servicios en diferentes unidades del arma de infantería, fue comandante del Batallón N° 9 en 1901 y 1902, con el grado de teniente coronel. Ascendió al grado de coronel el 13 de octubre de 1908³ y prestó servicios en varias dependencias del ejército y asumió cargos políticos de prefecto, en reiterados momentos, antes de llegar a la Justicia Militar.

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

2 Geneamet.org. (Francisco Javier Carbone Montes).

3 Escalafón general del Ejército de 1921, Imprenta del Estado mayor General del Ejército, Lima, 1921.

En una “carta a los compañeros apristas”, escrita por Armando Villanueva del Campo, el 23 de mayo de 2011, en Lima, se dice que la primera raíz es la que germinó en Víctor Raúl en el Cusco, en 1918, cuando siendo secretario privado del prefecto coronel César Gonzales Navarrete, pudo conocer y convivir con los indígenas peruanos y bolivianos, la tragedia de su vida y de su historia como pueblos oprimidos.

En la misma carta, Villanueva refiere que el coronel Gonzales fue también prefecto de La Libertad con anterioridad (1917), circunstancia en que intimó con la familia de Víctor Raúl, a quien invitó como secretario privado al Cusco, lo que motivó que Haya de la Torre, después de llegar a Lima, pasara al Cusco por la ruta de Arequipa. Dice que algunos biógrafos confundieron al coronel Gonzales con un señor Gonzales Orbegoso y que él conoció personalmente a Gonzales Navarrete, “por ser padrino de bautizo de mi hermano, y este apellido lo transmití a un biógrafo de Haya de la Torre”.⁴

El coronel Gonzales se integró al Consejo de Oficiales Generales en la sesión del 15 de julio de 1919, cuando presidía el Consejo el coronel Ramón Arístides de Cárdenas y eran vocales los coroneles Manuel Pío Alcalá, Carlos Augusto Pásara y Luís B. Regal; los capitanes de navío José Ernesto de Mora, Daniel S. Rivera y Federico Sotomayor y Vigil y fiscal general el doctor Ricardo Leoncio Elías.

En la sesión del 9 de enero de 1920 fue designado miembro de la Sala de Guerra, presidida por el coronel Carlos Augusto Pásara e integrada, además, por el capitán de navío Ernesto Lastres Caballero. El coronel Gonzales fue un vocal esforzado y entre otras iniciativas, el 14 de mayo de ese mismo año, presentó un proyecto para que el gobierno dotara de prisiones militares a la jurisdicción de guerra, problema álgido en esos momentos, como hoy. Como vocal de cuentas, manejó por varios años los fondos de Justicia Militar y propuso inteligentes modificaciones a la normativa penal castrense.

La llegada al poder del teniente coronel Luís Miguel Sánchez Cerro, cambió radicalmente la conformación del Consejo de Oficiales

4 <<http://www.vanguardiaaprista.com/1205cartadearmando.html>>.

Generales. El 3 de setiembre de 1930 dejaron el Consejo los contralmirantes José Ernesto de Mora y Federico Sotomayor y Vigil, los coroneles Carlos Augusto Pásara y Juan C. Díaz y el capitán de navío José M. Tirado. El 15 de setiembre de ese mismo año, presidió el Consejo por primera vez el coronel César Gonzales Navarrete y se integraron a él los capitanes de navío Carlos García Rosell y Julio Carvajal, así como los coroneles César Zorrilla Luján y Néstor Scamarone.

En la designación del coronel Gonzales como presidente del Consejo hay de nuestra parte sospecha fundada de que se le facilitó el camino para ello. Para que él ocupara el cargo debían dejar el Consejo dos contralmirantes y un coronel de mayor antigüedad, lo que ocurrió. El coronel Gonzales había sido detenido el año anterior por orden del gobierno, imputándosele estar involucrado con otro grupo de oficiales en una rebelión para derrocar a Leguía de la presidencia de la República. Estuvo retenido en la prisión de la isla de San Lorenzo por más de treinta días, sin que se le notificara formalmente los cargos en su contra y sin que se le siguiera proceso alguno.

Presidió el Consejo entre el 15 de setiembre y el 31 de diciembre de 1930, pasando luego a la situación militar de retiro.

El 27 de junio de 1931 se fundó la Sociedad de Auxilios Mutuos de los Institutos Armados del Perú, que hoy con el nombre de Asociación de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, cuya sigla es ADORFAIP, agrupa a oficiales en situación de retiro y actividad. El coronel Gonzales integró la primera junta directiva de esa asociación como vicepresidente, integrándola, además, el coronel Ricardo Sevilla Peralta, como presidente, el teniente coronel César Legrand Vargas (que impulsó la fundación de la asociación), secretario, el capitán Alejandro Seminario, mayor Manuel Fernández Salazar, coronel Guillermo Taboada Químper, coronel Jorge Esponda y el teniente coronel Hipólito Hurtado Paredes, en los demás cargos.⁵

Falleció el 27 de julio de 1933, en Lima, cerca de cumplir 64 años de edad.

5 <<http://www.adofaip.pe/633-2/>>.

■ ANEXOS

EL ESCUDO NACIONAL Y SU OLVIDADO COMPONENTE: EL ÁRBOL DE LA QUINA

Hernán Ponce Monge¹

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende recordarle, amable lector, un símbolo de la patria como es el Escudo Nacional y un importante componente de éste: “el Árbol de la Quina”, que representa, dentro del reino vegetal, a la flora del Perú, aparentemente olvidado, no obstante, su singular significado.

El Árbol de la Quina es autóctono de América del Sur, patrimonio natural del Perú milenario, utilizado desde épocas preincaicas, hasta nuestros días, de cuya corteza se extrae la quinina, medicina para el paludismo o malaria, y, además, tiene múltiples usos.

El Fuero Militar Policial, con motivo del Bicentenario de la Independencia Nacional, desde el año 2018 viene realizando diversas actividades vinculadas a su quehacer jurisdiccional y fiscal, pero también

¹ Contralmirante CJ en situación de retiro, presidente de la Comisión Especial Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia del Perú en el Fuero Militar Policial.

a otras de naturaleza cultural y deportiva. En el transcurso de este año, además, nos hemos empeñado en una campaña de revalorar la importancia del Árbol de la Quina y hemos plantando árboles de esta variedad en los locales de los Tribunales y Fiscalías Superiores Militares Policiales del Perú. En el año 2020 continuaremos esta labor en las escuelas de formación de los Institutos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, para llegar al año 2021 con presencia en Instituciones Patrióticas.

De esta manera se busca promover, desarrollar, así como crear una identidad y conciencia nacional de lo que significan los Símbolos de la Patria, y su componente el Árbol de la Quina. Por otro lado, es menester velar por el medio ambiente y la preservación del patrimonio natural del Perú, su flora silvestre, buscando que el milenario Árbol de la Quina siga subsistiendo, eliminando el peligro de su extinción, creando una conciencia ecológica de real protección al medio ambiente, a nuestra diversidad natural y ello debe ser ejemplo de un país culto, que sabe resguardar sus valores patrimoniales naturales.

La riqueza del suelo peruano ha permitido que algunas especies del Árbol de la Quina aún existan, gracias, en parte a la labor del Instituto de Investigación y Desarrollo Agrario, Salud y Educación (IIDA-SE), entre otros, expertos en biotecnología – quienes encontraron en la localidad de San Ignacio, departamento de Cajamarca algunos de estos ejemplares y se propusieron trabajar en pos de la recuperación y de su propagación, y hoy, ejemplares de ellos se encuentran sembrados en la Fiscalía Militar Policial del VRAEM, en la localidad de Pichari, distrito de La Convención, departamento del Cusco; así como en los Tribunales y Fiscalías Superiores Militares Policiales del Norte – Lambayeque; Oriente – Iquitos y Sur Oriente – Cusco.

En los próximos días se efectuará la ceremonia de sembrado en los Tribunales y Fiscalías Superiores del Sur – Arequipa; Centro – Lima y del Tribunal y Fiscalía Suprema Militar Policial – Lima.

La Comisión Especial Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia del Perú en el Fuero Militar Policial, coordinó con la Dra. Joaquina ALBÁN Castillo, Jefa del Departamento de Etnobotánica y Botánica Económica de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quién nos confirmó que existen 23 variedades del Árbol de la Quina y solo, una de ellas, es la que representa la riqueza vegetal en el escudo nacional aprobado por Simón Bolívar en 1825.

II. LOS SÍMBOLOS DE LA PATRIA – EL ESCUDO NACIONAL – EL ÁRBOL DE LA QUINA

Los símbolos nacionales son aquellos que un país adopta para representar sus valores, cultura, metas, historia o riquezas y mediante los cuales se identifica y distingue de los demás; y, además para aglutinar, en torno a ellos, a sus ciudadanos y crear un sentimiento de pertenencia e identificación.

La Constitución Política del Perú establece inequívocamente, en su artículo 49, que los símbolos de la patria son la Bandera, el Escudo y el Himno Nacional. La Convención de Viena de Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, en el artículo 29º, regula el uso de la bandera y del escudo donde están acreditadas nuestras embajadas y consulados.

Desde una perspectiva ecológica, “El Convenio sobre Diversidad Biológica” (CBD), aprobado con la Resolución Legislativa N° 26181, de 12 de mayo de 1993, aborda todos los aspectos de la diversidad biológica: recursos genéticos, especies y ecosistemas, sus objetivos: la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de los componentes; y el reparto justo y equitativo en los beneficios.

La Lista Roja de Especies Amenazadas de Fauna y Flora y plantas a nivel mundial elaborada por la Unión Mundial para la Conservación – IUCN, constituye un inventario completo del estado de conservación de las especies de animales.

El Perú cuenta con la clasificación oficial de especies amenazadas de flora silvestre, donde se considera al árbol de la quina como una especie natural vulnerable (VU), que se evidencia cuando existe una reducción de sus poblaciones y su distribución geográfica se encuentra limitada.

Igualmente, el Decreto Supremo N° 043-2006-AG, de 6 de julio de 2006, aprueba, en el anexo 1, la Clasificación Oficial de Especies Amenazadas de Flora Silvestre, como VULNERABLES (VU), a la Quina: numeral 116, Familia: Rubiaceae, Especie: *Cinchona calisaya* Wedd, nombre común: cascarilla.

En cuanto a la Ley N° 28477, Ley que Declara a los Cultivos, Crianzas Nativas y Especies Silvestres usufructuadas como Patrimonio Natural de la Nación, figura un Anexo en el inciso a) cultivos nativos,

en cuyo numeral 10 se refiere: “Cascarilla o quinua: *Cinchona offinalis*, *cinchona pubescens*, *Cinchona spp*”. Hay claramente un error al referirse a la “quinua”, cuando se debió decir “quina”.

Respecto a las municipalidades, es interesante anotar que la Ordenanza Municipal Distrital de Cañarís No. 003-2016-MDC/A, de 2 marzo de 2016, declaró de interés público la conservación, protección, reforestación, y restauración forestal del ecosistema del hábitat del árbol de la Quina en la jurisdicción de Cañarís.

III. EL PRIMER ESCUDO DEL PERÚ DE 1821

El libertador don José de San Martín, Capitán General y Jefe del Ejército Libertador del Perú, en la ciudad de Pisco, mediante Decreto de 21 de octubre de 1820, adopta la Bandera y el Escudo Nacional, como símbolos de la soberanía del Perú.

El escudo es el símbolo heráldico oficial del Perú que se caracteriza por tener una visión paisajista del sol naciente desde los Andes, admirándolo desde el mar, enmarcado por una corona de ramas de laurel atadas por un cintillo dorado. Dicho de otra manera, “con una corona de laurel ovalada, y dentro de ella un Sol saliendo por detrás de sierras escarpadas que se elevan sobre un mar tranquilo”. Se agregaban en el exterior hojas de palma en la base, a la izquierda un cóndor y a la derecha una llama; al fondo, las banderas de los Estados Americanos, y destacando, un bananero que en su parte superior tenía un estandarte con el Sol, en un campo de azul bordado en oro y también una divisa en cinta roja con el lema: “Renació el Sol del Perú”, que pendía de su parte inferior. Se dispuso, también, que todos los habitantes de las provincias del Perú que estaban bajo protección del Ejército Libertador usarían una escarapela.² Los primeros diseños fueron hechos por Francisco Javier Cortés por indicaciones de San Martín.³

2 Colección Documental de la Independencia del Perú, Tomo X, Símbolos de la Patria, Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, Lima, 1974, página 3, Talleres Gráficos de Editorial Universo S.A., Lima, Perú.

3 Gaceta del Gobierno de Lima Independiente, Número 14.- del sábado 29 de diciembre de 1821.

El General José de San Martín, por decreto del 27 de diciembre de 1821, dispuso que en todos los lugares públicos y edificios privados se quitarán, no sólo las armas de España, donde hayan quedado, sino todo jeroglífico o signo alusivo a la dependencia de América. Cualquier ciudadano está autorizado para destruirlos con tal que no se exceda de este objeto.⁴

IV. EL SEGUNDO ESCUDO DEL PERÚ DE 1825

El segundo escudo fue un diseño del presidente del Congreso Constituyente de ese año, doctor José Gregorio Fernández de Paredes, quién fue padre del vocal de la Corte Suprema de justicia de la República y primer presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, hoy Fuero Militar Policial, doctor Simón Gregorio Paredes.

El escudo fue aprobado por Decreto de fecha 24 de febrero de 1825, por el Libertador Simón Bolívar, en base a lo sancionado por el Congreso Constituyente; decreto que “las Armas de la Nación Peruana constarán de un Escudo dividido en tres campos: uno azul celeste a la derecha, que llevará una Vicuña mirando al interior; otro blanco a la izquierda, donde se colocará el Árbol de la Quina y otro rojo inferior, y más pequeño, en que se verá una Cornucopia derramando monedas, significándose, con estos símbolos, las preciosidades del Perú en los tres reinos naturales.

El escudo tendrá por timbre una corona cívica, vista de plano; e irá acompañado en cada lado de una bandera, y un estandarte de los colores nacionales, señalados más adelante”.⁵

V. MODIFICACIÓN AL ESCUDO DEL PERÚ EN 1950

Luego de su establecimiento en 1825, el escudo fue ligeramente modificado mediante Decreto Ley N°11323, de 31 de marzo de 1950, durante el gobierno de facto del general de división Manuel Arturo Odría.

4 Colección Documental de la Independencia del Perú, *Ob. Cit.*, páginas 10 y 13.

5 *Ibidem*, páginas 25 y 26.

Se dijo que los símbolos de la Nación debían tener indiscutible uniformidad, siendo necesario dictar pautas proporcionales para determinar su tamaño, así como mantener intangible las disposiciones vigentes, como una manifestación de respeto, homenaje y agradecimiento a los gestores de nuestra emancipación, para ser empleados con unción cívica. Realmente el escudo nacional quedó cortado en mitades y el espacio inferior se convirtió en el mayor y no en el más pequeño, como establecía la Ley de 1825; así mismo se agregó al léxico oficial el término: “Escudo Nacional”.

VI. EL ÁRBOL DE LA QUINA

Las virtudes de la quina fueron reconocidas en Europa a partir de 1631, cuando el sacerdote jesuita Alonso Messia Venegas la llevó a Roma, enviado por el Colegio Máximo de San Pablo de Lima, donde se usaba para eliminar las tembladeras. Luego se sembró en otros países.

El libertador Simón Bolívar y el naciente Congreso de Perú aprobaron el 24 de febrero de 1825 colocar el Árbol de la Quina, por sus beneficios medicinales, en el Escudo Nacional del país recién independizado de España. Este es el segundo emblema que ha tenido Perú y sigue vigente. Además del Árbol de la Quina, el Escudo tiene una vicuña y una cornucopia derramando monedas.

El Árbol de la Quina puede ser reconocida dentro de su género por sus hojas que son generalmente más agudas en el ápice y tienen la domatia predominantemente en la porción basal (proximal), la extremidad del cáliz muy profundamente lobulado, y sus frutos con paredes de textura bastante gruesa; mientras en *Cinchona calisaya* las hojas en su mayoría son obtusas a redondeadas en el ápice y con las domatias en su mayoría que se encuentran en la parte superior, la extremidad del cáliz superficialmente lobulada, y sus frutos con paredes parecidas al papel. *Cinchona officinalis* es una de las pocas especies de este género que Anderson ha diagnosticado como que tienen siempre hoyo de domatias en las hojas.

La *Cinchona officinalis* es una planta medicinal, una de las varias especies de *Cinchona* utilizadas para la producción de quinina, que es un agente contra la fiebre. Es especialmente útil en la prevención y

tratamiento de la malaria. La Cinchona calisaya es el árbol más cultivado para la producción de quinina.

La quina es un medicamento febrífugo, tónico y antiséptico. Se emplea principalmente como tónica en forma de polvo, extracto, tintura, jarabe, vino, etc.; y al exterior en infusión o cocimiento para el lavado de heridas y úlceras. Contiene diversos alcaloides de los cuales los más abundantes e importantes son cuatro, todos útiles como antipalúdicos y empleados colectivamente para preparar la totaquina. Estos son: quinina, quinidina, cinchonina y cinchonidina. Aparte de alcaloides, posee también principios astringentes (taninos proantocianidolés dímeros y trímeros) y otros compuestos como ácidos orgánicos (ácido quinotánico, rojo cincónico) o compuestos terpénicos que intervienen en su amargor.

La corteza de quina era utilizada por culturas precolombinas del Perú, Colombia, Ecuador y Venezuela como medicamento, antes de la llegada de los europeos al Nuevo Mundo. Sus virtudes fueron reconocidas en Europa recién en 1631, fecha en que fue llevada por el jesuita Alonso Messia Venegas a Roma, enviado por el primer farmacéutico del Colegio Máximo de San Pablo de Lima, el jesuita italiano Agustino Salumbrino, quien había observado en el Perú su uso para eliminar tembladeras; luego fue difundida y comercializada por los jesuitas e importada oficialmente por Francia. Durante la segunda mitad del siglo XVIII se realizaron estudios botánicos de varias especies y variedades de quino, incluidas en el género biológico Chinchona o Cinchona, por una leyenda que asegura curó a la condesa de Chinchón, esposa del virrey del Perú. Por este nombre se la conoció desde mediados del s. XVIII, cuando el naturalista sueco Carlos Linneo⁶ hizo su clasificación científica. Algunos consideran a la corteza de cheta como nombre originario de la quina, “la más importante planta medicinal de ultramar”, que según estas versiones habría sido descubierta a comienzos del s. XVII en el Virreinato del Perú, Corregimiento de Loja, cerca del pueblo de Malacatos, hoy Ecuador.

6 Carlos Linneo es un científico naturalista sueco, considerado el Padre de la Taxonomía, por la clasificación de los seres vivos.

En nuestros días se utiliza la quinina como materia prima del agua tónica y del amargo de angostura, que se emplean para preparar el *pisco sour*, el cóctel nacional del Perú y en el *gin tonic* o *vodka tonic*.⁷

El árbol de la Quina se distribuye predominantemente en ceja de selva y selva alta, en sistemas ambientalmente complejos, aparentemente muy vulnerables en sus componentes naturales, ecológicos, sociales y culturales, en clima generalmente cálido y húmedo, con precipitaciones abundantes y persistentes y nubosidad casi todo el año. Se trata de una especie forestal en peligro aparente por la deforestación, tala ilegal, incendios forestales y la ampliación de la frontera agrícola.

VII. RELATOS SOBRE LA QUININA

Existen varios relatos muy interesantes que revelan la importancia de la quinina para la curación “milagrosa” que produce su uso. La tradición refiere que, en tiempos de Luis Gerónimo Fernández de Cabrera y Bobadilla, Conde de Chuchón, décimo cuarto Virrey del Perú, de 1629 a 1639, su segunda esposa doña Francisca Enríquez de Rivera,⁸ enfermó gravemente de malaria y estaba desahuciada por boca del doctor Juan de la Vega, médico del Virrey, por lo que un Jesuita, con el polvo de la corteza del árbol de la quina, realizó una “milagrosa” curación de la virreina.. Asimismo, el naturista sueco Carlos Linneo Roslin, tributando un homenaje a la Virreina Condesa de Chinchón, dio a la quina el nombre con el que hoy la ciencia la nombra: *Chinchona* o *Cinchona*.

Sobre el particular, don Ricardo Palma, en su célebre obra “*Tradiciones Peruanas*”, también relata esos hechos, bajo el título de: “*Los Polvos de la Condesa*”.⁹ (6)

7 Riepl, Martín, “El casi extinto árbol medicinal del escudo del Perú que pocos patriotas conocen e inspiró el *gin tonic*”, BBC New Mundo, 28 julio 2017.

8 Vargas Ugarte, Rubén, S.J., “*Historia General del Perú*”, Virreinato, Tomo III, Editor Carlos Milla Batres, 2da. Edición, 1971, España.

9 Palma, Ricardo, “*Tradiciones Peruanas*”, Tomo I, Enrique Cappelletti, 1983, Imp. Gráficas Guada S.A., Barcelona, España, pág. 187 a 191.

Las Crónicas también tienen otro relato en el sentido de que la Virreina doña Francisca era muy piadosa y amable con la servidumbre y, muy especialmente, con una criada que era casi una niña. Corría el año del señor de 1630, cuando la condesa enfermó de paludismo y, viéndola en trance de muerte, la pequeña decidió administrarle los “polvos mágicos” cuyo secreto su pueblo guardaba tan celosamente. Pero para no revelar el remedio, decidió darle lo que hoy conocemos por quinina, el alcaloide de la quina con propiedades contra la malaria. El buen hombre tuvo que administrar la pócima a un familiar enfermo, antes de que le dejaran probarlo con la condesa que, colorín colorado, sanó de su dolencia.

Igualmente, el doctor Carlos Enrique Paz Soldán ha publicado un interesante estudio que titula: “Las Tercianas del Conde de Chinchón”, tomando como base el diario de Suardo que fue el Conde y no la Condesa quién padeció de Tercianas. No vemos por qué la probable dolencia del Conde sea obstáculo para que la Condesa haya podido también sufrir el achaque de la terciana.



Plantando el árbol de la quina en el VRAEM (Pichari).



El contralmirante Hernán Ponce Monge, plantando el árbol de la quina en el Tribunal Superior Militar Policial del Norte (Chiclayo).



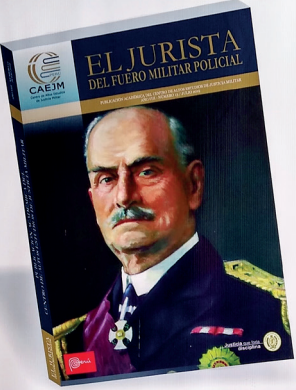
Plantando el árbol de la quina en
el Tribunal Superior Militar Policial del Oriente (Iquitos).



Se plantó el árbol de la quina en
el Tribunal Superior Militar Policial del Sur Oriente (Cusco).

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” Nº 13

**Un medio especializado de análisis y conocimiento
jurídico en materia de justicia militar**



**EL JURISTA
DEL FUERO MILITAR POLICIAL**

FUERO MILITAR POLICIAL

CAEJM
Centro de Altos Estudios
de Justicia Militar

ARTÍCULOS:

- EL INFLUJO DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE CARLOS III EN EL PERÚ (A PROPOSITO DE LOS 250 AÑOS DE SU PUBLICACIÓN: 1768-2018)
- OS REFLEXOS DAS REFORMAS POMBAIINAS NO BRASIL OITOCENTISTA. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONJUNTURAL DAS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA E FORO MILITAR COLONIAL NO REINADO DE DOM JOSÉ I.
- SEMINARIOS SOBRE JUICIOS ORALES E INTERCAMBIOS ACADÉMICOS ENTRE EL COMANDO SUR DE LOS EE.UU. DE NORTEAMÉRICA Y EL FUERO MILITAR POLICIAL DEL PERÚ
- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN ESPAÑA, SU APLICABILIDAD A LAS JURISDICCIÓNES ESPECIALES, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR
- MISIÓN DE PAZ EN LA REPÚBLICA CENTROAFRICANA: UNA EXPERIENCIA DE VIDA
- LA OPERACIÓN CHAVIN DE HUANTAR Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
- ANÁLISIS DEL DELITO DE OFENSAS AL SUPERIOR
- COMPONENTES DEL SISTEMA Y ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL CASO
- EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL, LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y EL USO DE LA FUERZA LETAL EN EL PERÚ
- EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN MATERIA PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE LA SUBORDINACIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

• El Jurista del Fuero Militar Policial
Revista Académica del Centro de
Altos Estudios de Justicia Militar
Edición JUNIO 2019 - Año 08 - Número 13
• SE PUBLICA EN DIALNET

• Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2013-15773
Editado por: FUERO MILITAR POLICIAL

www.fmp.gob.pe
fueromilitarpolicial
fmp@minjarea.gob.pe

**Justicia que forja
disciplina**

BICENTENARIO

El 16 de julio del año en curso se presentó “El Jurista del Fuero Militar Policial” Nº 13, en el Colegio de Abogados de Lambayeque, con asistencia del contralmirante Julio Enrique Pacheco Gaige, presidente del Fuero Militar Policial, autoridades civiles y militares de la región y personas invitadas.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO “SÍMBOLOS DE LA PATRIA”



EL 27 de setiembre de 2019, en el salón de ceremonias de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de Mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria, se presentó el libro “Símbolos de la Patria”, obra auspiciada por el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar del Fuero Militar Policial. En la fotografía, de izquierda a derecha, el contralmirante Julio Pacheco Gaige, presidente del Fuero Militar Policial y el general de división Carlos Tafur Ganoza, presidente de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de Mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en diciembre del 2019 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



En este local funcionó hasta 2010 el Consejo de Guerra Permanente de la Primera Zona Judicial del Ejército. Compartía estas instalaciones con la Comandancia General de la Séptima Brigada de Infantería, dependencia que sigue ocupando el lugar. Se halla sobre la avenida Huamachuco, en la plaza Iturregui de Lambayeque.

Fuero Militar Policial
Av. República de Chile 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

